LA TUTELA DEI DIRITTI UMANI TRA GIURISDIZIONI INTERNE E SOVRANAZIONALI: PROFILI TEORICI, SOSTANZIALI E PROCESSUALI.

SCRITTI SCELTI A PARTIRE DAL CAF 2021



Giuseppe Campanelli
Hugo A. Frazão
Cristina Luzzi

CURATORI

IN SUPREMÆ DIGNITATIS 1343
UNIVERSITÀ DI PISA

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

La tutela dei diritti umani tra giurisdizioni interne e sovranazionali: profili teorici, sostanziali e processuali. Scritti scelti a partire dal CAF 2021



PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE
QUERÉTARO



INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

Mauricio Kuri González
Gobernador Constitucional

María Guadalupe Murguía Gutiérrez
Secretaria de Gobierno

Gustavo Arturo Leal Maya
Secretario de Finanzas

Mario Fernando Ramírez Retolaza
Oficial Mayor

Rogelio Flores Pantoja
Director del Instituto de Estudios Constitucionales

La tutela dei diritti umani tra giurisdizioni interne e sovranazionali: profili teorici, sostanziali e processuali. Scritti scelti a partire dal CAF 2021

Giuseppe **Campanelli**
Hugo A. **Frazão**
Cristina **Luzzi**
Curatori



UNIVERSITÀ DI PISA



INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

Universidad de Pisa
Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
México, 2022

Primera edición: enero de 2022

La tutela dei diritti umani tra giurisdizioni interne e sovranazionali: profili teorici, sostanziali e processuali. Scritti scelti a partire dal CAF 2021

© Giuseppe Campanelli
Hugo A. Frazão
Cristina Luzzi

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

ISBN: 978-607-7822-85-1

Las opiniones de los autores 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**
María Alejandra **de la Isla Portilla**
Edición

María Andrea **Niño Rivera**
Tania Mariel **Farfán García**
Apoyo editorial

Felipe **Luna**
Formación

Dedicado a la memoria de
Pablo Pérez Tremps

INDICE / ÍNDICE

Presentazione
Giuseppe Campanelli
Hugo A. Frazão
Cristina Luzzi 17

Paese di provenienza e qualifica dei collaboratori
País y cualificación profesional de los colaboradores
País e qualificação profissional dos colaboradores 21

PARTE I

Diritti umani tra inquadramento teorico e aspetti sostanziali
Derechos humanos entre el marco teórico y los aspectos sustantivos
Direitos humanos entre enquadramento teórico e aspectos substanciais

Violações de direitos humanos pela liberação sem precedentes de agrotóxicos e eventos transgênicos no Brasil
Patrícia Albuquerque Vieira 27

La eutanasia en Perú y sus conflictos éticos: ¿debe permitirse su regulación?
Arturo Saúl Grau Castillo..... 45

I diritti nel nuovo costituzionalismo latinoamericano: verso una nuova forma di Stato?
Rosa Iannaccone 67

Il ricorso delle coppie omosessuali alla maternità surrogata ed il riconoscimento della genitorialità agli *intended parents:* un diritto solo a metà?
Erika La Fauci 87

La legittimità delle decisioni costituzionali virtuali: l'esperienza brasiliana in materia fiscale
Ana Letícia Salomão e Ribeiro 107

El derecho a la educación en contexto de pandemia por COVID-19 y el análisis de la violencia escolar en la nueva normalidad
Eneida Leonor Sánchez Zambrano 127

El "sexo" como categoría jurídica de relevancia constitucional. Debates actuales para la tutela de los derechos de las mujeres
María Concepción Torres Díaz 147

Parte II

Diritti umani: aspetti processuali

Derechos humanos: aspectos procesales

Direitos humanos: aspectos processuais

La justicia ordinaria civil como garante de derechos
Claudia Ibet Amezcua Rodríguez 173

Uma inflexão no direito de amparo latino-americano: o mandado de segurança brasileiro e a proteção de direitos nas relações privadas
Fabrício Barbosa Barros 197

O Supremo Tribunal Federal entre a política migratória brasileira e o federalismo cooperativo: complexidade, transconstitucionalismo e ônus argumentativo reforçado
Ronald Fontenele Rocha..... 217

A efetividade dos direitos fundamentais e as formas de tutela perante o sistema judicial brasileiro: o grau de autonomia e independência da magistratura e a politização dos juízes
Ricardo Nüske 237

Sistema Interamericano de Direitos Humanos e empresas: construção de parâmetros normativos para responsabilização de empresas por violações a direitos humanos
Andreia Maria Santiago 257

El desarrollo de los derechos familiares LGBTIQ+ a través del activismo judicial: breve comparación
Víctor Manuel Vera García 269

Parte III

Diritti umani e omissioni del legislatore
Derechos humanos y omisiones del legislador
Direitos humanos e omissões do legislador

Análisis de la figura del preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su uso en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México
Oscar Guillermo Barreto Nova. 291

A pluralidade familiar e as omissões legislativas
João Pedro Fahrion Nüske 317

A omissão estatal e o consequente posicionamento do judiciário: ativismo judicial ou proteção dos direitos fundamentais
João Ricardo Fahrion Nüske 331

La protección de los derechos fundamentales y su vinculación con la tecnología en materia penal en tribunales ordinarios ante omisiones legislativas
Leticia de Lourdes Obregón Bracho 349

Las omisiones legislativas en México: actualidad y prospectiva
Alejandro Vilchis Robles 377

Parte IV

Diritti umani tra giurisdizioni interne e sovranazionali
Derechos humanos entre jurisdicciones nacionales y supranacionales
Direitos humanos entre jurisdições internas e supranacionais

Las influencias extrasistémicas en las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
Rodrigo Brito Melgarejo. 401

Necesidad de la creación de un tribunal constitucional mundial
Víctor Manuel Céspedes Martínez 419

Límite interpretativo de los jueces constitucionales
Víctor Manuel Céspedes Mejía 439

Consideraciones sobre la jurisprudencia evolutiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación con los derechos sociales: casos ante los tribunales nacionales, en especial el caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*
Gilda Cicci Salazar 459

La argumentación jurídica frente a la interpretación y ponderación de los tribunales constitucionales
José Gregorio de Jesús Ferreras. 475

La legitimación de los jueces constitucionales en México: el nombramiento de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
Francisco Ramos Quiroz 497

Presentazione

Il volume costituisce la raccolta selezionata degli scritti di alcuni dei partecipanti all'edizione speciale del *Corso di Alta formazione in Giustizia costituzionale e tutela giurisdizionale "Alessandro Pizzorusso"* svoltosi presso l'Università di Pisa, per la prima volta telematicamente, dal 11 al 22 gennaio 2021.

Con l'occasione, infatti, si è celebrato il Decennale del *Corso di Alta formazione in Giustizia costituzionale e tutela giurisdizionale dei diritti* aprendolo alla partecipazione anche, ma non solo, dei corsisti e delle corsiste delle edizioni precedenti e offrendo loro, in primo luogo, dieci incontri —uno per ciascun anno di attività del Corso— con autorevoli studiosi, oltre alla tradizionale possibilità di partecipare con un proprio contributo al seminario interno conclusivo del Corso stesso e, in aggiunta, l'opportunità di ottenere, mediante il previo invio di uno scritto alla direzione del Corso, una menzione speciale nel *Certificado Oficial de Alta Formación*.

La presente raccolta rientra, dunque, tra le peculiarità dell'edizione speciale del 2021.

Gli scritti qui pubblicati, pervenuti alla direzione del Corso di Alta formazione, sono stati appositamente selezionati e ritenuti meritevoli di pubblicazione da un Comitato di valutazione coordinato da Roberto Romboli, Direttore Scientifico del Corso di Alta formazione.

I contributi contenuti nel volume muovono, in generale, dalle complesse questioni approfondite durante il Corso di Alta

formazione che si interrogano prevalentemente sul ruolo e sulle prerogative dei Tribunali costituzionali, e non solo, nell'attività di tutela e implementazione dei diritti fondamentali e dei diritti umani.

La *ratio* dei numerosi lavori scientifici selezionati e qui presentati si fonda sulla volontà, per un verso, di valorizzare le ricerche scientifiche portate avanti dai diversi Autori nei loro Paesi di provenienza e, per altro verso, di rafforzare la necessità di un continuo confronto tra realtà ordinamentali anche molto eterogenee tra loro.

L'ulteriore obiettivo è, dunque, quello di interrogarsi intorno al filo rosso costituito dal tema della tutela dei diritti nel rapporto tra giurisdizioni interne e sovranazionali, per comprendere le molteplici problematiche e le interessanti declinazioni emerse dai contributi.

Redatte in lingua italiana, spagnola e portoghese, alla luce dei diversi paesi di appartenenza dei Corsisti, le riflessioni che seguono sono state ordinate in quattro distinte sezioni che affrontano quattro macro questioni, ossia: *Diritti umani tra inquadramento teorico e aspetti sostanziali* (Sezione I); *Diritti umani: aspetti processuali* (Sezione II); *Diritti umani e omissioni del legislatore* (Sezione III); *Diritti umani tra giurisdizioni interne e sovranazionali* (Sezione IV).

La classificazione proposta non impedisce, tra l'altro, la possibilità di notare l'intrinseca trasversalità dei contributi, dimostrando come le astratte peculiarità di un ordinamento possano sfumarsi, confluendo verso un'impostazione di pieno raffronto e di reale discussione.

Quello che ci auguriamo è che i lavori selezionati riescano a rappresentare il costante tentativo che anima l'intero *Corso di Alta formazione in Giustizia costituzionale e tutela giurisdizionale dei diritti*, e che ereditiamo dagli studi di Alessandro Pizzorusso, ossia quello di contribuire alla diffusione nel mondo della cultura dei diritti fondamentali e alla costruzione di una rete globale di studiose e studiosi uniti, tantopiù ad oggi in ragione della crisi sanitaria ed economica che ha colpito l'intero pianeta, nella con-

siderazione dell'imprescindibilità della garanzia e dello sviluppo dei diritti umani e dei diritti fondamentali.

Un ultimo pensiero va a chi in questi anni ha accompagnato sempre il Corso di Alta formazione e, purtroppo, ci ha lasciato.

Pablo Peréz Tremps mancherà moltissimo a tutti noi.

A Lui è dedicato questo volume.

I Curatori

Giuseppe Campanelli, Hugo A. Frazão e Cristina Luzzi

Paese di provenienza e qualifica dei collaboratori
País y cualificación profesional de los colaboradores
País e qualificação profissional dos colaboradores

Curatori

Giuseppe Campanelli

Italia, professore di Diritto Costituzionale nell'Università di Pisa

Hugo A. Frazão

Brasile, giudice federale; dottorando in Giustizia costituzionale e diritti fondamentali nell'Università di Pisa

Cristina Luzzi

Italia, assegnista di ricerca in Diritto Costituzionale nell'Università di Pisa

Autori

Patrícia Albuquerque Vieira

Brasil, advogada

Arturo Saúl Grau Castillo

Perú, adjunto de cátedra en Facultad de Derecho

Rosa Iannaccone

Italia, dottoranda

Erika La Fauci

Italia, dottoranda

Ana Letícia Salomão e Ribeiro

Brasil, advogada

Eneida Leonor Sánchez Zambrano

México, directora de Igualdad y no Discriminación de la Subsecretaría para la Igualdad de Género del Gobierno del Estado de Coahuila

María Concepción Torres Díaz

España, abogada, profesora

Claudia Ibet Amezcua Rodríguez

México, jueza

Fabrício Barbosa Barros

Brasil, mestre em Direito; promotor de Justiça

Ronald Fontenele Rocha

Brasil, doutorando

Ricardo Nüske

Brasil, juiz federal

Andreia Maria Santiago

Brasil, advogada

Víctor Manuel Vera García

México, auxiliar de investigación en la Academia Interamericana de Derechos Humanos

Oscar Guillermo Barreto Nova

México, maestro en Derecho

João Pedro Fahrion Nüske

Brasil, advogado

João Ricardo Fahrion Nüske

Brasil, advogado, professor em cursos de especialização

Leticia de Lourdes Obregón Bracho

México, doctora en Derecho

Alejandro Vilchis Robles

México, maestro en Derecho Procesal Constitucional

Rodrigo Brito Melgarejo

México, profesor

Víctor Manuel Céspedes Martínez

República Dominicana, profesor

Víctor Manuel Céspedes Mejía

República Dominicana, maestro en Derecho

Gilda Cicci Salazar

Brasil, profesora

José Gregorio de Jesús Ferreras

República Dominicana, abogado

Francisco Ramos Quiroz

México, profesor

PARTE I

Diritti umani tra inquadramento teorico e aspetti sostanziali

Derechos humanos entre el marco teórico y los aspectos sustantivos

Direitos humanos entre enquadramento teórico e aspectos substanciais

Violações de direitos humanos pela liberação sem precedentes de agrotóxicos e eventos transgênicos no Brasil

Patrícia Albuquerque Vieira

Sumário. I. Introdução. II. O direito humano à alimentação adequada no âmbito internacional. III. O direito fundamental à alimentação adequada no Brasil e o seu efetivo acesso. IV. Os impactos socioambientais e a incompatibilidade normativa provocada pela liberação de uso de agrotóxicos e eventos transgênicos no Brasil. V. Conclusão. Bibliografia.

I. Introdução

A busca por alimentos, por intermédio do cultivo nos campos, faz parte da história do ser humano desde os primórdios. Acredita-se que, por volta de 10.000 anos atrás, a humanidade começou a praticar a agricultura. Entretanto, os processos de produção agrícola foram crescendo proporcionalmente ao crescimento da demanda por alimentos e das inovações tecnológicas e científicas.

Nesse cenário, a Segunda Guerra Mundial fez-se determinante para a inserção dos agrotóxicos nos campos agrícolas, visto que, com o seu fim, a indústria química transformou os compostos químicos dos campos de batalha em defensivos agrícolas. Soma-se a isto, a "Revolução Verde", de meados de 1940, que surgiu para alterar a forma de produzir alimentos no mundo com a pro-

messa de acabar com a fome por meio do aumento da produção, possível somente com o uso de insumos agrícolas, que passou a ser indiscriminado. Também, com a descoberta da estrutura do DNA, passou-se a pesquisar sobre a técnica da transgenia e a defendê-la.

Nesse período, os agrotóxicos foram difundidos e ligeiramente incorporados aos processos agrícolas como uma forma de controlar pragas, melhorar o plantio com maior resistência das sementes, com fins últimos de proporcionar a expansão do desenvolvimento produtivo e, sobremaneira, econômico. Assim, a renovação tecnológica trazida pela Revolução Verde potencializou a indústria química e estabeleceu um novo contexto socioambiental, o qual os prejuízos e os riscos antes limitados a determinados lugares e seres, associados quase que exclusivamente a fenômenos naturais, deram lugar a catástrofes globais de origem antrópica.

Nesse diapasão, em 1962, com o livro *Primavera Silenciosa*, Rachel Carson alertou o público sobre as ameaças que os poluentes químicos orgânicos trazem tanto para a saúde pública quanto para a proteção do meio ambiente. No entanto, a agricultura moderna tornou-se visível na sociedade de consumo, como a representação do progresso e desenvolvimento econômico. Contudo, a face menos visível da utilização dos agrotóxicos, mas mais relevante, por representar a sobrevivência intergeracional, tem produzido impactos potencialmente destrutivos em volume e ritmo cada vez mais intenso sobre os sistemas sociais e ambientais.

Pretende-se examinar em que aspectos a legislação brasileira vigente atinente à liberação de uso e agrotóxicos e à modificação genética dos alimentos viola os direitos humanos. É central para o presente trabalho discorrer sobre o direito humano à alimentação adequada no âmbito do Direito Internacional; realizar um levantamento da legislação brasileira, desde a proteção à saúde e ao direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e a regulação dos agrotóxicos e eventos transgênicos ao efetivo acesso à alimentação adequada, para, por fim, analisar quais são os impactos socioambientais, amparados pelo Direito brasileiro, provocados pelo uso de químicos?

De forma a fundamentar a pesquisa, utiliza-se de metodologia descritivo-analítica com pesquisa do tipo bibliográfica e documental. Quanto à abordagem, é qualitativa, haja vista a análise subjetiva focada na obtenção de um conhecimento mais profundo a respeito da identificação de evidências de desrespeito aos direitos humanos decorrentes da liberação sem precedentes de agrotóxicos e eventos transgênicos no Brasil. Vale-se do suporte técnico de obras doutrinárias, legislação nacional, dissertações, periódicos e artigos científicos especializados na referida área de conhecimento, uma vez que busca reunir informações e opiniões diversas sobre o problema a ser explorado, recorrendo-se, ainda a um estudo interdisciplinar de Direitos Humanos, Ambiental e Econômico.

II. O direito humano à alimentação adequada no âmbito internacional

Os Direitos Humanos possuem características que têm por fim garantir a dignidade da pessoa humana,[1] tais como a universalidade, essencialidade, indivisibilidade, irrenunciabilidade, imprescritibilidade. "Esses direitos são previstos em tratados internacionais, os quais, uma vez ratificados por países signatários, obrigam-nos ao cumprimento".[2] Dessa forma, tornam-se parte

[1] Para Sarlet, a dignidade da pessoa humana é "a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida". *Cfr.* Sarlet, I., *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988,* Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2015, pp. 70 e ss.

[2] Valente Lopes, E., *Biorregulação de alimentos transgênicos: sistema de comando e controle como um instrumento à efetividade do direito humano à alimentação adequada*. *Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional)*, Fortaleza, Universidade de Fortaleza, 2020, pp. 16 e ss.

integrante do ordenamento jurídico interno dos países que os ratificaram, convertendo-se em direitos fundamentais.

Assim, em 1948, três anos após a criação da ONU e da Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura (FAO), foi assinada a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), a qual expressa que cada pessoa ou família tem direito à alimentação.[3] Ressalte-se que tal direito não se restringe a ingerir alimentos, como dispõe a declaração, mas diz respeito à alimentação em quantidade adequada e com qualidade compatível com a saúde humana.

No mesmo sentido, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais,[4] de 1966, determinou o direito à alimentação, desta vez mencionando a forma, que deve ser adequada, bem como a melhoria contínua de condições de vida das populações, de maneira que os Estados Partes possuem o dever, em contrapartida, de adotar medidas com fins de assegurar a realização desse direito.

Ocorre que, mesmo com estes avanços normativos, a fome mundial ainda não havia reduzido, de maneira que, na Conferência Mundial de Alimentação, em 1974, constatou-se que o problema não se concentrava na quantidade de alimentos, mas na distribuição.[5] Alguns países produziam um grande volume de alimentos de maneira que passaram a exportar os seus excedentes. Diante da fome, a segurança alimentar passou a ser associada, sobremaneira, ao acesso físico e econômico de alimentos.[6]

Antes disso, conforme anteriormente exposto, Rachel Carson alertou a sociedade sobre os perigos do DDT, inseticida utilizado em larga escala para fins de controle de pragas, à época. "O que coloca os inseticidas sintéticos em categorias

---

3 DUDH, art. 25.1, *https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos*

4 Decreto no. 591, de 6 de julho de 1992, *http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm*

5 Valente Lopes, E., *op. cit*., pp. 22 e ss.

6 Burity, V. *et al., Direito humano à adaptação adequada no contexto da segurança alimentar e nutricional*, Brasília, Abrandh, 2010.

à parte é a enorme potência biológica. Eles possuem poder imenso não somente de envenenar, mas também de penetrar nos processos mais íntimos e vitais do organismo, modificando-os sem sentido sinistro [...]".[7]

Somente na década de 1990 consolidou-se o entendimento de que, além do acesso físico e econômico, os alimentos precisam ser seguros (livres de componentes químicos e biológicos prejudiciais); de qualidade (nutricional, biológica, sanitária e tecnológica), produzidos de maneira equilibrada com o meio ambiente (sem agressões), aceitável pela sociedade e com as informações nutricionais, de composição etc. disponíveis para a sociedade.[8] Tais aspectos passaram a constituir o conceito de Segurança Alimentar e Nutricional.[9]

No que se refere ao uso de organismos geneticamente modificados (OGM), na Conferência das Partes, em 1966, na Argentina, foi aprovado o uso das Normas Técnicas de Biossegurança do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNMA), mencionando-se a saúde dos seres humanos e a segurança ambiental na aplicação da biotecnologia que abrange da pesquisa e desenvolvimento a à comercialização dos produtos biotecnológicos.[10]

Não menos importante é frisar que, em meio à permanência da fome no mundo, a utilização indiscriminada de defensivos agrícolas e a disseminação do uso de sementes transgênicas, sobretudo para plantação de soja, milho, algodão e batata,[11] nocivas à saúde humana e ao meio ambiente, os líderes mundiais, em setembro de 2000, assumiram um novo compromisso. No início

---

7 Carson, R., *Primavera Silenciosa*, São Paulo, Gaia, 2010.

8 Valente Lopes, E., *op. cit.*, pp. 23 e ss.

9 Valente, F. *et al.,* "Compreendendo a abordagem de direitos humanos à segurança alimentar no Brasil – Lições aprendidas – Estudo de Caso", em Valente, F. (coord.), *Direito humano à alimentação: desafios e conquistas,* São Paulo, Cortez, 2002.

10 Cavalli, S., "Segurança alimentar: a abordagem dos alimentos transgênicos", *Revista de Nutrição*, n. 01, 2001, pp. 41-46.

11 Leite, M., "Os genes da discórdia – Alimentos transgênicos no Brasil", *Revista Política Externa*, n. 02, 1999, pp. 174-185.

do novo milênio, 189 países se comprometeram a atingir um conjunto de metas e objetivos mínimos, os quais foram denominados Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, até o ano de 2015. O primeiro deles possuía, como objetivo final, acabar com a fome e a miséria; o quarto, reduzir a mortalidade infantil; o quinto, melhorar a saúde das gestantes e, por fim, o sétimo, garantir a qualidade de vida e o respeito ao meio ambiente,[12] todos relacionados à produção de alimentos adequada, ao seu respectivo consumo e, consequentemente, ao atendimento dos direitos humanos. Consoante aduz Salil Shetty:[13]

> A Declaração não deixa margem a dúvidas nem a negociação. Os Objetivos do Milênio referem-se à constatação do direito ao desenvolvimento dentro de um contexto mais amplo de direitos humanos. O desenvolvimento é visto como imperativo, com base na justiça, e não como uma opção de caridade. Os valores fundamentais para se atingir os Objetivos são os de partilha da responsabilidade, da indivisibilidade, ausência de discriminação, igualdade e responsabilidade – todos eles extraídos de um dicionário de direitos humanos. Os Objetivos do Milênio são validados na base da legitimidade e dos valores dos direitos humanos, sem o que seriam um conjunto de metas vazio.

Ainda, em 2000, em Montreal, no Canadá, 176 países assinaram o Protocolo de Cartagena ou Protocolo Internacional de Biossegurança, que permite maior controle sobre os OGM's e impõe condições para o comércio internacional dos produtos transgênicos.[14] Os principais pontos são: a proteção da vida e dos

12 ODM Brasil, "Os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio", *http://www.odmbrasil.gov.br/os-objetivos-de-desenvolvimento-do-milenio*

13 Shetty, S., "Declaração e Objetivos de Desenvolvimento do Milênio: oportunidades para os direitos humanos", *Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 02, 2005, pp. 6-21.

14 "Existe uma grande preocupação por parte de várias organizações não governamentais e movimentos sociais em torno dos potenciais impactos, riscos e efeitos colaterais, ou indesejáveis que os organismos geneticamente modificados (OGM's) podem produzir, uma vez que seus efeitos sobre a saúde e o meio ambiente ainda são desconhecidos. A liberação de produtos transgênicos, sem a realização de estudos prévios de impacto ambiental e dos riscos à saúde e à Segurança Alimentar e Nutricional da população

ecossistemas, no caso de qualquer dúvida que possa existir, e a rotulagem dos produtos.[15]

Para que se possa concluir esta primeira parte da exposição e passar para o estudo da regulação brasileira atinente a agrotóxicos e eventos transgênicos, faz-se relevante, ainda, discorrer sobre os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, estabelecidos no ano de 2015 e construídos sob o legado dos ODM's. Mais de 150 representantes de 150 países se reuniram a fim de estabelecer uma nova agenda mundial ampliando as metas anteriormente determinadas. Desta forma, foram constituídos 17 novos objetivos, os quais, para o fim dessa pesquisa, destacam-se, o objetivo de número 02 que possui a meta de erradicar a fome, obter a segurança alimentar e ampliar a nutrição, por intermédio da agricultura sustentável; o de número 03, saúde e bem-estar; e o de número 12, consumo e produção sustentáveis. Busca-se o alcance de tais objetivos, a nível mundial, até 2030.[16]

III. O direito fundamental à alimentação adequada no Brasil e o seu efetivo acesso

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) assegura a proteção à vida, desde a sua concepção, ao dispor que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à prosperidade".[17] Por conseguinte, o direito à vida está diretamente associado à liberdade, à

brasileira, fere o princípio da precaução" que, por sua vez, "estabelece a necessidade de prevenção e riscos potenciais e de efeitos irreversíveis antes mesmo da existência de provas irrefutáveis". *Cfr.* Burity, V.; Franceschini, T.; Valente, F.; Recine, E.; Leão, M.; Carvalho, M. F., *Direito humano à adaptação adequada no contexto da segurança alimentar e nutricional*, Brasília, ABRANDH, 2010.

15 Cavalli, S., *op. cit*., pp. 41-46.

16 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, "Indicadores Brasileiros para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável", *https://odsbrasil.gov.br/*

17 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, *http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm*

segurança, à dignidade da pessoa humana, à integridade física e moral, à existência, à igualdade, de maneira a formar um agrupamento coletivo que ultrapassa os limites da norma jurídica.[18]

Destaca-se que não se faz possível viver uma vida com dignidade sem alimentação adequada, nem mesmo usufruir de liberdade para fazer coisas que uma pessoa com razão acredita que seja valiosa. O economista Amartya Sen defende que as pessoas precisam dispor de condições mínimas para que sejam livres com o fito de alcançar os seus objetivos conforme condições individuais[19]. Desta forma, a Constituição brasileira ainda assegura tal direito em seu artigo 6º ao inserir como direito social a saúde e a alimentação.

Ainda no âmbito constitucional, o artigo 225, *caput*, dispõe que "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para a presente e as futuras gerações". O inciso II preleciona que, para assegurar a efetividade deste direito, faz-se necessário "preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e à manipulação de material genético". Por fim, o artigo 170 determina que a ordem econômica tem por escopo assegurar a todos uma existência digna e que, para tanto, devem assegurar diversos princípios, entre os quais se destaca a defesa do meio ambiente.

Nesse sentido, assimila-se que a estrutura constitucional normativa direciona para o desenvolvimento de atividade econômica voltada para a cadeia agroalimentar, incluindo-se o cultivo, a comercialização e o consumo de alimentos sob o uso de agrotóxicos e transgênicos, tendo por base a defesa de um meio ambiente sadio e equilibrado, que concorra para a manutenção e

[18] Ferrari, E., *A aplicação do Alien Tort Claim Act, na responsabilização das indústrias produtores de agrotóxicos: o direito transnacional como ferramenta de garantias dos direitos humanos, Dissertação (Mestrado em Direito)*, Passo Fundo, Faculdade Meridional, 2020.

[19] Sen, A., *Desenvolvimento como liberdade*, São Paulo, Companhia das Letras, 2010.

melhoria da saúde dos seres humanos.[20] Para tanto, é indispensável que se conheça a ameaça dos riscos ambientais associados aos transgênicos de maneira que se evite o máximo possível de danos ao meio ambiente.

Na seara da legislação infraconstitucional, a Lei nº 6938/1981,[21] recepcionada pela CRFB/1988, também conhecida por Política Nacional do Meio Ambiente, conceitua-se poluição como:

> A degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:
>
> a) Prejudiquem a saúde, a segurança, o bem-estar da população;
> b) Criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
> c) Afetem desfavoravelmente a biota;
> d) Afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
> e) Lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

Ao mesmo tempo, no Brasil, os agrotóxicos são regulados pela Lei nº 7.802/1989,[22] pela Lei nº 9.974/2000[23] e pelo Decreto nº 4.704 de 2002.[24] No que diz respeito à regulamentação

---

20 Lima, J. F., *A regulação dos transgênicos no Brasil: contribuições do direito comparado americano e europeu e análise do milho transgênico. Monografia (Graduação em Direito),* Chapecó, Universidade Comunitária da Região de Chapecó, 2012.

21 Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, *http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm*

22 Dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins, e dá outras providências.

23 Altera a Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989, que dispõe sobre pesquisa, experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins, e dá outras providências.

24 Regulamenta a Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989, que dispõe sobre pesquisa, experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transpor-

da biossegurança no Estado Brasileiro, a Lei nº 8. 974/1995 foi revogada pela Lei nº 11.105/2005,[25] que tem por objetivo "estabelecer normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados —OGM's— e seus derivados", bem como criar o Conselho Nacional de Biossegurança (CNBS), reestruturar a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio) e dispor sobre a Política Nacional de Biossegurança (PNB).

Entre outras atividades, compete à CTNBio, conforme disposição dos artigos 10º, 14º e 16º da Lei de Biossegurança e devidamente regulado no Decreto nº 5.591/2005, atuar no:

a) Acompanhamento do desenvolvimento e o processo técnico e científico nas áreas de biossegurança, biotecnologia, bioética e afins;
b) Estabelecimento de normas para as pesquisas com OGM e derivados de OGM;
c) Estabelecimento de normas relativamente às atividades e aos projetos relacionados a OGM e seus derivados;
d) *Estabelecimento, no âmbito de suas competências, critérios de avaliação e monitoramento de risco de OGM e seus derivados* (grifou-se);
e) Realização da análise da avaliação de risco, caso a caso, relativamente a atividades e projetos que envolvam OGM e seus derivados;
f) Emissão de decisão técnica, caso a caso, sobre a biossegurança de OGM e seus derivados no âmbito das atividades de pesquisa e de uso comercial de OGM e seus derivados;

---

te, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins, e dá outras providências.

25 Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências.

g) Definição do nível de biossegurança a ser aplicado ao OGM e seus usos, e os respectivos procedimentos e medidas de segurança quanto ao seu uso, conforme as normas estabelecidas na regulamentação desta lei, bem como quanto aos seus derivados;
h) Divulgação, no Diário Oficial da União, previamente à análise, os extratos dos pleitos e, posteriormente, dos pareceres dos processos que lhe forem submetidos, bem como dar ampla publicidade no Sistema de Informações em Biossegurança – SIB a sua agenda, processos em trâmite, relatórios anuais, atas das reuniões e demais informações sobre suas atividades, *excluídas as informações sigilosas, de interesse comercial, apontadas pelo proponente e assim consideradas pela CTNBio* (grifou-se);
i) *Identificação de atividades e produtos decorrentes do uso de OGM e seus derivados potencialmente causadores de degradação do meio ambiente ou que possam causar riscos à saúde humana* (grifou-se);
j) *Deliberação, em última e definitiva instância, sobre os casos em que a atividade é potencial ou efetivamente causadora de degradação ambiental, bem como sobre a necessidade do licenciamento ambiental* (grifou-se).

Importa destacar, antes da realização de estudo crítico da legislação existente, que, na prática, consoante pesquisa divulgada em 17 de setembro de 2020, pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)[26] (dados dos anos de 2017 e 2018), a insegurança alimentar grave, a qual a população informou chegar a passar fome, atingiu 4,6% dos brasileiros, o que corresponde a 10,3 milhões de pessoas que residem nessas condições, divididas em 7,7 milhões de moradores na área urbana e 2,6 milhões na área rural. Na pesquisa geral, constatou-se que 25,3 milhões de lares ou 36,7%, estavam com algum grau de insegurança alimentar: leve (24%); moderada (8,1%) ou grave (4,6%).

Em relação às pesquisas anteriores realizadas pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), a insegurança alimentar leve teve aumento de 33,3% frente a 2004 e 62,2%, em relação a 2013. A insegurança alimentar moderada aumentou 76,1% em relação a 2013 e a insegurança alimentar grave, 43,7%.

[26] Agencia Brasil, "IBGE: insegurança alimentar grave atinge 10,3 milhões de brasileiros", *https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-09/ibge-inseguranca-alimentar-grave-atinge-103-milhoes-de-brasileiros*

Ressalta-se que as pesquisas realizadas não analisam, sequer, a existência de pesticidas e herbicidas nos alimentos ou o consumo de transgênicos, mas somente o acesso regular e permanente de alimentos de qualidade[27] e, em quantidade suficiente, sem comprometer outras necessidades essenciais.

IV. Os impactos socioambientais e a incompatibilidade normativa provocada pela liberação de uso de agrotóxicos e eventos transgênicos no Brasil

O Brasil, país que ocupa a 12ª posição no *ranking* mundial de Produto Interno Bruto (PIB), o que significa dizer que se trata da 12ª maior economia do mundo, também preenche posição vexaminosa, 84º, no Índice de Desenvolvimento Humano.[28] Os números demonstram a carência do Estado Brasileiro e a necessidade de expansão de acesso à saúde, educação, segurança, infraestrutura que, ao fim, significam vida digna.

No atinente à utilização dos agrotóxicos e eventos transgênicos, depreende-se que há uma incompatibilidade entre os acordos internacionais, dos quais o país é signatário, e a norma constitucional, que prioriza o direito fundamental à alimentação adequada, profundamente relacionado à saúde humana e a própria Política Nacional do Meio Ambiente, consoante o que se passa a ponderar.

Em se tratando de OGM's, a impossibilidade de se analisar com antecedência os potenciais riscos ao meio ambiente aumenta as dúvidas atinentes à análise de riscos. Tal exame implica o cumprimento de três etapas: a avaliação, a gestão e a comunicação dos riscos, muito embora o anexo III do Protocolo de Cartagena sobre biossegurança indique quatro requisitos básicos a serem seguidos quanto ao estudo de riscos, quais sejam: *i)* trans-

[27] Apesar de falar em qualidade, a pesquisa não abrange a utilização de agrotóxicos e consumo de OGM's.

[28] United Nations Development Programme, "The next frontier Human development and the Anthropocene", *http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr2020.pdf*

parência e bases científicas sólidas; *ii)* a falta de conhecimento científico sólido não deve ser tomada como indicativo de ausência de risco ou de risco inaceitável; *iii)* considerar todas as interações com o meio e os OGM's e seus derivados possíveis; *iv)* avaliar caso a caso.[29]

Desta forma, "compreende-se totalmente inaceitável o embasamento de pareceres técnicos e decisões deliberativas da CTNBio quanto à liberação para uso comercial de transgênicos com base exclusivamente em expressões 'como não há evidências'",[30] dado que pode indicar a ausência de provas, e isto pode significar falta de estudos científicos sólidos ou mesmo a inexistência de qualquer tipo de pesquisa. Outro ponto notório e contrário à segurança alimentar é a possibilidade de não divulgar dados sob a égide do interesse comercial.

Ainda, a Comissão Técnica deve identificar e deliberar sobre a possibilidade e potencialidade de danos a serem causados ao meio ambiente e à saúde humana decorrente do uso de OGM's para que as informações sejam claras e, em não sendo, esclarecimentos devem ser solicitados e prestados. No entanto, conforme aduz Niebuhr,[31] cada vez mais, não se faz possível solicitar revisão das decisões da CTNBio na esfera administrativa de maneira a demonstrar um total descaso com a saúde pública.

Percebe-se, também, que, ao invés de proteger a população de uma alimentação inadequada, o Estado, que possui o dever de controle das regras existentes, tem se afastado desse pressuposto e dado lugar à extinção, à desestruturação e ao desaparelhamento de órgãos fiscais, bem como vem realizando incentivo à liberação de agrotóxicos por meio de propostas de leis ou pressões políticas para aprovação em órgãos cabíveis; não tem realizado estudos nos alimentos para averiguar a adequação do consumo

---

29 Nodari, R., "Biossegurança, transgênicos e risco ambiental: os desafios da nova lei de biossegurança", em Leite, R. e Fagundez, P. (coords.), *Biossegurança e novas tecnologias na sociedade de risco: aspectos jurídicos, técnicos e sociais*, Florianópolis, Conceito Editorial, 2007.

30 *Idem*.

31 Niebuhr, P., "Aspectos processuais da lei de biossegurança", em Leite, R. e Fagundez, P. (coords.), *op. cit*.

e tem aprovado, sem análise científica suficiente, o registro de sementes transgênicas.[32]

Nessa linha de raciocínio e conforme a realidade do país, caracterizada pela falta de conhecimento e educação, distorções normativas e diante do grave risco à saúde, por consequência, tem-se que o Brasil é o maior consumidor de agrotóxicos do mundo desde 2009.[33] O Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes (INCA), em 2015, se posicionou contra as práticas de uso de agrotóxicos no Brasil, bem como destacou os seus riscos à saúde, sobretudo, às causas do câncer.[34]

O documento do INCA[35] acrescentou, ainda, que:

> Os últimos resultados do Programa de Análise de Resíduos de Agrotóxicos (PARA) da Anvisa revelaram amostras com resíduos de agrotóxicos em quantidades acima do limite máximo permitido e com a presença de substâncias químicas não autorizadas para o alimento pesquisado. Além disso, também constataram a existência de agrotóxicos em processo de banimento pela Anvisa ou que nunca tiveram registro no Brasil. Vale ressaltar que a presença de resíduos de agrotóxicos não ocorre apenas em alimentos in natura, mas também em muitos produtos alimentícios processados pela indústria, como biscoitos, salgadinhos, pães, cereais matinais, lasanhas, pizzas e outros que têm como ingredientes o trigo, o milho e a soja, por exemplo. Ainda podem estar presentes nas carnes e leites de animais que se alimentam de ração com traços de agrotóxicos, devido ao processo de bioacumulação. Portanto, a preocupação com os agrotóxicos não pode significar a redução do consumo de frutas, legumes e verduras, que são alimentos fundamentais em uma alimentação saudável e de grande importância na prevenção do câncer. O foco essencial está no combate ao uso dos agrotóxicos, que contamina todas as fontes de recursos vitais, incluindo alimentos,

32 Valente Lopes, E., *op. cit*.

33 Lista 10, "Os 10 países que mais utilizam agrotóxicos no mundo", *https://lista10.org/diversos/os-10-paises-que-mais-utilizam-agrotoxicos-no-mundo/*

34 INCA, "Posicionamento do Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da Silva acerca dos agrotóxicos", *https://www.inca.gov.br/sites/ufu.sti.inca.local/files//media/document//posicionamento-do-inca-sobre-os-agrotoxicos-06-abr-15.pdf*

35 *Ibidem*.

> solos, águas, leite materno e ar. Ademais, modos de cultivo livres do uso de agrotóxicos produzem frutas, legumes, verduras e leguminosas, como os feijões, com maior potencial anticancerígeno. Outras questões merecem destaque devido ao grande impacto que representam. Uma delas é o fato de o Brasil ainda realizar pulverizações aéreas de agrotóxicos, que ocasionam dispersão destas substâncias pelo ambiente, contaminando amplas áreas e atingindo populações. A outra é a isenção de impostos que o país continua a conceder à indústria produtora de agrotóxicos, um grande incentivo ao seu fortalecimento, que vai na contramão das medidas protetoras aqui recomendadas. E ainda, o fato de o Brasil permitir o uso de agrotóxicos já proibidos em outros países.

Sabendo-se da impossibilidade de esgotar a discussão, enfatiza-se que a dependência desses agentes químicos na agricultura, de maneira inequívoca, causa uma série de impactos ambientais que colocam em risco a vida humana e demonstram as graves consequências e riscos aos ecossistemas. Nesse diapasão, revela-se a grave violação aos direitos humanos no Brasil.

V. Conclusão

A promoção da realização do Direito Humano à alimentação adequada passou por um processo de amadurecimento na seara internacional ao inserir não somente quantidade, mas qualidade dos alimentos e hoje está previsto em diversos tratados e documentos internacionais, dos quais o Brasil inclusive é signatário e possui tal cumprimento como uma obrigação.

A Constituição Federal de 1988 ampara o direito fundamental à saúde, bem como ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e possui a intenção de proteger a população brasileira no que diz respeito ao consumo de produtos nocivos. No entanto, a legislação infraconstitucional apresenta-se como incompatível com a norma supra, bem como as próprias ações estatais quando priorizam o mercado e o lucro em detrimento da segurança alimentar, que se revela na própria saúde e sobrevivência da população, e da proteção do meio ambiente, que perduram diretamente impactados.

O que se extrai da constatação oriunda da presente pesquisa é que o Direito Humano à Alimentação Adequada corresponde ao dever do Estado de prover e, também, da coletividade, de exigir o cumprimento de um direito intrinsecamente relacionado com a dignidade da pessoa humana. Desta forma, é papel de todos os cidadãos constatar as suas obrigações e responsabilidades para que o DHAA se torne realidade no Brasil.

Bibliografia

Burity, V. *et al., Direito humano à adaptação adequada no contexto da segurança alimentar e nutricional*, Brasília, ABRANDH, 2010.

Carson, R., *Primavera Silenciosa*, São Paulo, Gaia, 2010.

Cavalli, S., "Segurança alimentar: a abordagem dos alimentos transgênicos", *Revista de Nutrição*, n. 01, 2001.

Ferrari, E., *A aplicação do Alien Tort Claim Act, na responsabilização das indústrias produtores de agrotóxicos: o direito transnacional como ferramenta de garantias dos direitos humanos, Dissertação (Mestrado em Direito)*, Passo Fundo, Faculdade Meridional, 2020.

Leite, M., "Os genes da discórdia – Alimentos transgênicos no Brasil", *Revista Política Externa*, n. 02, 1999.

Lima, J. F., *A regulação dos transgênicos no Brasil: contribuições do direito comparado americano e europeu e análise do milho transgênico*, *Monografia (Graduação em Direito)*, Chapecó, Universidade Comunitária da Região de Chapecó, 2012.

Niebuhr, P., *Aspectos processuais da lei de biossegurança*, em Leite, R. e Fagundez, P. (coords.), *Biossegurança e novas tecnologias na sociedade de risco:* aspectos jurídicos, técnicos e sociais, Florianópolis, Conceito Editorial, 2007.

Nodari, R., "Biossegurança, transgênicos e risco ambiental: os desafios da nova lei de biossegurança", em Leite, R. e Fagundez, P. (coords.), *Biossegurança e novas tecnologias na sociedade de risco: aspectos jurídicos, técnicos e sociais,* Florianópolis, Conceito Editorial, 2007.

Sarlet, I., *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988,* Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2015.

Sen, A., *Desenvolvimento como liberdade*, São Paulo, Companhia das Letras, 2010.

Shetty, S., "Declaração e Objetivos de Desenvolvimento do Milênio: oportunidades para os direitos humanos", *Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 02, 2005.

Valente Lopes, E., *Biorregulação de alimentos transgênicos: sistema de comando e controle como um instrumento à efetividade do direito humano à alimentação adequada, Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional),* Fortaleza, Universidade de Fortaleza, 2020.

Valente, F. *et al.,* "Compreendendo a abordagem de direitos humanos à segurança alimentar no Brasil – Lições aprendidas – Estudo de Caso", em Valente, F. (coord.), *Direito humano à alimentação: desafios e conquistas,* São Paulo, Cortez, 2002.

La eutanasia en Perú y sus conflictos éticos: ¿debe permitirse su regulación?

Arturo Saúl Grau Castillo

Sumario. I. Introducción. II. El concepto de eutanasia en la historia y su conflicto con la ética. III. El ordenamiento peruano y la sentencia en el caso *de la señora Ana Estrada*. IV. La regulación de la eutanasia en el derecho comparado. V. Por una regulación del derecho fundamental a la eutanasia en el Perú. VI. Reflexiones finales. Bibliografía.

I. Introducción

Las discusiones generadas respecto al inicio y fin de la vida humana han sido siempre parte de una consideración especial en libros de ética, filosofía, literatura y, también, del derecho; sin embargo, esto no solo se ha quedado en la teoría, sino que en la práctica han sido los jueces quienes —mediante la jurisprudencia— desarrollaron los alcances de estas situaciones siempre controvertidas.

En el Perú, a raíz del coraje de la señora Ana Estrada para reclamar por sus derechos y pedir el respeto y reconocimiento de estos al Estado es que se ha conseguido un avance en este aún valeroso camino hacia la regulación de la muerte digna y un pleno reconocimiento en el sistema peruano.

El presente trabajo será dividido en cinco apartados, comenzando por analizar el desarrollo histórico del concepto de euta-

nasia y los conflictos éticos que pueda generar en el campo de la medicina; en el tercer apartado nos centraremos en la regulación peruana, a fin de observar los preceptos normativos relacionados con la eutanasia y nos avocaremos a desarrollar lo resuelto en el caso *de la señora Ana Estrada*; el cuarto apartado se centrará en las novedades legislativas y en lo desarrollado en otros países sobre esta materia y, por último, analizaremos la sentencia del caso de Ana Estrada y propondremos una regulación adecuada en la materia, buscando reconocer como derecho fundamental a la muerte digna.

II. El concepto de eutanasia en la historia y su conflicto con la ética

A lo largo de la historia de la humanidad, se ha intentado regular la muerte producida por voluntad propia, ya sea la realizada por el propio sujeto, pero con ayuda, o bien la realizada por un tercero. El término tan utilizado de "eutanasia" proviene de griego "Eu" (que significa bien o fácil) y "Thanatos" (que significa muerte), de este modo podríamos acercarnos —por lo menos etimológicamente— al concepto de eutanasia como "buena muerte". Sin embargo, no es más que una mera aproximación, la cual requiere de una explicación histórica a fin de ir dotándolo de contenido.

En la Antigüedad se hablaba de muerte asistida y ello podemos encontrarlo en aquella reunión llevada a cabo en Atenas con motivo del último día de Sócrates, quien expresa a sus discípulos que la vida para algunos es una necesidad absoluta y para otros es un martirio, pero estos últimos, al no procurársela a sí mismos, se encontrarán obligados a esperar a un libertador.[1] En esta misma línea, Platón, en su obra *La República*, expone que "En cuanto a aquellos, cuyo cuerpo está mal constituido, se los dejará morir, y se castigará con la muerte a aquellos cuya alma es naturalmente mala e incorregible".[2] De este modo, se creía que el Estado no de-

[1] Platón, *Obras completas. Diálogos: El fedón - Giorgias - El banquete,* ed. de Patricio Azcárate, Madrid, Medina y Navarro Editores, 1871, t. V, pp. 26 y 27.

[2] Platón, *La República*, México, Editora Nacional, 1969, t. VII, p. 185.

bía proteger a aquellos hombres ni útiles ni virtuosos, pudiendo así intervenir en su muerte.

En Grecia, el filósofo estoico Séneca fue sentenciado a muerte junto con su esposa, y argumenta que no rehuirá a la vejez si se encontrase íntegro, salvo: "[...] si me doy cuenta de que he de sufrir constantemente el dolor, partiré, no por causa de él, sino porque me va a poner obstáculos para todo aquello que motiva la vida. Es débil e indolente quien a causa del sufrimiento decide su muerte, necio quien vive para sufrir".[3] Para Séneca, la muerte consiste en morir bien y de forma digna, siendo ello hasta cuando se pueda aprovechar de la vida y el cuerpo esté en condiciones de seguir.

Posteriormente, un médico influyente de la Grecia antigua y considerado como el padre de la medicina, Hipócrates, tenía una idea totalmente diferente a los filósofos ya mencionados, pues este realiza el siguiente juramento en el siglo IV a.C.: "[...] No entregaré veneno a nadie, si me lo piden, ni tomaré la iniciativa de tal sugestión, tampoco entregaré a ninguna mujer un pesario abortivo". Sobre ese juramento existen opiniones diversas, como aquellas de Edelstein, al expresar que no se debe interpretar como prohibición a la eutanasia. Por otro lado, según Carrick, esta prohibición sí se refería al envenenamiento u ocasionar la muerte.[4]

Ya en la época del Renacimiento, luego del impedimento total en época cristiana, al considerar la vida como sacralidad, la eutanasia va moldeándose en su definición y adquiere un real significado, al ser interpretada como una muerte digna y sin sufrimiento, como bien concibe el humanista Tomás Moro, para quien, si el mal es incurable y causa crueles sufrimientos, debe disponerse la "eutanasia directa", a fin de poner fin a sus suplicios.[5] No debe dejar de destacarse a Francis Bacon, médico y filósofo inglés, para quien la función del médico no es solo restaurar

---

3 Séneca, *Epístolas morales a Lucilio*, Madrid, Gredos, 2001, p. 245.

4 Merino, Sabrina *et al.*, "The prohibition of euthanasia and medical oaths of Hippocratic stemma", *Acta Bioethica*, vol. 23, núm. 1, junio de 2017, pp. 171-178.

5 Moro, Tomás, *Utopía*, trad. de J. Mallafrè Gavaldà, Barcelona, Bosch, 1977, p. 285.

la salud, sino mitigar el dolor y los sufrimientos, y ello puede darse también al poner fin a la vida.[6]

Posteriormente, entre los siglos xix y xx surgió una nueva forma —incorrecta— de entender la eutanasia, al mando de Hitler y los nazis, quienes la concibieron como social o eugenésica. De este modo, tan pronto como fue firmado el decreto del *Führer* en 1939, se comenzó a registrar a todos los pacientes que fueran considerados incurables, los cuales podrán recibir la muerte por piedad; sin embargo, este registro no fue solo para pacientes con enfermedades incurables, sino que también fue obligatorio para todos los pacientes que sufrían de esquizofrenia, epilepsia, deficiencia senil y otras deficiencias mentales e intelectuales. Cabe acotar que incluso se inscribía a pacientes que se encontraban en instituciones por más de cinco años, criminales y a aquellos que no tenían sangre alemana, para el exterminio denominado como "eutanasia por piedad".[7]

En la actualidad, el diccionario de la Real Academia Española ha definido a la eutanasia como "acción u omisión que, para evitar sufrimientos a los pacientes desahuciados, acelera su muerte con su consentimiento o sin él". Por su parte, la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha considerado que la eutanasia es "la acción del médico que causa deliberadamente la muerte del paciente".

En vista a lo expresado, la eutanasia puede ser dividida teniendo en cuenta diversos aspectos: *a)* voluntariedad, la eutanasia debe ser voluntaria; sin embargo, en la historia de este término se han dado practicas involuntarias que no deberían ser tomadas como eutanasia; *b)* por la forma de conducta que la produce, puede ser activa —cuando la muerte es consecuencia debido a una acción del sujeto que realiza la eutanasia— y pasiva —cuando se opta por no prolongar la vida del paciente—; *c)* en cuanto a la intención del sujeto que la realiza, puede ser activa directa —cuando se le suministra alguna dosis que cause la muerte— o activa

6 Bacon, Francis, *El avance del saber,* trad. de María Luisa Balseiro, Madrid, Alianza Editorial, 1988, p. 124.

7 Freidl, W. *et al.,* "The Fate of Psychiatrie Patients During the Nazi Period in Styria/Austria: Part I: German-Speaking Styria", *International Journal of Mental Health,* vol. 35, núm. 3, 2006, pp. 34 y 35.

indirecta —cuando se le suministra al paciente alguna dosis que mitigue el dolor y sufrimiento, pero con el conocimiento de que la enfermedad sigue su curso—.[8]

Vemos que la eutanasia siempre ha sido una práctica muy discutida, la cual no ha estado libre de críticas, sobre todo éticas. Teniendo una visión sobre los códigos de ética y deontológicos existentes, se puede concluir que existe un conflicto entre la eutanasia y la ética en la medicina, lo cual se aprecia con mayor énfasis en lo expuesto por la Asociación Médica Mundial en 1987, donde se establece esta discrepancia entre la eutanasia y la ética médica; en la Asamblea Mundial de 1992, donde se detalla una clara oposición a la eutanasia; y en la Resolución de octubre de 2021 adoptada por la 53a Asamblea General de la AMM y celebrada en Washington, D.C., EE.UU.

Esta valoración ética que se hace sobre la eutanasia puede acentuarse mediante la examinación de los fines de la medicina, la cual —en palabras de Goic— busca ayudar al enfermo y, por este motivo, tiene un objetivo ético, pues su esencia es asistencial; además, hace énfasis en que la muerte inducida para poner fin a los sufrimientos de un paciente desahuciado es una acción reñida y enemistada con el propósito fundamental de la medicina.[9]

En la misma línea, en estas críticas éticas se ha agregado que no puede admitirse que la eutanasia sea un acto médico, pues el especialista en medicina no puede concebir el término "matar con dignidad", y ello no sería una acción decente de este profesional. Además, se ha agregado que la misión médica no debería ser politizada y, por tanto, mantenerse siempre neutral y fiel a su misión de preservar la salud y vida del paciente. Se ha detallado también que no es necesario ser médico para matar a una persona; por tal motivo, no debe ser el médico quien cargue en su conciencia con la muerte de un paciente de forma intencional.[10]

---

8 Islas de González Mariscal, Olga, *Eutanasia*, México, IIJ-UNAM, *http://www.eutanasia.ws/hemeroteca/m111*

9 Goic, Alejandro, *El fin de la medicina*, Santiago de Chile, Publicaciones Técnicas Mediterráneo, 2000, pp. 20-38.

10 Merchan-Price, Jorge, "La eutanasia no es un acto médico", *Persona y Bioética*, vol. 12, núm. 1, 2008, pp. 47-49.

III. El ordenamiento peruano y la sentencia en el caso *de la señora Ana Estrada*

Luego de haber detallado en qué consiste la eutanasia, es menester expresar que en el ordenamiento peruano podemos encontrar el denominado "homicidio por piedad", el cual se encuentra regulado en el artículo 112 del Código Penal peruano vigente desde 1991 (CP), señalando que el que por piedad mata a un enfermo incurable que le solicitó poner fin a sus dolores será reprimido con una pena no mayor a tres años. Igualmente, el CP también regula en su artículo 113 una figura denominada "instigación y ayuda al suicidio", la cual —en tentativa o consumación— es reprimida con pena no menor a un año ni mayor a cuatro.

Con respecto al homicidio piadoso, Prado Saldarriaga comenta que en el Perú toda forma de eutanasia está prohibida y, por tanto, es punible; pese a ello, se atenúa la pena privativa debido a que el móvil resulta ser la piedad. Para la configuración se ha señalado que se requiere como primer elemento a una persona que padezca enfermedad incurable; segundo, esta enfermedad debe generar una sintomatología intolerable; tercero, la voluntad de poner fin a su vida; y cuarto, que el móvil sea la misericordia.[11]

Diferente punto de vista tiene Bramont Arias, para quien el artículo 112 del CP solo ha tipificado a la eutanasia activa como el empleo de tratamiento o fármaco con la finalidad de poner fin a la vida de un enfermo terminal.[12] Esta discusión sobre si es que se ha regulado en el Perú a la eutanasia o no presenta diversas opiniones, pero —de forma general— la gran mayoría de juristas ha aceptado que en el homicidio piadoso se tipifica a la eutanasia activa.

Referente al artículo 113 del CP, en la cual también se protege la vida humana independiente, existen dos conductas que requieren de un análisis: *a) la instigación*, que consiste en generar un influjo psicológico directo capaz de generar, de manera dolosa,

11 Prado Saldarriaga, Víctor, *Derecho Penal. Parte especial: los delitos*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017, vol. 27, pp. 36 y 37.

12 Bramont Arias, Luis Miguel, *Manual de Derecho Penal: Parte general*, Editorial y Distribuidora de Libros, 2005.

la resolución terminal de la vida de una persona,[13] y *b) la ayuda,* que debe ser interpretada como una colaboración con el suicida antes o durante su ejecución; sin llegar a asumir el rol decisivo del autor, pero idónea para que el propósito pueda realizarse.[14]

En el campo del Código Civil peruano vigente (CC), de 1984, debemos partir del primer artículo, el cual dispone que el nacimiento es el elemento determinante para adquirir la personalidad, pues hace una diferencia entre persona y sujeto de derecho, teniendo el primero el goce pleno de todos los derechos y los otros sujetos de derecho, diferentes de la persona, solo aquellos derechos atribuibles.

En palabras del profesor Césare Magni, el sujeto de derecho es el símbolo primario y la persona sería el símbolo derivado,[15] añadiendo además en el Perú al concebido como derivación. Por ello, con el CC se entiende que son sujetos de derecho tanto el concebido, persona natural (ser humano nacido), persona moral o jurídica y las personas jurídicas no inscritas. Los derechos de la personalidad deben ser atribuidas a aquellas situaciones jurídicas que forman parte de los derechos civiles, los que además son la especie de los derechos fundamentales, pues existe, sin duda alguna, una relación directa entre los derechos civiles y los derechos recogidos en la Constitución peruana, pues esta última es la norma suprema, y lo regulado por el CC tiene rango infraconstitucional; razón por la cual busca la adecuación y respeto de la Carta Magna.

En relación con el artículo 5 del CC, este desarrolla los derechos de la personalidad, entre los que podemos encontrar a la salud, integridad, honor, libertad, y los demás derechos inherentes a la persona, que son implícitos y se sitúan en una cláusula

---

13 Bramont Arias, Luis Miguel y García Cantizano, María del Carmen, *Derecho penal. Parte especial*, 4a. ed., Lima, San Marcos, 1998, p. 76.

14 Alfaro Reyna, Luis Miguel, "Homicidio a petición, instigación y ayuda al suicidio en el derecho penal: una lectura constitucional de los artículos 112 y 113 del Código Penal peruano", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie,* año XLII, núm. 124, 2009, pp. 250 y 251.

15 Magni, Cesare, "Soggetto e persona nel Diritto", *Studi in onore de Vincenzo del Giudice*, Milán, Giuffrè, 1953, pp. 28 y 29.

general de tutela de la persona humana, resultando como consecuencia que se encuentra en concordancia con el artículo 3 de la Constitución peruana.

Sobre este punto, compartimos lo expresado por Espinoza, quien considera que la legislación peruana, diferente a aquellos ordenamientos donde se regula de forma taxativa, ha adoptado una posición ecléctica y saludable, debido a que esta cláusula general de los derechos de la persona cubrirá eventuales omisiones o defectos de la amplia regulación de los derechos prescritos, la cual no tiene un agotamiento, pues las manifestaciones de la conducta humana resultan ser infinitas.[16] Frente a ello, la legislación peruana es abierta y no tiene un *número clausus* de derechos de la personalidad ni fundamentales, sino que todos aquellos que se fundamenten en la dignidad del hombre pueden ser reconocidos, aunque no se encuentren expresamente en el cuerpo normativo.

Luego de analizar la regulación peruana, consideramos necesario destacar la sentencia recaída bajo el expediente 00573-2020-0-1801-JR-DC-11, emitida por Décimo Primer Juzgado Constitucional, también conocida como caso *de la señora Ana Estrada Ugarte*, al cual consideramos un paso importante y sin precedentes para una posterior regulación de la eutanasia y permisividad del derecho a la muerte asistida.

La señora Ana Estrada Ugarte es una psicóloga peruana de 44 años de edad, que padece una enfermedad denominada polimiositis, consistente en ser una enfermedad extraña y degenerativa que inflama y debilita los músculos. En 2015 la polimiositis logró alcanzar sus músculos respiratorios y la señora Estrada sufrió una traqueostomía y una grastrostomía, quedando bajo el cuidado de enfermeras las 24 horas del día. Por este motivo, y a raíz del daño progresivo que padecía, en 2019 decidió crear un blog personal denominado "Ana busca la muerte digna", lanzando además una petición a través del aplicativo Change.org, para que las autoridades examinaran su situación y le permitieran una muerte digna que acabara con su sufrimiento.

[16] Espinoza, Juan, "Comentarios al artículo 5 del Código Civil", AA. VV., *Código Civil Comentado: comentan más de 209 especialistas en las diversas materias del derecho civil,* Lima, Gaceta Jurídica, 2007, t. I, p. 98.

Esta petición conllevó que la Defensoría del Pueblo de Perú, representada por el defensor Walter Francisco Gutiérrez, interpusiera demanda de amparo en beneficio de Ana Estrada, contra el Ministerio de Salud (MINSA), el Seguro Social de Salud (EsSalud) y contra el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUSDH), a fin de que se desaplicara el artículo 112 del CP y se regulara un procedimiento para futuros casos similares.

Luego de haber realizado un análisis del caso, esta judicatura resolvió declarar inaplicable —solo para este caso— el artículo 112 del CP, pues, al realizarse un test de proporcionalidad, no ha podido sobreponerse a ninguno de los tres subprincipios: *a)* idoneidad, al existir contradicción con otros derechos fundamentales como la dignidad y libertad; *b)* necesidad, al haber otras formas menos lesivas de proteger la vida, como tratamientos, prevención y ayudas, y *c)* proporcionalidad en sentido estricto, al ser la protección no proporcional al grado de afectación. Por tanto, la muerte digna es constitucional, pero no como derecho fundamental, sino —a su parecer— como derecho derivado de la dignidad y, por tanto, protegido; sin embargo, no puede ser promovido.

IV. La regulación de la eutanasia en el derecho comparado

Incluso tras la sentencia de la señora Ana Estrada, la cual es referente en este tema, aún no existe regulación en el Perú al respecto y, con ello, tampoco una aceptación de este derecho a nivel general, dado que solo para este caso específico se ha decidido desaplicar el artículo 112 del CP. Por este motivo, y a fin de poder comprender más a fondo esta materia, consideramos relevante dirigirnos a los formantes legislativo, doctrinario y jurisprudencial existentes en otros países.

4.1. Países Bajos

El primer país en permitir formalmente la eutanasia fue Países Bajos, donde la discusión sobre la regulación comenzó a raíz de

una sentencia dictada en 1973, debido a que la doctora Postma produjo la muerte de su madre, quien se encontraba paralizada debido a una hemorragia cerebral. En esta sentencia se consideró como fundamento el estado de necesidad y que, para no ser penada, deben cumplirse una serie de requisitos: *a)* que el paciente padezca una enfermedad médicamente incurable; *b)* que el solicitante soporte dolor incontrolable; *c)* que tenga la voluntad de acabar con su vida, y *d)* que el acto sea realizado por el médico de confianza del paciente o aquel al cual es consultado.[17]

Es en el año 1988 cuando la Real Sociedad para la Promoción de la Medicina establece ciertos criterios para ser aplicados en casos de suicidio asistido y eutanasia, tomando como base las nuevas interpretaciones judiciales. Sin embargo, diferente a lo ya estipulado se estableció en la sentencia del Tribunal Supremo en 1994, correspondiente al famoso caso *Chabot*, en la cual se presencia la muerte de una mujer de 50 años a manos de su psiquiatra. El Tribunal Supremo consideró que la eutanasia o ayuda al suicidio debido al estado de necesidad (entendido como la situación de escoger entre conservar la vida y el deber de aliviar el sufrimiento insoportable sin posibilidad de mejora) puede verse justificado no solo por sufrimiento físico y enfermedad terminal, sino también por grave sufrimiento psíquico.[18]

Luego de estos primeros casos, parte de otros tantos más, en los que se dio a luz a una primera base sobre la eutanasia, y tras diversos trabajos parlamentarios, en 2001 Países Bajos aprobó la Ley de comprobación de la finalización de la vida a petición propia y del auxilio al suicidio, la cual entró en vigor el 1 de abril de 2002. En esta ley se considera a la eutanasia como toda intervención directa y eficaz del médico para causar la muerte de un paciente que sufre enfermedad irreversible o en fase terminal, y que además cuenta con dolor insoportable, a pedido de este; asimismo, se modificaron los artículos 293 y 294 del Código Penal de Países Bajos.

---

17 Ríos, Alma de los Ángeles y Fuente del Campo, Antonio, "Eutanasia y la dignidad humana en el derecho comparado", *Perfiles de las Ciencias Sociales*, año IV, núm. 8, 2017, p. 13.

18 Cohen-Almagor, R., "The Chabot Case: Analysis and Account of Dutch Perspectives", *Medical Law International,* vol. 5, 2002, pp. 142-145.

4.2. Italia

Italia tiene una regulación muy particular, pues si bien no permite la eutanasia activa, sí ha desarrollado —por medio del formante legal y jurisprudencial— la eutanasia pasiva y ayuda al suicidio, siendo un caso inicial el de Piergiogio Welby, quien falleció en 2006 a causa de que Mario Riccio, su médico anestesiólogo, lo hubiera sedado y desconectado del respirador artificial.

Un punto a resaltar del presente caso es que, si bien en un inicio se imputó al médico Riccio por haber desconectado a su paciente y causarle así la muerte, en 2007 el juez lo absolvió, considerando que el médico solo puede dar cuenta a solicitud del mismo paciente, en virtud de su derecho a la autodeterminación, protegida en el artículo 13 de la Constitución italiana; además se argumenta que el derecho a negarse a recibir tratamiento terapéutico forma parte de los derechos inviolables de la persona, regulados en el artículo 2 de la misma carta fundamental.[19]

Otro caso relevante es el de Luana Englaro, cuyo padre lucha para que se suspenda su alimentación y se ponga fin a su sufrimiento, pues esta ha sufrido muerte cerebral. Luego de una ardua lucha, la decisión primordial llegó mediante la Corte Suprema, la cual argumentó que el juzgado sí puede autorizar la interrupción de tratamientos o alimentación artificial en presencia de dos circunstancias: *a)* que el estado vegetativo sea irreversible, y *b)* que, si bien es importante la declaración de la propia persona, debería reconstruirse su voluntad. En ese sentido, se argumenta que lo resuelto no es una eutanasia, sino una elección por parte del paciente y realizada, en este caso, a través de su tutor.[20]

Ahora bien, no fue hasta 2017 cuando se promulgó la Ley 219 (Ley de consentimiento informado y disposiciones sobre el tratamiento anticipado), por medio de la cual se busca proteger el

[19] Santosuosso, Amedeo, "La volontà oltre la coscienza: la Cassazione e lo stato vegetativo", *La Nuova Giurisprudenza Commentata*, 1 de enero de 2008.

[20] Sentencia de la Casación 21748, 16 de octubre de 2007, *http://www.altalex.com/index.php?idnot=38683*; Defanti, C. A., "I trattamenti di sostegno vitale", en Lenti, Leonardo; Palermo Fabris, Elisabetta y Zatti, Paolo (eds.), *I diritti in medicina*, Milán, Giuffrè, 2011, pp. 593-595.

derecho a la autodeterminación, porque a partir de este momento ningún tratamiento podía continuarse ni iniciarse sin el consentimiento informado del paciente. Antes de la promulgación de esta ley, solo existía la jurisprudencia ya citada y lo regulado en los artículos 13 y 32 de la Constitución italiana, referente a la libertad personal y, en relación con la salud, la no obligación de someterse a tratamiento.

Por otro lado, la primera discusión sobre la ayuda al suicidio se encontraba prohibida por el artículo 580 del Código Penal italiano, correspondiente a la Ordenanza 207 de 2018. En esta ordenanza, el Tribunal Penal de Milán planteó a la Corte Constitucional el análisis de la legitimidad constitucional del artículo 580 del Código Penal italiano, a raíz de la ayuda al suicidio que proporcionó Marco Capatto a Fabio Antoniani (DJ Fabo), y de la imputación penal del primero; sin embargo, se dejó la discusión para una posterior sesión y se requirió su regulación.

Pese a que el legislador italiano no haya regulado esta materia específica de ayuda al suicidio, la Corte Constitucional —mediante la sentencia 242/2019— se avocó a la disciplina discutida sobre la inconstitucionalidad —o no— del artículo 580 del Código Penal italiano, declarándolo solo inconstitucional en parte, respetando lo que ya se había referido en la ordenanza, pero resaltando además como contenido particular de excepción para que el ayudante no sea punible cuando se cumplan los siguientes requisitos: *a)* intención suicida formada autónomamente; *b)* persona mantenida con vida mediante tratamientos de soporte vital; *c)* enfermedad irreversible, y *d)* sufrimiento intolerable.[21]

De este modo, la Corte Constitucional no permite la eutanasia activa, sino que lo único que hace es ampliar el ámbito de los esfuerzos terapéuticos, permitiendo así el suicidio asistido o la ayuda, entendida esta como una alternativa válida a la que se suma como requisito el que la persona que solicita ayuda al suicidio necesite un mantenimiento artificial y esta sea su única salida para poner fin a su sufrimiento.[22]

[21] Sentenza 242, 2019.

[22] Rey Martínez, Fernando, "El suicidio asistido en Italia: ¿un nuevo derecho?", *TRC,* núm. 46, 2020, p. 464.

4.3. Colombia

Colombia es el primer país de Sudamérica en despenalizar la eutanasia activa, en ocasión de la sentencia de constitucionalidad 239 de 1997, en la cual se resuelve declarar inconstitucional el artículo 326 del CP colombiano, referente al "homicidio piadoso", y para ello se detalló las condiciones que debían suceder para no ser penado, tales como: enfermedad terminal, intenso dolor, voluntad del solicitante y ser realizada por un médico.

Lo que se ha manifestado es que el juez colombiano reconoce a la muerte digna como un derecho fundamental, invocando los artículos correspondientes a la dignidad y libre desarrollo de la personalidad respecto del solicitante, y para fundamentar el actuar del médico se basó en el artículo constitucional relativo a que los ciudadanos deben actuar conforme al principio de la solidaridad social.[23]

Sin embargo, pese a la orden judicial de regular la eutanasia, hubo un vacío legal sobre este derecho, lo cual produjo que se realizaran prácticas arbitrarias y que las instituciones variaran su precio.[24] Por ello, no fue sino hasta el 20 de abril de 2015, mediante Resolución 1216, en la que se impartieron las directrices para la conformación y el funcionamiento de los Comités Científico-Interdisciplinarios para el derecho a morir con dignidad.

4.4. España

Fue recién el 18 de marzo de 2021 que se aprobó la Ley Orgánica 3/2021, la cual se basa en el reconocimiento constitucional del derecho a la autonomía de la persona, incluyendo el derecho a decidir sobre el final de sus días, pero siempre que concurran situaciones propias que garanticen el correcto ejercicio de este derecho y así se eviten sus abusos.

---

23 Michalowski, Sabine, "Legalising active voluntary euthanasia through the courts: some lessons from Colombia", *Medical Law Review,* vol. 17, núm. 3, 2009, pp. 183-218.

24 Quintero, Juan Fernando, "Conozca al médico colombiano que ha practicado 102 eutanasias", *El Tiempo*, 1 de julio de 2012, *http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-11987336*

En la doctrina se expresa que con la eutanasia se genera un conflicto entre, por un lado, la vida, y, por el otro, la libertad, la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a recibir tratos inhumanos. Si bien suele pensarse que ante un conflicto de estos derechos prevalecerá la vida, eso no es del todo correcto, dado que la eutanasia es un caso excepcional.[25] Esta decisión llegó luego de una ponderación entre los derechos constitucionales antes mencionados y expresando que la vida no es un derecho absoluto.

En esa línea, a partir de una lectura sistemática de la Constitución, puede afirmarse que en la Constitución española se permite que se lesione la vida —en circunstancias de penosidad—, pero que se protejan en cambio los derechos a la dignidad y autonomía. Sumado a eso se encuentra lo regulado en la Ley del Sistema Nacional de Salud, en la cual se detalla que no se puede imponer un tratamiento contra la voluntad del paciente.[26]

Por su parte, respecto del procedimiento a realizarse, este comienza con un proceso deliberativo entre el médico y su paciente, en el que debe informársele de las terapias, los paliativos y de su diagnóstico. El médico tiene la obligación de comprobar que la solicitud se hizo a voluntad del paciente y que fue sin coacciones, sumado a que se encuentra en la situación plasmada en la ley; asimismo, deberá consultar con otro médico y este deberá corroborar el cumplimiento de todos los requisitos en un plazo de 10 días, dejando plasmado en un informe lo que haya considerado pertinente. Una vez que se haya constatado que se cumplen todos los requisitos, el médico responsable deberá hacerlo del conocimiento de la Comisión de Garantía y Evaluación, la cual realizará un control previo.[27]

---

25 Juanatey, Carmen, "Sobre la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia voluntaria en España", *TEORDER*, núm. 29, 2021, p. 75.

26 Véase el art. 9.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

27 Marcos del Can, Ana María, "¿Existe un derecho a la eutanasia? Panorama internacional y análisis de la Ley Orgánica de Eutanasia de nuestro país", *TEORDER*, núm. 9, 2021, p. 146.

Esta regulación española es, pues, un modelo a seguir, dado que pese a que en ese país no haya habido desarrollos jurisprudenciales como en los otros países ya comentados, su regulación destaca entre las propuestas, por su seguridad y búsqueda de perfeccionamiento para proteger este nuevo derecho fundamental.

V. Por una regulación del derecho fundamental a la eutanasia en el Perú

Regular y aprobar la eutanasia directa no ha sido tan sencillo a nivel comparado, pues como bien hemos desarrollado, entre los países que se avocan a discutir sobre la decisión de morir, se ha regulado en mayor cantidad el suicidio asistido e incluso la eutanasia pasiva; sin embargo, no todos han regulado poner fin a la vida de forma activa mediante la aplicación de tratamientos o fármacos.

En el homicidio piadoso regulado en el artículo 112 del CP de Perú se contempla como bien jurídico protegido a la vida; empero, la vida, como presupuesto de otros derechos, no debe ser percibida desde una perspectiva biológica como existencia física *per se*, dado que ello desplaza todo concepto de vida ligado a la "calidad". En consecuencia, los criterios fisiológicos y biológicos son importantes, pero son solo el punto de partida.

La vida es un estado energético que existe en cualquier dimensión vibratoria conocida o desconocida por el ser humano, dividida tanto en la dimensión de Dios, en la dimensión constitutiva del espíritu, y en la que habitamos, denominada dimensión constitutiva de las formas corporales de los planetas.[28] En la misma línea, Grau León comenta que toda materia, entendida como todo aquello capaz de ser medido, representa un estado energético, lo cual es vibración y simboliza un estado de vida.[29] Por tal motivo, la vida no debe ser entendida como algo sacrosan-

[28] Gama, S., *Credeon: credo del septrionismo*, Industrial Gráfica Apolo, 2008, p. 11.

[29] Grau León, "Santiago, Teoría del origen de la materia", *Blog del Dr. Santiago Grau León, http://sgrau.septrionismo.com/index.php/15-la-teoria-del-origen-de-la-materia*

to ni intangible, sino como una estancia en la que se debe otorgar todas aquellas condiciones para que el ser humano pueda desarrollarse.

Ahora bien, en la sentencia del caso *Ana Estrada* se expresa que no existe en el Perú un derecho fundamental a la eutanasia o muerte digna, sino más bien una "libertad constitucionalmente limitable" y que deriva del derecho a la dignidad, siendo en concreto su fase interna de autopercepción de la persona por medio del uso de su decisión autónoma. Del mismo modo, cae en contradicción, pues la considera similar al concepto de suicidio asistido como "simple libertad".

Siguiendo a Landa, todos los derechos se fundan en la dignidad humana, pero, debido a su diversa naturaleza, se pueden hacer exigibles de forma inmediata o mediata y, además, la condición de fundamentales hace que superen el carácter utilitarista, donde siempre se hacía prevalecer un interés público sobre un interés particular, sino que ahora —si entran en conflicto— debe realizarse una ponderación de los mismos.[30]

En ese sentido, la muerte digna debe ser considerada un derecho fundamental y no solo quedarnos con esta forma de entenderla como un derecho proveniente de la dignidad o una libertad constitucionalmente limitada, tal y como fue entendida en dicha sentencia. Consideramos que deben brindarse las condiciones para poder ejercer el derecho a la muerte digna y alejarnos de cualquier visión paternalista que intenta imponer una vigilancia extrema sobre la vida, al entender, de forma errónea, que podría haber abusos si se regulase como derecho fundamental.

Del mismo modo, si bien ni en la Constitución peruana ni en tratados internacionales se ha contemplado una regulación expresa sobre este derecho fundamental a la muerte digna, estimamos que este derecho es uno de carácter innominado, en virtud del artículo 3 de la carta fundamental peruana, la cual expresa que los derechos enumerados no excluyen a los demás que la Constitución garantiza.

[30] Landa, César, *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Lima, Palestra Editores, 2010, pp. 12-15.

Por lo anterior, el contenido del derecho a la muerte digna deberá consistir en la libertad de poder decidir el momento y formas para poner fin a la propia vida, cuando se cumplan los requisitos de tener una enfermedad terminal e incurable y, a raíz de ello, padecer dolores intolerables. Esto conlleva que se exija al Estado la regulación de las condiciones necesarias, protocolos y procedimientos para hacerlo efectivo, pues, de no hacerlo, podría suceder lo que pasó en Colombia, donde, a falta de regulación, se ejerció el derecho a la muerte digna de forma arbitraria y sin las condiciones adecuadas o, peor aún, que la sentencia no fuera tomada en cuenta y cayera en el olvido.

Cabe destacar también que, luego de la sentencia del caso *de la señora Ana Estrada*, se ha realizado un Proyecto de Ley 6976/2020,[31] que busca regular la eutanasia activa. En este proyecto se propone, en el artículo 4, los requisitos que debe tener la solicitud de eutanasia:

a) encontrarse con enfermedad en fase terminal o que no exista tratamiento específico para curarla o retrasar su evolución; esta debe ocasionar sufrimiento físico o psicológico y conllevar a la muerte en un tiempo variable;
b) estar consciente de la situación irreversible y de los tratamientos paliativos existentes;
c) formular una petición libre, consciente, voluntaria y por escrito, a menos que se vea impedido a manifestar su voluntad, en cuyo caso debe ser expresada por la persona a su cargo, y
d) habérsele informado de todos los tratamientos disponibles y constar en su historia clínica.

Si bien este proyecto nos parece muy novedoso, deja algunas situaciones al aire libre, como quiénes pueden pedir la eutanasia, si solo peruanos o también extranjeros, o qué sucede si las personas denominadas en el CC como incapaces absolutos o con capacidad restringida deciden hacerlo. Tampoco se refiere a las personas con discapacidad y sus apoyos. Además, consideramos inapropiado que sea solo un médico quien acepte y luego la so-

[31] Proyecto de Ley de la Eutanasia en Perú núm. 6976, 2020, *https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL06976-20210121.pdf*

licitud vaya directo al Comité de Ética para su revisión: creemos conveniente que haya otro médico consultor e independiente para tener una segunda opinión al respecto. Del mismo modo, no se expresa nada sobre lo denominado como "testamento vital", a fin de evitar inconvenientes para futuros tratamientos y situaciones.

Resaltamos que es preciso regular la objeción de conciencia del médico, pues así como se permite que el paciente pueda requerir y ejercer su derecho fundamental a la muerte digna, creemos también que los médicos tienen la libertad de aceptar proseguir o no con la eutanasia, pero, a fin de que sea de forma independiente, se deberá expresar los motivos de forma escrita.

Por último, no queremos dejar de destacar que actualmente, a causa de la pandemia, se han presentado diversos casos que podemos relacionar con eutanasia, pues el desconectar de un ventilador mecánico a los pacientes de Unidad de Cuidados Intensivos (UCI) —como se ha realizado en muchos casos— hace denotar que en la práctica suele ocurrir sobre todo la eutanasia pasiva. Sin embargo, esta nueva coyuntura puede hacernos pensar si es necesario regular un consentimiento anticipado y tener ya una información sobre la voluntad acerca de los tratamientos. La eutanasia activa también podría ser reflejada en aquellos pacientes que deciden no ser conectados al respirador artificial y que —por el contrario— desean que se les aplique medicina para poder morir dignamente. Además, puede incluso ocurrir que no haya camas UCI y el paciente decida por eso que se le apliquen fármacos, pues el dejar morir con el trascurso de los días ocasiona sufrimiento intolerable. ¿Qué hacer ante esta nueva situación? Estas son situaciones límite que también deberían ser evaluadas.

VI. Reflexiones finales

En el Perú, el derecho a la eutanasia y ayuda al suicidio son penados en los artículos 112 y 113 del CP. En estos artículos se busca proteger el derecho a la vida, pero bajo un tenor biológico y no como derecho fundamental, entendido este último como un derecho que no es absoluto y que puede ser limitado en tanto se

busque su desarrollo y vivencia digna. En vista de lo anterior, si bien el Estado tiene la función de prohibir el despojo arbitrario de este derecho, ello no puede ser entendido como muerte digna, dado que en esta situación existe la voluntad del propio sujeto para poner fin a su vida. Además, el Estado también debe adoptar todas las medidas para implementar su desarrollo efectivo.

El derecho a la muerte digna no es simplemente un derecho derivado de la dignidad, sino un derecho fundamental implícito e innominado en virtud del *numerus apertus* del artículo 3 de la Constitución Política del Perú. Por ende, considerarlo como simple derecho o libertad deja mucho que desear.

Por último, si bien la sentencia de la señora Ana Estrada ha sido un inicio relevante en la búsqueda de un reconocimiento del derecho a la muerte digna, ello no puede quedar inmóvil, pues se necesita que se exija su regulación, dado que —en un país donde prima lo escrito o lo taxativo— puede olvidarse este gran inicio. En ese sentido, la regulación del derecho a la muerte digna no contribuirá a la precipitación de muertes (fenómeno también denominado "pendiente resbaladiza"), sino que —por el contrario— protegerá justamente también el derecho a la vida, pues estas prácticas ya no se realizarán en la clandestinidad ni de forma arbitraria.

Bibliografía

Alfaro Reyna, Luis Miguel, "Homicidio a petición, instigación y ayuda al suicidio en el derecho penal: una lectura constitucional de los artículos 112 y 113 del Código Penal peruano", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie,* año XLII, núm. 124, enero-abril de 2009.

Bacon, Francis, *El avance del saber,* trad. de María Luisa Balseiro, Madrid, Alianza Editorial, 1988.

Bramont Arias, Luis Miguel, *Manual de Derecho Penal: Parte general*, Lima, Editorial y Distribuidora de Libros, 2005.

Bramont Arias, Luis Miguel y García Cantizano, María del Carmen, *Derecho penal. Parte especial*. 4a. ed., Lima, San Marcos, 1998.

Cohen-Almagor, R., "The Chabot Case: Analysis and Account of Dutch Perspectives", *Medical Law International,* vol. 5, 2002.

Defanti, C. A., "I trattamenti di sostegno vitale", en Lenti, Leonardo; Palermo Fabris, Elisabetta y Zatti, Paolo (eds.), *I diritti in medicina*, Milán, Giuffrè, 2011.

Espinoza, J., "Comentarios al artículo 5 del Código Civil", AA. VV., *Código Civil Comentado: comentan más de 209 especialistas en las diversas materias del derecho civil,* Lima, Gaceta Jurídica, 2007, t. I.

Freidl, W. *et al.,* "The Fate of Psychiatrie Patients During the Nazi Period in Styria/Austria: Part I: German-Speaking Styria", *International Journal of Mental Health,* vol. 35, núm. 3, Otoño de 2006.

Gama, S., *Credeon: credo del septrionismo*, Industrial Gráfica Apolo, 2008.

Goic, Alejandro, *El fin de la medicina*, Santiago de Chile, Publicaciones Técnicas Mediterráneo, 2000.

Grau León, Santiago, "Teoría del origen de la materia", *Blog del Dr. Santiago Grau León, http://sgrau.septrionismo.com/index.php/15-la-teoria-del-origen-de-la-materia*

Islas de González Mariscal, Olga, *Eutanasia*, México, IIJ-UNAM, *http://www.eutanasia.ws/hemeroteca/m111*

Juanatey, Carmen, "Sobre la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia voluntaria en España", *TEORDER,* núm. 29, 2021.

Landa, César, *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Lima, Palestra Editores, 2010.

Magni, Cesare, "Soggetto e persona nel Diritto", en *Studi in onore de Vincenzo del Giudice*, Milán, 1953.

Marcos del Cano, Ana María, "¿Existe un derecho a la eutanasia? Panorama internacional y análisis de la Ley Orgánica de Eutanasia de nuestro país", *TEORDER*, 2021, p. 146.

Merchan-Price, Jorge, "La eutanasia no es un acto médico", *Revista Persona y Bioética*, vol. 12, núm. 1(30), 2008.

Merino, Sabrina *et al.,* "The prohibition of euthanasia and medical oaths of Hippocratic Stemm", *Acta bioeth*, vol. 23, núm. 1, junio de 2017.

Michalowski, Sabine, "Legalising active voluntary euthanasia through the courts: some lessons from Colombia", *Medical Law Review,* vol. 17, núm. 3, 2009.

Moro, Tomás, *Utopía,* trad. de J. Mallafrè Gavaldà, Barcelona, Bosch, 1977.

Platón, *La República*, México, Editora Nacional, 1969, t. VII.

Platón, *Obras completas. Diálogos: El fedón - Giorgias - El banquete,* ed. de Patricio Azcárate, Madrid, Medina y Navarro Editores, 1871, t. V.

Prado Saldarriaga, Víctor, *Derecho Penal. Parte especial: los delitos*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017, vol. 27.

Quintero, Juan, "Conozca al médico colombiano que ha practicado 102 eutanasias", *El Tiempo*, 1 de julio de 2012, *http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-11987336*

Rey Martínez, Fernando, "El suicidio asistido en Italia: ¿un nuevo derecho?", *TRC,* núm. 46, 2020.

Ríos, Alma de los Ángeles y Fuente del Campo, Antonio, "Eutanasia y la dignidad humana en el derecho comparado, *Perfiles de las Ciencias Sociales,* año IV, núm. 8, 2017, p. 13.

Santosuosso, Amedeo, *La volontà oltre la coscienza: la Cassazione e lo stato vegetativo, in La Nuova Giurisprudenza Commentata,* 1 de enero de 2008.

Séneca, *Epístolas morales a Lucilio*, Madrid, Gredos, 2001.

I diritti nel nuovo costituzionalismo latinoamericano: verso una nuova forma di Stato?

Rosa Iannaccone

Sumario. I. Introduzione. II. Alcuni cenni sul *nuevo constitucionalismo latinoamericano*. III. Un nuovo catalogo dei diritti. IV. Conclusioni: una nuova forma di Stato? Bibliografia

I. Introduzione

Come è noto, il riconoscimento dei diritti fondamentali è una delle caratteristiche principali delle Costituzioni e, nel corso della storia, il costituzionalismo, ha elaborato nuove formule affinché i cittadini potessero esercitarli.[1] Proprio l'evoluzione del catalogo dei diritti e degli strumenti predisposti alla loro tutela è uno degli elementi che ha segnato il passaggio da una forma di Stato all'altra.

Con finalità classificatorie e per darne una lettura diacronica, i diritti e le libertà sono stati convenzionalmente distinti dalla dottrina in generazioni. La prima, che si colloca tra la Gloriosa Rivoluzione inglese (1688-89) e le rivoluzioni francese e americana di fine '700, include i cd. diritti di libertà civili e in particola-

[1] Sotillo Antezana, Aquiles Ricardo, "La nueva clasificación de los derechos fundamentales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano", *Ciencia y Cultura*, n. 35, 2015, p. 163.

re i diritti economici. Appaiono, in questo periodo, anche i cd. diritti politici, che però assumono contorni pieni solo nella seconda generazione —che coinvolge un periodo temporale assai ampio, orientativamente dal 1830 fino all'immediato secondo dopoguerra—, con l'estensione del suffragio universale prima agli uomini e successivamente anche alle donne. A caratterizzare in modo peculiare questa fase, però, è l'affermazione dei diritti sociali. Lo Stato sociale si pone l'obiettivo di realizzare condizioni di vita tali da assicurare alla generalità dei cittadini la libertà dal bisogno e il soddisfacimento delle aspettative di sicurezza sociale. Le costituzioni degli anni '70 e '90 danno alla luce la terza generazione di diritti, ossia quelli della personalità. Si tratta del diritto all'immagine, al nome, all'identità, alla riservatezza, all'onore. Nello stesso periodo si affermano anche i diritti culturali e dei gruppi, e particolare rilievo assumono quei diritti che riconducono alle tradizioni e all'identità culturale di una comunità.[2] Tutte le generazioni di diritti sono tutelate dallo Stato costituzionale democratico. Si tratta di un modello complesso che riunisce istituzioni di diverse tradizioni —liberale, democratica e sociale— e che è maturato in Occidente dopo la seconda guerra mondiale. I suoi elementi caratteristici sono, oltre ad un ampio catalogo di diritti fondamentali— che come già detto, comprende libertà, diritti politici e diritti sociali—, anche una costituzione scritta, rigida e suprema; regole per organizzare democraticamente l'accesso e la gestione del potere politico; meccanismi di controllo di costituzionalità delle leggi[3] e proprio i lunghi cataloghi di diritti, che caratterizzarono le costituzioni del XX secolo, furono il marchio d'identità di un diverso tipo di costituzionalismo.[4]

---

2 Pegoraro, Lucio e Rinella, Angelo, *Sistemi costituzionali comparati*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 233 e ss.

3 Ferroni, Ginevra Cerrina, "Le forme di Stato", in Carrozza, Paolo; Di Giovine, Alfonso e Ferrari, Giuseppe Franco (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, Laterza, 2014, t. II; in particolare sull'importanza dell'introduzione del controllo di costituzionalità *v.* Lanchester, Fulvio, *Gli strumenti della democrazia. Lezioni di diritto costituzionale comparato*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 64 e ss.

4 Gargarella, Roberto e Courtis, Christian, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*, Santiago de Chile, Naciones Unidas-Cepal-Asdi, 2009, p. 39.

La maggior parte degli Stati Latinoamericani non ha vissuto pienamente lo Stato sociale e le loro costituzioni fondatrici, vicine al liberalismo conservatore, non sono state il frutto di processi costituenti democratici, ma elitari. Proprio in quest'area, tra la fine del XX secolo e l'inizio del XXI, in un momento storico descritto da Ferrajoli[5] come di crisi dello Stato di diritto e del costituzionalismo liberale, vi è stato lo sviluppo del *nuevo constitucionalismo latinoamericano* (NCL), il cui obiettivo principale consiste nel cercare di risolvere il problema della disuguaglianza sociale. La normazione costituzionale che sta avvenendo in America Latina è il risultato di una lotta di classe, in cui sono presenti per la prima volta nuovi soggetti —i movimenti sociali, le donne e i popoli indigeni— che hanno agito per instaurare un nuovo ordine politico, economico e sociale, frutto di uno sforzo decolonizzatore e della volontà di recuperare la tradizione indigena e contadina, caratterizzato da una più ampia codificazione dei diritti fondamentali.[6]

Il NCL, inoltre, ne propone una nuova classificazione che supera quella generazionale, amplia il concetto di dignità umana e introduce nuovi diritti politici di partecipazione diretta, con l'obiettivo di generare un maggiore e migliore riconoscimento ed esercizio dei diritti fondamentali da parte dei cittadini.[7] A titolo esemplificativo si riporta il caso della Costituzione ecuadoriana del 2008, dove vengono utilizzati come sinonimi i concetti di diritti fondamentali e diritti umani, fermo restando, che non vi è nessuna differenziazione tra diritti fondamentali e non fondamen-

---

5 Tra i vari contributi dell'Autore che trattano tale argomento si riportano Ferrajoli, Luigi, *La sovranità nel mondo moderno*, Bari, Laterza, 1997; *La democrazia attraverso i diritti*, Bari, Laterza, 2013; *Iura paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017; *La democrazia attraverso i diritti*, Bari, Laterza, 2013*; Il costituzionalismo oltre lo Stato*, Modena, Mucchi Editore, 2017. Si rimanda al volume Pabón Arrieta, Juan Antonio, *La democracia en América Latina: un modelo en crisis*, Barcellona, Bosch Editor, 2019, che ha ad oggetto la peculiare realtà politica e istituzionale latinoamericana, analizzata attraverso la lente della teoria della democrazia costituzionale di Ferrajoli.

6 Viciano Pastor, Roberto, "Presentación", in Viciano Pastor, Roberto (a cura di), *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 9.

7 Sotillo Antezana, Aquiles Ricardo, *op. cit.,* p. 163.

tali – basti pensare che i diritti del *buen vivir*, contenuti nel Titolo II, non sono disposti in ordine di priorità ma in ordine alfabetico.[8]

Inoltre, la ricezione delle convenzioni internazionali sui diritti umani, la ricerca dei criteri di interpretazione più favorevoli agli individui e la previsione di azioni dirette di *amparo*,[9] accompagnano queste carte dei diritti che, in alcuni casi, riconfigurano il loro significato e, con esso, la loro nomenclatura.[10]

Scopo di questo articolo è illustrare, a grandi linee, alcuni dei "nuovi" diritti contenuti nelle Costituzioni appartenenti a questo ciclo di costituzionalismo con lo scopo di mettere in rilievo la loro portata innovativa rispetto alla forma di Stato democratico sociale, nella sua versione occidentale, ed interrogarsi sulla possibilità che si stia configurando una nuova forma di Stato, propria del XXI secolo. A tal fine, i capitoli dedicati alla disamina dei diritti e all'interrogativo finale, sono stati preceduti da una breve sezione dedicata allo sviluppo e alle caratteristiche essenziali del *nuevo constitucionalismo latinoamericano*.

II. Alcuni cenni sul *nuevo constitucionalismo latinoamericano*

In America Latina, a partire dai processi di indipendenza, il costituzionalismo è stato un meccanismo di incorporazione di modelli stranieri. Dopo la lunga notte delle dittature militari, le *élites* che diressero i nuovi processi costituenti, adottarono il costitu-

8 Viciano Pastor, Roberto e Martínez, Rubén, "Presentación. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano", AA. VV., *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2010, p. 36.

9 L'*amparo*, il ricorso individuale di tutela, è stato contemplato per la prima volta nella Costituzione dello Stato di Yucatán del 1841 e poi in quella federale messicana del 1847. Questo istituto ha conosciuto uno straordinario successo in tutto il subcontinente e influenzò la configurazione dei sistemi di accesso individuale diretto a garanzia dei diritti e delle libertà introdotti in numerosissime costituzioni (Pegoraro, Lucio, "Alcune riflessioni sulle recezioni e l'esportazione di modelli nel costituzionalismo latinoamericano", *Revista General de Derecho Público Comparado*, n. 9, 2011, pp. 2 e ss.).

10 Viciano Pastor, Roberto e Martínez, Rubén, *op. cit*., pp. 35 e 36.

zionalismo dello Stato sociale di tradizione europea, con alcuni elementi del modello costituzionale nordamericano —soprattutto il sistema presidenziale—. Questa importazione era destinata al fallimento, tra le altre cose, perché il disegno costituzionale non fu accompagnato da un patto sociale di redistribuzione della ricchezza, come era avvenuto invece in Europa. La frustrazione che ciò ha prodotto nel subcontinente è stato il seme che ha portato all'inizio di una risposta costituzionale autoctona:[11] una nuova ondata di costituzionalismo, definito *nuevo constitucionalismo latinoamericano*, un costituzionalismo "senza genitori".[12] Le differenze tra questo costituzionalismo e quello liberale risiedono fondamentalmente nel diverso contenuto che queste due correnti danno ai costrutti di nazione, diritti (individuali, sociali e politici) e cittadinanza e nelle differenti modalità di concepire e progettare il governo democratico. In termini epistemologici, e in opposizione al costituzionalismo liberale, i cambiamenti attuati nelle costituzioni del NCL si sviluppano a partire da una filosofia e un'ideologia diversa, che non identifica come centro del suo universo normativo la sagoma di un individuo ideale, nominalmente uguale per capacità a tutti gli altri individui con i quali forma una mitica e omogenea "nazione", ma piuttosto ad una società variegata, che appare evidente quando si guarda alla realtà latinoamericana: una pluralità o multinazione di comunità diverse che, nel loro sforzo storico di coesistere e costruire uno Stato di diritto e giustizia, non sono state dotate dal costituzionalismo liberale degli strumenti giuridici adeguati.[13]

Questa nuova ondata è iniziata con l'avvio del processo costituente colombiano (1990-1991), maturata con il processo costituente ecuadoriano del 1998 e si è perfezionata con l'approvazione, tramite referendum di ratifica popolare, dei testi costituzionali di Ecuador e Bolivia. La Costituzione ecuadoriana del 2008, infatti, si distingue per aver incorporato un catalogo molto ampio di diritti fondamentali redatto in formule aperte e

11 Viciano Pastor, Roberto, *op. cit*., p. 9.

12 Viciano Pastor, Roberto e Martínez, Rubén, *op. cit.,* pp. 20 e ss.

13 Doniush Jaramillo, Inés Svetlana, *El nuevo constitucionalismo y los rezagos de la ciencia del derecho constitucional latinoamericano*, Buenos Aires, Clacso, 2013, pp. 23 e 24.

astratte, mentre la Costituzione boliviana del 2009 ha arricchito tale ondata costituente riconoscendo il carattere plurinazionale e post-coloniale dello Stato e, come riaffermazione dell'enfasi popolare del fenomeno, ha sancito l'elezione democratica e popolare dei membri del Tribunale Costituzionale Plurinazionale.[14]

Nelle costituzioni riconducibili al NCL l'anima politica prevale sulla loro vocazione giuridica, di modo che elementi essenziali sono la garanzia di un processo partecipato, la costruzione di una legittimazione dal basso, la salvaguardia del potere costituente inteso nella sua complessità, come attività che plasma il corpo politico e la sua fisionomia.[15] Sono, inoltre, accomunate da quattro caratteristiche formali: l'originalità del loro contenuto; l'ampiezza; la complessità, derivante da elementi tecnicamente complessi ma formulati con un linguaggio accessibile; e la rigidità, caratterizzata dalla sostituzione della revisione costituzionale con il potere costituente popolare. Dal punto di vista sostanziale, invece, presentano estesi cataloghi dei diritti con una chiara indicazione dei soggetti deboli (donne, bambini, anziani, disabili) e dei gruppi emarginati come i popoli indigeni e gli afrodiscendenti; rafforzano la giustizia costituzionale; includono disposizioni sul tipo di economia da attuare al fine di rispondere alle esigenze di uguaglianza sociale ed economica; e prevedono molteplici dispositivi volti a promuovere la democrazia diretta e partecipativa.[16] L'ultimo costituzionalismo latinoamericano ha, infatti, cercato di porre rimedio al grave deficit democratico che da decenni sembra colpire gravemente la regione. Per cui, le misure che ha adottato si sono basate sul diffuso riconoscimento che le istituzioni politiche funzionavano male e non consentivano la partecipazione dei cittadini e hanno avuto lo scopo di realizzare maggiori opportunità di controllo e decisione popolare.[17]

---

14 Salazar Ugarte, Pedro, "El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)", in González Pérez, Luis Raúl e Valadés, Diego (a cura di), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, Città del Messico, UNAM, 2013, pp. 354 e 355.

15 Mastromarino, Anna, "Il nuevo constitucionalismo latinoamericano: una lettura in prospettiva", *Dpce*, n. 2, 2020, p. 329.

16 Viciano Pastor, Roberto e Martínez, Rubén, *op. cit.*, pp. 13 e ss.

17 Gargarella, Roberto, "Sobre el 'nuevo constitucionalismo latinoamericano'", *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, n. 1, 2018, p. 116.

III. Un nuovo catalogo dei diritti

Come già detto, uno degli aspetti più importati di queste nuove Costituzioni è la presenza di lunghi cataloghi di diritti,[18] che ne prevedono una nuova classificazione, superando quella tradizionale generazionale e proponendo un nuovo modello di Stato in cui tutti i diritti riconosciuti nel testo costituzionale sono direttamente applicabili e giustiziabili. Pertanto, sono tutti diritti fondamentali.[19] Questo ampio catalogo ha il suo nucleo nel concetto di dignità umana, in tutte le sue sfaccettature, e la lotta per la sua affermazione ha avuto a che fare con la fondazione e la trasformazione dei diritti esistenti e con l'elaborazione e la rivendicazione di nuovi, che tutelassero necessità individuali e collettive altrettanto nuove.[20] L'uguaglianza gerarchica, invece, è sancita, nello specifico, negli articoli 13, 86 e 89 della Costituzione colombiana; 19 e 27 di quella venezuelana; 6 e 11 della legge fondamentale ecuadoriana; e 9, 13 e 109 del testo costituzionale boliviano.[21] Il regime di protezione giuridica rafforzata di cui godono i diritti si realizza attraverso garanzie normative o astratte, giurisdizionali o concrete e istituzionali. Riferendosi ai prodotti più recenti del NCL, ossia la *Constitución Política de la República del Ecuador* (CRE) e la *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia* (CPB), sono previsti: una procedura di riforma costituzionale aggravata;[22] la riserva del diritto ordinario o del diritto organico per la regolamentazione dei diritti costituzionali;[23] l'obbligo per il legislatore di rispettare il loro contenuto essenziale;[24] una serie di garanzie normative;[25] politiche pubbliche, beni e servizi volti a rendere effettivi i diritti

18 Gargarella, Roberto e Courtis, Christian, *op. cit.,* p. 31.

19 Sotillo Antezana, Aquiles Ricardo, *op. cit.,* p. 178.

20 Méndez, Josefina e Cutié, Daniela, "La participación popular y los derechos. Fundamentos y contenidos del nuevo constitucionalismo latinoamericano", in Viciano Pastor, Roberto (a cura di), *op. cit.*, pp. 226 e 227.

21 Sotillo Antezana, Aquiles Ricardo, *op. cit.,* p. 178.

22 CRE, art. 441; CPB, art. 411.

23 CRE, art. 132 e 133; CPB, art. 109, sezione II.

24 CRE, art. 11, c. 4.

25 *Ibidem*, art. 84.

e la previsione del controllo cittadino;[26] la vincolatività diretta di tutte le autorità pubbliche, senza la necessità di uno sviluppo legislativo preliminare;[27] una procedura preferenziale e sommaria per la tutela giurisdizionale dei diritti, strumenti riparatori e che garantiscano l'effettivo rispetto delle sentenze e delle risoluzioni;[28] azioni volte a garantire alcuni diritti;[29] la possibilità di promuovere un'azione straordinaria di tutela davanti alla Corte Costituzionale per la protezione dei diritti,[30] il carattere obbligatorio della sua giurisprudenza in materia di garanzie[31] e il suo potere di revisione.[32] Bisogna tenere in considerazione, inoltre, che tutti i diritti godono di altre garanzie quali la protezione offerta dall'esistenza stessa di una Corte Costituzionale, competente ad operare il controllo di costituzionalità delle leggi; l'obbligo per i giudici e per i tribunali ordinari di rispettare i diritti e le garanzie costituzionali e, in particolare, l'interpretazione delle norme infracostituzionali a favore dei diritti costituzionali; e, infine, l'istituzione di organi quali la *Defensoría Pública*, la *Defensoría del Pueblo,*[33] la *Fiscalía General del Estado*[34] e il *Ministerio Público*[35].[36]

Per quanto riguarda, invece, la classificazione dei diritti, negli ordinamenti considerati si dividono in *individuales*, *plurindividuales* e *transindividuales*. I primi, denominati anche diritti di libertà, riconoscono, appunto, le diverse libertà dell'individuo

26 *Ibidem,* art. 85.

27 CRE, art. 11, c. 3; CPB, art. 410.

28 CRE, art. 86; CPB, artt. 128 e ss.

29 La Costituzione ecuadoriana li definisce protezione, *habeas corpus*, *habeas data*, non conformità e accesso alle informazioni pubbliche (artt. 88 e ss.) e quella boliviana libertà, protezione della *privacy*, popolare e conformità (artt. 125 e ss.).

30 CRE, art. 94.

31 *Ibidem*, art. 436, c. 6.

32 CPB, art. 202, c. 6.

33 CRE, artt. 191 e ss., artt. 214 e ss.; CPB, artt. 218 e ss.

34 CRE, artt. 194 e ss.

35 CPB, artt. 225 e ss.

36 Storini, Claudia, "Derechos y garantías en el nuevo constitucionalismo latinoamericano", *XV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles*, Madrid, 2012, pp. 645 e 646.

e il rispetto della vita e della dignità umana. I diritti *plurindividuales*, invece, sono i diritti sociali ed economici, che richiedono allo Stato di svolgere diverse attività per assicurare lo sviluppo integrale e il benessere dell'individuo. Infine, i cosiddetti diritti *transindividuales*, che sono collettivi e diffusi. Viene riconosciuto che le collettività hanno diritti inerenti alla loro natura —si tratta, infatti, dei diritti dei popoli indigeni— e la loro violazione contravviene il principio di autodeterminazione.[37]

L'importanza dell'elemento dei diritti è evidente anche dall'analisi realizzata da Gargarella a proposito del NCL. Questi, infatti, nonostante affermi che piuttosto che di una nuova fase del costituzionalismo dovrebbe parlarsi di un rafforzamento di alcune caratteristiche già presenti nel quadro costituzionale latinoamericano, riconosce come caratteristica fondamentale delle più recenti riforme le novità introdotte nelle dichiarazioni dei diritti, che mirano a rimediare a tre grandi "carenze" storiche del costituzionalismo regionale: la mancata tutela dei "*postergados entre los postergados*" ("i lasciati indietro tra i lasciati indietro"), vale a dire le comunità indigene; il disinteresse per i diritti umani; e l'incapacità di garantire e far rispettare i diritti politici della maggioranza della popolazione, favorendo così la "cittadinanza attiva".[38] Nei testi del nuovo costituzionalismo latinoamericano, infatti, sono stati sanciti nuovi diritti politici che si traducono nella previsione di strumenti di democrazia diretta, semi-diretta e perfino comunitaria. I più comuni sono: l'iniziativa legislativa e di riforma costituzionale; il referendum e il plebiscito; il potere di veto e di abrogazione popolare; la revoca del mandato dei rappresentanti e la loro responsabilità obbligatoria.[39]

Gli impegni sociali assunti dal costituzionalismo dall'inizio del XX secolo vengono, quindi, estesi per raggiungere settori —principalmente i gruppi indigeni e le donne— e questioni —ossia i diritti di "terza generazione"— che non erano stati pre-

[37] Sotillo Antezana, Aquiles Ricardo, *op. cit.,* p. 179.

[38] Gargarella, Roberto, "Sobre el 'nuevo constitucionalismo latinoamericano'", *cit.,* p. 115.

[39] Villabella Armengol, Carlos Manuel, "Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano", *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.,* n. 25, 2010, pp. 67 e ss.

visti dalla prima "ondata sociale" del costituzionalismo regionale. In questo modo, da una parte, coloro che non erano stati riconosciuti, quando le porte erano state aperte alla classe operaia, sono stati tutelati nelle costituzioni, che hanno acquisito un profilo "multiculturale" e hanno previsto l'attuazione di misure di discriminazione positiva.[40] Dall'altra, è riduttivo sostenere che sono stati semplicemente implementati i cd. diritti di terza generazione, tra i quali i diritti ambientali costituiscono sicuramente una tipologia emblematica, in quanto ci troviamo davanti ad un aspetto che è consustanziale al NCL, rappresentandone un profilo senza dubbio, per alcuni autori a tal punto da essere considerato quintessenza dello stesso.[41] È evidente, infatti, la tendenza a estendere la proprietà dei diritti non solo agli individui ma anche a un ampio insieme di soggetti collettivi e persino a entità astratte come la "natura". Per illustrare il punto, si riporta l'articolo 10 della Costituzione ecuadoriana che sancisce: "*la naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución*". Si tratta di una sfida alla teoria tradizionale dei diritti soggettivi. Con la concessione di diritti alla natura, questi documenti costituzionali, non solo abbandonano la tradizione liberale, ma superano anche altre tradizioni che sono state proposte come alternativa ad essa, come le teorie comunitarie o multiculturaliste, e rompono con il concetto di diritti soggettivi come rivendicazioni o aspettative, positive o negative, attribuite da una norma giuridica a un soggetto specifico. Mescolando elementi di varie tradizioni teoriche consolidate con complesse correnti di pensiero contemporanee —come l'indigenismo e l'ambientalismo— e con altri movimenti e tradizioni indigene —il culto della *Pacha Mama*; i valori e le tradizioni ancestrali; il *sumak kawsay* in quechua e il *suma qamaña* in aymara, ossia il *buen vivir* nella versione castigliana—[42], il NCL

[40] Gargarella, Roberto, "Sobre el 'nuevo constitucionalismo latinoamericano'", *cit.,* p. 115.

[41] Mastromarino, Anna, *op. cit.,* p. 337.

[42] Il termine *buen vivir* non può essere accostato all'idea occidentale di benessere. Letteralmente l'espressione *suma qamaña* indica anima buona o vita degna, mentre *sumak kawsay* si traduce con esistenza bella. Con una perifrasi, l'idea sottesa è l'equilibrio fra ragione, sentimenti e istinti per vivere appieno l'esistenza (Baldin, Serena, "La tradizione giuridica contro-egemonica in Ecuador e Bolivia", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 143, 2015, pp. 483 e ss.). B*uen vivir*, in una dimensione lata, indica la

produce documenti costituzionali eterodossi che, per il loro linguaggio e contenuto, sono aperti alle più diverse interpretazioni.[43] Se guardiamo, quindi, i principi che raccolgono, il catalogo dei diritti che contengono e i poteri che concedono allo Stato, le nuove costituzioni latinoamericane sono complesse, intricate e a volte contraddittorie.[44] A differenza del costituzionalismo classico, che si limita a stabilire i diritti in modo generico e, a seconda dei casi, non si preoccupa della loro individualizzazione o collettivizzazione, nei testi del NCL è presente l'identificazione dei gruppi deboli e un'ampia interpretazione dei beneficiari dei diritti.[45] La *Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia* —oltre a fare riferimento ai diritti economici, alla tutela dell'ambiente,[46] alla salute e alla sicurezza sociale,[47] al lavoro,[48] alla proprietà,[49] all'educazione[50] e ai diritti, sessuali e riproduttivi—[51] prevede i diritti dei gruppi sociali (bambini, adolescenti, giovani),[52] delle

vita in armonia con la collettività e la natura, dove la sfera privata e quelle comunitaria, e la sfera materiale e quella spirituale, sono interdipendenti. Nel sistema di pensiero andino il benessere è possibile solo all'interno della comunità e nel rispetto della *Pacha Mama* e, mentre l'idea di sviluppo rappresenta la modalità occidentale per una vita buona, che comprende il vivere meglio, il *buen vivir* contempla l'esistenza armoniosa e designa il rapporto tra natura e società in termini di processo evolutivo, in cui entrambe interagiscono nel tempo e non è possibile comprendere l'una senza l'altra, essendo integrate. Si prende così atto che gli ecosistemi e le comunità naturali non sono delle merci, oggetti di cui si può disporre a proprio piacimento, bensì entità con un autonomo diritto di esistere e di prosperare. La natura è qui intesa come il *tertium* necessario, oltre al binomio libertà-autorità, della dialettica costituzionale per garantire la sopravvivenza umana (Baldin, Serena, *Il buen vivir nel costituzionalismo andino. Profili comparativi*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 68 e ss.).

43 Salazar Ugarte, Pedro, *op. cit.,* p. 358.

44 *Ibidem*, p. 356.

45 Viciano Pastor, Roberto e Martínez, Rubén, *op. cit.,* p. 35.

46 CPB, artt. 33 e 34.

47 *Ibidem,* 35-45.

48 *Ibidem,* 46-55.

49 *Ibidem,* artt. 56 e 57.

50 *Ibidem,* artt. 77-90.

51 *Ibidem,* art. 66.

52 *Ibidem,* artt. 58-61.

famiglie,[53] degli anziani,[54] delle persone con disabilità,[55] di quella private della libertà,[56] dei popoli indigeni,[57] degli utenti e consumatori.[58] Anche la Costituzione Politica colombiana (CPC) prevede una lunga lista di diritti: diritti fondamentali;[59] diritti sociali, economici e culturali;[60] diritti collettivi e ambientali;[61] diritti degli abitanti e del territorio;[62] diritti di partecipazione democratica e dei partiti politici.[63] Infine, la lunga sezione dedicata ai diritti (Titolo II) della Costituzione ecuadoriana comprende —oltre ai diritti del "*buen vivir*" (diritto all'acqua, all'alimentazione, ad un ambiente sano, alla comunicazione e all'informazione, alla cultura e alla scienza, all'educazione, alla casa, alla salute)[64] e a quelli relativi al lavoro e alla sicurezza sociale— i diritti delle persone e dei gruppi di attenzione prioritaria (adulti, anziani, giovani, donne incinte, bambini, adolescenti, disabili, malati gravi, persone private della libertà, utenti e consumatori);[65] e i diritti di comunità, popoli e nazionalità[66].[67]

In particolare, per quanto riguarda la tutela e i diritti specifici delle comunità indigene è opportuno ricordare che, negli ultimi due decenni l'America Latina è stata attraversata da un movimento costituzionale di riconoscimento dei popoli indigeni che ha riguardato, oltre i paesi del NCL, Nicaragua, Colombia, Paraguay, Perù, Messico, Brasile, Guatemala e Panama, nelle cui costituzio-

53 *Ibidem,* artt. 62-66.

54 *Ibidem,* artt. 67-69.

55 *Ibidem,* artt. 70-72.

56 *Ibidem,* artt. 73 e 74.

57 *Ibidem,* artt. 30-32.

58 *Ibidem,* artt. 75 e 76.

59 CPC, Titolo II, capitolo 1.

60 *Ibidem,* Titolo II, capitolo 2.

61 *Ibidem,* Titolo II, capitolo 3.

62 *Ibidem,* Titolo III.

63 *Ibidem,* Titolo IV.

64 CRE, Capitolo 2.

65 *Ibidem,* Capitolo 3.

66 *Ibidem,* Capitolo 4.

67 Gargarella, Roberto e Courtis, Christian, *op. cit.,* pp. 31 e 32.

ni è stato introdotto il diritto all'identità etnica e culturale.[68] Il *nuevo constitucionalismo latinoamericano* è stato, però, caratterizzato da un elemento innovativo e peculiare che conferisce tutta un'altra centralità alla "questione indigena".[69] Infatti, la componente indigena ha per la prima volta fatto ingresso nei processi costituente, e lo ha fatto rivendicando un ruolo paritario rispetto agli altri gruppi, per cui la tradizione ctonia è necessariamente penetrata nella scrittura del testo costituzionale e nella selezione dei suoi contenuti.[70] Come già fatto precedentemente, anche in questa occasione faremo riferimento alle costituzioni ecuadoriana e boliviana. Queste ultime, infatti, possono essere ritenute le più avanzate in tal senso in quanto hanno, tra l'altro, assorbito i precetti della "Dichiarazione dei Popoli Indigeni", adottata dalle Nazioni Unite nel 2007, che ha precisato i diritti individuali e collettivi di queste comunità, stabilendo norme minime —su questioni quali l'identità culturale, l'istruzione, l'occupazione e la lingua e, al contempo, ha garantito il loro diritto alla diversità—. La Costituzione boliviana: sancisce uno Stato plurinazionale, affermando i principi del pluralismo in tutti gli ambiti;[71] considera le lingue delle minoranze etniche come lingue ufficiali e ordina ad ogni governo dipartimentale di comunicare in almeno due lingue;[72] definisce come principi morali fondamentali quelli relativi al "*buen vivir*";[73] include, all'interno della forma di governo, quella

---

68 Cujabante Villamil, Ximena Andrea, "Los pueblos indígenas en el marco del constitucionalismo latinoamericano", *Revista Análisis Internacional*, n. 1, 2014, p. 212.

69 La "questione indigena" pone un problema che si è spostato nel terreno della marginalità morale e giuridica. Dal punto di vista della visione ufficiale dello Stato e della legge, i diritti di questi popoli e comunità sono stati visti come estranei o contrari alla forma istituzionale del modello repubblicano. Il carattere omogeneo della nazione ha finito per escludere ed annullare la diversità dei popoli e delle comunità indigene (Gonzales Mantilla, Gorki, "Notas Sobre el futuro de los derechos fundamentales en América Latina", in Labanca Correa de Araújo, Marcelo e Romboli, Roberto (a cura di), *Il futuro dei diritti fondamentali*, Pisa, Pisa University Press-Tirant lo Blanch, 2020, pp. 191-193).

70 Mastromarino, Anna, *op. cit*., p. 338.

71 CPB, art. 1.

72 *Ibidem*, art. 5.

73 *Ibidem*, art. 8.

definita comunitariamente dalle nazioni e dai popoli indigeni;[74] considera, tra i diritti fondamentali, quelli relativi all'autodeterminazione dei popoli e alla conservazione dell'ambiente e del patrimonio culturale;[75] si impegna a "decolonizzare" l'educazione;[76] riconosce i territori contadini indigeni originari[77] e ne organizza la giurisdizione;[78] tutela le forme di organizzazione comunitaria, determinando l'obbligo dello Stato a controllare i settori strategici dell'economia[79] e affermando la proprietà popolare delle risorse naturali.[80] Anche la legge fondamentale ecuadoriana mostra importanti progressi in quest'ambito, in particolare: riconosce l'identità interculturale e plurinazionale dell'Ecuador;[81] sancisce il diritto dei popoli indigeni ad utilizzare la propria lingua;[82] prevede una varietà di diritti collettivi, tra i quali il diritto a mantenere il possesso delle terre e dei territori ancestrali, a partecipare all'uso, al godimento, all'amministrazione e alla conservazione delle risorse naturali rinnovabile che si trovano nelle loro terre e alla consultazione libera, preventiva e informata su piani e programmi di prospezione, sfruttamento e commercializzazione di quelle non rinnovabili;[83] prevede la proprietà collettiva della terra;[84] gli riconosce il diritto ad esercitare funzioni giurisdizionali, sulla base delle loro tradizioni ancestrali e della loro legge;[85] e definisce regimi speciali per l'organizzazione del territorio.[86]

74 *Ibidem*, art. 11.

75 *Ibidem*, Titolo II.

76 *Ibidem,* art. 78.

77 *Ibidem,* art. 272.

78 *Ibidem,* art. 190.

79 *Ibidem,* art. 307.

80 *Ibidem,* art. 348.

81 CRE, art. 1.

82 *Ibidem,* art. 2.

83 *Ibidem,* art. 51.

84 *Ibidem,* art. 60.

85 *Ibidem,* art. 171.

86 Gargarella, Roberto, "Nuevo constitucionalismo latinoamericano y derechos indígenas. Una breve introducción", *Boletín Onteaiken*, n. 15, 2013, pp. 27 e 28.

IV. Conclusioni: una nuova forma di Stato?

Il NCL, in particolare con le costituzioni ecuadoriana e boliviana, offre una nuova visione dei diritti e delle loro garanzie, proponendo un cambiamento paradigmatico, illustrato, nei suoi elementi essenziali, nell'analisi fin qui realizzata. Tuttavia, sarà necessario verificare che non ci sia una sostanziale differenza tra il mandato costituzionali e la realtà. Bobbio ha sostenuto che nel nostro tempo ci sia un solo elemento positivo: la crescente rilevanza del problema dei diritti umani nei dibattiti internazionali. In questo senso, egli considera che la rivoluzione dei diritti è per il mondo giuridico ciò che la rivoluzione copernicana è stata per la fisica. Le nuove costituzioni latinoamericane rappresentano potenzialmente questa rivoluzione e il risultato di un'evoluzione costante.[87] Infatti, anche se è impossibile non riconoscere i progressi presenti nel costituzionalismo europeo, soprattutto dal XX secolo, è stato in America Latina che hanno avuto luogo gli ultimi tentativi di realizzazione pratica di quel modello, attraverso assemblee costituenti, pienamente democratiche, che hanno tradotto in costituzioni la volontà rivoluzionaria dei popoli.[88]

Quanto sostenuto fino a questo momento pone l'interrogativo del se si possa parlare dell'affermazione di una nuova forma di Stato. Ferrajoli, facendo riferimento ai due modelli di Stato di Diritto – il "modello *paleo-iuspositivista*" dello Stato legislativo di Diritto (o Stato legale) e il "modello *neo-iuspositivista*" dello Stato costituzionale di Diritto (o Stato costituzionale) – si chiede se le condizioni critiche attuali, che si manifestano nel collasso della capacità regolatrice della legge e nella perdita di unità e coerenza delle fonti del diritto, non stanno portano ad un terzo modello ampliato di Stato di Diritto.[89]

A tal proposito, Silvia Bagni[90] ha individuato il "*Caring State*" quale forma di Stato a sé stante, caratterizzata dall'incorporazio-

87 Storini, Claudia, *op. cit.,* pp. 660 e 661.

88 Viciano Pastor, Roberto, *op. cit.,* p. 16.

89 Ferrajoli, Luigi, "Pasado y futuro del Estado de derecho", in Carbonell, Miguel (a cura di), *Neoconstitucionalismo(s),* Madrid, Trotta, 2003, pp. 18 e 19.

90 Bagni, Silvia, *Dallo stato del bienestar allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizioni nel costituzionalismo latino-americano*, Filodiritto, Bologna, 2013.

ne di valori comunitari tradizionali nelle costituzioni e nei programmi politici.[91] I due paesi andini, inoltre, sollecitano anche un'ulteriore proposta classificatoria, quella dello Stato interculturale. Le cui caratteristiche principali si colgono nell'incorporazione nello Stato di alcuni valori delle comunità indigene; nell'applicazione pratica dell'interculturalità nelle istituzioni, mediante le politiche attive del governo; e nella diversità culturale, assunta a fondamento dello Stato plurinazionale comunitario.[92]

Nonostante ciò, come già rilevato, le evidenze scientifiche di una nuova forma di Stato sono ancora in potenza e la dottrina ha rilevato l'esistenza di difficoltà legate all'applicazione pratica dei diritti sanciti dal NCL e all'ambiguità teorica e all'imprecisione concettuale e semantica delle nuove costituzioni, che avrebbero conseguenze negative in termini di certezza giuridica.[93]

Stiamo assistendo ad un'"inflazione" di diritti, molti dei quali difficili da soddisfare, ma questo non deve portare a squalificare automaticamente l'operazione di ampliamento realizzata in questi nuovi testi.[94] Vi sono solide basi per sostenere che, con molta probabilità, in un futuro prossimo si potrà parlare di una nuova

91 Pegoraro, Lucio e Rinella Angelo, *op. cit.,* pp. 68 e 69.

92 Bagni, Silvia, "Lo Stato interculturale: primi tentativi di costruzione prescrittiva della categoria", in Bagni, Silvia; Figueroa Mejía, Giovanni A. e Pavani, Giorgia (a cura di), *Las ciencias del derecho constitucional comparado. Estudios en Homenaje a Lucio Pegoraro*, Città del Messico, Tirant lo Blanch, 2017, t. II, pp. 137 e ss.

93 A tal proposito Gargarella ha elaborato la tesi della dimensione politica delle costituzioni del NCL, secondo cui questi testi sono il prodotto di gravi crisi politiche, ma le loro norme riflettono anche le richieste storiche dei gruppi emarginati che, una volta costituzionalizzate, pongono le basi per nuove lotte sociali. Da questa prospettiva, le obiezioni all'ambiguità teorica e all'imprecisione concettuale e semantica sarebbero, in una certa misura, compensate nella dimensione politica e, in un certo senso, extra-costituzionale di questa ondata costituente. Il NCL, quindi, sarebbe l'espressione di una tradizione teorica coerente: quella che, contro il costituzionalismo conservatore (elitario in politica, perfezionista in morale) e tenendo le distanze dal costituzionalismo liberale (antistatalista in politica, difensore dei *checks and balances* e neutrale in morale), si ricollega al costituzionalismo radicale (maggioritario in politica, populista in morale). Salazar Ugarte, Pedro, *op. cit.,* pp. 367 e 368.

94 Gargarella, Roberto e Courtis, Christian, *op. cit.*, p. 32.

forma di Stato e verosimilmente un contributo significativo in tal senso sarà dato dal processo costituente cileno in corso,[95] che seppur con alcune differenze sostanziali rispetto ai suoi predecessori —che in questa sede non è possibile affrontare— rientra a pieno titolo nell'ondata del NCL. Anche la sola probabilità che possa esistere una nuova forma di Stato è particolarmente interessante nell'attuale contesto di profondi mutamenti degli Stati-nazionali —con estrema sintesi, si tratta degli sviluppi o, se si vuole, della crisi della sovranità statale e della globalizzazione— che hanno trasformato l'ambiente nel quale la Costituzione è chiamata oggi a svolgere il suo ruolo e comportato l'accentuarsi della tensione tra libertà economiche e diritti, in particolar modo quelli sociali. Come è stato osservato, il rischio che le moderne democrazie stanno correndo è che diventi inattuale la cultura costituzionale del secondo '900 e di conseguenza l'equilibrio tra ordine politico, ordine economico e ordine sociale contenuto nei testi costituzionali.[96] Per di più, costituzioni "austere" vanno di pari passo con una pratica giudiziaria molto ostile ai diritti sociali, culturali e economici. In particolare, quando i giudici non trovano alcun supporto scritto per i nuovi diritti —ad esempio il diritto alla salute, ad un ambiente sano o alle prerogative delle comunità indigene— tendono a negare loro qualsiasi rilevanza. Questo, naturalmente, non significa che è sufficiente includere nuovi diritti nelle costituzioni per renderli effettivi, ma la loro mancata previsione tende ad incidere negativamente contro la loro possibile, e desiderabile, materializzazione.[97]

L'America Latina si sta dimostrando, attualmente, un'area particolarmente privilegiata per il cambiamento democratico sia per ragioni storiche che per motivazione legate all'attualità. In

[95] Si consenta il rinvio a Iannaccone, Rosa, "La Convezione Costituente cilena: un'importante possibilità per il costituzionalismo contemporaneo", *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 1, 2021; "La Convezione Costituente cilena: un'importante possibilità per il costituzionalismo contemporaneo", *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 1, 2021.

[96] Carretti, Paolo, "Considerazioni di sintesi", in Labanca Corrêa de Araújo, Marcelo e Romboli, Roberto (a cura di), *Il futuro dei diritti fondamentali,* Pisa, Pisa University Press-Tirant lo Blanch, 2020, pp. 20 e ss.

[97] Gargarella, Roberto e Courtis, Christian, *op. cit.,* p. 32.

particolare, il sub continente è caratterizzato da un protagonismo sociale senza paragoni a livello mondiale, dovuto ai recenti processi di democratizzazione e alle contraddizioni che lo caratterizzano —vale a dire società altamente polarizzate, alti tassi di disuguaglianza, elevati livelli di esclusione ed emarginazione e una maggiore consapevolezza dello sfruttamento dilagante—. A ciò si aggiunge l'utilizzo di singolari modalità di espressione del dissenso, con una forte tradizione di rivolte contadine, movimenti di guerriglia e rivolte indigene.[98]

Bibliografia

Bagni, Silvia, *Dallo stato del bienestar allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizioni nel costituzionalismo latino-americano*, Bologna, Filodiritto, 2013.

Bagni, Silvia, "Lo Stato interculturale: primi tentativi di costruzione prescrittiva della categoria", in Bagni, Silvia; Figueroa Mejía, Giovanni A. e Pavani, Giorgia (a cura di), *Las ciencias del derecho constitucional comparado. Estudios en Homenaje a Lucio Pegoraro*, Città del Messico, Tirant lo Blanch, 2017, t. II.

Baldin, Serena, *Il buen vivir nel costituzionalismo andino. Profili comparativi*, Torino, Giappichelli, 2019.

Baldin, Serena, *La tradizione giuridica contro-egemonica in Ecuador e Bolivia*, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 143, 2015.

Carretti, Paolo, "Considerazioni di sintesi", in Labanca Corrêa de Araújo, Marcelo e Romboli, Roberto (a cura di), *Il futuro dei diritti fondamentali*, Pisa, Pisa University Press-Tirant lo Blanch, 2020.

Cujabante Villamil, Ximena Andrea, "Los pueblos indígenas en el marco del constitucionalismo latinoamericano", *Revista Análisis Internacional*, n. 1, 2014.

Doniush Jaramillo, Inés Svetlana, *El nuevo constitucionalismo y los rezagos de la ciencia del derecho constitucional latinoamericano*, Buenos Aires, Clacso, 2013.

[98] Méndez, Josefina e Cutié, Daniela, *op. cit.*, p. 220.

Ferrajoli, Luigi, *Iura paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017.

Ferrajoli, Luigi, *La democrazia attraverso i diritti*, Bari, Laterza, 2013.

Ferrajoli, Luigi, *Il costituzionalismo oltre lo Stato*, Modena, Mucchi Editore, 2017.

Ferrajoli, Luigi, *La sovranità nel mondo moderno*, Bari, Laterza, 1997.

Ferrajoli, Luigi, "Pasado y futuro del Estado de derecho", in Carbonell, Miguel (a cura di), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.

Ferroni, Ginevra Cerrina, "Le forme di Stato", in Carrozza, Paolo; Di Giovine, Alfonso e Ferrari, Giuseppe Franco (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, Laterza, 2014, t. II.

Gargarella, Roberto, "Sobre el 'nuevo constitucionalismo latinoamericano'", *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, n. 1, 2018.

Gargarella, Roberto, "Nuevo constitucionalismo latinoamericano y derechos indígenas. Una breve introducción", *Boletín Onteaiken*, n. 15, 2013.

Gargarella, Roberto e Courtis, Christian, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*, Santiago de Chile, Naciones Unidas-Cepal-Asdi, 2009.

Gonzales Mantilla, Gorki, "Notas Sobre el futuro de los derechos fundamentales en América Latina", in Labanca Correa de Araújo, Marcelo e Romboli, Roberto (a cura di), *Il futuro dei diritti fondamentali*, Pisa, Pisa University Press-Tirant lo Blanch, 2020.

Iannaccone, Rosa, "'Borrar todo tu legado será nuestro legado': alle radici del plebiscito cileno del 25 ottobre 2020 e le prospettive future", *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 1, 2021.

Iannaccone, Rosa, "La Convezione Costituente cilena: un'importante possibilità per il costituzionalismo contemporaneo", *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 1, 2021.

Lanchester, Fulvio, *Gli strumenti della democrazia. Lezioni di diritto costituzionale comparato*, Milano, Giuffrè, 2004.

Mastromarino, Anna, "Il nuevo constitucionalismo latinoamericano: una lettura in prospettiva", *Dpce*, n. 2, 2020.

Méndez, Josefina e Cutié, Daniela, "La participación popular y los derechos. Fundamentos y contenidos del nuevo constitucionalismo latinoamericano", in Viciano Pastor, Roberto (a cura di), *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 9.

Pabón Arrieta, Juan Antonio, *La democracia en América Latina: un modelo en crisis*, Barcellona, Bosch Editor, 2019.

Pegoraro, Lucio, "Alcune riflessioni sulle recezioni e l'esportazione di modelli nel costituzionalismo latinoamericano", *Revista General de Derecho Público Comparado*, n. 9, 2011.

Pegoraro, Lucio e Rinella, Angelo, *Sistemi costituzionali comparati*, Torino, Giappichelli, 2017.

Salazar Ugarte, Pedro, "El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)", in González Pérez, Luis Raúl e Valadés, Diego (a cura di), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, Città del Messico, UNAM, 2013.

Sotillo Antezana, Aquiles Ricardo, "La nueva clasificación de los derechos fundamentales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano", *Ciencia y Cultura*, n. 35, 2015.

Storini, Claudia, "Derechos y garantías en el nuevo constitucionalismo latinoamericano", *XV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles*, Madrid, 2012.

Viciano Pastor, Roberto, "Presentación", in Viciano Pastor, Roberto (a cura di), *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

Viciano Pastor, Roberto e Martínez, Raúl, "Presentación. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano", AA. VV., *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2010, n. 36.

Villabella Armengol, Carlos Manuel, "Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano", *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, n. 25, 2010.

Il ricorso delle coppie omosessuali alla maternità surrogata ed il riconoscimento della genitorialità agli *intended parents:* un diritto solo a metà?

Erika La Fauci

Sumario. I. La Corte costituzionale riconosce la necessità di tutelare il minore nato da maternità surrogata: la sentenza n. 33/2021. II. L'inadeguatezza dell'adozione in casi particolari ed il monito della Corte al Parlamento. III. Il divieto di maternità surrogata come limite di ordine pubblico nella più recente giurisprudenza di legittimità: la sentenza n. 9006/2021 della Corte di Cassazione. IV. Conclusioni. Bibliografia.

I. La Corte costituzionale riconosce la necessità di tutelare il minore nato da maternità surrogata: la sentenza n. 33/2021.

La sentenza n. 33/2021[1] rappresenta un tassello fondamentale nel lungo cammino dei diritti —e, segnatamente, di quelli dei figli

[1] Commentata da Agosta, Stefano, "Tra diritti e poteri: la surrogazione di maternità all'estero riletta alla luce degli insegnamenti di Alessandro Pizzorusso", *Federalismi.it,* n. 17, 2021, pp. 1-17; Albanesi, Enrico, "Un parere della Corte EDU ex Protocollo 16 alla CEDU costituisce norma interposta per l'Italia, la quale non ha ratificato il Protocollo stesso?", *Consulta online*, n. 1, 2021, pp. 232-237; Barcellona, Giuseppina, "Le 'brutte bandiere': diritti, colpe e simboli nella giurisprudenza costituzionale in materia di GPA. Brevi note a margine di Corte Cost. n. 33/2021", *Forum di Quad. cost.*, n. 2, 2021, pp. 112-120; Matteoni, Andrea, "Corte costituzionale Legittimità,

nati grazie alla gestazione per altri—[2] in quanto, per la prima volta, la Consulta sembra riconoscere la necessità di accordare una tutela a questi ultimi ancorché nati grazie ad una pratica vietata dall'art. 12, c. 6, della l. 19 febbraio 2004, n. 40.[3] Infatti, ancorché

tenuta logica e valori in gioco nelle 'decisioni di incostituzionalità prospettata': verso un giudizio costituzionale di ottemperanza, *Consulta online*, n. 2, 2021, pp. 348-378; Ruggeri, Antonio, "La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021)", *Consulta online,* n. 1, 2021, pp. 221 e 222.

[2] Invero, quest'ultima espressione appare più corretta a livello semantico, in quanto è stato evidenziato come l'espressione "maternità surrogata" racchiuda già in sé un'accezione negativa. In questo senso v. Olivito, Elisa, "Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L'arma spuntata (e mistificata) della legge nazionale", in Niccolai, Silvia e Olivito, Elisa (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale,* Napoli, Jovene Editore, 2017, pp. 3 e ss.; e Pezzini, Barbara, "Il principio del superiore interesse del minore: tra ipotesi di 'abuso' e diritti fondamentali nel contesto della giurisprudenza delle Corti europee", in Niccolai, Silvia e Olivito, Elisa (a cura di), *op. cit*., pp. 91 e ss.

[3] Sul tema vi è una letteratura molto vasta. V. *ex plurimis* Faraoni, Alicia Benedetta, *La maternità surrogata. La natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Milano, Giuffrè, 2002; Lorenzetti, Anna, *Maternità surrogata* (voce), in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, Aggiornamento VI, diretto da R. Sacco, Torino, Utet, 2011, pp. 617 e ss.; Agosta, Stefano; D'Amico, Giacomo e D'Andrea, Luigi (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017; Niccolai, Silvia e Olivito, Elisa (a cura di), *op. cit*.; Ruggeri, Antonio e Salazar, Carmela, "'Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio': riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone", *Consulta online*, n. 1, 2017, pp. 138-148; Agosta, Stefano, "In fuga dai divieti: una riflessione sulla proibizione italiana della gestazione per altri", *Quad. cost*., n. 1, 2018, pp. 79-113; Agosta, Stefano, "La maternità surrogata e la Corte costituzionale (a proposito di obiter dicta da prendere sul serio", *Osservatorio sulle fonti*, n. 2, 2018, pp. 2-26; Seravalle, Serena, *Maternità surrogata, assenza di derivazione biologica e interesse del minore*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018; Angelini, Francesca, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità*, Napoli, Editoriale scientifica, 2020; Rivera, Ilaria, "Le dimensioni del mestolo. La maternità surrogata tra divieto legislativo e attivismo giudiziario", *Federalismi.it*, n. 4, 2020, pp. 204-227; Trezza, Remo, "Maternità surrogata: ordine pubblico o *best interest of the child*?", *Federalismi.it*, n. 22, 2020, pp. 278-308; Malfatti, Elena, "La gestazione per altri, tra letture 'neutralizzanti' il fenomeno e tutela sovranazionale degli human rights", *Dirittifondamentali*, n. 1, 2021, pp. 373-399.

la Corte abbia ribadito il giudizio di disvalore verso la pratica della maternità surrogata —già precedentemente espresso—[4] ritenendo che quest'ultima offenda "in modo intollerabile la dignità della donna"[5] e che mini "nel profondo le relazioni umane",[6] con la pronuncia che qui si commenta ha posto l'attenzione, più che sulla contrarietà della GPA all'ordine pubblico, sulla necessità di tutelare gli interessi del minore in concreto.

Invero, la questione era stata sollevata dalla Cassazione con riferimento all'art. 12, c. 6, della l. n. 40/2004 (e ad altre disposizioni)[7] in quanto le norme *de quibus*, per come interpretate in base all'attuale diritto vivente, non consentivano di delibare una sentenza straniera nella quale era stata riconosciuta la genitorialità al *partner* di una coppia non legato biologicamente al figlio nato da madre surrogata. Le Sezioni Unite della Cassazione, infatti, nella sentenza n. 12193/2019,[8] dinanzi ad un caso analogo a quello deciso dalla Consulta con la sentenza n. 33, hanno affermato che il divieto di maternità surrogata rappresenta un principio di ordine pubblico "in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione".[9] Di conseguenza, secondo la Suprema Corte, sebbene il *favor veritatis* sia stato ritenuto da parte del

4 V. la s. n. 272/2017.

5 Punto 4.2., cons. dir.

6 *Ibidem*.

7 È stata sollevata q.l.c. dell'art. 12, c. 6, della l. n. 40/2004, dell'art. 64, c. 1, lett. g) e della l. n. 218/1995 per violazione degli artt. 2, 3, 30, 31, 117, c. 1, Cost. in relazione all'art. 8 CEDU, agli artt. 2, 3, 7, 8, 9, e 18 CRC e all'art. 24 CDFUE.

8 V., *ex plurimis*, i commenti di Giunchedi, Diletta, "Maternità surrogata tra ordine pubblico, favor veritatis e dignità della maternità", *Il Corriere giuridico*, n. 10, 2019, pp. 1212-1224; Salanitro, Ugo, "Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità", *Nuova giur. civ. comm*., n. 4, 2019, pp. 737-756; Serravalle, Serena, "Divieto di maternità surrogata e contrarietà all'ordine pubblico del giudicato straniero attestante la duplice paternità", *Rass. dir. civ.*, n. 4, 2019, pp. 1378-1401 ed il focus *L'interesse del minore e le esigenze di ordine pubblico nella sentenza delle Sezioni Unite n. 12193/2019*, *GenIUS. Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, n. 2, 2019.

9 Punto 13.4.

legislatore prevalente rispetto alla tutela dell'interesse del minore, ciò non esclude che possa essere riconosciuto un rilievo al rapporto genitoriale ricorrendo all'istituto dell'adozione in casi particolari prevista dall'art. 44, c. 1, lett. d) della l. 4 maggio 1983, n. 184.

Ebbene, il giudice delle leggi, prendendo atto di tale diritto vivente e dell'impossibilità di effettuare un'interpretazione costituzionalmente conforme dell'art. 12, c. 6, ha posto l'attenzione sull'importanza di tutelare gli interessi del minore (ancorché generato con una pratica vietata dall'ordinamento). Specificamente, la Consulta, conformemente a quanto affermato nella sentenza n. 102/2020,[10] ha chiarito come i *best interests11* dei figli nati tramite GPA "dovranno essere bilanciati, alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità,

[10] Commentata, *ex plurimis*, da Burato, Jacopo, "Automatismi punitivi in tema di responsabilità genitoriale e best interest of the child", *Penale Diritto e Procedura*, 16 luglio 2020; Leo, Guglielmo, "Ancora sugli automatismi sanzionatori: la Consulta dichiara parzialmente illegittima la disciplina della sospensione della potestà genitoriale", *Sistema Penale*, 1 giugno 2020; Picchi, Marta, "Responsabilità genitoriale e interesse superiore del minore: la Corte costituzionale censura un altro automatismo legislativo. Note a margine della sentenza n. 102/2020", *Rivista AIC*, n. 5, 2020, pp. 208-229. Con tale pronuncia la Consulta ha affermato che nel caso di un reato offensivo anche nei confronti del minore, l'applicazione della pena accessoria della sospensione della responsabilità genitoriale sia rimessa alla discrezionalità del giudice tenuto a valutare le specificità di ogni singolo caso e che, pertanto, la sanzione non possa essere irrogata in forza di un automatismo legislativo.

[11] Il Comitato dei diritti del fanciullo nel *General Comment* n. 14 del 2013 ha affermato che il superiore interesse del minore sia un concetto triplice. Questo, infatti, si configura come un diritto sostanziale, ossia come un diritto direttamente applicabile che necessita di essere bilanciato con altri interessi; come principio interpretativo, nel senso che a fronte di una molteplicità di possibili interpretazioni, a prevalere dovrebbe sempre essere quella più favorevole al minore; come regola procedurale, il che implica che ogni qualvolta sia necessario adottare una decisione che coinvolga dei minorenni dovrà sempre essere considerato l'impatto che una decisione avrà su questi ultimi. *Cfr.* UNCRC, General Comment n. 14 on the Right of the Child to Have His or Her Best Interests Taken as a Primary Consideration (art. 3, par. 1), 62nd sess., UN Doc CRC/C/GC/14 (2013).

penalmente sanzionato dal legislatore"[12] e che, pertanto, questi vadano valutati in concreto e caso per caso.

Per la Corte, pertanto, "ogni soluzione che non dovesse offrire al bambino alcuna *chance* di un tale riconoscimento, sia pure *ex post* e in esito a una verifica in concreto da parte del giudice, finirebbe per strumentalizzare la persona del minore in nome della pur legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata".[13] Di conseguenza, per la Consulta, la GPA —ancorché illecita— non può per ciò solo pretermettere i diritti del minore, il quale, com'è ovvio, non può subire un pregiudizio a causa delle scelte adottate dai propri genitori.[14]

Invero, la posizione assunta dalla Corte nella sentenza n. 33 sembra porsi in linea di continuità con l'orientamento della Corte di Strasburgo[15] in materia di gestazione per altri e, segnatamente, con il parere reso da quest'ultima il 10 aprile 2019 ai sensi del Prot. n. 16 CEDU[16] su richiesta della Francia. Infatti, la Cor-

12 Punto 5.5., cons. dir.

13 Punto 5.7., cons. dir.

14 V. per tutti Cucinotta, Laura, "La difficile ricerca dell'identità per i nati da maternità surrogata. Brevi riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale 18 dicembre 2017, n. 272", *Diritto e Questioni Pubbliche*, n. 2, 2018, p. 204.

15 La Corte EDU si è ripetutamente occupata del tema della maternità surrogata. Particolare rilevanza assumono i casi *Mennesson c. Francia* e *Labassee c. Francia* del 26 giugno 2014 e *Paradiso Campanelli c. Italia* (deciso inizialmente con s. del 27 gennaio 2015, ma successivamente revisionato dalla *Grand Chambre* con s. del 24 gennaio 2017).

16 V., *ex multis*, i commenti di Feraci, Ornella, "Il primo parere consultivo della CEDU su richiesta di un giudice nazionale e l'ordinamento giuridico italiano", *Osservatorio sulle fonti*, n. 2, 2019, pp. 2-35; Picchi, Marta, "La tutela del rapporto di filiazione in caso di maternità surrogata: arresti giurisprudenziali e prospettive", *Federalismi.it*, no. 29, 2020, pp. 144-154; Poli, Ludovica, "Il primo (timido) parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: ancora tante questioni aperte sulla gestazione per altri", *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 13, n. 2, 2019, pp. 418-426; Sarzo, Matteo, "La nuova procedura consultiva prevista dal Protocollo n. 16 alla luce del parere della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di surrogazione di maternità", *Rivista di diritto internazionale*, n. 4, 2019, pp. 1158-1169. Sul concetto di "famiglia" elaborato dalla giurisprudenza della Corte EDU v. Rivera, Ilaria, *op. cit.,* pp. 217 e ss. V. sul punto anche Albane-

te EDU, rispondendo a due quesiti,[17] in primo luogo ha chiarito come, sebbene gli Stati godano di un ampio margine di apprezzamento in *subiecta materia*, tale discrezionalità debba arrestarsi dinanzi alla necessità di riconoscere il diritto del minore a vivere all'interno di un nucleo familiare stabile. Pertanto, atteso che secondo i giudici di Strasburgo anche le relazioni affettive istauratesi con un bambino in assenza di un legame biologico rappresentano un esempio di famiglia, i figli nati da madre surrogata devono essere tutelati tanto quanto gli altri minori.

In secondo luogo, la Corte EDU ha affermato che il riconoscimento del legame di parentela fra il bambino generato mediante GPA ed il genitore intenzionale (c.d. *"intended parent"*), non debba necessariamente avvenire per il tramite dell'indicazione di quest'ultimo quale genitore all'interno dell'atto di nascita. La Corte ritiene, infatti, che esistano altri mezzi —quali, ad esempio, l'adozione— che consentono di instaurare un rapporto giuridicamente rilevante con il figlio nato da madre surrogata senza incidere sul relativo atto di nascita. Pertanto, ciò che davvero rileva è che, nel modo più celere ed effettivo possibile, venga riconosciuto il legame *de quo* al fine di non incidere negativamente sugli interessi del minore.[18]

si, Enrico, *op. cit.*, pp. 235 e ss., il quale ritiene che i pareri resi dalla Corte di Strasburgo ai sensi del Prot. 16 CEDU, ancorché non siano vincolanti, siano in grado di entrare a far parte della giurisprudenza della Corte EDU e che, pertanto, anche l'Italia debba uniformarsi ad essi (nonostante questa non abbia ratificato il Protocollo) nel caso in cui si formasse una giurisprudenza consolidata secondo gli indici fissati nella s. n. 49/2015.

17 Con il primo quesito la *Cour de cassation* chiedeva alla Corte EDU se il rifiuto di indicare nell'atto di nascita la madre intenzionale quale genitore del figlio nato mediante GPA (ed il mancato riconoscimento, pertanto, dello *status* già validamente acquisito dal minore all'estero) si configurasse quale violazione dell'art. 8 CEDU. Con il secondo, invece, si chiedeva se l'adozione da parte della madre intenzionale del figlio del coniuge (legato biologicamente al bambino) fosse ammissibile quale alternativa alla trascrizione dell'atto di nascita.

18 In seguito al parere della Corte EDU, la *Cour de cassation* ha ordinato la trascrizione dell'atto di nascita di due gemelle in cui era stata indicata la madre intenzionale quale genitore delle bambine.

II. L'inadeguatezza dell'adozione in casi particolari ed il monito della Corte al Parlamento

Conformemente all'orientamento della Corte EDU, il giudice delle leggi, nella sentenza n. 33, ha evidenziato come il mero riconoscimento sociale del legame fra il genitore intenzionale ed il minore non sia sufficiente a garantire pienamente a quest'ultimo il diritto a vivere in un contesto familiare stabile al cui interno questi possa pienamente sviluppare la propria personalità ed identità.[19] Se, infatti, la famiglia si configura —per eccellenza— quale primigenia formazione sociale[20] tutelata dall'art. 2 Cost. e quale "luogo degli affetti"[21], ne deriva che questa non possa pienamente rappresentare un nucleo familiare stabile lì dove essa stessa sia frutto di una difformità fra realtà giuridica e fattuale: *melius*, lì dove *de facto* sia composta da due genitori e giuridicamente da uno solo di essi. Peraltro, come ha più volte chiarito la Corte, è del tutto irrilevante che questa sia formata da persone dello stesso sesso, in quanto "l'orientamento sessuale non incide di per sé sull'idoneità all'assunzione della responsabilità genitoriale".[22]

Ciò che per la Consulta influenza, invece, l'attribuzione del "fascio di doveri funzionali agli interessi del minore che l'ordinamento considera inscindibilmente legati all'esercizio delle re-

---

19 Già in seno all'Assemblea Costituente era stato evidenziato come il riconoscimento dei diritti fondamentali della persona (art. 2 Cost.) e quello dei diritti della famiglia fossero fortemente connessi. In questo senso v. Falzone, Vittorio; Palermo, Filippo e Cosentino, Francesco, *La Costituzione della repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori da Vittorio Falzone, Filippo Palermo, Francesco Cosentino. Con prefazione di Vittorio Emanuele Orlando*, Roma, Colombo, 1948, p. 67. V. anche Bessone, Mario, "Art. 29 Cost.", in Branca, Giuseppe (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli–Soc. ed. del Foro italiano, 2019, pp. 86 e ss., il quale ritiene che gli artt. 29 e 30 Cost. indichino la famiglia come il "luogo privilegiato di formazione della personalità minorile".

20 La stessa Consulta nella s. n. 183/1988 ha affermato che la famiglia sia una "formazione sociale primaria" (Punto 4, cons. dir.).

21 L'espressione è di Bessone, Mario, *op. cit.*, p. 36.

22 Punto 5.4., cons. dir. V. anche la s. n. 221/2019 Corte cost. e le s. 22 giugno 2016, n. 12962 e 11 gennaio 2013, n. 601, I sez. civ., Corte di Cassazione.

sponsabilità genitoriali"[23] è proprio la mancanza di un rapporto parentale fra l'*intended parent* ed il bambino. Insomma, i figli, secondo la Corte, non sono una monade avulsa dal mondo esterno che è in grado di crescere e sviluppare la propria personalità autonomamente: perché ciò accada, infatti, è necessario che questi vivano in un contesto familiare il più possibile sereno e stabile (non soltanto *de facto*, ma anche giuridicamente).[24]

Che ne sarebbe, infatti, del rapporto fra i bambini e gli *intended parents* qualora il genitore biologico, decidendo di interrompere la frequentazione con il proprio *partner*, precludesse a quest'ultimo anche la possibilità di vedere il proprio figlio? Com'è noto, tale ipotesi non è affatto un esempio di scuola in quanto una simile circostanza ha costituito l'oggetto della sentenza n. 32/2021[25] che, ancorché si riferisca ai minori nati grazie alla fecondazione eterologa, presenta degli elementi in comune con la pronuncia che qui si commenta.

Proprio alla luce di tali considerazioni, dunque, il giudice delle leggi —operando un *revirement* rispetto al passato—[26] ha chia-

23 Punto 5.4., cons. dir.

24 Come evidenzia Agosta, Stefano, "Tra diritti e poteri...", *cit*., p. 9: "il legame genitoriale finirebbe per essere distortamente [...] rappresentato se fosse circoscritto al solo rapporto tra il minore e quello dei componenti della coppia il cui apporto genetico è stato fondamentale per la sua venuta al mondo tramite gestazione per altri e non pure con entrambe le persone che abbiano volontariamente assunto il ruolo genitoriale provvedendo alla crescita ed alla cura del figlio in attuazione di un progetto familiare *ab origine* immaginato".

25 Commentata da Matteoni, Andrea, *op. cit*., pp. 348-378; Ruggeri, Antonio, *op. cit*., pp. 221 e 222; Mannella, Federico, "Oltre un serio avvertimento al legislatore? La Corte costituzionale e la nuova categoria dei 'nati non riconoscibili', *Nomos*, n. 1, 2021, pp. 1-10. Nel caso di specie, la madre biologica di un minore, con l'insorgere di una situazione conflittuale all'interno della coppia, aveva precluso la possibilità alla madre intenzionale di continuare ad avere rapporti con il piccolo.

26 Nella s. n. 272/2017 la Corte ha affermato che "oltre alla durata del rapporto instauratosi col minore e quindi alla condizione identitaria già da esso acquisita, non possono non assumere oggi particolare rilevanza, da un lato le modalità del concepimento e della gestazione, dall'altro, la presenza di strumenti legali che consentano la costituzione di un legame giuridico col genitore contestato, che, pur diverso da quello derivante dal riconoscimen-

rito come l'adozione in casi particolari non sia la soluzione più appropriata al fine di colmare il *vulnus* che l'attuale disciplina in materia di GPA determina. Com'è noto, infatti, i procedimenti di adozione sono spesso travagliati a causa dell'eccessiva lunghezza dei tempi che occorrono per la loro conclusione, non prevedono l'instaurazione di un rapporto di parentela fra la famiglia dell'adottante ed il minore e non assicurano un'adeguata tutela all'adottato in caso di morte sopravvenuta del genitore legato biologicamente a quest'ultimo o in caso di separazione fra i *partners*.

Ciò comporta, pertanto, che in assenza del consenso del genitore "biologico" all'adozione —*condicio sine qua non* affinché questa possa validamente perfezionarsi— potrebbe essere impedito al bambino di continuare ad avere rapporti con la madre o il padre intenzionale (ad esempio, in caso di crisi della coppia). Di contro, atteso che la procedura adottiva, per potere essere correttamente istruita, necessita della presentazione di un'apposita richiesta rivolta all'autorità giudiziaria da parte dell'*intended parent*, non è da escludere che quest'ultimo possa omettere di presentarla al fine di sottrarsi alle responsabilità assunte nello Stato in cui la coppia ha ricorso alla maternità surrogata.[27]

Alla luce dell'inadeguatezza dell'adozione in casi particolari ad accordare una tutela ai minori nati tramite GPA, pertanto, la Consulta ha evidenziato come il compito di predisporre una regolamentazione che operi un corretto —se pur difficile— bilanciamento fra la "legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica (la maternità surrogata, n.d.r.) e l'imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori"[28] non possa che spettare, in primo luogo, al Parlamento. Molteplici sono, infatti, le soluzioni normative che potrebbero essere adottate al fine di accordare un'adeguata tutela ai minori nati da madre surrogata. Ancora una volta, però, la Corte ha evidenziato come non possa che essere necessario intervenire nel più breve tempo possibile per evitare il prolungarsi della situazione di incertezza

to, quale è l'adozione in casi particolari, garantisca al minore una adeguata tutela" (Punto 4.6., cons. dir.).

27 V. Trezza, Remo, *op. cit.*, p. 301.

28 Punto 5.9., cons. dir.

nella quale si trovano tanto i figli quanto la loro famiglia: *de facto atque de iure*.

Insomma, come è avvenuto soprattutto negli ultimi tempi,[29] il giudice delle leggi non ha potuto far altro che indirizzare un monito al Parlamento al fine di sollecitarne un celere intervento risolutorio e di rispettarne la discrezionalità. Infatti, riguardo ad un tema tanto delicato quanto complesso —qual è quello della tutela dei minori nati grazie alla maternità surrogata— non possono che essere le Camere a dovere assumere una posizione che esprima un preciso assetto di valori e che contemperi la pluralità di interessi in gioco accordando loro pari dignità. Proprio per tali ragioni, dunque, lì dove l'ennesimo monito rivolto al Parlamento dovesse essere disatteso —com'è altamente probabile— non potrà che essere la Consulta a farsi carico del compito di "abbozzare" una prima disciplina nella materia *de qua*.[30]

Ecco perché la sentenza n. 33/2021, ancorché non sia di accoglimento, rappresenta un tassello fondamentale in materia di PMA e, segnatamente, in materia di maternità surrogata. Infatti, a fronte del difficile bilanciamento che la Corte era chiamata a compiere fra la tutela degli interessi del minore ed il rispetto del principio del *favor veritatis*, questa non ha ritenuto che il secondo dovesse aprioristicamente prevalere in ogni circostanza.

D'altronde, se ciò avvenisse, non si potrebbe più parlare di un bilanciamento, ma bisognerebbe riferirsi —più correttamente— all'esistenza di un vero e proprio automatismo costituzionale che comporterebbe una "tirannia" del principio del rispetto del divieto di maternità surrogata su quello di salvaguardia del minore.[31]

---

29 Si pensi all'ord. n. 207/2018 ed alla s. n. 242/2019 in materia di suicidio assistito, all'ord. n. 132/2020 relativa al reato di diffamazione a mezzo stampa ed all'ord. n. 97/2021 riguardante l'ergastolo ostativo.

30 Come avvenuto, ad esempio, con la s. n. 242/2019 con cui la Corte, a causa della persistente inerzia del Parlamento, ha indicato le condizioni in presenza delle quali non si configuri una responsabilità penale *ex* art. 580 c.p. in capo a colui il quale ha prestato il proprio aiuto a chi ha espresso la volontà di volere ricorrere al suicidio assistito.

31 La Consulta nella s. n. 85/2013 ha chiarito come "tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la pre-

Peraltro, la stessa Consulta ha recentemente rilevato, sebbene con riferimento alla sospensione della responsabilità genitoriale quale sanzione accessoria irrogabile in caso di reati offensivi anche nei confronti dei minori, come debba essere sempre riconosciuta la possibilità di valutare *in concreto* gli interessi dei figli al fine di poterli bilanciare con gli altri diritti in gioco e che, pertanto, la loro situazione giuridica non possa sempre essere soccombente a prescindere dalle specificità che ogni singola circostanza presenta.

Il principio del "*best interest of the child*", si conferma, pertanto, come il criterio principe cui riferirsi nel compiere ogni bilanciamento che coinvolga i minori.

III. Il divieto di maternità surrogata come limite di ordine pubblico nella più recente giurisprudenza di legittimità: la sentenza n. 9006/2021 della Corte di Cassazione

Se la definizione del concetto di ordine pubblico, come evidenziato, rappresenta un elemento essenziale per comprendere se sia ammissibile o meno la trascrizione degli atti di nascita stranieri relativi ai minori nati tramite gestazione per altri, ai fini di una sua puntuale ricostruzione, non può che assumere un'importanza fondamentale la sentenza n. 9006/2021[32] delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.[33]

---

valenza assoluta sugli altri. La tutela deve sempre essere «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (s. n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona". Il concetto di "tirannia dei valori" è già presente nel celeberrimo Schmitt, Carl, "Die Tyrannei der Werte" (1967), trad. it., "La tirannia dei valori: riflessioni di un giurista sulla filosofia dei valori", in Gurisatti, Giovanni (a cura di), Milano, Adelphi, 2008.

[32] Con tale sentenza le SS. UU. hanno riconosciuto la trascrizione dell'*Adoption Order* emesso dalla *Surrogate's Court* di New York con cui era stata disposta l'adozione di un minore da parte di una coppia di uomini.

[33] In realtà, nella sentenza n. 9006/2021, le SS. UU. si sono espresse in merito al riconoscimento, all'interno dell'ordinamento italiano, degli effetti

Con la pronuncia *de qua*, infatti, le SS. UU. si sono espresse in merito al concetto di ordine pubblico internazionale, accogliendone una concezione aperta ed universalistica (già espressa nella s. n. 19599/2016 e n. 14878/2017) e chiarendo come i principi ad esso sottesi non svolgono unicamente una funzione di limite all'applicazione di una disciplina straniera ed al riconoscimento di atti e provvedimenti adottati all'estero, ma che questi sono teleologicamente orientati alla "promozione e garanzia di tutela dei diritti fondamentali"[34] così come previsti all'interno delle Carte internazionali dei diritti e come interpretati dalla CGUE e della Corte EDU. Pertanto, sebbene anche le leggi ordinarie concorrano a connotare il concetto di ordine pubblico internazionale (essendo "nervature sensibili, fibre dell'apparato sensoriale e delle parti vitali di un organismo" che "inverano l'ordinamento costituzionale"),[35] dinanzi ad un provvedimento straniero volto a riconoscere la genitorialità anche agli *intended parents*, il giudice interno, lungi dal dover verificare la coerenza della disciplina italiana rispetto quella straniera, dovrà unicamente accertare la compatibilità degli effetti che l'atto produce nell'ordinamento con i principi di ordine pubblico.

Ecco perché secondo la Cassazione, l'eterosessualità di una coppia, sebbene costituisca nell'ordinamento italiano un limite all'applicazione di alcuni istituti, non può essere considerata quale principio di ordine pubblico internazionale in quanto è ormai stata avvertita da tempo la necessità di dare un riconoscimento giuridico alle coppie omoaffettive ed in quanto si è provveduto a rispondere a tale esigenza con l'approvazione della l. 20 maggio 2016, n. 76.

di un provvedimento giurisdizionale straniero di adozione di un minore da parte di una coppia omosessuale che non aveva ricorso alla maternità surrogata per realizzare il proprio progetto di genitorialità. Tuttavia, la pronuncia merita in questa sede particolare attenzione in quanto la Suprema Corte ha considerato quale condizione necessaria ai fini del riconoscimento del provvedimento *de quo* l'assenza di un accordo di surrogazione di maternità.

34 Punto 16.1.

35 S. n. 16601/2017.

Pertanto, il divieto che la legge *de qua* prevede per le unioni omosessuali di ricorrere alla fecondazione assistita[36] ed all'adozione, sebbene sia espressione della discrezionalità del Parlamento, non assurge a principio fondante dell'ordinamento ma, al contrario, si configura quale "opzione legittima ma non universalmente condivisa".[37] D'altronde, la stessa l. n. 40/2004 —come ha chiarito la Corte costituzionale—[38] si configura quale legge costituzionalmente necessaria e non a contenuto costituzionalmente vincolato: segno, questo, che in materie eticamente sensibili come la procreazione medicalmente assistita, non esiste un unico modello adottabile ma molteplici. A ciò non può che aggiungersi, che, come ha sottolineato la Cassazione, l'unione matrimoniale prevista all'interno dell'art. 29 Cost. "non costituisce più, soprattutto dopo la riforma della filiazione, il modello unico o quello ritenuto esclusivamente adeguato per la nascita e la crescita dei figli minori e conseguentemente deve escludersi che possa essere ritenuto un limite al riconoscimento

[36] In questo senso v. il decreto 18 aprile 2021 del Tribunale di Roma ed il decreto 16 aprile 2021 della Corte d'Appello di Cagliari che rappresentano le prime pronunce adottate a seguito della sentenza n. 32/2021 Cort. Cost. Specificamente, il primo ha disposto che il Comune capitolino annotasse l'atto di nascita (al cui interno erano indicate due donne quali madri della figlia minore nata da fecondazione eterologa) già registrato dal Comune di Cerveteri. Quest'ultimo, infatti, a fronte del rifiuto dell'ufficiale di Stato civile di annotare l'iscrizione dell'atto di nascita effettuata dal Comune *de quo* in cui si attestava l'esistenza di un rapporto di genitorialità di entrambe le madri con la bambina, ha chiarito come le annotazioni dell'Ufficiale di Stato civile abbiano una natura meramente amministrativa e che, pertanto, in capo a quest'ultimo non residui alcuna discrezionalità. La Corte d'Appello di Cagliari, invece, ha confermato il decreto del 28 aprile 2020 del Tribunale della medesima città con cui il giudice sardo aveva rigettato il ricorso del P.M. e le domande proposte dal Ministero dell'Interno e dalla Prefettura di Cagliari poiché volto ad ottenere la disapplicazione dell'annotazione dell'atto di nascita di una minorenne (nata da fecondazione eterologa) al cui interno erano indicate due donne quali madri della bambina.

[37] Punto 18.3, s. n. 9006/2021.

[38] V. Punto 11, cons. in dir., s. n. 162/2014. Inoltre, la Cassazione già nella s. 30 settembre 2016, n. 19599 ha chiarito come le scelte legislative in materia di PMA non siano "costituzionalmente obbligate" (Punto 10.1, cons. in dir.).

degli effetti di un atto che attribuisce la genitorialità adottiva ad una coppia omoaffettiva".[39]

Alla luce di tali considerazioni, dunque, la Suprema Corte è giunta alla conclusione che il riconoscimento degli effetti di un provvedimento giurisdizionale straniero di adozione di un minore da parte di una coppia omosessuale non determini in sé una violazione dell'ordine pubblico internazionale. La condizione per riconoscere validità a tale atto, però, è che non sia preesistente all'adozione un accordo di surrogazione di maternità.

Tale precisazione, invero, rappresenta il punto centrale della pronuncia *de qua* in quanto, ancorché la Cassazione abbia dimostrato un'apertura al riconoscimento dell'adozione di un minore da parte di due persone dello stesso sesso perfezionatasi all'estero, ha escluso che ciò possa avvenire nel caso della gestazione per altri. Dinanzi alla maternità surrogata, pertanto, ancora una volta la Suprema Corte si arresta, non riuscendo a travalicare — per il momento— il limite dell'ordine pubblico per accordare pienamente una tutela al minore nato tramite GPA.

IV. Conclusioni

Alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale testé riportata, si può tentare di svolgere qualche riflessione conclusiva. Invero, come a più riprese è stato evidenziato, il riconoscimento della genitorialità alle madri ed ai padri intenzionali dei figli nati da maternità surrogata, in un ordinamento come quello italiano in cui tale pratica è vietata, non può che richiedere un complesso bilanciamento fra il principio del *favor veritatis* e la tutela degli interessi del minore.

La sentenza n. 33/2021 mostra, infatti, come non sia più ammissibile considerare i diritti dei figli nati tramite GPA come recessivi dinanzi alla necessità di rispettare, in qualsiasi caso, il divieto di maternità surrogata in quanto —in forza di un automatismo legislativo— non si può immaginare di precludere ai minori nati da madre surrogata la possibilità di sviluppare la propria personalità all'interno di una famiglia stabile ed inclusiva.

[39] Punto 19.3., s. n. 9006/2021.

Che, invero, sussista una stretta interconnessione fra il riconoscimento dei diritti fondamentali e la libertà di poterli esercitare all'interno delle formazioni sociali —e, segnatamente, all'interno del proprio nucleo familiare— è ormai, da tempo indubbio.[40] Infatti, se per "formazione sociale deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione"[41] (compresa un'unione omosessuale), ne consegue che consentire che un figlio viva in una situazione di perenne incertezza giuridica, non possa considerarsi come un corretto bilanciamento fra gli interessi in gioco. D'altronde, se la Costituzione non può che essere interpretata *magis ut valeat,*[42] non si comprende come si possa ammettere, in modo tanto assolutistico quanto irragionevole, una tale compressione dei diritti dei minori. Peraltro, nel momento in cui una coppia ha già ricorso a tale pratica, che un figlio è già venuto al mondo e che si è formato all'estero il relativo atto di nascita, l'omissione della sua trascrizione non può in alcun modo salvaguardare la dignità della donna, atteso che questa ha già acconsentito ad offrirsi quale gestante e che ha portato a termine la gravidanza.[43]

Insomma, ciò che campeggia in tale circostanza, non è tanto la dignità della madre surrogata, quanto —e soprattutto— il diritto del minore a mantenere lo *status* già validamente acquisito in un altro Stato affinché venga salvaguardata la sua identità ed affinché questi non sia discriminato rispetto ad altri minori.[44]

---

40 Sul punto Bessone, Mario, *op. cit*., 7, chiarisce come l'art. 2 Cost. sia "l'autentica norma di principio dell'intero ordinamento giuridico della famiglia". V. anche Barbera, Augusto, "Art. 2 Cost.", in Branca, Giuseppe (a cura di), *op. cit*., p. 109, il quale ritiene che "le formazioni sociali vengono riconosciute e garantite a livello costituzionale non come tali ma nella misura in cui consentano e favoriscano il libero sviluppo della persona".

41 Punto 8, cons. in dir., s. n. 138/2010.

42 Secondo la nota espressione di Crisafulli, Vezio, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952, p. 11.

43 V. Trezza, Remo, *op. cit*., p. 296.

44 Come è avvenuto, di fatto, con la distinzione fra figli nati nel matrimonio ed al di fuori di esso. Questi ultimi, infatti, prima dell'approvazione della l. 10 dicembre n. 219, erano definiti quali "figli illegittimi" e non godevano

In conclusione, appare evidente come la necessità di adottare al più presto una disciplina volta a tutelare i figli nati tramite GPA (stante l'inidoneità dell'adozione in casi particolari a sopperire all'assenza di un legame genitoriale fra l'*intended parent* ed il minore) sia sempre più stringente e sempre più avvertita dalla Corte costituzionale. Tuttavia, come evidenziato, dal momento che il Parlamento è ormai da tempo inerte dinanzi ai moniti della Consulta e che, a fatica, riesce ad approvare leggi relative ai diritti fondamentali ed alle libertà[45], non è da escludere che sia il giudice delle leggi, ancora una volta, a dovere intervenire per porre fine alla situazione di incertezza giuridica nella quale riversano i minori *de quibus*.

D'altronde, sebbene com'è stato efficacemente evidenziato, la famiglia è "un'isola che il mare del diritto può lambire soltanto",[46] non può che derivarne che l'inadeguatezza dell'attuale disciplina relativa ai figli nati da madre surrogata rischia di non sfiorare neanche l'"isola" della famiglia e di lasciare che quest'ultima venga sommersa dal mare senza che il diritto intervenga per riportarla a galla.

Bibliografia

Agosta, Stefano, "In fuga dai divieti: una riflessione sulla proibizione italiana della gestazione per altri", *Quad. cost.*, n. 1, 2018.

Agosta, Stefano, "La maternità surrogata e la Corte costituzionale (a proposito di obiter dicta da prendere sul serio", *Osservatorio sulle fonti*, n. 2, 2018.

dei medesimi diritti di coloro che erano nati all'interno di un'unione matrimoniale.

45 Si pensi all'*iter* legislativo della pdl n. 569 presentata alla Camera il 2 maggio 2018 e contenente "Modifiche agli articoli 604 bis e 604 ter del codice penale, in materia di violenza o discriminazione per motivi di orientamento sessuale o identità di genere" (c.d. "ddl Zan") che è stata trasmessa al Senato soltanto il 5 novembre 2020.

46 Jemolo, Arturo Carlo, "La famiglia e il diritto", *Ann. Sem.Giur. Università di Catania*, III, n. 5, 1948, p. 38.

Agosta, Stefano, "Tra diritti e poteri: la surrogazione di maternità all'estero riletta alla luce degli insegnamenti di Alessandro Pizzorusso", *Federalismi.it,* n. 17, 2021.

Agosta, Stefano; D'Amico, Giacomo e D'Andrea, Luigi (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017.

Albanesi, Enrico, "Un parere della Corte EDU ex Protocollo 16 alla CEDU costituisce norma interposta per l'Italia, la quale non ha ratificato il Protocollo stesso?", *Consulta online*, n. 1, 2021.

Angelini, Francesca, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità*, Napoli, Editoriale scientifica, 2020.

Barbera, Augusto, "Art. 2 Cost.", in Branca, Giuseppe (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli–Soc. ed. del Foro italiano, 2019.

Barcellona, Giuseppina, "Le 'brutte bandiere': diritti, colpe e simboli nella giurisprudenza costituzionale in materia di GPA. Brevi note a margine di Corte Cost. n. 33/2021", *Forum di Quad. cost.*, n. 2, 2021.

Bessone, Mario, "Art. 29 Cost.", in Branca, Giuseppe (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli–Soc. ed. del Foro italiano, 2019.

Burato, Jacopo, "Automatismi punitivi in tema di responsabilità genitoriale e best interest of the child", *Penale Diritto e Procedura*, 16 luglio 2020.

Crisafulli, Vezio, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952.

Cucinotta, Laura, "La difficile ricerca dell'identità per i nati da maternità surrogata. Brevi riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale 18 dicembre 2017, n. 272", *Diritto e Questioni Pubbliche*, n. 2, 2018.

Falzone, Vittorio; Palermo, Filippo e Cosentino, Francesco, *La Costituzione della repubblica italiana illustrata con i lavori*

preparatori da Vittorio Falzone, Filippo Palermo, Francesco Cosentino. Con prefazione di Vittorio Emanuele Orlando, Roma, Colombo, 1948.

Faraoni, Alicia Benedetta, *La maternità surrogata. La natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Milano, Giuffrè, 2002.

Feraci, Ornella, "Il primo parere consultivo della CEDU su richiesta di un giudice nazionale e l'ordinamento giuridico italiano", *Osservatorio sulle fonti*, n. 2, 2019.

Giunchedi, Diletta, "Maternità surrogata tra ordine pubblico, favor veritatis e dignità della maternità", *Il Corriere giuridico*, n. 10, 2019.

Leo, Guglielmo, "Ancora sugli automatismi sanzionatori: la Consulta dichiara parzialmente illegittima la disciplina della sospensione della potestà genitoriale", *Sistema Penale*, 1 giugno 2020.

Lorenzetti, Anna, *Maternità surrogata* (voce), in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, Aggiornamento VI, diretto da R. Sacco, Torino, Utet, 2011.

Malfatti, Elena, "La gestazione per altri, tra letture 'neutralizzanti' il fenomeno e tutela sovranazionale degli human rights", *Dirittifondamentali*, n. 1, 2021.

Mannella, Federico, "Oltre un serio avvertimento al legislatore? La Corte costituzionale e la nuova categoria dei 'nati non riconoscibili', *Nomos*, n. 1, 2021.

Matteoni, Andrea, "Corte costituzionale Legittimità, tenuta logica e valori in gioco nelle 'decisioni di incostituzionalità prospettata': verso un giudizio costituzionale di ottemperanza, *Consulta online*, n. 2, 2021.

Niccolai, Silvia e Olivito, Elisa (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale,* Napoli, Jovene Editore, 2017.

Olivito, Elisa, "Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L'arma spuntata (e mistificata) della legge naziona-

le", in Niccolai, Silvia e Olivito, Elisa (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale,* Napoli, Jovene Editore, 2017.

Pezzini, Barbara, "Il principio del superiore interesse del minore: tra ipotesi di 'abuso' e diritti fondamentali nel contesto della giurisprudenza delle Corti europee", in Niccolai, Silvia e Olivito, Elisa (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale,* Napoli, Jovene Editore, 2017.

Picchi, Marta, "La tutela del rapporto di filiazione in caso di maternità surrogata: arresti giurisprudenziali e prospettive", *Federalismi.it*, no. 29, 2020.

Picchi, Marta, "Responsabilità genitoriale e interesse superiore del minore: la Corte costituzionale censura un altro automatismo legislativo. Note a margine della sentenza n. 102/2020", *Rivista AIC*, n. 5, 2020.

Poli, Ludovica, "Il primo (timido) parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: ancora tante questioni aperte sulla gestazione per altri", *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 13, n. 2, 2019.

Rivera, Ilaria, "Le dimensioni del mestolo. La maternità surrogata tra divieto legislativo e attivismo giudiziario", *Federalismi.it*, n. 4, 2020.

Ruggeri, Antonio e Salazar, Carmela, "'Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio': riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone", *Consulta online*, n. 1, 2017.

Ruggeri, Antonio, "La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021)", *Consulta online,* n. 1, 2021.

Salanitro, Ugo, "Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità", *Nuova giur. civ. comm.*, n. 4, 2019.

Sarzo, Matteo, "La nuova procedura consultiva prevista dal Protocollo n. 16 alla luce del parere della Corte europea dei dirit-

ti dell'uomo in materia di surrogazione di maternità", *Rivista di diritto internazionale*, n. 4, 2019.

Schmitt, Carl, "Die Tyrannei der Werte" (1967), trad. it., "La tirannia dei valori: riflessioni di un giurista sulla filosofia dei valori", in Gurisatti, Giovanni (a cura di), Milano, Adelphi, 2008.

Seravalle, Serena, *Maternità surrogata, assenza di derivazione biologica e interesse del minore*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018.

Serravalle, Serena, "Divieto di maternità surrogata e contrarietà all'ordine pubblico del giudicato straniero attestante la duplice paternità", *Rass. dir. civ.*, n. 4, 2019.

Trezza, Remo, "Maternità surrogata: ordine pubblico o *best interest of the child*?", *Federalismi.it*, n. 22, 2020.

La legittimità delle decisioni costituzionali virtuali: l'esperienza brasiliana in materia fiscale

Ana Letícia Salomão e Ribeiro

I. Introduzione. II. Contesto storico riguardo alle origini della Plenaria Virtuale della Corte costituzionale brasiliana. III. La Suprema Corte Federale Brasiliana come Corte costituzionale. IV. Sugli impatti interni ed esterni di una decisione virtuale pronunciata dalla Corte costituzionale. V. Conclusione. Bibliografia.

I. Introduzione

Una realtà nella Suprema Corte Brasiliana[1] dal 2016, il lavoro a distanza ha guadagnato ancora più notorietà durante la pandemia del Coronavirus (Covid-19). In pochi mesi, nel mezzo di una crisi sanitaria senza precedenti, che ha causato la morte di più di cinquecentomila brasiliani, la più alta Corte di Giustizia del paese ha emesso decine di decisioni che hanno implicazioni non solo per il diritto, ma riguardano anche l'interpretazione della stessa costituzione. Durante questo periodo, sono state emesse decisioni su rilevanti casi tributari, molti dei quali in attesa di un giudizio in tribunale da anni, se non decenni.

[1] In questo saggio, a volte, la Suprema Corte Brasiliana viene indicata come "STF", che è il suo acronimo in portoghese.

L'alta produttività in materia tributaria può essere almeno parzialmente attribuita alle modifiche apportate alle procedure sui giudizi emessi dalla Corte. Infatti, le decisioni in questione provengono da due percorsi. Da un lato, dalle sessioni nelle quali i Ministri si servono di un programma di videoconferenza per condurre le riunioni, in cui possono emulare —anche se a scapito dei dibattiti e della comunicazione— le giornaliere sessioni dalla Corte. Dall'altro, attraverso la Plenaria Virtuale, i Ministri pubblicano i loro voti in modo online —o la loro posizione di assenso o di dissenso rispetto al Relatore— a prescindere sia dai dibattiti o dalle deliberazioni, sia dalla partecipazione attiva e presente di ciascun interessato ai provvedimenti. In effetti, attraverso il Plenum Virtuale, la STF si è pronunciata per lo più a favore delle autorità fiscali, cambiando o rivedendo posizioni consolidate o decidendo in base ad argomenti inediti o inconsueti nel diritto fiscale brasiliano.[2]

Nonostante ciò, è comunque importante sottolineare che la Plenaria Virtuale ha notevoli meriti. Se ne possono elencare, in modo sintetico e non esaustivo, cinque: *i)* non sono state sospese le attività della Corte perché è stato possibile trasferire le sessioni precedentemente previste in presenza a quelle tenute in vide-

[2] Un avvertimento necessario: non stiamo analizzando i meriti delle singole decisioni o sostenendo che il risultato sia corretto o sbagliato a causa del mero impatto finanziario o di bilancio che le decisioni hanno e avranno. Il deficit deliberativo precede la decisione stessa e non è necessariamente collegato direttamente al risultato raggiunto dalla Corte. Il fatto che i dipartimenti fiscali federali, statali e comunali abbiano ottenuto un tasso di successo sproporzionato durante le prove virtuali non è un elemento rilevante per determinare l'incostituzionalità e l'illegalità della Plenaria Virtuale. Il numero di decisioni favorevoli a uno dei poli della relazione giuridico-fiscale, quindi, anche se statisticamente improbabile, è giuridicamente irrilevante. Allo stesso modo, la costituzionalità o incostituzionalità di una data tassa non è direttamente relazionata alla sua capacità di raccolta o con l'impatto che genera la sua estinzione. I prelievi fiscali sono costituzionali perché rientrano nei limiti fissati dal testo costituzionale, o sono incostituzionali per aver superato i limiti imposti dal costituente. Le loro conseguenze finanziarie e di bilancio, anche se possono essere di estrema rilevanza, non cambiano la costituzionalità o l'incostituzionalità della tassa. In altre parole, sostenere l'impatto finanziario o di bilancio —come si fa spesso— non trasforma una tassa costituzionale in una incostituzionale, né costituzionalizza una tassa incostituzionale.

oconferenza, per cui non ci sono stati ritardi nella ripresa delle sessioni;[3] *ii)* è stata ridotta la formalità di tempo e le pause necessarie delle sessioni in presenza; *iii)* i giudizi vengono pronunciati prontamente, permettendo ai Ministri di avere a loro disposizione più tempo di lavoro e studio, eliminando i lunghi periodi normalmente presenti; *iv)* permette ai soli Ministri che intendano esprimersi di farlo al momento della pubblicazione del voto; e, in ultimo, e *v)* permette, come succedeva molto raramente nelle sessioni in presenza, che i Ministri si limitino a votare con o contro il Relatore, cioè, riduce il tempo delle votazioni e rende più facile raggiungere una posizione istituzionale.[4]

Tuttavia, conviene segnalare che l''adozione della virtualizzazione rischia di far sorgere questioni importanti riguardo a quanto questo modus operandi possa dirsi adeguato a livello costituzionale. Dunque, il proposito di questo breve contributo è quello di confrontare il sistema del Plenum Virtuale con le norme costituzionali e le disposizioni legali vigenti nell'ordinamento giuridico brasiliano. Inoltre, esaminare se, al limite, in che misura tale strumento sia in grado di compromettere la legittimità delle decisioni assunte dalla Corte.

Il contributo si concentra su due aspetti principali. Inizialmente, la riflessione si svilupperà intorno al deficit deliberativo che si presenta con la Plenaria Virtuale[5], considerando due diversi punti di riferimento, interno ed esterno: il primo, quello dei componenti della Corte; il secondo, quello dei soggetti coinvolti nelle decisioni. Su entrambi i panorami verranno valutate sia le loro conseguenze come anche le eventuali incostituzionalità che derivano dalle decisioni emesse in sede virtuale. Successivamen-

[3] Susskind, Richard, *Online court and the future of justice*, Oxford, Oxford University Press, 2019, pp. 27 e ss.

[4] Marinoni, Luiz Guilherme, *Julgamento nas Cortes Supremas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, pp. 99 e ss.

[5] Sul tema dei deficit e delle pratiche deliberative alla Corte Suprema, si veda Silva, Virgilio Afonso da, "Deciding without deliberating", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, 2013, pp. 557 e ss.; Silva, Virgilio Afonso da, "Do we deliberate? If so, how?", *European Journal of Legal Studies*, vol. 9, 2017, pp. 209-240, e Mendes, Conrado Hübner, *Constitutional Courts and deliberative democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 101 e ss.

te, l'articolo si concentrerà sulle carenze di pubblicizzazione e di ragionamento con cui si arriva a adottare le decisioni tramite la Plenaria Virtuale.

Secondo quanto afferma il professore Humberto Ávila, "il fondamento nel diritto non è più solo semantico, ma diventa discorsivo e, pertanto, implica la questione dell'accettabilità razionale della decisione attraverso un procedimento di produzione giuridica che genera legittimità".[6] Questo per dire che il ragionamento e la pubblicizzazione sono capaci di portare a una riduzione o a un annullamento dell'accettabilità razionale delle decisioni, che, a loro volta, portano alla riduzione o all'annullamento della legittimità stessa delle decisioni della Corte.

Per questo motivo, la riflessione si concentra su questo deficit deliberativo in materia fiscale e, così facendo, si verificherà che l'uso del Plenum Virtuale in modo indistinto ha come conseguenza la violazione delle disposizioni e delle garanzie costituzionali pertinenti, e se, pertanto, il deficit deliberativo e le incostituzionalità rischiano di minare la legittimità stessa delle decisioni della STF.

Per una migliore comprensione dell'argomento, è necessario contestualizzare l'evoluzione e i cambiamenti della plenaria virtuale in seguito alla pandemia del Coronavirus.

II. Contesto storico riguardo alle origini della Plenaria Virtuale della Corte costituzionale brasiliana

Da quando l'Organizzazione Mondiale della Sanità ha dichiarato il Coronavirus pandemia, la Plenaria Virtuale della STF ha ricevuto nuovi poteri che sono stati determinanti nel considerevole numero di decisioni, principalmente in materia fiscale, emesse nel 2020. Di per sé, la virtualizzazione non è qualcosa di nuovo nella struttura della Corte, e, nella sua storia, possono essere citati numerosi esempi.

[6] Ávila, Humberto, *Teoria da segurança jurídica*, São Paulo, Malheiros, 2014, p. 269.

Infatti, nel 2007, con l'Emendamento al Regolamento n. 21, il regolamento interno della Corte ("RISTF") è stato modificato per includere l'articolo 323,[7] che prevede la presentazione, per via elettronica, delle decisioni che dichiarino l'esistenza di ripercussione generale delle materie in discussione. Dal 2009, è stata inserita la possibilità dell'uso del voto elettronico.[8]

Nel 2010, si è modificato nuovamente il regolamento per includere l'articolo 323-A[9] nel suo corpo, prevedendo l'uso di mezzi elettronici per le decisioni che riaffermano la consolidata giurisprudenza della Corte.

Quindi, l'Emendamento al Regolamento n. 21, del 2007, che ha modificato la redazione dell'articolo 323, ha permesso sia al Ministro Relatore sia al Presidente della Corte di esprimere il proprio parere, tramite mezzi elettronici, sull'esistenza o meno della ripercussione generale, qualora non si tratti di inammissibilità del ricorso per altra circostanza. Fino ad allora la deliberazione sull'esistenza o meno della ripercussione generale avveniva in una sessione plenaria in presenza, attraverso una mozione d'ordine sollevata dal Ministro Relatore.

Attualmente, qualunque votazione sul riconoscimento della ripercussione generale si svolge invece nell'ambiente virtuale. Questo significa che il Relatore del caso sottopone la questione alla Plenaria Virtuale, seguita poi da un'argomentazione per il suo riconoscimento o rifiuto, e, successivamente, gli altri Ministri possono votare *i)* la presenza della questione costituzionale, *ii)* l'esistenza della ripercussione generale della questione costituzionale, e, se pertinente, *iii)* la configurazione della riafferma-

---

7 Regolamento della STF, "Art. 323. Quando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o(a) Relator(a) submeterá, por meio eletrônico, aos demais ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral".

8 Regolamento della STF, "Art. 324. Recebida a manifestação do(a) Relator(a), os demais ministros encaminharlhe-ão, também por meio eletrônico, no prazo comum de 20 (vinte) dias, manifestação sobre a questão da repercussão geral".

9 Regolamento della STF, "Art. 323-A. O julgamento de mérito de questões com repercussão geral, nos casos de reafirmação de jurisprudência dominante da Corte, também poderá ser realizado por meio eletrônico".

zione della giurisprudenza della Corte, essendo il merito immediatamente sottoposto al giudizio.

A questo punto, è bene ricordare che il quorum per ogni emissione sarà diverso, anche se la modalità è virtuale. Questo perché, come previsto dall'articolo 102, comma tre della Costituzione, quando la questione costituzionale è inviata al Plenum, la sua inammissibilità avverrà solo sotto manifestazione di almeno due terzi dei membri della Corte, per un totale di otto voti. Detto ciò, con quattro voti, è possibile riconoscere l'esistenza di pertinenza della questione costituzionale.

Nel corso del tempo, le procedure virtuali non solo sono state estese ad altre classi processuali, ma la loro disciplina è perfezionata per (cercare di) garantire la massima somiglianza possibile tra ambiente virtuale e fisico, in termini di esercizio del contraddittorio e di ampia difesa delle parti.

Di fronte alla pandemia e alle regole che hanno reso necessario l'isolamento sociale, il sistema giudiziario, a tutti i suoi livelli, compreso quello della STF, ha adeguato il suo funzionamento per non interrompere la sua attività giurisdizionale, nei termini esatti dell'articolo 93, comma XI, della Costituzione.[10]

Gli Emendamenti n. 53, del 18 marzo 2020, e n. 54, del 1° luglio 2020, hanno promosso significativi cambiamenti nel Regolamento della Corte, adeguando le procedure alle esigenze dell'isolamento e della lotta alla pandemia. In questo senso, l'articolo 326-A[11] è stato incluso per regolamentare l'assegnazione di al-

[10] Costituzione del Brasile, "Art. 93. [...] XI Nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno [...]".

[11] Regolamento della STF, "Art. 326-A. Os recursos indicados como representativos de controvérsia constitucional pelas instâncias de origem e os feitos julgados no Superior Tribunal de Justiça sob a sistemática de recursos repetitivos serão registrados previamente ao Presidente, que poderá afetar o tema diretamente ao Plenário Virtual, na forma do art. 323 do regimento interno, distribuindo-se o feito por sorteio, em caso de reconhecimento da repercussão geral, a um dos ministros que tenham se manifestado nesse sentido".

cune classi di processi al Plenum Virtuale. Inoltre, ha introdotto una nuova redazione al caput dell'articolo 21-B,[12] per permettere che tutti i ricorsi possano essere sottoposti a giudizio elettronico e virtuale, a libera scelta del Relatore. Con questa modifica, qualunque materia può essere portata in ambiente virtuale, dal merito di azioni dirette di incostituzionalità, ad accuse di non rispetto ad un principio fondamentale, azioni dirette di costituzionalità, appelli straordinari con ripercussione generale riconosciuta, ecc. A differenza dei procedimenti in videoconferenza, i processi tenuti dalla Plenaria Virtuale non sono da confondere con essi, poiché il giudizio dei casi si fa attraverso "liste virtuali".

Da un lato, si tratta di provvedimenti di notevole rilevanza giuridica la cui decisione in un ambiente meno trasparente e controllabile solleva dei dubbi sulla loro legittimità e fattibilità. Dall'altro, la virtualizzazione a livello giudiziario porta a una maggiore agilità e velocità della Corte che, quindi, favorisce i contribuenti che aspettano da anni il risultato del merito dei loro ricorsi.

Con il recentissimo Emendamento n. 54, del luglio 2020, con cui si è modificata la formulazione dei commi 3 e 4 dell'articolo 324 del RISTF, l'effetto pratico della non partecipazione di qualsiasi Ministro, che si posiziona a favore della dichiarazione del Relatore, è stato trascritto nel verbale del giudizio come astensione. Così, se non si raggiunge il quorum necessario, si sospende la decisione e la si riprenderà automaticamente nella prossima sessione virtuale, con la manifestazione dei inistri assenti.

Grazie alle misure proposte dall'allora presidente della Corte, Ministro Dias Toffoli, l'ambiente virtuale è migliorato, mediante

[12] Regolamento della STF, "Art. 21-B. Todos os processos de competência do Tribunal poderão, a critério do relator ou do ministro vistor com a concordância do relator, ser submetidos a julgamento em listas de processos em ambiente presencial ou eletrônico, observadas as respectivas competências das Turmas ou do Plenário [...]. § 2º Nas hipóteses de cabimento de sustentação oral previstas neste regimento interno, fica facultado à Procuradoria-Geral da República, à Advocacia-Geral da União, à Defensoria Pública da União, aos advogados e demais habilitados nos autos encaminhar as respectivas sustentações por meio eletrônico após a publicação da pauta e até 48 horas antes de iniciado o julgamento em ambiente virtual".

il monitoraggio in tempo reale del punteggio di voto, la possibilità di inserirli e visualizzarli e la presentazione di fascicoli e file con le argomentazioni orali da parte degli avvocati.

In un certo senso si potrebbe dire che la possibilità che un Ministro influenzi effettivamente la decisione di un altro Ministro è attenuata. Quello che si può fare per avere più tempo di riflessione è una "richiesta di esame", che non garantisce che il caso esca dall'ambiente virtuale, dato che l'esame può anche essere restituito virtualmente. La "richiesta di accesso" da parte di qualsiasi Ministro, a sua volta, garantisce la ripresa del processo in presenza, ma sarà a discrezione del Relatore quando il caso tornerà all'agenda.

Un'altra questione si pone: una volta concluso il Plenum Virtuale, non è più possibile visualizzare i voti nel protocollo procedurale, ed è necessario aspettare la loro pubblicazione per conoscere le ragioni che hanno portato a quel risultato. Fino ad allora, il voto reso disponibile nell'ambiente elettronico può essere modificato, ma ovviamente il risultato della decisione non può essere cambiato; tuttavia, è possibile che i motivi vengano modificati. Quindi, considerando che la ratio decidendi del precedente comprende precisamente le questioni che hanno determinato la conclusione della STF e che probabilmente verrà riprodotta in casi simili, gli argomenti contro la perdita di pubblicità di questo sistema sembrano pertinenti, visto che senza la corretta identificazione delle ragioni centrali dei precedenti della Corte, è impossibile replicare adeguatamente l'intesa in casi simili.

Per quanto riguarda quest'ordine di idee, le domande restano: la Plenaria Virtuale, così come formattata, rappresenta una soluzione per la razionalizzazione del provvedimento giurisdizionale, soprattutto nell'attuale scenario pandemico? D'altra parte, la STF appare come la Corte costituzionale con il maggior numero di provvedimenti al mondo; la Plenaria Virtuale non sarebbe, quindi, una soluzione rapida ed efficace per soddisfare le richieste che sono in attesa di giudizio da tempo?

Questa lunga introduzione sulla nascita e l'evoluzione della Plenaria Virtuale serve a dimostrare che, da un lato, è stata concepita come un mezzo di decisione per questioni che non richie-

devano la manifestazione diretta di tutti i Ministri, o per casi in cui esisteva una posizione consolidata della Corte. Dall'altro lato, la pandemia ha accelerato il suo uso, che prima non veniva utilizzato per questioni di relativa rilevanza ma soltanto per i temi sui quali c'era una posizione consolidata della Corte.

Dopo aver contestualizzato i cambiamenti avvenuti all'interno della STF durante la pandemia, è importante dimostrare le conseguenze di questi per l'ordinamento giuridico, in relazione alle norme.

III. La Suprema Corte Federale Brasiliana come Corte costituzionale

John Rawls[13] riteneva che le corti, specialmente quelle costituzionali, fossero il simbolo fedele e completo dell'istituzione capace di garantire la ragione pubblica nel miglior modo possibile. Pertanto, l'autorità dei tribunali è presupposta e riposa, in misura considerevole, sulle caratteristiche dell'argomentazione giuridica e giudiziaria, soprattutto perché i tribunali mancano di legittimità democratica e spesso non hanno i mezzi per implementare ed eseguire le proprie decisioni.[14]

In altre parole, i membri dei tribunali non sono eletti, cioè non passano al vaglio popolare e, inoltre, le loro decisioni non hanno la capacità di essere self-applicable, in quanto dipendono da altri attori sociali per i loro effetti.

La deliberazione e il ragionamento, dunque, appaiono come aspetti particolarmente preziosi per il funzionamento e la legittimità degli organi collegiali e, soprattutto, delle corti costituzio-

---

13 Rawls, John, *Political liberalism,* New York, Columbia University Press, 2003, p. 216. "This is because the justices have to explain and justify their decisions as based on their understanding of the constitution and relevant statutes and precedents. Since acts of the legislative and the executive need not to be justified in this way, the court's special role makes it the exemplar of public reason".

14 Hutchinson, Allan, "The rule of law revisited: democracy and Courts", in Dyzenhaus, David (org.), *Recrafting the rule of law: the limits of legal order*, Oxford, Hart, 1999, pp. 201-203.

nali in cui, per giudicare questioni di grande rilevanza e impatto, la deliberazione, l'argomentazione, il ragionamento giocano un ruolo chiave per la legittimità del loro funzionamento e il riconoscimento dell'autorità delle loro decisioni. In altre parole, gli organi costituzionali dei tribunali devono affrontare richieste deliberative speciali ed esigenti.[15]

Questo potenziale deliberativo è raggiunto quando i giudici della Corte capiscono che le loro decisioni sono il risultato di un lavoro comune, stabilendo connessioni argomentative tra i diversi punti di vista e interpretazioni delle disposizioni costituzionali e giuridiche. Tali connessioni, a loro volta, presuppongono che i Ministri siano aperti al confronto tra idee e argomenti opposti e che siano disposti a cambiare idea qualora si trovino di fronte ad argomenti migliori, più coerenti o meglio fondati. Semplificando, nei tribunali costituzionali, le deliberazioni servono a convincere ed essere convinti.

La deliberazione nella Corte Suprema, quindi, presuppone che tutte le persone coinvolte comprendano l'importanza di offrire i loro migliori argomenti e cercare razionalmente di convincere gli altri membri che questi sono corretti, coerenti e conformi alla Costituzione. Analogamente, presume un atteggiamento aperto alle ragioni e agli argomenti contrari —cioè la disponibilità a cambiare le proprie preferenze, credenze o azioni se vengono offerte ragioni e motivazioni convincenti— nonché la volontà di basare i tentativi di persuadere e convincere gli altri esclusivamente su argomenti giuridici razionali e coerenti, senza ammettere minacce o falsità.

Tale struttura deliberativa è presupposta dalla Costituzione per due motivi molto semplici: da un lato, la composizione collegiale della Corte Suprema, prevista dall'articolo 101 della Costituzione; dall'altro, l'obbligo di comunicare le ragioni e tutte le decisioni giudiziarie, espressamente previsto dall'articolo 93, comma X del testo costituzionale. Quindi, la stessa legittimità

[15] Ferejohn, John e Pasquino, Pasquale, "Constitutional Courts as deliberative institutions: toward an institutional theory of constitutional justice", in Sadurski, Wojciech, *Constitutional justice: East and West,* Haia, Kluwer, 2002, p. 22.

dell'autorità costituzionale esercitata dalla STF deriva dalla sua medesima disposizione costituzionale e dalle disposizioni che strutturano la Corte e i suoi provvedimenti. L'elemento deliberativo, perciò, è inseparabile dalla nozione stessa di Corte costituzionale, almeno come concepita e strutturata dalla costituzione brasiliana.

Dunque, nel caso di decisioni giudiziarie prese da un collegio di giudici, la decisione deve essere frutto del dibattito in cui si sono opposti argomenti che devono necessariamente integrare la decisione finale pubblicata. In altre parole, nessuna decisione può essere emessa senza che ne siano state offerte le ragioni e senza che queste ragioni siano state oggetto di un esame da parte del collegio responsabile del giudizio.

Per questo motivo, rinunciare alla deliberazione collegiale e prendere decisioni di rilevanza economica, finanziaria, budgetaria e politica —come lo sono le decisioni in materia fiscale emesse dalla STF negli ultimi mesi —viola l'idea stessa di una Corte costituzionale che delibera sulle soluzioni più appropriate al testo costituzionale. Prendere tali decisioni senza osservare i criteri e i rituali deliberativi minimi mina la legittimità sia delle decisioni che dalla stessa STF.

Bisognerebbe anche considerare un altro elemento rilevante: la competenza di "custodire la Costituzione" di ultima istanza in materia costituzionale fa sì che le decisioni della STF rappresentino la soluzione finale riguardo all'interpretazione del testo costituzionale. Anche se la posizione della Corte potrebbe essere cambiata in futuro, finché ciò non accade, la Corte offre comunque alla società l'ultima parola su come la Costituzione debba essere interpretata e applicata.

La deliberazione costituisce quindi un elemento centrale della procedura di qualsiasi organo collegiale, divenendo necessariamente un orientamento discorsivo, soprattutto quando si devono decidere questioni legali. Da un lato, ci si aspetta che tutti i Ministri dell'organo collegiale partecipino effettivamente ed efficacemente alle deliberazioni e, dall'altro, ci si aspetta che la decisione non sia predefinita, cioè, né il relatore dovrebbe prendere accordi preliminari sulla decisione, né gli altri Ministri do-

vrebbero prendere accordi preliminari sulla loro condotta nelle deliberazioni.

Detto ciò, la decisione finale è della STF, e non della somma dei suoi Ministri; o, per giunta, la decisione finale è della Corte Suprema, e non solo della maggioranza dei suoi Ministri. La legittimità deriva anche da questo fatto: i provvedimenti della STF sono indicati e utilizzati da altri tribunali e giudici come provenienti dalla più importante Corte del paese, e non come risultato di una maggioranza contingente dei Ministri che la compongono in un dato momento storico.

Insomma, se la democrazia non può essere ridotta a una semplice regola di maggioranza, lo stesso vale per la giurisdizione costituzionale. Le decisioni non possono diventare semplici somme di voti individuali; non devono essere semplici maggioranze matematiche. Sommano i voti con ragioni individuali, non deliberano sulle ragioni per formulare la posizione della Corte.

Infine, e ciò verrà analizzato nel prossimo argomento, la deliberazione all'interno degli organi giudiziari collegiali, come nel caso della STF, comporta un dibattito riflessivo in cui le ragioni interne ed esterne si integrano a vicenda per identificare la problematica, definire le possibili soluzioni e scegliere le ragioni e motivi che indicano la soluzione migliore e più adeguata al problema sottoposto alla Corte.

IV. Sugli impatti interni ed esterni di una decisione virtuale pronunciata dalla Corte costituzionale

Si considera deliberazione interna quella effettuata dagli stessi membri dell'organo collegiale. Ciò significa che tale deliberazione comprende il lavoro svolto in modo collegiale e in presenza, in cui si fanno tentativi reali per cercare di convincere gli altri a prendere una decisione collettiva. Da un punto di vista costituzionale, deriva direttamente dal principio di collegialità, riconosciuto da tempo dalla STF. L'assenza di deliberazione interna o la sua realizzazione carente porta, quindi, a una violazione del principio già menzionato.

La collegialità non presuppone consenso, omogeneità o uniformità di opinioni dei membri della Corte.[16] Al contrario, esiste proprio affinché le persone con punti di vista diversi possano interagire e presentare i loro argomenti e le loro ragioni e metterli sotto l'esame di persone che non la pensano necessariamente allo stesso modo. Comunque, gioca un ruolo importante nel ridurre l'importanza dei punti di vista individuali e personali e delle ideologie particolari, permettendo ai Ministri di comunicare, ascoltare e influenzarsi a vicenda in modo costruttivo.

A tal proposito si riprende la lezione di Dieter Grimm, che sostiene che una vera deliberazione è quella in cui gli argomenti contano quando tutti si sforzano di ascoltare, quando i giudici partono con un primo tentativo di verificare che la decisione possa essere unanime è presente quindi un tentare di verificare se è possibile trovare una via d'uscita che metta tutti d'accordo.[17] È, infatti, tipico della deliberazione interna che i membri dell'organo collegiale si riuniscano per discutere e presentare le loro ragioni e i loro argomenti agli altri membri.

Il principio della collegialità si trova implicitamente nella Costituzione, prevedendo, nel suo articolo 101,[18] che la STF sarà composta da undici Ministri. Così, si presuppone che le decisioni dovranno essere prese da più di uno di loro e che verranno sottoposte a deliberazione, considerando l'obbligo di giustificare tutte le decisioni giudiziarie.

Dunque, essendo la STF un'istituzione collegiale, le ragioni dei provvedimenti sono ottenute attraverso un processo interno di deliberazione, strutturato dalle particolari regole di decisione

---

16 Edwards, Harry T., "The effects of collegiality on judicial decision making", *University of Pennsylvania Law Review,* vol. 151, n. 5, 2003, p. 520.

17 Grimm, Dieter, "The German Constitutional Court", in Pasquino, Pasquale e Randazzo, Barbara (a cura di), *Come decidono le Corti Costituzionali (e altri Corti)*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 54.

18 Costituzione Brasiliana, "Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal".

del tribunale, che possono o meno essere disciplinate dall'aspettativa condivisa che il tribunale raggiunga una decisione unanime —cosa che accade raramente— o che diversi voti siano anche pubblicati.

La creazione di organi frazionati o di poteri per decisioni monocratiche non viola di per sé il principio di collegialità.[19] Tanto che il RISTF prevede che compongono gruppi di cinque Ministri.[20] Occorre quindi notare che anche l'organo frazionario è ancora un organo collegiale che, per la sua stessa struttura e natura, presuppone l'esistenza di deliberazione interna tra i suoi membri per la presa di decisioni. In questo senso, non c'è nulla che contraddica o pregiudichi la rilevanza del principio di collegialità nella struttura dei giudizi della STF. In ogni caso, sia nella Corte Plenaria che nei Pannelli, le sessioni di giudizio dovrebbero essere caratterizzate dallo standard della deliberazione critica equilibrata.

D'altra parte, il RISTF crea eccezioni al principio di collegialità, stabilendo casi specifici in cui il Ministro Relatore può decidere senza la necessità di presentare le sue ragioni e i suoi argomenti all'organo collegiale. Tuttavia, i poteri e le attribuzioni del Relatore per decidere in modo monocratico sono limitati a casi particolari.

Nonostante ciò, il principio di collegialità sarà violato ogni volta che il funzionamento e la struttura della Corte consentiranno di far prendere decisioni su temi non ancora consolidati o su questioni costituzionali controverse senza la necessaria e

[19] "A atuação monocrática, com observância das balizas estabelecidas no art. 21, § 1º, RISTF, não traduz violação ao Princípio da Colegialidade, especialmente na hipótese em que a decisão reproduz compreensão consolidada da Corte. Precedentes". (Precedenti della STF, 1ª Turma, HC n. 132.989-AgR, Rel. Min. Edson Fachin, publ. 10.10.2016; no mesmo sentido: ACO n. 1092-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, publ. 10.05.2018; HC n. 127.302-AgR, Rel. Roberto Barroso, publ. 14.08.2015; RHC n. 129.988-AgR, Rel. Edson Fachin, publ. 23.09.2020; RHC n. 117259-AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, publ. 02.12.2013).

[20] Regolamento della STF, "Art. 4º As Turmas são constituídas de cinco Ministros. § 1º A Turma é presidida pelo Ministro mais antigo dentre seus membros, por um período de um ano, vedada a recondução, até que todos os seus integrantes hajam exercido a Presidência, observada a ordem decrescente de antiguidade".

indispensabile deliberazione collegiale. La deliberazione interna, quindi, non dipende dal numero dei membri di un organo collegiale, ma dall'esistenza o meno di uno scambio di ragioni, argomenti e motivazioni per ottenere la migliore e più adeguata decisione legale.

Chiarite queste premesse, una delle possibilità di violare il principio di collegialità è quella di trasformare le decisioni della STF in mere somme aritmetiche delle posizioni individuali dei suoi Ministri. L'assenza di dibattiti, di contrapposizione di argomenti, di scambio di idee e di ragionamenti giuridici, genera un deficit di deliberazione che, a sua volta, porta a un deficit di legittimità e alla violazione del principio di collegialità. Con l'istituzione della Plenaria Virtuale, nella quale i giudici si limitano a pubblicare le loro posizioni e i loro voti, senza ulteriori considerazioni, senza alcuna forma di dibattito, si è davanti a una violazione del principio di collegialità. Lo stesso RISTF riconosce il deficit deliberativo della Plenaria Virtuale e, di conseguenza, riconosce l'organo collegiale come quello appropriato per arrivare a decisioni che presuppongono una deliberazione più approfondita. Dunque, su richiesta di qualsiasi Ministro, si può dare risalto al caso e riconoscerne l'importanza, con il trasferimento all'ordine del giorno da svolgersi in presenza.

È evidente, infatti, che il processo deliberativo attraverso la mera somma quantitativa dei voti non corrisponde al sistema di un organo collegiale deliberativo, che cerca di combinare le influenze esterne —come minimo, le argomentazioni orali e il parere del pubblico ministero— e le influenze interne —gli argomenti e le contro-argomentazioni degli stessi Ministri presenti alla sessione—.

Nella Plenaria Virtuale, invece, succede esattamente questo: una Corte virtuale che non delibera, che non dibatte, che non presenta ragioni opposte, che, insomma, non instaura il dialogo tra i suoi vari membri nel tentativo di raggiungere la migliore decisione possibile. Insomma, ci troviamo di fronte a un organo collegiale che decide in base alla semplice somma delle sue posizioni individuali e la Corte non è più concepita come un organo organico. Anzi, si cerca il conforto dell'autorità della maggioranza, laddove si dovrebbe cercare l'autorità del migliore argomento,

trovato in modo deliberativo e collettivo. Si sostituisce l'autorità dell'argomento con l'autorità della matematica.

Tutte queste considerazioni evidenziano l'importanza e l'indispensabilità della deliberazione interna come corollario del principio della collegialità. A questo punto, si passa dunque agli aspetti della deliberazione esterna, come corollario del giusto processo giuridico e alle loro conseguenze riguardo ai procedimenti condotti attraverso il Plenum Virtuale.

La deliberazione esterna è intesa come un modo in cui tutti hanno la possibilità di offrire le loro ragioni, di partecipare al dibattito, per influenzare lo sforzo deliberativo, per persuadere coloro che decidono per mezzo di argomentazioni e ragionamenti di agenti che non appartengono all'organo decisionale. Così facendo, permette alla procedura decisionale e all'argomentazione giuridica, alla fine, di diventare parte di un rituale discorsivo che i tribunali conducono con altri segmenti della società.

Inoltre, la deliberazione esterna rende possibile il rafforzamento della legittimità delle decisioni della Corte, poiché gli attori coinvolti e le parti interessate riconoscono che le loro ragioni e i loro argomenti possono essere effettivamente considerati e portati al dibattito collegiale. In questo modo, la legittimità di una Corte costituzionale può derivare anche dalla possibilità di scambiare ragioni politicamente indipendenti sia tra i giudici che tra la corte e le parti.

La deliberazione esterna può essere effettuata, da un lato, da agenti procedurali o formali, cioè coloro che agiscono direttamente nel processo e non sono giudici. Dall'altro, può essere eseguita da agenti non procedurali o informali, che, anche senza agire direttamente nel processo, possono cercare di influenzare la decisione.

Il fondamento costituzionale della deliberazione esterna si trova in diverse disposizioni costituzionali. In primo luogo, il dovere di deliberare con tutte le parti coinvolte e interessate deriva dalle garanzie del giusto processo giuridico, del contraddittorio e dell'ampia difesa. In effetti, tali principi procedurali costituzionali generano rivendicazioni alla giurisdizione, le quali garantiscono posizioni giuridiche specifiche sul modo in cui i procedimenti giudiziari dovrebbero essere strutturati e organizzati. Così,

le garanzie del giusto processo, il contraddittorio e l'ampia difesa obbligano la Corte ad osservare le procedure attraverso le quali il cittadino può difendere i suoi diritti.[21] Il giusto processo e il contraddittorio hanno, oggi, un significato diverso da quello stipulato quando sono emersi in contesto anglosassone. In effetti, contraddittorio significa non solo conoscere e reagire, ma anche partecipare al processo e influenzare le sue direzioni.[22]

In secondo luogo, la deliberazione esterna deriva dall'obbligo che le decisioni debbano essere pubbliche ai sensi dell'articolo 93, comma X, della Costituzione. Nonostante si possa discutere sui vantaggi o svantaggi dell'estrema pubblicità delle sentenze giudiziarie, in Brasile si è adottata la pubblicità come elemento centrale delle delibere giudiziarie, specialmente nella STF.

Anche i più convinti sostenitori della virtualizzazione dei processi riconoscono che i tribunali tradizionali hanno alcune qualità —la trasparenza è una delle principali— che non possono essere replicate nei processi virtuali.[23]

In terzo luogo, la deliberazione esterna è una conseguenza diretta delle garanzie conferite alle istituzioni e alle professioni che collaborano con la magistratura nell'esercizio della giurisdizione e nell'accesso alla giustizia. Per esempio, l'articolo 133 della Costituzione garantisce la figura dell'avvocato come agente "indispensabile all'amministrazione della giustizia". Questa garanzia si estende anche agli avvocati pubblici (articolo 132) e a tutti gli altri che agiscono in questa veste davanti alla magistratura.

Questo è esattamente quello che non succede nella Plenaria Virtuale.[24] La partecipazione degli avvocati e dei rappresentanti delle parti si riduce all'invio di un file elettronico fino a 48 ore prima del processo. Pertanto, la garanzia costituzionale delle

---

21 Ávila, Humberto, *Teoria da segurança jurídica*, São Paulo, Malheiros, 2014, p. 246.

22 Sarlet, Ingo; Marinoni, Luiz Guilherme e Mitidiero, Daniel, *Curso de direito constitucional,* São Paulo, Saraiva, 2019, pp. 846 e ss.

23 Susskind, Richard, *Online Courts and the future of justice,* Oxford, Oxford University Press, 2019, pp. 194 e ss.

24 Consultare la nota 13.

"funzioni essenziali della giustizia" è sostanzialmente limitata. Quindi, la questione è se il ruolo di quegli agenti "essenziali per la fornitura della giustizia" o anche "essenziali per la giustizia" venga violato dal sistema della Plenaria Virtuale.

Idealmente, le istituzioni dovrebbero essere strutturate in modo tale da assicurare che la deliberazione avvenga all'interno di una sfera pubblica ampia e sufficientemente eterogenea che impedisca alle persone che la pensano allo stesso modo di potersi isolare da qualsiasi posizione divergente. Nel caso della Plenaria Virtuale, intenzionalmente o no, i giudici ricevono poca o nessuna influenza dalle parti coinvolte e dagli agenti sociali interessati e colpiti dalla decisione finale.

In questo senso, la funzione della deliberazione esterna è quella di permettere alla Corte di ricevere il maggior numero possibile di informazioni che le permettano di verificare quali ragioni e motivi costituzionali siano più appropriati per risolvere il caso in questione. Tuttavia, nel sistema della Plenaria Virtuale, ci sono decisioni con pochissima o nessuna deliberazione esterna rilevante.

V. Conclusione

Secondo quanto è stato rivelato, la routine della STF di controllo delle decisioni vincolanti è notevolmente aumentata di importanza con l'introduzione della possibilità di discutere tali questioni in modo virtuale.

D'altra parte, la forma di controllo di questi casi è stata influenzata negativamente, dato che sono stati già resi pubblici nella lista delle decisioni e quindi non ricevono più risalto nel calendario di valutazione della Corte, indicando la materia e l'esistenza di eventuale ripercussione generale.

L'istituzione di questi precedenti in un ambiente in cui i giudici, le parti e le altre interessate non hanno interazioni personali o virtuali, riassume inevitabilmente le domande sulla validità e sulla procedura a cui si fa riferimento. Quello che è certo è che tutti vorremmo solo la velocità della Plenaria Virtuale, ma è sempre preferibile che le parti si riuniscano e discutano sui provvedimenti da attuare anche in presenza.

Inoltre, come affermato in precedenza, la deliberazione costituisce una discussione riflessiva in cui il ragionamento interno e i fattori esterni si completano a vicenda per rivelare il problema, identificare le soluzioni praticabili e decidere affinché tutte queste siano le migliori

Non si deve quindi fare confusione tra deliberazione e voto. La consultazione è condotta in organi collegiali che sono tenuti a deliberare. Tuttavia, se il voto viene espresso separatamente, c'è sempre una sorta di dibattito tra chi vota che è essenziale. La riduzione del voto a una semplice somma di punti di vista individuali finisce per minare la validità fondamentale dei provvedimenti costituzionali. Questo è esattamente ciò che avviene, come dimostrato, nella Plenaria Virtuale.

La questione è se la Plenaria Virtuale sia effettivamente il procedimento appropriato da continuare a essere utilizzato all'interno del STF, soprattutto se sono messe alla prova questioni di rilevante importanza, come quelle fiscali e tributarie. Gli studi precedenti, come dimostrato, sulle carenze deliberative interne ed esterne, rivelano che la risposta è negativa, poiché l'assenza di deliberazioni viola molti principi costituzionali. E più di questo, l'assenza di deliberazione, sia interna che esterna, annienta la validità dei provvedimenti della STF e, di conseguenza, la legittimità della Corte stessa.

Bibliografia

Ávila, Humberto, *Teoria da segurança jurídica*, São Paulo, Malheiros, 2014.

Barroso, Luís Roberto, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, São Paulo, Saraiva, 2013.

Barroso, Luís Roberto, "Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática", *(Syn)Thesis*, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, 2012.

Cassese, Sabino, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Milano, Mulino, 2015.

Cassese, Sabino, "Intervento", in Pasquino, Pasquale e Randazzo, Barbara, *Come decidono le Corti Costituzionali (e altri Corti)*, Milano, Giuffré, 2009.

Dworkin, Ronald, *A matter of principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985.

Edwards, Harry T., "The effects of collegiality on judicial decision making", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 151, n. 5, 2003.

Ferejohn, John e Pasquino, Pasquale, "Constitutional Courts as deliberative institutions: toward an institutional theory of constitutional justice", in Sadurski, Wojciech, *Constitutional justice: East and West*, Haia, Kluwer, 2002.

Grimm, Dieter, "The German Constitutional Court", in Pasquino, Pasquale e Randazzo, Barbara (a cura di), *Come decidono le Corti Costituzionali (e altri Corti)*, Milano, Giuffré, 2009.

Hutchinson, Allan, "The rule of law revisited: democracy and courts", in Dyzenhaus, David (org.), *Recrafting the rule of law: the limits of legal order*, Oxford, Hart, 1999.

Marinoni, Luiz Guilherme, *Julgamento nas Cortes Supremas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

Rawls, John, *A theory of justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1999.

Rawls, John, *Political liberalism*, New York, Columbia University Press, 2003.

Silva, Virgilio Afonso da, "Deciding without deliberating", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, 2013.

Silva, Virgilio Afonso da, "Do we deliberate? If so, how?", *European Journal of Legal Studies*, vol. 9, 2017.

Susskind, Richard, *Online Courts and the future of justice*, Oxford, Oxford University Press, 2019.

Wroblewski, Jerzy, *The judicial application of law*, Dordrecht, Springer, 1992.

El derecho a la educación en contexto de pandemia por COVID-19 y el análisis de la violencia escolar en la nueva normalidad

Eneida Leonor Sánchez Zambrano

Sumario. I. El derecho a la educación en América Latina. Introducción. II. Marco legal para el ejercicio de la educación libre de violencia. III. Contexto de la pandemia por COVID-19. IV. El acoso escolar en contextos de pandemia por COVID-19. V. Conclusiones. Bibliografía.

I. El derecho a la educación en América Latina. Introducción

La visión del ejercicio de los derechos humanos tiene un antes y un después a raíz de la pandemia de COVID-19 causada por el virus denominado SARS-CoV-2. La manera de ver el mundo, la forma en que realizamos nuestras responsabilidades y deberes, la convivencia social y escolar han sufrido cambios que solo imaginaríamos o veríamos en películas de ciencia ficción. La mirada de los derechos humanos en esta situación tan globalizada se vuelve central.

El objetivo de este trabajo es poner en contexto las afectaciones de una pandemia que restringió derechos humanos ante un bien colectivo, planteó nuevas formas de convivencia y los llevó a modelos de relación inimaginables. El texto abordará tres ejes: el fenómeno de la pandemia como tal, el impacto que tuvo en el

derecho a la educación y el tema de la violencia escolar analizado desde las nuevas formas de convivencia entre alumnas, alumnos y personal docente.

II. Marco legal para el ejercicio de la educación libre de violencia

A lo largo de la historia de la educación, mucho se ha reflexionado y escrito sobre la importancia que esta tiene para la formación de individuos y ciudadanos comprometidos, responsables y para el pleno ejercicio de sus derechos en una vida democrática. En la educación también se fincan las esperanzas de la formación profesional de mujeres y hombres, pero también la formación como individuo dentro de una sociedad donde se pueda convivir bajo normas y valores que propicien la integración con valores como el respeto a la dignidad de las personas, la solidaridad, la paz y la inclusión.[1] De esta manera, se busca disminuir esquemas de violencia directa o culturales que se reproducen de manera estructural.

La educación es un derecho que posibilita el aprendizaje y la convivencia social, pero también genera el desarrollo de la personalidad de futuros ciudadanos a través de la enseñanza, las normas de convivencia y el conocimiento. De tal manera, no podemos desligar a la escuela como ese espacio fundamental que se renueva, actualiza y transforma de la misma manera que las propias sociedades. Sin embargo, el compromiso que se ha asumido al respecto es limitado debido a que subsisten retos de formación, inclusión y una visión integral y adaptación resiliente ante los diversos sucesos que se presentan en la vida escolar.

En México, previo a 2020, la educación primaria, en el caso de escuelas urbanas o rurales, se daba en aulas con la participación de un número de 30 a 40 niñas y niños conviviendo entre ellos, con sus maestros y resto de los menores a la hora del descanso o del recreo. En el caso de las escuelas rurales alejadas de las zonas urbanas o multigrados, el maestro hacía un recorrido para llegar

[1] UNESCO, *https://es.unesco.org/themes/derecho-a-educacion*

a dar las clases y, en la mayor parte del tiempo, las y los maestros se quedan a vivir en la comunidad los días que impartían clases.

La convivencia era cercana. Los problemas que se identificaban en las escuelas en materia de violencia escolar eran el *bullying*, hurto de pertenencias, agresiones físicas o hasta insultos a maestras y a maestros. El acceso a la educación se daba también con una participación activa de una plantilla docente, administrativas y la participación de los padres de familia cuando las y los maestros así lo requerían.[2]

Previo a la pandemia de COVID-19, el marco jurídico para garantizar el derecho a la educación se identificaba como suficiente. A su vez, establecía que se ejerciera en condiciones de igualdad, sin discriminación y de forma incluyente. Sin embargo, la nueva normalidad de las convivencias entre profesorado y alumnado y entre los estudiantes se dio a través de las pantallas de ordenadores o teléfonos y mediando la familia. En este contexto, seguimos con pendiente de avanzar en todo nuestro marco legal de manera sustantiva.

Para poder adentrar al tema específico del derecho a la educación, la nueva normalidad y los contextos de violencia escolar, es importante hacer un recuento breve del marco jurídico que cobija a las y los estudiantes y a la niñez mexicana en tema del derecho a la educación y garantizarla sin contextos violentos.

2.1. Marco legal regional e internacional de la educación

La educación es uno de los derechos que cuenta con un mayor compromiso de todos los Estados para garantizarlo. En el contexto internacional, la educación tiene una función educadora, formadora y posibilita el desarrollo personal, de sociedades y países. Ello nos lleva al derecho a la educación como derecho que se encuentra garantizado en diversos tratados y convenciones

[2] Weiss, Eduardo *et al., La enseñanza en educación básica. Análisis de la práctica docente en contextos escolares*, México, Instituto Nacional de Evaluación Educativa, 2019.

internacionales, regionales y, también, en constituciones locales. Es uno de los derechos con más consenso a nivel internacional y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación y la Cultura (Unesco, por sus siglas en inglés) lo ha definido como potencializador de otros derechos humanos.

Para garantizar el derecho a la educación, países de todo el mundo han asumido compromisos en favor de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, entre ellos, los relacionados a la igualdad y a vivir una vida libre de violencia. Dicho lo anterior, resulta determinante que la educación lleve a la formación de ciudadanos ejerciendo sus derechos, demandando su cumplimiento y respetando el derecho de la persona con la que convive para así poder así ser partícipes plenos viviendo en comunidad.

De acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)[3] en su artículo 26, el derecho a la educación, como todos los derechos humanos, es universal e inalienable:

1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.
2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.
3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

Dentro de los principales documentos normativos internacionales sobre el tema podemos citar: la Declaración de los Derechos Humanos (1948), que garantiza el derecho a la educación

[3] DUDH, *https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights*

como un derecho fundamental; la Declaración de los Derechos del Niño (1959), que específica el derecho de los niños a recibir educación obligatoria y gratuita en igualdad de condiciones; la Convención de la UNESCO, relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza (1960); la Convención contra la No Discriminación en Educación (1960), que garantiza la no exclusión; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) (PIDESC), que reconoce el derecho a la educación desde los derechos mencionados e instaura mecanismos de protección y garantía.

Además, nos encontramos con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (1966), en relación a educación, cultura y sociedad; la Convención de los Derechos del Niño (CDN) (1989), en relación a la protección de la niñez y la infancia; la Declaración de Nueva Delhi (1993), que sostiene un compromiso por el derecho a la educación; la Declaración y Plan de Acción Integrado sobre la Educación para la Paz; la Declaración Hamburgo (1997), que establece el respeto a los derechos educativos de las minorías (educación de adultos); la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing y la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006), que dispone el derecho de educación para las personas con discapacidad.

Como podemos observar, tales instrumentos internacionales generan una obligación que implica que los gobiernos de todo el mundo, de forma sustancial o política, incluyendo el de México, trabajen en la apropiación de cada uno de los preceptos y compromisos firmados.

Si bien el Sistema Interamericano de Derechos Humanos no establece una declaración amplia sobre el derecho a la educación, sí lo podemos analizar en varios artículos de los dos instrumentos principales: la Convención Americana de los Derechos Humanos (1969), que en el artículo 12 establece que "los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones".

Además, el artículo 26 del mismo documento, relacionado con la progresividad de los derechos económicos sociales y culturales (DESC), establece:

> 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.[4]

El instrumento determinante para lograr el ejercicio del derecho a la educación ha sido el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988 y se ha convertido en el primer instrumento jurídico interamericano que se refiere al derecho a la educación, retomando conceptos y principios de instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto de los Derechos Económicos Sociales y Culturales.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) han logrado fortalecer el derecho humano a la educación a través de la difusión de contenidos. Pero también, en el caso de la Corte, a través de sentencias emblemáticas donde se hace referencia a garantizar el derecho a la educación de acuerdo con el análisis de diferentes casos de países de la región.

2.2. Marco legal en México

El artículo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) establece la garantía del derecho de la educación básica donde se coloca la educación primaria y asume el compromiso de que la educación tendrá como base:

> El respeto irrestricto de la dignidad de las personas, con un enfoque de derechos humanos y de igualdad sustantiva. Tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomenta-

[4] Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969.

> rá en él, a la vez, el amor a la Patria, el respeto a todos los derechos, las libertades, la cultura de paz y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia; promoverá la honestidad, los valores y la mejora continua del proceso de enseñanza aprendizaje.[5]

De la misma manera, la disposición retoma el precepto de interés superior de niñas, niños, adolescentes y jóvenes en el *acceso, permanencia y participación en los servicios educativos* y en lo relacionado al profesorado los considera agentes fundamentales del proceso educativo. Como podemos observar, la CPEUM recoge y reafirma los compromisos en materia de derechos humanos de manera explícita y complementa el artículo 1 del mismo documento que establece que los tratados internacionales tienen el nivel constitucional. También complementa la Ley General de Educación en México en su apartado II del artículo 5, así como la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

Como hemos analizado, el derecho a la educación en el contexto internacional, y en el caso de México, ha tenido un marco normativo rico para la protección de este derecho fundamental y también para construir, desde las escuelas, esquemas de enseñanza más incluyentes, igualitarios y fraternos bajo el conceso universal.

III. Contexto de la pandemia por COVID-19

El 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró que un brote de la enfermedad por coronavirus COVID-19, identificado por primera vez en diciembre de 2019 en Wuhan, China, había alcanzado el nivel de pandemia mundial. Ante los altos y alarmantes niveles de propagación de un virus desconocido, la OMS pidió a los gobiernos que tomasen medidas urgentes y contundentes para detener la propagación del virus.[6]

---

5 CPEUM, art. 3.

6 Human Rights Watch, "Dimensiones de derechos humanos en la respuesta al COVID-19", 31 de marzo de 2020, *https://www.hrw.org/es/*

Dicho anuncio tuvo repercusiones en todas nuestras actividades, sin excepción, desde la organización gubernamental y el ejercicio de todos los derechos humanos, incluyendo la educación, al cual nos referiremos en este trabajo.

3.1. La pandemia en México

En el caso de México, las medidas que se tomaron fueron diversas. El Gobierno federal emitió un decreto el 24 de marzo denominado "Acuerdo por el que se establecen las medidas preventivas que se deberán implementar para la mitigación y control de riesgos para la salud que implica la enfermedad por el virus SARS CoV2 (COVID-19)".[7]

3.2. La pandemia y contexto educativo en la región latinoamericana

En América Latina organismos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos iniciaban con la observación y análisis respecto a cómo se garantizaban los derechos humanos. Inició a principios de abril de 2020. En marzo, los gobiernos analizaban escenarios y diseñaban estrategias para atender las necesidades de toda población en los diferentes rubros. Por ello, resulta determinante la Resolución 1/2020 de la CIDH, "Pandemia y derechos humanos", emitida el pasado 10 de abril de 2020, que hace énfasis en la no discriminación y respecto a los DESCA.[8]

news/2020/03/31/dimensiones-de-derechos-humanos-en-la-respuesta-al-covid-19

7 SEGOB, Acuerdo por el que se establecen las medidas preventivas que se deberán implementar para la mitigación y control de los riesgos para la salud que implica la enfermedad por el virus SARS-CoV2 (COVID-19), *https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590339&fecha=24/03/2020*

8 CIDH, Resolución 1/2020, "Pandemia y derechos humanos en las Américas", 2020, *https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf*

> En cuanto a las medidas de contención con el fin de enfrentar y prevenir los efectos de la pandemia, la CIDH ha observado que se han suspendido y restringido algunos derechos, y en otros casos se han declarado "estados de emergencia", "estados de excepción", "estados de catástrofe por calamidad pública", o "emergencia sanitaria", a través de decretos presidenciales y normativa de diversa naturaleza jurídica con el fin de proteger la salud pública y evitar el incremento de contagios. Asimismo, se han establecido medidas de distinta naturaleza que restringen los derechos de la libertad de expresión, el derecho de acceso a la información pública, la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio, el derecho a la propiedad privada; y se ha recurrido al uso de tecnología de vigilancia para rastrear la propagación del coronavirus, y al almacenamiento de datos de forma masiva.

En la región latinoamericana, debido a su contexto diverso y pluricultural el abordaje de las autoridades para garantizar el derecho a la educación fue diverso, con algunas estrategias exitosas al continuar con la permanencia de clases, pero sin enfoques pedagógicos que garantizaran el aprendizaje de los estudiantes. La situación se torna complicada cuando todas y todos los involucrados viven el contexto de pandemia con las restricciones de derechos y el distanciamiento social necesario.

> La información recolectada sobre los 33 países de América Latina y el Caribe hasta el 7 de julio de 2020 permite constatar que en el ámbito educativo gran parte de las medidas tomadas se relacionan con la suspensión de las clases presenciales en todos los niveles educativos. De dichos países, 32 suspendieron las clases presenciales y 29 mantienen una suspensión a nivel nacional (en Nicaragua no se han suspendido las clases). En el Uruguay se inició el retorno a clases en zonas rurales a partir del 22 de abril y el 29 de junio retornaron el resto de las escuelas. En San Vicente y las Granadinas se comenzó un retorno parcializado desde el 25 de mayo y en el Ecuador se retornó a clases presenciales a partir del 1 de junio. En Belice, Granada y Santa Lucía hubo un retorno parcial a las clases presenciales en junio. Hasta la fecha de la revisión, la población estudiantil afectada por estas medidas en los 32 países llegó a superar los 165 millones de estudiantes de acuerdo con la información oficial de la UNESCO.[9]

[9] CEPAL-UNESCO, *La educación en tiempos de pandemia Covid-19,* 2020.

3.3. La pandemia y el contexto educativo en la educación básica en México

En entre las medidas preventivas planteadas en dicho acuerdo estuvo "suspender temporalmente las actividades escolares en todos los niveles, hasta el 17 de abril del 2020, conforme a lo establecido por la Secretaría de Educación Pública". Hasta la fecha son pocas las escuelas públicas y privadas que hayan retornado a clases de forma presencial.[10]

Ante esta situación, hubo semanas sin clases mientras las autoridades daban solución a la contingencia que los llevó a idear nuevas formas de garantizar el derecho a la educación de la niñez, juventud y de todas y todos los estudiantes mexicanos. En el caso de la educación básica, específicamente sector primaria, la Dirección General de Formación Continua, Actualización y Desarrollo Profesional de Maestros de Educación Básica de la Secretaría de Educación Pública implementó el programa Aprende en Casa, haciéndose valer del Canal de Televisión Educativa con el que contaba de contenidos multimedia y acuerdo con televisoras comerciales para poder impartir clases desde preescolar, primaria y secundaria a través de la televisión y, complementariamente, a través del uso de plataformas digitales a esos y otros niveles educativos. A la fecha, Aprende en Casa va en una tercera edición.[11]

Las dinámicas de educación digital no incluyeron a todo el estudiantado en México. No todas las madres ni padres de familia tenían acceso a una computadora, a un teléfono o la conexión al televisor para recibir las clases. Sin embargo, ellos y los estudiantes, junto con los maestros y maestras, hicieron esfuerzos extraordinarios.

> La pandemia de COVID-19 ha exacerbado las ya muy conocidas desigualdades educativas en México y en otros países. Ante la necesidad de cancelar las clases presenciales por el virus, el gobierno

[10] *Idem*.

[11] Portal Educativo Aprende en Casa de la SEP, *https://aprendeencasa.sep.gob.mx/site/index* y Lloyd, Marion, "Desigualdades educativas y la brecha digital en tiempos de COVID-19", AA. VV., *Educación y pandemia,* México, UNAM, 2020, pp. 115-129.

> mexicano y las instituciones educativas han acudido a una variedad de tecnologías en un intento por seguir brindando educación a más de 36 millones de niños y adultos en el país. Sin embargo, la nueva oferta virtual enfrenta serias limitantes, dificultades y cuestionamientos éticos, sobre todo en cuanto a la equidad del modelo. Entre los factores que condicionan el acceso a una educación de calidad en línea son: la clase social, la raza, la etnia, el género, la ubicación geográfica y el tipo de institución educativa a la que pertenecen.[12]
>
> Con la pandemia y el alejamiento social, el estudiante perdió la asistencia a su escuela, mientras esta se muestra a la sociedad como una institución perdida que parece irreformable. No aprovecha la oportunidad para repensarse, mantiene una visión rígida de la escuela y del currículo, sobre todo para la educación básica, y plantea que los contenidos anuales se tienen que cubrir a toda costa y lograr los aprendizajes esperados. La realidad inédita que vivimos invita a pensar cómo aprovechar esta situación para impulsar otro tipo de aprendizajes y otra forma de aprender. En las redes sociales no solo se denuncian los problemas relacionados con la dificultad de seguir el curso escolar, también se hace mención, en los casos que se puede tener acceso a internet.[13]

La pandemia como lo señala el autor vino a reflejar una realidad complicada para México. Las condiciones socioeconómicas de los padres de familia, la pérdida de empleos en muchos de los casos, la brecha digital en algunos estados y comunidades de los 32 estados de la república y la capacitación de personal técnico, docente, administrativos, alumnado y padres de familia para el uso adecuado de las tecnologías.

Tanto adultos como la niñez en todo el mundo han sufrido los estragos del distanciamiento social. Su forma de vida cambio de manera radical y para la niñez tuvo repercusiones mayores al restringírseles el desarrollo pleno de cada uno de sus derechos, inclusive el de jugar.

El psicopedagogo italiano Francisco Tonnucci ha planteado en diversos foros que las acciones y políticas entorno de la pan-

---

12 Lloyd, Marion, *op. cit.*, pp. 115-129.

13 Díaz Barriga, Ángel, "La Escuela ausente, la necesidad de replantear su significado", AA. VV., *Educación y pandemia*, México, UNAM, 2020, pp. 19-38.

demia se centraron en los adultos y no en la niñez y que son estos los héroes que han superado la adversidad de una crisis de salud mundial.

> Quedarse en casa es una condición nueva, no ser autónomo no lo es. Espero que los niños puedan mostrarnos con la fuerza de este encierro cuánto necesitan más autonomía y libertad. Es muy interesante cómo están reaccionando ellos. Durante los primeros días de confinamiento, envié un vídeo a nuestras ciudades de la red internacional de la ciudad de los niños animando a convocar los consejos para pedir su opinión y dar consejos a los alcaldes; me parecía un poco paradójico que todo el mundo pedía a los psicólogos consejos para los padres y a los pedagogos para los maestros y nadie pensaba en ellos. Los niños sienten mucho la falta de la escuela, es decir, no de los profesores y los pupitres sino la falta de los compañeros. La escuela era el lugar donde los niños podían encontrarse con otros niños. La otra experiencia en la que pude comprobar que la escuela era muy deseada para los niños fue cuando están en el hospital.[14]

Las niñas y los niños, en su mayoría, extrañan la convivencia escolar, pero otros han preferido las clases en línea para evitar un problema constante en las escuelas del mundo como lo es acoso escolar, *bullying* u hostigamiento escolar.

El documento *Behind the numbers: Ending school violence and bullying (Detrás de los números: poner fin a la violencia y el acoso escolares),* en el 2019, adelantaba cómo la violencia que se presentaba en las escuelas entre menores se trasladaba al espacio digital:

> El ciberacoso afecta como hasta uno de cada diez niños. Más de uno de cada tres estudiantes (36%) ha estado involucrado en una pelea física con otro estudiante y casi uno de cada tres (32,4%) ha sido agredido físicamente al menos una vez en el último año. Información sobre violencia sexual perpetrado por compañeros es limitado, pero la evidencia de África subsahariana sugiere que es más probable que un compañero de escuela sea el perpetrador que un maestro, especialmente para los niños. A nivel mundial, la violencia física perpetrada por maestros es poco común, pero, en algunos

[14] Tonucci, Francesco, "No perdamos el tiempo dando deberes en el País", *El País,* 11 de abril de 2020, *https://elpais.com/sociedad/2020-04-11/francesco-tonucci-no-perdamos-este-tiempo-precioso-dando-deberes.html*

> países, los niños reportan altos niveles de violencia a manos de sus maestros. El castigo corporal, que es una forma de violencia física, todavía se permite en las escuelas en 68 países y se utiliza con frecuencia en muchos de estos países.[15]

IV. El acoso escolar en contextos de pandemia por COVID-19

El acoso escolar es una problemática que se ha presentado a finales de los años setenta en países europeos y que la práctica se trasladó a otras regiones del continente incluyendo el latinoamericano. Varios autores alrededor del mundo han sido los estudios y han identificado causas, características y consecuencias. La comunidad educativa internacional se ha dado a la tarea de desarrollar estudios y estrategias para combatirlo, pero aún sigue siendo una práctica recurrente que afecta el derecho a la educación de los estudiantes, su desarrollo personal y su salud.

4.1. Características del *bullying* y sus consecuencias

El *bullying* o acoso escolar es un tipo de violencia que se da entre pares, que se da forma directa e indirecta y que se presenta en relaciones de poder asimétricas y que de acuerdo con el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es sostenido también por profesores contra alumnos y viceversa.[16]

> Olweus especifica que el acoso escolar se produce "cuando un/os estudiante/s está/n expuesto/s, de forma repetida y durante un tiempo, a acciones negativas perpetradas por otro/s alumno/s" (1993).[17] Por acción negativa se entiende cuando alguien causa

[15] UNESCO, *Behind the numbers: Ending school violence and bullying (Detrás de los números: poner fin a la violencia y el acoso escolares)*, 2019.

[16] Suprema Corte de Justicia de la Nación, amparo directo de tesis 35/2014, 15 de septiembre de 2015.

[17] Olweus, Dan, *Conductas de acoso y amanezas entre escolares,* Madrid, Morata, 1993.

> intencionalmente un daño, hiere o incomoda a otra persona. Las acciones negativas y agresivas pueden ejercerse de diferentes formas, ya que se presentan de manera evidente o sutil, o bien pasan inadvertidas por quienes no las sufren. El acoso escolar puede ser de tipo directo o indirecto. Generalmente, se clasifica en físico, verbal, sexual o gestual; a la par el ciberbullying o ciberacoso se suscita a través del uso de tecnologías de comunicación, ya que generan otras formas de interacción y socialización entre pares. Entre los ataques directos se encuentran acciones de carácter físico, verbal o emocional, y gestual.[18]
>
> El acoso indirecto consiste en la exclusión y el aislamiento social. Dentro de este encontramos el acoso relacional, pues busca hacer daño a la víctima perjudicando sus relaciones con otras personas o grupos (Rigby, 2008). Esta categoría comprende acciones de corte psicológico, como inventar y esparcir rumores dañinos, la "ley del hielo" (no hablar, ignorar y excluir a una persona), realizar llamadas amenazantes, persuadir a otras personas para crear conflictos entre la víctima y sus amistades para aislarla.[19]

Como podemos observar en las definiciones y coincidencias de los actores, identificamos conductas relacionales que consideramos *normales, cotidianas* o parte de una cultura dentro el contexto escolar, pero que si son sostenidas con intencionalidad y existen condiciones de desequilibrio en las relaciones se identifican como acoso escolar, no importa si el contexto se da entre alumnas y alumnos o alumnas maestros, maestros y alumnos, etcétera.

Por ello, me atrevo a sostener que la diversidad de las problemáticas, sus diferentes definiciones, percepciones y hasta la normalización del acoso escolar nos hace minimizarlo; sin embargo, es una problemática latente dentro de los centros escolares y fuera de ellos en contexto de pandemia, donde las relaciones asimétricas continúan.

---

18 Santoyo Castillo, Dzora y Frías, Sonia, "Acoso escolar en México: actores involucrados y sus características", *Revista Latinoamericana de Estudios Educativos*, vol. XLIV, núm. 4, 2014, pp. 13-41.

19 *Ibidem*.

4.2. El ciberespacio y la convivencia escolar

El uso de la tecnología y las plataformas digitales se han convertido en el nuevo espacio de convivencia para las alumnos y alumnos, a través de grupos de diferentes plataformas o redes sociales, las más conocidas: Facebook, Whatsapp o Google. El espacio digital es un espacio alternativo de socialización debido al distanciamiento social y es ahí mismo donde se visibilizan las formas de convivencia y relaciones humanas.

> Los resultados constatan que el uso de Internet es generalizado en la vida cotidiana del alumnado de cuarto, quinto y sexto de educación primaria y que las conexiones se normalizan a edades cada vez más precoces. En 2015 el alumnado participante situaba la edad para comenzar a utilizar Internet de manera autónoma y continua en 9 años. En 2019, en cambio, el alumnado ha indicado que se inició con tan solo 6,4 años en la red. Es decir, la bajada de la media coincide con las conclusiones de Garmendia et al. (2016): año tras año el acceso a Internet ocurre a menor edad y la población preadolescente se conecta a diario.[20]

El acoso cibernético también abarca la intimidado por mensajes instantáneos, publicaciones, correos electrónicos y mensajes de texto, la creación de grupos o sitios web donde se burlan de un estudiante, el robo de imágenes disponibles en línea para utilizarlas sin permiso; el trato de manera hiriente o desagradable se traslada a los teléfonos móviles (mensajes de texto, llamadas, videoclips) o en línea (correo electrónico, mensajería instantánea, redes sociales, salas de chat) y el comportamiento hiriente en línea.

"El ciberacoso es un problema creciente. Los datos de siete países en Europa muestran que la proporción de niños de 11 a 16 años que usan Internet y que han experimentado ciberacoso aumentó del 7% en 2010 al 12% en 2014".[21]

---

[20] Gamito Gomez, Rakel; Aristizabal Llorente, Pilar y Vizcarra, María Teresa, "Seguridad y protección digital de la infancia: retos de la escuela del siglo XXI", *Revista Educar*, 2020, p. 237.

[21] UNESCO, *Behind the numbers:..., cit.,* p. 8.

Aunque el *bullying* y *cyberbullying* tiene conceptos parecidos, pero no iguales, empezando por la relación y convivencia en el mismo espacio y momento, hay autores como Sánchez Castañeda que destacan algunas características compartidas: "El *cyberbullying* comparte las tres características definitorias del *bullying* tradicional (intencionalidad, repetición y desequilibrio de poder) e incluye nuevas particularidades: el anonimato del agresor, la relativización de la conducta, al decir que, se trata de una broma o una práctica cotidiana; insensibilidad sobre los potenciales daños que se pueden ocasionar; y, una 'desconexión Moral'".[22]

Como podemos observar estamos ante nuevos escenarios donde el hostigamiento se traslada al nuevo espacio de convivencia y de alguna forma vulnera el derecho de la niñez a vivir una vida libre de violencia.

Se ha registrado que las principales agresiones cibernéticas se perpetran por medio de mensajes de texto, correos electrónicos, envío de comentarios desagradables por medio de las redes sociales y llamadas telefónicas que atemorizan y denigran a la víctima que con frecuencia comparte la misma aula que su agresor. Además, las plataformas de juegos en línea se han constituido, actualmente, en medios de agresión virtual entre escolares, (2) contexto que se exacerba al formar parte de una educación virtualizada como consecuencia de la pandemia por COVD-19.[23]

De acuerdo con la Organización Health Behaviour in School-Aged Children (HBSC) las menores mujeres en un 11.8 son víctimas de *ciberbullying,* mientras que los hombres en un 9.8%. En el contexto de pandemia por COVD-19 las prácticas de violencia escolar se han trasladado del salón de las clases al espacio digital.

Dicho lo anterior es importante poner en contexto que el *bullying* en condiciones extremas también puede llevarse al plano de la tecnología y, por lo tanto, aumentar el impacto en la salud

22 Sánchez Castañeda, Alfredo, *Acoso escolar y cyberbullying retos, prevención y sensibilización,* México, UAM-UNAM-Defensoría de los Derechos Universitarios, 2018.

23 Cedillo Ramírez, Lucy Perla Gulianna, "Acoso escolar cibernético en el contexto de la pandemia por COVID-19", *Revista Cubana de Medicina,* 2020.

de las víctimas. Cada vez conocemos más casos donde menores agreden a otro en el aula, con burlas, con empujones, con acciones que dan la sensibilidad de los otros con la participación callada de la comunidad escolar, pero también lo observamos en redes sociales donde se envían mensajes hirientes, de burla, de discriminación y humillación y no hay toda esta estructura institucional, ni manuales de convivencia que les respalden.

4.3. Hallazgos del derecho a la educación en contextos de pandemia y la violencia escolar presente en ambos escenarios

La pandemia vino a visibilizar y acrecentar problemáticas en el contexto educativo que debieron atenderse previamente, que está relacionada con el pleno ejercicio de la educación. Entre muchas otras cosas: planes de contingencia académica y educativa ante contextos de pandemia o inesperados, el adecuado uso de la tecnología, esquemas de comunicación institucional entre alumnado, profesorado y padres de familias, acercamiento de la educación a comunidades alejadas.

En el contexto de la convivencia entre pares y maestros desde las plataformas tecnológicas es una materia aun poco explorada para su prevención desde el contexto escolar, aunque existen diversas iniciativas que buscan la prevención de la problemática que afecta en rendimiento escolar al menor, su autoestima y desarrollo personal.

En el caso de la convivencia escolar y la violencia entre pares era una práctica ya encontrada; sin embargo, se ha exponenciado a través de las tecnologías de la información y ha propiciado el ciberacoso, *sexting*, chantaje, extorsión e incitación a citas peligrosas, entre otras.[24]

> En la escuela los estudiantes cuentan con la posibilidad de hablar con sus pares sobre lo que les está pasando en ese terreno. Puede que alguna de esas amistades solicite apoyo a algún docente de su

[24] Gamito Gomez, Rakel; Aristizabal Llorente, Pilar y Vizcarra, María Teresa, *op. cit*.

confianza o bien el o la propia alumna demande ayuda. Por lo general hemos notado que no hay confianza con los padres de familia en esta cuestión. Así, al estar confinados en casa, los y las adolescentes que padezcan cualquier tipo de violencia en línea tendrán menos posibilidades de apoyo social.[25]

V. Conclusiones

La pandemia no ha concluido. Seguimos descubriendo problemáticas en los diferentes contextos sociales, pero también ubicamos oportunidades y alternativas que nos permiten estar mejorar preparados para garantizar el derecho a la educación.

La pandemia nos ha enseñado que la globalización importa no solo en el plano económico, sino también cultural y en el pleno ejercicio de los derechos. En el caso la educación es importante fortalecer el enfoque de los derechos humanos en los centros escolares desde la formación del maestro, los materiales educativos y la convivencia escolar que nos permitirá de manera progresiva fortalecer el acceso a la educación, en condiciones de igualdad de forma incluyente y sin discriminación.

Solo así se fortalecerá de manera integral y cotidiana los valores de la solidaridad, fraternidad y respeto a la dignidad humana de la otra persona que vive al igual que nosotros en contexto de pandemia con todas las consecuencias que la misma acarrea y así como todo lo que implica la limitación de los derechos humanos en pro de un bien universal, la humanidad.

Bibliografía

Cedillo Ramírez, Lucy Perla Gulianna, "Acoso escolar cibernético en el contexto de la pandemia por COVD-19", *Revista Cubana de Medicina,* 2020.

[25] Suacedo Ramos, Claudia, *Antes y después del COVID-19 en la escuela secundaria: posibles impactos en la convivencia escolar,* Facultad de Estudios de Iztacalco-UAM, 2020.

Díaz Barriga, Ángel, "La escuela ausente, la necesidad de replantear su significado", AA, VV., *Educación y pandemia*, México, UNAM, 2020.

Gamito Gomez, Rakel; Aristizabal Llorente, Pilar y Vizcarra, María Teresa, "Seguridad y protección digital de la infancia: retos de la escuela del siglo XXI", *Revista Educar,* 2020.

Lloyd, Marion, "Desigualdades educativas y la brecha digital en tiempos de COVD-19", AA. VV., *Educación y pandemia*, 2020.

Olweus, Dan, *Conductas de acoso y amanezas entre escolares,* Madrid, Morata, 1993.

Sánchez Castañeda, Alfredo, *Acoso escolar y cyberbullying retos, prevención y sensibilización*, México, UAM-UNAM-Defensoría de los Derechos Universitarios, 2018, *https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/5611-acoso-escolar-y-cyberbullying-retos-prevencion-y-sensibilizacion-coleccion-ddu*

Suacedo Ramos, Claudia, *Antes y después del COVD-19 en la escuela secundaria: posibles impactos en la convivencia escolar,* Facultad de Estudios de Iztacalco-UAM, 2020.

Santoyo Castillo *et al.*, "Acoso escolar en México: actores involucrados y sus características", *Revista Latinoamericana de Estudios Educativos*, vol. XLIV, núm. 4, 2014.

Weiss, Eduardo *et al.*, *La enseñanza en educación básica. Análisis de la práctica docente en contextos escolares*, México, INEE, 2019.

Documentos nacionales e internacionales

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_080520.pdf*

Suprema Corte de Justicia de la Nación, amparo directo de tesis 35/2014, 15 de septiembre de 2015.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, *https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf*

Convención Americana sobre Derechos Humanos, *https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm#:~:text=Toda%20persona%20tiene%20derecho%20a%20que%20se%20respete%20su%20integridad,dignidad%20inherente%20al%20ser%20humano*

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Pandemia y derechos humanos en las Américas, *https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf*

El "sexo" como categoría jurídica de relevancia constitucional. Debates actuales para la tutela de los derechos de las mujeres

María Concepción Torres Díaz

Sumario. I. Introducción. II. Objetivos. III. Marco conceptual y teorías jurídicas feministas. IV. Marco normativo. V. Revisión epistémica y discusión jurídica. VI. Dudas jurídicas. A modo de consideraciones finales. Bibliografía.

I. Introducción

El 29 de junio de 2021, el Consejo de Ministras y Ministros del Ejecutivo español aprobaba el anteproyecto[1] de *Ley para la igualdad real y efectiva de personas trans y para la garantías de los derechos de las personas LGTBI*. La exposición de motivos recoge, entre los objetivos a alcanzar de la nueva normativa, los siguientes: "[...] desarrollar y garantizar los derechos de las personas lesbianas, gais, bisexuales, transexuales e intersexuales (LGTBI) erradicando las situaciones de discriminación, para asegurar que en el Estado español se pueda vivir la diversidad afectiva, sexual y familiar con plena libertad". Obsta reseñar que, desde el punto de vista del objeto de la presente investigación, nada cabría que

[1] Puede consultarse el anteproyecto de Ley para la Igualdad real y efectiva de personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, *https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/290621-enlace-lgtbi.aspx*

objetar en relación a los objetivos reseñados en el párrafo anterior del anteproyecto normativo.

Sin perjuicio de lo anterior, el anteproyecto no ha pasado desapercibido porque —en el fondo— insta a preguntarse si el "sexo" (lo biológico) se elige y en qué términos se hace, así como sobre las implicaciones jurídicas (y no solo) de dicha elección. En la misma línea, porque evidencia la confusión existente entre las categorías "sexo" y "género" como categorías jurídicas analíticas, dando lugar a un debate complejo, con posturas a favor y en contra, que requiere de un abordaje minucioso y realizado con el mayor rigor jurídico para evitar malentendidos sobre una materia con altas dosis de sensibilidad social.

En este punto conviene precisar que, en España, desde el año 2007, se permite el cambio de nombre y sexo en el Documento Nacional de Identidad (DNI) sin necesidad de una operación quirúrgica de los genitales. No obstante, la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas,[2] lo que sí requiere es un informe médico o psicológico de diagnóstico de la transexualidad y, al menos, dos años de tratamiento hormonal. El artículo 4 de dicho cuerpo normativo resulta clarificador en este sentido. Regula los requisitos para acordar la rectificación registral de la mención del sexo de la persona, exigiendo acreditar el diagnóstico de disforia de género mediante informe médico o psicológico clínico, así como tratamiento médico durante al menos dos años para acomodar las características físicas a las correspondientes al sexo con el que la persona se identifica al margen de su realidad corpórea. En este segundo caso, la normativa exige su acreditación mediante informe médico bajo cuya dirección se haya realizado el tratamiento o, en su caso, mediante informe de un médico o médica forense especializado. No obstante, la normativa no exige la cirugía de reasignación sexual. En esta misma línea, el tratamiento hormonal de, al menos, dos años se exime cuando concurran razones de salud o edad que imposibiliten su seguimiento y se aporte certificación médica en tal sentido.

[2] Puede consultarse la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, *https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-5585-consolidado.pdf*

La nueva propuesta normativa actualmente en tramitación parlamentaria elimina dichos requisitos, dotando de carácter constitutivo al "género sentido", esto es, a los deseos. Desde esta óptica de análisis la llamada "autodeterminación de género" se erige en categoría capaz de delimitar, por sí sola, el "sexo registral". A bote pronto, la propuesta normativa parece negar el "sexo biológico" y sus implicaciones jurídicas para los derechos de las mujeres cuando desde las teorías jurídicas feministas se ha venido apostando por un reconocimiento jurídico expreso de la realidad corpórea de las mujeres en sus dimensiones sexuales y reproductivas. Piénsese crítica y jurídicamente en cómo el modelo tradicional e histórico sobre el que se han erigido los derechos y se ha construido el derecho han invisibilizado a las mujeres y a su realidad corpórea y socio-sexual y, por ende, reproductiva.

El debate jurídico en ciernes permite identificar un doble posicionamiento. Por un lado, las posturas que abogan por el reconocimiento jurídico de la identidad de género como "vivencia interna" en tanto que "género sentido", constituyendo un logro en la configuración del derecho a la diversidad sexual desde el marco conceptual de las llamadas teorías *queer,* que diversifican las identidades y orientaciones sexuales cuestionando que existan solo dos sexos biológicos, así como el concepto binario de hombre-mujer. Desde estas posturas impulsan la llamada "autodeterminación de género" en donde cobra un lugar protagónico la libre elección individual de la identidad de género frente al concepto más amplio de igualdad relacional.

Para otro sector teórico y doctrinal, se hace necesario distinguir y no confundir las categorías "sexo" y "género" en tanto que categorías jurídicas basilares para el análisis del discurso jurídico: el sexo como realidad biológica constatable y el género como constructo cultural de estereotipos. Desde este plano analítico resulta obligado profundizar en los términos en los que el discurso jurídico ha pensado y construido tradicionalmente a las mujeres como sujetos jurídicos-políticos vinculados a su (nuestra) realidad biológica-corpórea (sexo) y socio-sexual (género).

En los apartados que siguen se procede a analizar la importancia de la categoría "sexo" para el discurso jurídico, sin olvidar las aportaciones críticas del "género" como categoría capaz

de develar las estructuras de poder socio-sexual y, en tal sentido, determinar cómo el discurso jurídico no es (y no ha sido) neutro desde el punto de vista de la corporeidad sexual de los sujetos de derecho y, desde el punto de vista de la articulación jurídica de los derechos de las personas y, específicamente, de los derechos de las mujeres.

II. Objetivos

El análisis y abordaje de la categoría "sexo" como categoría de relevancia constitucional obliga, en estos momentos, a perfilar los objetivos del presente artículo. Objetivos que se erigen en retos[3] constitucionales a propósito de la discusión jurídica sobre las categorías "sexo" y "género", a saber:

a) significar la importancia de la categoría "sexo" como categoría constitucional que cobra un lugar protagónico para la subjetividad jurídica y política de las mujeres vinculada al reconocimiento de su realidad corpórea y socio-sexual;
b) distinguir jurídicamente las categorías "sexo" y "género" como categorías analíticas claves para el análisis del discurso jurídico desde los postulados del constitucionalismo crítico, las teorías jurídicas feministas y los conocimientos situados, y
c) apuntar las potencialidades transformadoras de la perspectiva de género como metodología jurídica en las disciplinas jurídicas a la hora de la elaboración, interpretación y aplicación normativa.

Teniendo en cuenta los objetivos perfilados procede —en estos momentos— apuntar la hipótesis de partida en el presen-

[3] Torres Díaz, María Concepción, "Retos constitucionales: a propósito de la discusión jurídica entre las categorías 'sexo' y 'género'", *Ponencia presentada en el XVII Encuentro de la Red Feminista de Derecho Constitucional,* Sede Universitaria de Alicante, 15 de julio de 2021, *https://web.ua.es/es/actualidad-universitaria/2021/julio2021/12-18/el-sexo-como-categoria-de-analisis-constitucional-para-la-igualdad-efectiva-de-mujeres-y-hombres-tema-del-xvii-encuentro-de-la-red-feminista-de-derecho-constitucional.html*

te trabajo de investigación: las mujeres por su sexo biológico ocupan (y han ocupado) un lugar subordinado en la sociedad, fruto de una atribución de poder asimétrica y desigual y, por tanto, discriminatoria por razón de sexo en relación con el modelo normativo de lo humano. Desde este marco de referencia, las propuestas normativas y/o políticas públicas no son (ni deben ser) ajenas a análisis sensibles al género, sino que deben ser analizadas y estudiadas desde la centralidad que ocupan las mujeres como sujetos jurídico-políticos cuya corporeidad sexual ha venido determinando y marcando su posición social y, por ende, económica, cultural, política, etc. y, también, jurídica.

Esta hipótesis de partida permite reseñar de entrada que a las mujeres cuando se las discrimina se las discrimina por razón de sexo.[4] Por tanto, ha sido (y es) el sexo la categoría sospechosa de discriminación. En este sentido, a las mujeres cuando se las discrimina se las discrimina por su realidad biológica, y por las lecturas y los imaginarios jurídicos que sobre dicha realidad biológica se han arbitrado desde una falsa neutralidad y objetividad en relación con el modelo normativo de referencia. El modelo no es neutro desde el punto de vista de la realidad corpórea de los sujetos. Al contrario, tiene (y ha tenido) sexo: el masculino. El "sexo" no es jurídicamente irrelevante.[5] Al contrario, es la categoría central sobre la que el derecho antidiscriminatorio ha construido y dado forma a todo el andamiaje jurídico (y constitucional) que ha permitido (no sin obstáculos) avanzar en materia de igualdad de sexos. Afirmar —como se está haciendo desde determinados posicionamientos teóricos— que el "sexo" es jurídicamente irrelevante es partir de una premisa errónea en la medida

[4] Molina Pardo, P., "Sexo y género no deben usarse como intercambiables por las consecuencias jurídicas que tiene, entrevista a María Concepción Torres Díaz con motivo de la investigación sobre 'sexo' y 'género' como categorías de relevancia constitucional", *NovaCiencia.es, https://novaciencia.es/sexo-y-genero-no-deben-usarse-como-intercambiables-por-las-consecuencias-juridicas-que-tiene/*

[5] Torres Díaz, María Concepción, *El sexo de la Constitución. El discurso jurídico frente a la realidad socio-sexual de las mujeres. Un análisis crítico sobre las categorías "sexo" y "género" como categorías de relevancia constitucional,* Universidad de Alicante, colección tesis doctoral, 2021.

en que la *idea fuerza* pivota en aseverar que la igualdad de sexos es una realidad constatable. Desde esta óptica de análisis, se obvian las desigualdades y discriminaciones de mujeres y hombres existentes en cualquier ámbito relacional de las personas y los datos cuantitativos que permiten corroborar este extremo. Por tanto, afirmar que el "sexo" es jurídicamente irrelevante es posicionarse en una realidad jurídica ficticia y, a todas luces, acrítica con el sistema sexo-género.

III. Marco conceptual y teorías jurídicas feministas

Desde el marco conceptual de la presente investigación se toma en valor las aportaciones críticas de las teorías jurídicas feministas. En este sentido resulta obligatorio referenciar —sucintamente— las aportaciones de autoras como Frances Olsen;[6] Alda Facio;[7] Tamar Pich;[8] Carol Smart,[9] y Catherine Mackinnon,[10] entre otras. Autoras que desde las décadas de 1970-1980 han venido cuestionando la racionalidad, objetividad, neutralidad y universalidad del discurso jurídico. Olsen denuncia los dualismos estructurantes del pensamiento en general. Dualismos sexualizados y jerarquizados que, extrapolados al ámbito de "lo jurídico", permiten observar cómo el derecho se ha identificado con el lado masculino de la realidad. Olsen denuncia el androcentrismo de las ciencias jurídicas: su organización jerárquica, su estructura procesal litigiosa y adversarial, etc. En la misma línea, Mackin-

6 Olsen, Frances, "El sexo del derecho", en Kairys, David, (ed.), *The Politics of Law,* 1990, pp. 452-467.

7 Facio, Alda, "Hacia otra teoría crítica del Derecho", en Herrera, Gioconda (coord.), *Las fisuras del patriarcado. Reflexiones sobre feminismo y derecho*, Ecuador, 2000, pp. 15-44.

8 Pitch, Tamar, *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad,* Madrid, Trotta, 2003.

9 Smart, Carol, "La mujer del discurso jurídico", en Larrauri Pijoan, E., *Mujeres, Derecho penal y criminología,* Madrid, Siglo XXI, 1994, pp. 167-177.

10 Mackinnon, Catharine, "Feminism, Marxism, Method and the State: Toward Feminist Jurisprudence", *Sings: Journal of Women in Culture and Society,* VIII, 1983, pp. 635-645.

non cuestiona la "objetividad" del derecho al significar como ésta se ha construido desde el paradigma dominante, por tanto, tomando como referencia al varón. Por su parte, Facio reivindica el feminismo jurídico como teoría crítica para esclarecer el rol que actualmente desempeña el derecho en el mantenimiento del sistema sexo-género.

En el plano epistemológico de los "conocimientos situados", cabría referir a autoras como Ana G. Aguirre e Ileana Azor,[11] por cuanto resaltan la importancia del paradigma feminista en "lo social" y, por extrapolación, en "lo jurídico", ya que permite interpelar el lugar de "poder" o "no poder" en donde se sitúan los sujetos (o a los sujetos) y a sus capacidades discursivas. Desde este prisma de análisis estas autoras abogan por la revalorización de aquellos saberes y aquellas epistemologías desestabilizadoras de los conocimientos tradicionales. Apuestan por la creación de conocimiento y, en esa creación, las epistemologías feministas ocupan un lugar central.[12] Entre las epistemólogas feministas ubicadas en el punto de vista feminista cabría citar a Sandra Harding[13] o Evelyn Fox-Keller.[14] Por su parte, dentro del empirismo feminista son de destacar Elizabeth Anderson[15] y Lousie Anthony.[16] Conviene significar que, con sus diferencias, todas estas epistemologías convergen en cuestionar el objetivismo imperante en la ciencia tradicional, su ahistorismo, la generalidad y neutralidad de sus enunciados, así como la aparente

11 Aguirre Calleja, Ana y Azor Hernández, Ileana, "Aportes al conocimiento desde áreas intersticiales. Género y epistemologías no legitimadas", *Revista de Comunicación de la SEECI*, número extraordinario, 2014, pp. 1-8.

12 Torres Díaz, María Concepción, "Constitucionalismo crítico desde los márgenes: la perspectiva de género en el Análisis Crítico del Discurso en las normas jurídicas", *XII Jornadas de Redes de Investigación en Docencia Universitaria. El reconocimiento docente: innovar e investigar con criterios de calidad,* Universidad de Alicante, 2014, pp. 1847-1861.

13 Harding, Sandra, *Feminismo y ciencia,* Barcelona, Morata, 1986.

14 Fox-Keller, Evelyne, *Reflections on Gender and Science,* New Haven, Yale UP, 1985.

15 Anderson, Elisabeth, "Knowledge, Human Interests and Objectivity in Feminist Epistemology", *Philosophical Topics*, vol. 23, 1995, pp. 27-58.

16 Hanrahan, Rebecca y Antony, Louise, "Because I said so: Toward a Feminist Theory of authority", *Hypatia,* núm. 20, 2005, pp. 59-79.

abstracción sexual[17] tanto del sujeto cognoscente como del sujeto/objeto de conocimiento.

Desde este marco conceptual es desde donde resulta factible (y posible) delimitar y diferenciar las categorías "sexo" (lo biológico) y "género" (lo cultural y construido sobre el sexo biológico), dotando de un mayor o menor poder, y posicionando a los sujetos de derechos en un lugar central o periférico por la realidad material de su sexo, y en base a la construcción cultural que sobre el cuerpo de las mujeres se ha venido articulando en sociedades de base patriarcal.

La diferenciación entre las categorías "sexo" y "género" se torna crucial por cuanto permite formular una serie de preguntas que se erigen transversales en el presente estudio, a saber:

1. ¿En qué términos el discurso jurídico ha pensado (y piensa) a las mujeres?
2. ¿Es neutral en términos de "sexo" el derecho? ¿Qué aporta el "género" como categoría de análisis jurídico crítico para la igualdad de los sexos? ¿Qué riesgos comporta utilizar el "género" como sinónimo de "sexo"?
3. ¿En qué términos y desde qué contexto se ha articulado —tradicional e históricamente— el modelo normativo de lo humano?
4. ¿Cómo ha afectado dicha configuración a la hora de tutelar y garantizar derechos específicos de las mujeres: piénsese en el derecho a una vida libre de violencia de género, los derechos sexuales y/o derechos reproductivos, etcétera?
5. ¿Cómo ha afectado (y afecta) dicho modelo en la praxis jurídica del foro a la hora de evaluar la eficacia normativa de leyes dirigidas a eliminar situaciones de discriminación? ¿Cómo ha afectado (y afecta) en el ámbito de la aplicación e interpretación normativa?
6. En el ámbito específico de la violencia de género, ¿bajo qué parámetros se ha delimitado conceptual y normati-

[17] Torres Díaz, María Concepción, *Law and Criminology. Guides to mainstreaming gender in University Teaching*, Universidad de Alicante-Red Vives de Universidades, 2020.

vamente la violencia de género? ¿Como una violencia circunstancial y neutra? ¿O como una violencia instrumental y estructural?

7. ¿Cuáles son las potencialidades transformadoras de la implementación de la perspectiva de género como metodología de análisis jurídico a la hora de abordar, por ejemplo, una reforma constitucional sensible al género? ¿O a la hora de analizar la efectividad para la tutela de los derechos de las mujeres de la normativa vigente en materia de violencia de género? ¿O a la hora de analizar propuestas en torno a la abolición de la prostitución, en materia de gestación por sustitución y/o acoso sexual o por razón de sexo, etcétera?
8. ¿Qué retos cabría reseñar a nivel constitucional —desde el reconocimiento de la subjetividad jurídica y política de las mujeres— cuando se apuesta (desde estas líneas) por revalorizar la categoría "sexo" como categoría constitucional y otorgar relevancia constitucional al "género" como categoría analítica crítica para develar las estructuras de poder socio/sexual del sistema sexo-género?

Sin duda, las cuestiones someramente planteadas en los puntos anteriores evidencian la importancia del estudio que se presenta por su directa vinculación con el día a día de las personas y, singularmente, de las mujeres en tanto que sujetos jurídico-políticos vinculados a su realidad corpórea y socio-sexual.

IV. Marco normativo

En este apartado, resulta obligado referenciar sucintamente —consciente de no citar todas las existentes— aquellas disposiciones normativas que resultan nucleares para conceptuar adecuadamente "sexo" y "género". El análisis normativo propuesto se centra en la categoría "sexo" como categoría basilar para el reconocimiento de la subjetividad jurídica y política de las mujeres que se vale del "género" para identificar y detectar "en" las normas y "desde" las normas situaciones asimétricas de poder socio-sexual.

4.1. Ámbito internacional

1) Artículo 1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), suscrito en Nueva York el 18 de diciembre de 1979. El contenido literal del artículo referido dispone:

> A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

2) De especial significación —al objeto del presente estudio— resulta el artículo 2, apartados a); b), y c), que disponen textualmente:

> Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas; convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y con tal objetivo, se comprometen a: a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus Constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por Ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio; b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer; c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los Tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación.

3) La lectura del artículo 1 de la CEDAW permite advertir las potencialidades transformadoras del llamado dere-

cho antidiscriminatorio al delimitar normativamente la discriminación por razón de sexo. En este sentido, arroja nuevas dimensiones de análisis desde el punto de vista del constitucionalismo crítico y, por extensión, del análisis crítico del discurso jurídico. Y es que discriminar no solo se limita a una distinción o exclusión directa (más o menos perceptible) en la norma o en la aplicación o interpretación de la misma, sino que se estará ante una conducta discriminatoria o situación de discriminación por razón de sexo cuando un tratamiento neutro o aparentemente igualdad —desde la formalidad de la igualdad legal— produzca en los sujetos destinatarios un resultado desigual (y perjudicial) o susceptible de anular o no garantizar el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos.[18] Llegados a este punto, conviene significar cómo un tratamiento de igualdad desde la norma y en la aplicación e interpretación de la norma desde la ajenidad a la realidad sexual y corpórea de los sujetos puede resultar discriminatorio para las mujeres. De ahí la relevancia jurídica (y constitucional) de la categoría "sexo" en el discurso jurídico y, de ahí, la importancia de profundizar a través del "género" como categoría analítica en los resultados limitativos y/o no garantistas con los derechos de las mujeres en atención a los sesgos y estereotipos de género que impregnan el ordenamiento jurídico.

4.2. Ámbito internacional-regional

1) Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica, suscrito en Estambul el 11 de mayo de 2011. De especial significación resultan los artículos 1.1b); 3.c); 4.1; 2; 5; 11, y 14. Extracto —en este punto— por su importancia los apartados 1 y 2 del artículo 4. Disponen textualmente: "1. Las Partes adoptarán las medidas legislati-

[18] Torres Díaz, María Concepción, "El sustento constitucional de la impartición de justicia desde la perspectiva de género", *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, 2017, pp. 181-212.

vas o de otro tipo necesarias para promover y proteger el derecho de todos, en particular de las mujeres, a vivir a salvo de la violencia tanto en el ámbito público como en el ámbito privado". En su literalidad, el apartado 2 tiene el siguiente contenido:

> Las Partes condenan todas las formas de discriminación contra las mujeres y tomarán, sin demora, las medidas legislativas y de otro tipo para prevenirla, en particular: indicando en sus constituciones nacionales o en cualquier otro texto legislativo adecuado el principio de igualdad entre mujeres y hombres; garantizando la aplicación efectiva del mencionado principio, prohibiendo la discriminación contra las mujeres, recurriendo, en su caso, a sanciones; denegando todas las leyes y prácticas que discriminan a la mujer.

Con respecto a la diligencia debida en el marco estatal cabe referenciar el artículo 5.

2) Especial importancia —en la presente investigación— cobra el contenido literal del artículo 3, apartado c), en donde se delimita normativamente la categoría "género" y, además, en un Tratado Internacional. Preceptúa el precepto anterior: "Por 'género' se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propio de mujeres o de hombres". Muy claro lo deja el Convenio de Estambul con relación a conceptuar el "género" como lo construido sobre los sexos biológicos. De ahí la importancia de diferenciar dichos términos en el análisis y estudio normativo.

3) Se echa en falta, no obstante, que en el apartado de definiciones se hubiera concretado el concepto "sexo" en tanto que categoría jurídica central para el reconocimiento de la subjetividad jurídica y política de las mujeres.

4.3. Ámbito europeo

1) Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del

principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. A nivel conceptual cabe reseñar las definiciones contenidas en el artículo 2, tales como: discriminación directa, discriminación indirecta, acoso, acoso sexual, etc. En lo que atañe a la discriminación por razón de sexo la Directiva entiende por tal: "[...] la situación en que se encuentra una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable". Con respecto al concepto de discriminación indirecta, la define en los siguientes términos: "[...] la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios".

2) Sobre la directiva, repárese en los términos en los que delimita la discriminación por razón de sexo (y no de género). Delimitación sobre la que se hace preciso reseñar que es el "sexo" (lo biológico) la que posiciona a los sujetos en situaciones de desigualdad social y, por tanto, discriminatorias.

3) Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Carta de Niza, 2000), con valor vinculante tras la aprobación del Tratado de Lisboa (2009), por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Los artículos 1 (dignidad humana), 20 (igualdad ante la ley), 21 (no discriminación) y 23 (igualdad entre mujeres y hombres) cobran una especial significación al objeto del presente estudio. En relación a la dignidad, el precepto mentado señala la inviolabilidad de la dignidad humana y la obligación de respeto y protección por parte de todos los actores estatales y particulares. Con respecto a la igualdad ante la ley se hace una especial precisión de reconocimiento igualitario de todas las personas. En lo que atañe a la prohibi-

ción de discriminación: "Se prohíbe toda discriminación y, en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual". Nótese que se alude —entre otras formas de discriminación— a la discriminación por orientación sexual y no por identidad o expresión de género.

4) En el ámbito específico de la igualdad de mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado. De nuevo, conviene significar la utilización expresa de la categoría sexo para articular normativamente el principio de igualdad de mujeres y hombres.

4.4. Ámbito constitucional e infraconstitucional interno

1) Dimensión constitucional. Desde el plano constitucional español aludir y/o profundizar en la categoría "sexo" como categoría jurídica obliga a significar que se trata de una categoría constitucional esencial para el reconocimiento de la corporeidad sexual de las mujeres. El artículo 14 de la Constitución española (CE) lo deja claro cuando reconoce como derecho fundamental la igualdad y cuando proscribe cualquier forma de discriminación por razón sexo. Junto a este precepto, el artículo 9.2 de la CE alude a la igualdad como principio rector y mandato de optimización dirigido a los poderes públicos. Principio que se torna clave si se implementa la perspectiva de género como metodología jurídica de análisis en la medida en que permite profundizar en la situación de partida de los sujetos vinculados a su realidad corpórea y socio-sexual.

2) También desde el marco constitucional la constitucionalización de la dignidad humana y el libre desarrollo de la

personalidad (art. 10 CE) se erigen en indispensable a la hora de profundizar en la subjetividad jurídica y política de los sujetos en clave de "sexo".

3) Vincular la subjetividad jurídica y política de los sujetos y, en concreto, de las mujeres a la categoría "sexo" obliga —en sede constitucional— a abogar por una reforma constitucional en donde se reconozcan expresamente los derechos sexuales y derechos reproductivos en el marco del derecho de las mujeres a decidir informada y responsablemente sobre su maternidad.

4) Dimensión infraconstitucional. A nivel infraconstitucional —en España— se cuenta con una amplía normativa (a partir de 2003) que se podría decir que trata de romper la asimetría socio-sexual del sistema sexo/género y en donde las categorías "sexo" y "género" como categorías jurídicas de análisis resultan claves. Como máximo exponente de dicha normativa cabría citar la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género aprobada por unanimidad en el Parlamento español, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, así como la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo. Más reciente en el tiempo —a nivel estatal— cabría referenciar las modificaciones normativas en materia penal,[19] en el reconocimiento del Estatuto de la víctima del delito y en materia de protección de menores.[20]

[19] Entre las modificaciones normativas a destacar en materia penal en donde las categorías "sexo" y "género" se tornan imprescindibles cabrían reseñar las siguientes: *a)* La introducción de la discriminación por razón de género como circunstancia agravante de responsabilidad criminal (art. 22.4 CP); *b)* La tipificación del acoso "stalking" vía art. 172 ter CP; *c)* La tipificción del sexting vía art. 197.7 CP, y *d)* La inclusión del "género" como uno de los motivos que llevan a cometer los delitos de odio contra un grupo de personas o persona determinada (art. 510 CP), etcétera.

[20] Sobre protección de menores, téngase en cuenta la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, así como la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Más reciente en el

5) Conviene significar cómo en las tres normas citadas anteriormente las categorías "sexo" y "género" podría decirse que están perfectamente delimitadas. El "sexo" como lo biológico y el "género" como lo cultural y/o construido sobre los sexos biológicos, dando lugar a estereotipos y/o roles de género. No obstante, y dada la deriva normativa actual, quizás hubiera sido importante precisar más exactamente la relevancia jurídica de la categoría "sexo" para el reconocimiento, en todos sus términos, de los derechos de las mujeres.

En el ámbito autonómico se cuenta con un amplio desarrollo normativo en materia de igualdad y no discriminación y en materia de violencia de género. No obstante, dicho desarrollo normativo responde al ámbito competencial propio de las distintas Comunidades Autónomas.

6) Al hilo de lo expuesto conviene significar que ha sido a nivel autonómico donde primero se ha observado la confusión entre las categorías "sexo" y "género" como categorías jurídicas. Advirtiéndose una utilización indistinta entre uno y otro término dando lugar a la confusión jurídica en este momento existente.

7) Sirvan como ejemplo las siguientes: *a)* Ley 8/2017, de 7 de abril, integral de reconocimiento del derecho a la identidad y a la expresión de género en la Comunidad Valenciana; *b)* Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid, y *c)* Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía, etcétera.

8) En líneas generales —y sin ánimo de agotar toda la normativa autonómica existente sobre la materia— en las leyes anteriores se observa una cierta confusión entre "sexo" y "género", utilizándose erróneamente la catego-

tiempo, la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia.

ría "género" a la hora de reconocer la llamada "identidad de género", siendo más correcto terminológica y jurídicamente hablar de "identidad sexual". Lo mismo cabría decir en relación con la delimitación normativa de la llamada "expresión de género" conceptualizada —en líneas generales— en los siguientes términos "manifestación de cada persona de su identidad de género".

9) A nivel estatal, la ley que en estos momentos se está tramitando parlamentariamente se hace eco de esa confusión normativa que ya se advertía a nivel autonómico entre las categorías "sexo" y "género", siendo susceptible de generar pro futuro inseguridad jurídica al observarse propuestas que pretenden desplazar y/o hacer desaparecer la categoría "sexo" como categoría clave para los derechos de las mujeres, apostando por dejar única y exclusivamente el "género" como categoría analítica en materia de igualdad y no discriminación.

10) Como ejemplo de lo expuesto cabría significar lo siguiente: *a)* se habla del reconocimiento de la llamada "identidad y/o expresión de género" en lugar de "identidad sexual"; *b)* se utiliza no siempre de forma adecuada "diversidad" por "igualdad"; *c)* se sustituye —en el ámbito de los derechos reproductivos— la palabra madre por progenitor gestante; *d)* se habla de personas transgénero o personas trans en lugar de personas transexuales, que sería lo más correcto, y *e)* se apuesta por la despatologización de las personas transexuales (algo con lo que se está totalmente de acuerdo), pero mediante la no exigencia de ningún procedimiento que permita dar seguridad jurídica al reconocimiento de derechos a las personas transexuales.

V. Revisión epistémica y discusión jurídica

Lo expuesto hasta este momento permite centrar el presente apartado en la discusión jurídica en ciernes en relación con las categorías "sexo" y "género". En este sentido, los puntos más re-

levantes de la discusión jurídica que se plantean en la presente investigación desde el punto de vista de los sujetos de derechos y, específicamente, desde el punto de vista de la tutela y garantía de los derechos de las mujeres vinculados a su realidad corpórea y socio-sexual, se correlacionan a continuación:

a) El discurso jurídico no es (y no ha sido) neutro en términos de "sexo".

b) El modelo normativo de lo humano, el sujeto jurídico-político, ha sido (y es) varón. De ahí que las mujeres hayan tenido que encajarse en dicho modelo para ser visibles ante el derecho y ser reconocidas como sujetos jurídico-políticos.

c) Desde este encaje jurídico la elaboración, aplicación e interpretación de la norma se ha venido llevando a cabo desde la abstracción sexual de los sujetos dadores, aplicadores y destinatarios de las mismas. Por tanto, con sesgos de género, en tanto no ha sido prioritario determinar el lugar de partida de los sujetos desde el punto de vista de su configuración socio-sexual.

d) El pacto de convivencia social no ha permanecido ajeno a dicha construcción jurídica (y, por ende, política). Algo que no es nuevo, si se tiene en cuenta el constitucionalismo histórico español. De ahí que desde las teorías jurídicas feministas se venga abogando por una reforma constitucional sensible al género en donde la corporeidad socio-sexual de las mujeres se inserte constitucionalmente, ocupando un lugar central el reconocimiento constitucional de la categoría "sexo" vinculado a los derechos sexuales y derechos reproductivos de las mujeres.

e) Las propuestas actuales del reconocimiento constitucional de la paridad, del reconocimiento de la fundamentalidad del derecho a una vida libre de violencia de género, de la constitucionalización de los derechos sexuales y derechos reproductivos, etc., son claros exponentes de la necesidad de revisar el texto constitucional en clave de género.

f) A mayor abundamiento, el reconocimiento de la categoría "género" como garantía específica de los derechos de las mujeres en tanto que categoría que permite develar las estructuras de poder socio-sexual del sistema sexo/género, y como criterio de interpretación constitucional en materia de derechos fundamentales es otro de los elementos a tener en cuenta y que se erige en reto constitucional a abordar en el momento actual.

g) El contexto normativo y jurisprudencial actual obliga a entrar en la discusión jurídica en ciernes cuando se observan propuestas normativas que parecen confundir las categorías "sexo" y "género" como categorías analíticas. Propuestas normativas que, bajo la apuesta por prescindir de la categoría "sexo", invisibiliza a las mujeres. Piénsese en los imaginarios jurídicos que se crean cuando en lugar de hablar de "madre" se alude a "progenitor gestante". Piénsese que esto no es algo nuevo puesto que, tradicionalmente, la dogmática jurídica bajo la máxima de neutralidad y abstracción socio-sexual del modelo normativo de lo humano no reparó en la subjetividad jurídica y política de las mujeres vinculada a su realidad corpórea y socio-sexual.

h) A tenor de lo anterior, resulta clave delimitar el "género" como categoría de análisis jurídico, entendiendo el "género" como lo construido culturalmente sobre la realidad biológica de los sujetos. Desde este prisma, el "género" para el discurso jurídico es una categoría que permite develar las estructuras de poder socio-sexual que encierra la norma. Lo que dice (texto de la ley), cómo se dice y a quién se dirige. Asimismo, en las dimensiones de aplicación e interpretación normativa, esto es, en esas otras dimensiones que entran de lleno en la praxis jurídica del foro.

i) Un aspecto central en la discusión jurídica actual es significar —desde la dogmática jurídica— que "sexo" y "género" no son términos sinónimos, ni términos intercambiables, puesto que esto implicaría negar la realidad material del "sexo" con el riesgo de reforzar estereotipos y roles de género.

j) Negar el "sexo" biológico es negar el carácter universal de la mixtura humana y la dualidad sexual como base de la existencia humana.

k) Revalorizar el "sexo" como categoría constitucional resulta prioritario desde el reconocimiento de la corporeidad socio-sexual de las mujeres.

l) Reconocer los derechos de las personas transexuales en el marco del reconocimiento de la identidad sexual es la clave. Por tanto, resulta erróneo —en estrictos términos jurídicos— hacerlo desde el marco de la "identidad de género" o "autodeterminación de género". Y todo ello bajo un paraguas jurídico que ofrezca las máximas garantías jurídicas de acuerdo con los estándares internacionales.

VI. Dudas jurídicas. a modo de consideraciones finales

En este apartado final, junto a una serie de consideraciones finales, se plantean también algunas dudas jurídicas que, a buen seguro, serán objeto de abordaje en próximas investigaciones, a saber:

a) Lo sucintamente planteado sobre la relevancia constitucional de las categorías jurídicas "sexo" y "género" evidencian la importancia y centralidad de su delimitación normativa para la subjetividad jurídica y política de los sujetos.

b) El "sexo" es una categoría constitucional, por tanto, resulta contrario a la Constitución prescindir de la misma y/o pretender sustituirla por la categoría "género" cuando el sentido y significado ambas categorías analíticas es distinto. Téngase en cuenta en las consecuencias jurídicas de la desaparición del "sexo" como categoría jurídica en tanto en cuanto supondría la eliminación del sujeto mujer.

c) El "género" como categoría de análisis jurídico que permite develar e identificar estructuras de poder socio-sexual 'en' las normas y 'desde' las normas, resulta esencial para la tutela y garantías de los derechos de las mujeres. Repárese en la jurisprudencia del Tribunal Supremo es-

pañol que desde el año 2018 aproximadamente en el ámbito penal (pero no solo) introduce la perspectiva de género como metodología de análisis jurídico en contextos de violencia de género.

d) El género como algo identitario resulta erróneo, puesto que se podría estar ante una "identidad" discriminatoria por razón de sexo. Piénsese que los términos en los que se habla de "identidad de género" o "autodeterminación de género" instan a hacer desaparecer el "sexo". Pero, es más, repárese en que el género como algo identitario podría conllevar el catalogar a las mujeres como una identidad más, olvidando que son más de la mitad de la humanidad.

e) Piénsese críticamente en cómo esa desaparición del sujeto mujer que actualmente se denuncia en tanto que sujeto jurídico-político no es nueva. Repárese en cómo el modelo tradicional e histórico sobre el que se ha erigido el derecho y se han construido los derechos invisibilizó a las mujeres y a su realidad corpórea y socio-sexual a lo largo de la historia. Y todo ello bajo las premisas de la construcción de un discurso jurídico (y una dogmática) dotado de las premisas de neutralidad, objetiva y abstracción socio-sexual.

Las consideraciones finales apuntadas en las líneas anteriores, en donde cabe advertir dudas jurídicas cuyo abordaje se hace imprescindible, evidencia la importancia del debate jurídico en relación con las categorías "sexo" y "género" como categorías analíticas de relevancia constitucional. Categorías jurídicas en donde lo que sí está claro es que el "sexo" como lo biológico es una categoría central y constitucional cuya desaparición resulta contraria al pacto de convivencia socio-sexual. De ahí la importancia de construir la subjetividad jurídica y política de las mujeres vinculadas a su corporeidad socio-sexual. A su vez, la categoría "género" como categoría capaz de identificar estructuras de poder socio-sexual se hace imprescindible para la tutela y garantía de los derechos de las mujeres desde la praxis jurídica del foro. El reto en los próximos años está en no confundir jurídicamente "sexo" y "género" y en delimitar normativamente ambas categorías jurídicas.

Bibliografía

Aguirre Calleja, Ana y Azor Hernández, Ileana, "Aportes al conocimiento desde áreas intersticiales. Género y epistemologías no legitimadas", *Revista de Comunicación de la SEECI*, número extraordinario, 2014.

Anderson, Elisabeth, "Knowledge, Human Interests and Objectivity in Feminist Epistemology", *Philosophical Topics*, vol. 23, 1995.

Facio, Alda, "Hacia otra teoría crítica del Derecho", en Herrera, Gioconda (coord.), *Las fisuras del patriarcado. Reflexiones sobre Feminismo y Derecho*, Ecuador, 2000.

Fox-Keller, Evelyne, *Reflections on Gender and Science,* New Haven, Yale UP, 1985.

Harding, Sandra, *Feminismo y ciencia,* Barcelona, Morata, 1986.

Hanrahan, Rebecca y Antony, Louise, "Because I said so: Toward a Feminist Theory of authority", *Hypatia,* núm. 20, 2005.

Mackinnon, Catharine, "Feminism, Marxism, Method and the State: Toward Feminist Jurisprudence", *Sings: Journal of Women in Culture and Society,* VIII, 1983.

Molina Pardo, P., "Sexo y género no deben usarse como intercambiables por las consecuencias jurídicas que tiene, entrevista a María Concepción Torres Díaz con motivo de la investigación sobre 'sexo' y 'género' como categorías de relevancia constitucional", *NovaCiencia.es, https://novaciencia.es/sexo-y-genero-no-deben-usarse-como-intercambiables-por-las-consecuencias-juridicas-que-tiene/*

Olsen, Frances, "El sexo del derecho", en Kairys, David, (ed.), *The Politics of Law,* 1990.

Pitch, Tamar, *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad,* Madrid, Trotta, 2003.

Smart, Carol, "La mujer del discurso jurídico", en Larrauri Pijoan, E., *Mujeres, derecho penal y criminología,* Madrid, Siglo XXI, 1994.

Torres Díaz, María Concepción, "Retos constitucionales: a propósito de la discusión jurídica entre las categorías 'sexo' y 'género'", *Ponencia presentada en el XVII Encuentro de la Red Feminista de Derecho Constitucional,* Sede Universitaria de Alicante, 15 de julio de 2021, *https://web.ua.es/es/actualidad-universitaria/2021/julio2021/12-18/el-sexo-como-categoria-de-analisis-constitucional-para-la-igualdad-efectiva-de-mujeres-y-hombres-tema-del-xvii-encuentro-de-la-red-feminista-de-derecho-constitucional.html*

Torres Díaz, María Concepción, *El sexo de la Constitución. El discurso jurídico frente a la realidad socio-sexual de las mujeres. Un análisis crítico sobre las categorías "sexo" y "género" como categorías de relevancia constitucional,* Universidad de Alicante, colección tesis doctoral, 2021.

Torres Díaz, María Concepción, *Law and Criminology. Guides to mainstreaming gender in University Teaching*, Universidad de Alicante-Red Vives de Universidades, 2020.

Torres Díaz, María Concepción, "El sustento constitucional de la impartición de justicia desde la perspectiva de género", *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, 2017.

Torres Díaz, María Concepción, "Constitucionalismo crítico desde los márgenes: la perspectiva de género en el Análisis Crítico del Discurso en las normas jurídicas", XII Jornadas de Redes de Investigación en Docencia Universitaria. El reconocimiento docente: innovar e investigar con criterios de calidad, Universidad de Alicante, 2014.

PARTE II

Diritti umani:
aspetti processuali

Derechos humanos:
aspectos procesales

Direitos humanos:
aspectos processuais

La justicia ordinaria civil como garante de derechos

Claudia Ibet Amezcua Rodríguez

Sumario. I. Introducción. II. Constitucionalización. III. Constitucionalización en México. IV. Justicia civil. V. Justicia ordinaria civil como garante de derechos. VI. Conclusión. Bibliografía.

I. Introducción

La garantía de los derechos humanos en México dejó de ser competencia exclusiva de la justicia constitucional, por factores como la consolidación de la Constitución en cuanto norma jurídica; la referencia expresa de las obligaciones de promoción, respeto, protección y garantía a todas las autoridades, así como la incorporación del control difuso. Lo anterior ha generado que la justicia ordinaria civil también se constituya en garante de derechos.

Sin embargo, dado que el derecho civil regula relaciones entre personas, la forma de garantizarlos se aparta de la utilizada por el tribunal constitucional, pues en esa dinámica el agente estatal actúa como límite para aquellas personas que, al interactuar, afectan la dignidad del otro y no como quien provoca directamente la violación de derechos.

Para ello, en primer lugar se analiza el proceso transitado para concebir a la Constitución como norma jurídica, la impor-

tancia que cobra la dignidad y autonomía de las personas, así como aquellos aspectos que dan cuenta de la constitucionalización de un ordenamiento jurídico.

En segundo término se aborda la constitucionalización del derecho en México y las vías en que se materializa la eficacia de los derechos.

Luego se detalla el objeto de estudio del derecho civil, la visión de justicia a la que sirve y el mecanismo ordinario para la eficacia de los derechos subjetivos.

Finalmente, se propone la manera en que los derechos humanos deben ser utilizados en el marco de la justicia ordinaria civil y se citan algunos ejemplos.

II. Constitucionalización

2.1. Del Estado absoluto al constitucional de derecho

La Constitución es el ordenamiento supremo del Estado, que prescribe sus fines, organización y funciones.[1] El estudio de las constituciones o del derecho constitucional está vinculado con la teoría del Estado porque estructura y analiza la relación de las personas que viven en sociedad con el poder.

En un primer momento, en el Estado absoluto, la fuente de poder era de carácter divino y era ejercido por una sola persona: el monarca. Así, el monarca no solo tomaba las decisiones públicas, sino también las privadas, y no existía ningún mecanismo que permitiera la revisión de tales decisiones.

[1] Valadés, Diego, "Constitución (elementos conceptuales)", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Martínez Ramírez, Fabiola; Figueroa Mejía, Giovanni A. y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional, 1001 voces*, 3a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2021, t. I, p. 307.

Posteriormente, con la finalidad de limitar el poder absoluto del monarca, surge el Estado de derecho, a través de la creación de leyes, en donde la fuente de poder residía en la voluntad popular y era ejercido por el Parlamento.

Como se observa, en esta etapa la legislación constituía el único límite al poder, pues se partía de la premisa de creación de leyes abstractas, generales e impersonales que podrían prever cualquier situación generada por la interacción social.

En este punto, la Constitución fue concebida como un documento de carácter político que organizaba al poder, reconocía derechos fundamentales y reflejaba la ideología política que pretendía seguirse; sin embargo, no era considerada como norma jurídica, ya que el sistema jurídico iniciaba con las leyes y la sujeción de las personas juzgadoras a la literalidad de la ley.[2]

A partir del constitucionalismo liberal, se reconsideró la suficiencia del modelo hasta entonces aplicado e inició un nuevo entendimiento de la Constitución, en el que sirve como límite a las decisiones mayoritarias y se establecen mecanismos de control constitucional, ya que, sobre el argumento de la aplicación de la ley, se cometieron graves violaciones a los derechos de las personas, entendidas como individuos y no solo como parte integrante de la sociedad.

En ese sentido, el límite al ejercicio excesivo del poder público ya no solo es la ley a través del principio de legalidad, sino la dignidad de las personas, pues, a partir del reconocimiento de derechos humanos y el establecimiento de garantías para su protección, dejó de considerarse que el individuo estaba al servicio de la sociedad y se le posicionó como base o articulador esencial para una mejor vida social a partir de su autonomía y libertad.

Lo anterior refleja la transición del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derecho.

---

[2] Huerta Ochoa, Carla, "Constitución (sentido formal)", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Martínez Ramírez, Fabiola; Figueroa Mejía, Giovanni A. y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *op. cit.*, t. I, p. 307.

2.2. Autonomía

Ante el posicionamiento de la dignidad de las personas como un límite al poder, cobra relevancia la autonomía personal.

La autonomía y libertad son dos conceptos que están relacionados.[3] La libertad tiene dos dimensiones. La primera consiste en la ausencia de interferencias externas (*libertad de*) y la segunda consiste en decidir sobre el rumbo que quiere imprimir a su vida (*libertad para*). A la segunda dimensión de la libertad se le conoce como autonomía personal.

La decisión sobre el rumbo de la vida o autonomía personal se configura de dos factores: racionalidad e independencia. La racionalidad implica determinar y ordenar prioridades. La independencia conlleva, por un lado, que la persona decida por sí misma y, por el otro, implica tomar en cuenta el contexto y las relaciones, pues solo al considerar las distintas relaciones en que nos desarrollamos es posible definir y decidir cuál es nuestra posición en ese marco de relaciones.

Además, tanto la racionalidad como la independencia están condicionadas por elementos externos, debido a que las personas nos desarrollamos en sociedad, pero tenemos distintas prioridades, de manera que deben generarse las condiciones necesarias para que existan diversas opciones y sea posible elegirlas.

Así, se puede definir a la autonomía como la "[...] capacidad o disposición del agente racional, cuyo ejercicio surge de la imbricación de aspectos internos y externos que se plasman en una elección mediada por las opciones".[4]

El ejercicio del derecho de autonomía en un contexto de libertad, es decir, sin interferencias o barreras arbitrarias y/o excesivas y en un contexto de múltiples posibilidades u opciones, ha motivado la existencia de ordenamientos.

Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue concertado a partir de la consideración de que la libertad es

[3] *Cfr.* Álvarez Medina, Silvina, *La autonomía de las personas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018, pp. 13-56.

[4] *Ibidem,* p. 54.

uno de los principios que tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de que no puede realizarse el ideal del ser humano libre en el disfrute de las libertades civiles y políticas, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de derechos civiles y políticos.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos surgió, según su preámbulo, con el propósito de consolidar, dentro del marco de instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y justicia social, y reiteró que no puede realizarse el ideal del ser humano libre en el disfrute de las libertades civiles y políticas, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de derechos civiles y políticos.

El alcance del derecho a la libertad reconocido en la Convención fue determinado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*:

> En sentido amplio la libertad sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté ilícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La seguridad, por su parte, sería la ausencia de perturbaciones que restrinjan o limiten la libertad más allá de lo razonable. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. En efecto, del Preámbulo se desprende el propósito de los Estados Americanos de consolidar "un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre", y el reconocimiento de que "solo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos". De esta forma, cada uno de los derechos humanos protege un aspecto de la libertad del individuo.[5]

[5] 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. 107, párr. 52.

De acuerdo con lo anterior, en el Estado constitucional de derecho, el Estado debe generar condiciones que permitan a los individuos ejercer sus derechos libremente y no limitarlos de manera injustificada.

2.3. Proceso de constitucionalización

Como parte de la transición del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derecho, se inicia un proceso de constitucionalización del ordenamiento.

Riccardo Guastini sostiene que la constitucionalización es el "proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente 'impregnado' de las normas constitucionales".[6]

Para el autor, el proceso de constitucionalización puede estar identificado por siete premisas:

1. Constitución rígida. Se trata de constituciones escritas protegidas frente a la legislación secundaria, porque no puede ser derogada, modificada o abrogada por el procedimiento legislativo ordinario, sino por una revisión más compleja.
2. La garantía jurisdiccional de la Constitución. Se refiere a que el órgano competente para ejercer el control constitucional es de carácter jurisdiccional, ya sea *a posteriori in concreto* o *a priori in abstracto*.
3. Fuerza vinculante de la Constitución. Es una norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos.
4. La "sobreinterpretación" de la Constitución se refiere a la posibilidad de extraer normas implícitas idóneas para regular cualquier aspecto de la vida social y política.
5. Aplicación directa de las normas constitucionales, incluso en las relaciones entre particulares cuando no pueda ser resuelta por la ley.

[6] Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara-IIJ-UNAM, 2001, p. 153.

6. La interpretación conforme de las leyes, que implica conservar la validez de una ley que, de otra forma, debería ser declarada inconstitucional.
7. La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas, que depende del contenido de la Constitución y de la postura de jueces y órganos constitucionales, así como de actores políticos.[7]

Es posible afirmar que la causa que originó la transformación de la concepción clásica de la relación del poder frente a la sociedad fue una nueva consideración de la persona, según la cual los individuos se constituyen como eje de la actividad estatal, en la que debe centrar su actuación en el respeto y garantía de la autonomía de todas las personas y, al mismo tiempo, generar las condiciones necesarias para que la convivencia e interacción sociales se den en espacios equilibrados, es decir, de igualdad.

III. Constitucionalización en México

En México, la reforma constitucional de 2011 fue un factor determinante para emprender el camino hacia la constitucionalización del ordenamiento, porque fijó a los derechos humanos como el eje de la operación del derecho y, para ello, estableció bases para limitar el ejercicio excesivo del poder público y garantizar los derechos de las personas que conforman la sociedad; lo anterior mediante la garantía jurisdiccional por diversas vías, ya sea a través de la interpretación de legislación secundaria frente a la Constitución, o bien, con la interpretación del texto constitucional o la aplicación directa de la Constitución por todas las autoridades, con ocasión de cualquier controversia.

Es decir, la reforma puso de relieve la fuerza normativa de la Constitución, porque ya no solo es concebida como un instrumento de organización política, sino como parámetro de control de validez y de aplicación de las normas inferiores. Además, hizo patente la doble dimensión de validez de las normas, pues, por un lado, reconoce la presunción de constitucionalidad de una nor-

[7] *Ibidem*, pp. 155-164.

ma en atención a su vigencia (validez formal) y, por el otro, da peso al efecto generado por la aplicación de esa norma (validez material). Y, finalmente, otorgó facultad a los jueces que integran la jurisdicción ordinaria para hacer el análisis de compatibilidad constitucional, a partir de criterios hermenéuticos que le permiten optar por la interpretación que sea armónica con el derecho humano involucrado, o bien, inaplicar la norma al caso concreto, cuando no guarde compatibilidad.

3.1. Eficacia de los derechos

A partir de la reforma constitucional de 2011, la garantía jurisdiccional y eficacia de los derechos humanos dejó de ser competencia exclusiva de la justicia constitucional, pues, al incorporar las obligaciones de promoción, respeto, protección y garantía a todas las autoridades, así como el control difuso, la justicia ordinaria se constituyó también en garante de derechos, en el ámbito de su competencia.

Lo anterior permite sostener que en México los derechos humanos no solo deben ser concebidos como límites al ejercicio excesivo del poder, sino también como principios y valores objetivos de todo el ordenamiento jurídico,[8] de manera que su eficacia pueda alcanzarse mediante dos vías: vertical y horizontal.

La *eficacia vertical* se vincula con la perspectiva clásica de los derechos humanos, basada en el límite que debe existir entre el poder del Estado frente a la libertad de los particulares. Desde esta visión, la condición para determinar una posible violación de derechos requiere que la conducta generadora de la afectación provenga de un agente estatal.

Así, para el conocimiento de una violación de este tipo, se crearon tribunales especializados que determinan la responsabilidad estatal y la manera en que dicha violación debe ser reparada, a efecto de reestablecer la supremacía de la Constitución.

[8] Anzures Gurría, José Juan, "La eficacia horizontal de los derechos fundamentales", *Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Cuestiones Constitucionales*, núm. 22, enero-junio de 2010, p. 12.

Sin embargo, resulta innegable que, con motivo de la interacción social, surgen afectaciones a la dignidad de las personas que no provienen del Estado, sino de otros individuos, pues, aunque formalmente están en un plano de igualdad ante la ley, existen poderes fácticos o situaciones de poder que provocan asimetría.

En ese escenario, la justicia ordinaria surge como el tribunal competente para evitar que la situación asimétrica generada por cuestiones fácticas impacte de forma negativa en la dignidad de las personas, ya que, como valores objetivos del ordenamiento, los derechos humanos se convierten en un deber de protección para el Estado.[9] La vigencia de los derechos humanos en esta relación entre particulares se ha denominado el *efecto horizontal*[10] de los derechos humanos.

Así, la eficacia vertical previene y remedia la actuación excesiva del poder estatal, y la eficacia horizontal la actuación omisa del poder estatal frente a la interacción entre particulares situados en una posición desigual.

IV. Justicia civil

4.1. Objeto de estudio

El derecho civil es la rama de la ciencia jurídica que se encarga de regular las relaciones, derechos y obligaciones de las personas, "[...] constituida por un conjunto de normas jurídicas que se refieren a las relaciones jurídicas de la vida ordinaria del ser humano, en su categoría de persona".[11]

El origen del derecho privado o civil se encuentra en Roma, a partir del grupo familiar; tenía por objeto regular únicamente las

9 *Ibidem,* p. 14

10 Marshall Barberán, Pablo, "El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la Constitución", *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile-Universidad de Talca, año VIII, núm. 1, 2010, p. 44.

11 AA. VV., *Diccionario jurídico mexicano,* 13a. ed., México, IIJ-UNAM-Porrúa, 1999.

relaciones entre particulares, con incidencia en el ámbito familiar o patrimonial, y se basaba en usos y costumbres aceptados en el entorno familiar. Con el paso del tiempo y el crecimiento de la población fue necesaria la codificación de ese derecho consuetudinario.

En sus inicios, el derecho fue dividido por los romanos en dos grandes rubros, quienes entendían al *ius civil* como aquel que normaba las relaciones de los ciudadanos romanos entre sí y al *ius gentium* como aquel que regulaba las relaciones entre ciudadanos romanos y el resto de los pueblos. De esta clasificación, y tras una considerable evolución normativa, surgió la distinción entre el derecho público y privado.

El primer ejemplo relevante de este fenómeno lo constituye el Código napoleónico, cuyo libro primero, titulado "De las personas", contiene, como su nombre lo indica, los derechos y obligaciones de las personas en sí mismas, y se encarga de la regulación de la distinción entre franceses y extranjeros, y de la condición de estos en el territorio francés, del estado civil, el domicilio, la ausencia, el matrimonio, el divorcio, la separación de cuerpos, el parentesco, la filiación, etc. Es decir, se ocupó de determinar el estatus y atributos específicos de las personas, infiriendo que el derecho civil no se ocupa únicamente del derecho de la ciudad, sino de los ciudadanos y las relaciones entre estos.

A su vez, el libro segundo está consagrado a "Los bienes y las diferentes modificaciones de la propiedad" y el libro tercero a "Las diferentes maneras de adquirir la propiedad".

Como puede advertirse, el Código de Napoleón sirvió de inspiración a muchos ordenamientos jurídicos alrededor del mundo, incluido el mexicano. Su notoria influencia se refleja aún en los códigos civiles de orden federal y local, entre ellos el Código Civil del Estado de Guanajuato. El Código Civil guanajuatense se divide en cuatro libros, de manera similar al referido Código napoleónico: el primero relativo a personas, el segundo a bienes, el tercero a obligaciones y el cuarto a sucesiones.

Del contenido de este Código se advierte que el eje central o elemento a partir del cual se crean las instituciones jurídicas en materia civil es la persona, ya que, en primer lugar, sienta las bases para establecer qué debe entenderse por persona, el tipo o clases

de personas existentes y sus características o atributos. Después, regula la manera en que las personas pueden interactuar y generar derechos y obligaciones entre sí. Finalmente, determina cómo deben sucederse los derechos y obligaciones ante su muerte.

De esta forma, *la persona* es la parte central y da origen a las instituciones concebidas en torno al derecho civil.

4.2. Función correctiva

El derecho civil también se configuró a partir de una base de justicia correctiva, que es la que nace de las interacciones interpersonales y se concentra en la reparación de los daños que alguien sufre injustificadamente.[12]

En efecto, en el derecho civil se estableció un sistema de derechos a partir de la libertad (voluntad), en el que se previó la conducta a observarse y las consecuencias ante el incumplimiento, las cuales consisten en resarcir los daños y perjuicios causados. Es decir, el derecho privado se ha basado en la calificación según esquemas típicos de los comportamientos relacionales desarrollados en la vida.[13]

En esta dinámica, se trata como iguales a las personas que interactúan entre sí, sin tomar en consideración ningún criterio que pueda incidir en el momento de la concertación del acuerdo de voluntades o en su cumplimiento.

De esta forma, el sentido de la justicia correctiva se ubica en la rectificación de las interacciones en las que un individuo se aprovecha injustamente de otro, lo que perturba la igualdad formal de las partes.[14]

---

12 Hevia, Martín, "Justicia correctiva y derecho contractual", *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Universidad del Rosario, Bogotá, vol. 12, núm. 1, enero-junio de 2010, p. 39.

13 Bianca, Cesare Massimo; Sirena, Pietro y Patti, Salvatore, *Derecho privado moderno*, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas Olejnik, 2018, p. 17.

14 *Cfr.* Papayannis, Diego M., *El derecho privado como cuestión pública*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, núm. 75, pp. 155-202.

Así, ante la omisión del comprador de pagar el precio por el inmueble adquirido en la forma y plazos convenidos, es posible exigirle de forma forzosa su cumplimiento, o bien, decretar la rescisión del contrato, más el pago de daños y perjuicios. En este contexto, lo injustificado del daño se traduce únicamente en que no se cumplió el contrato en la forma pactada.

En ese tenor, la regulación de la persona y sus interacciones se realizaba con la finalidad de obtener o restaurar el bien común, es decir, la persona fue el cimiento de la legislación civil, pero no a partir de su individualidad, sino al servicio del interés público.

4.3. Mecanismo

Originalmente, las controversias derivadas de derechos subjetivos y su exigibilidad se resolvían a través de la autotutela, en la que cada individuo garantizaba por sí mismo sus derechos, de manera que quien poseía más fuerza, o la fuerza suficiente, tenía el derecho de su parte.

A efecto de evitar tales conductas surgió el proceso jurisdiccional, el cual es considerado como el instrumento aceptable para la garantía y aplicación del derecho, ya que, por una parte, protege y hace efectivos los derechos subjetivos de las partes en juicio y, por otra, sirve para la *garantía objetiva* del ordenamiento jurídico.

De esta manera, el proceso judicial civil es el mecanismo a través del cual se hacen efectivos los derechos subjetivos de las personas.

Sin embargo, a partir del siglo xx, y a través de los fenómenos de *socialización del proceso* y *constitucionalización de las garantías procesales*, el proceso civil ha dejado de ser solamente considerado como el instrumento dirigido a la tutela jurisdiccional de los derechos privados, sino también como una función pública del Estado e interesado en el mejor cumplimiento de dicha función.[15]

[15] *Cfr.* Junoy, Joan Picó I., "El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado", en Montero Aroca, Juan (coord.), *Proceso civil e ideología*, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 119-138.

Sobre la concepción del proceso civil como función pública del Estado, se ha visualizado a la persona juzgadora con un papel más activo, que, sin ensombrecer o sustituir el protagonismo de las personas involucradas, puesto que son titulares del objeto o controversia sometida a proceso, ejecuta actos que permiten hacer realmente efectivo el derecho de las personas.

En ese sentido, corresponde o compete al juzgador del fuero común en materia civil resolver, a través de un proceso, los conflictos jurídicos suscitados con motivo de las relaciones entre particulares y tiene como propósito lograr el restablecimiento de una relación fragmentada a causa del incumplimiento de obligaciones, a través de la reparación de los daños y perjuicios.

V. Justicia ordinaria civil como garante de derechos

Los artículos 1 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos representan la manifestación de la constitucionalización del derecho civil y del posicionamiento de la justicia ordinaria civil como garante de derechos.

Tal afirmación se sustenta en la incorporación del control difuso de constitucionalidad, ya que se otorgaron facultades expresas a los jueces ordinarios para asignar contenido a una norma aplicable en un juicio de naturaleza civil, de acuerdo con los estándares constitucionales, o bien, aplicar de forma directa la Constitución.

En efecto, el artículo 1 constitucional constituye la base de criterios hermenéuticos o de interpretación de normas de derechos humanos: interpretación conforme y principio pro persona.

La interpretación conforme consiste en dar a una disposición jurídica un significado acorde con las normas de superior jerarquía que determinan su creación y contenido. El principio pro persona consiste en interpretar la disposición de manera que implique la protección más amplia de sus derechos.[16]

[16] Tercer Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito, Tesis XVIII. 3o.1 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, lib. VII, abril de 2012, t. 2, materia constitucional, Décima Época, p. 1388.

A su vez, el artículo 133 constitucional constriñe a las autoridades del fuero común a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución o los tratados internacionales a pesar de las disposiciones que en sentido contrario puedan existir en las leyes estatales, para lo cual están facultados a no aplicar la norma legal, pero no a declarar su inconstitucionalidad (control difuso).

De esta manera, aunque la validez formal de las normas conlleva la presunción de su constitucionalidad por estar vigentes en el orden jurídico y todas las autoridades están obligadas a su observancia, a partir de la reforma constitucional aludida, las autoridades del fuero común deben interpretar la norma legal en sintonía con la Constitución y con los tratados internacionales, o bien, ante una incompatibilidad insuperable, no aplicarla y resolver el asunto como si esa norma no existiera.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció tres pasos a seguir al realizar la interpretación de normas por los jueces ordinarios, los cuales son:

1. Interpretación conforme en sentido amplio. Interpretar el orden jurídico a la luz de los derechos humanos establecidos en la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia.
2. Interpretación en sentido estricto. Cuando existan diversas interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde con los derechos establecidos en la Constitución y los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos.
3. Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Fortalece a la función jurisdiccional, al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte.[17]

[17] Poder Judicial de la Federación, expediente varios 912/2010.

Ahora bien, como se precisó en líneas previas, la función primaria del derecho civil se centra en las relaciones de la vida ordinaria del ser humano entendido como persona, de manera que las funciones específicas del proceso civil se derivan de su objeto, esto es, de la configuración del derecho privado material que debe ser determinado, aplicado y garantizado en el proceso.

Asimismo, la legislación civil —tanto sustantiva como adjetiva— se construyó a partir de generalizar y homogeneizar a los miembros de la sociedad, de manera que todos eran iguales y debían, en la misma medida, contribuir al bienestar común; y si las personas no compartían los rasgos o características comunes, eran excluidas mediante normas que limitaban su personalidad jurídica, tales como las personas con discapacidad, hijos nacidos fuera de matrimonio, menores de edad, o la mujer frente al esposo. Es decir que algunas de las disposiciones contenidas en la legislación civil hacen distinciones a causa de una característica propia de la persona.

Al respecto, conviene destacar que la discriminación puede presentarse desde dos aristas: directa e indirecta. La primera se produce cuando tiene por objeto dar un trato diferenciado ilegítimo. La segunda es generada como resultado de leyes, políticas o prácticas que en apariencia son neutrales, pero impactan de manera adversa en el ejercicio de los derechos de ciertas personas.[18]

En ese sentido, la discriminación se caracteriza u ocurre cuando hay una conducta, norma o política pública que demuestre distinción, exclusión o restricción a causa de alguna característica propia de la persona, pero tiene como consecuencia anular o impedir el ejercicio de un derecho.

Lo anterior no implica que ante el reconocimiento de igualdad de todas las personas por la ley deba darse un trato igualitario a todos los grupos de personas. Por el contrario, debe procurarse que, en iguales condiciones, se apliquen las mismas medidas jurídicas.

Sin embargo, existen grupos de personas que por sus condiciones particulares se encuentran en una situación distinta a los

[18] Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad*, México, 2013.

demás, de ahí que, de otorgárseles el mismo trato, se les estaría colocando en una condición de desventaja que resultaría discriminatoria.

> Ahora, las normas jurídicas son producto de la acción social y su sentido prescriptivo tiene como objeto establecer guías de comportamiento grupal, hacer que prevalezca el orden social y garantizar la dignidad de las personas, por tanto, es indispensable que en la creación y aplicación de las instituciones jurídicas se considere el contexto social que regula para definir el curso de la interacción grupal.
>
> Los flujos dinámicos de la acción social son permanentes y provocan desajustes entre los modelos normativos y la realidad que regulan. El derecho tiene la obligación de darles respuesta, y una manera de hacerlo es a través de la apertura controlada de sus ámbitos de regulación, mediante la interpretación judicial de las normas a partir de las necesidades del caso concreto. Solo de esta forma se garantiza la permanencia y funcionalidad de los sistemas normativos.
>
> En ese sentido, las instituciones jurídicas deben adaptarse a principios constitucionales derivados de la actual configuración de los derechos y sus garantías: no discriminación, respeto y protección de la dignidad humana, libertad y autonomía.

Con base en lo anterior, las obligaciones constitucionales impuestas a los juzgadores del fuero común en materia civil se traducen en que, al resolver un asunto jurídico, deben tomar en consideración el efecto generado por la aplicación de la norma en el caso concreto.

Esto es así porque, como se dijo, las normas vigentes contenidas en instrumentos producto del proceso legislativo gozan de presunción de constitucionalidad y todas las autoridades están obligadas a su observancia, de ahí que la actividad del juzgador ordinario civil se centre en la validez material de las normas, pues será el acto de aplicación de la norma la que podría generar la vulneración de un derecho humano y, consecuentemente, el incumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía de derechos humanos.

Para ello, debe identificarse la norma jurídica que regule el objeto del debate, así como las características particulares de los

sujetos que intervienen en el proceso, principalmente del destinatario de la aplicación de la norma, pues, en algunas ocasiones, las normas contienen conceptos jurídicos indeterminados, a los que la persona juzgadora debe darles contenido o significado con base en los derechos humanos involucrados, para lo cual deberá utilizar el método interpretativo que haga la aplicación de la norma compatible con los derechos humanos y principios constitucionales (a través de la interpretación conforme y principio pro persona), o bien, no aplicar la norma cuando no se logre la compatibilidad constitucional.

En otras palabras, al resolver un conflicto de naturaleza civil, es preciso identificar la norma del derecho civil que dé solución a la controversia suscitada, así como la cualidad de las partes en conflicto, pues, de esa manera, se estará en condiciones de decidir aplicarla cuando esté en consonancia con los derechos humanos reconocidos, o no aplicarla si no existe esa consonancia.

Así, los derechos humanos constituirán la justificación de la aplicación o la no aplicación de la norma, con lo que se dará cumplimiento a las obligaciones impuestas en el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Un par de ejemplos

Ejemplo 1[19]

En 2019, un hombre demandó de su excónyuge la revocación de la donación de un inmueble que fue celebrada durante la vigencia del matrimonio, sobre el argumento de que, por resolución dictada por el tribunal de apelación en 2013, se decretó la disolución el vínculo matrimonial y la mujer resultó cónyuge culpable.

El artículo 340 del Código Civil guanajuatense dispone que el cónyuge que diere causa al divorcio perderá todo lo que se le hubiere dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración del matrimonio.

[19] Juzgado Único de Partido Civil de Valle de Santiago, Guanajuato, expediente 90/2017.

En la sentencia de primera instancia se partió de la consideración de sospecha de la compatibilidad constitucional del artículo 340 del Código Civil de Guanajuato, en virtud de que impone una consecuencia negativa en el patrimonio del cónyuge que dio causa al divorcio; sin embargo, por jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el establecimiento de causales para decretar el divorcio es inconstitucional, porque restringe de manera injustificada el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad.

Así, se analizó la compatibilidad constitucional de la disposición aludida a la luz de la regulación del divorcio en el Código Civil y mediante criterios jurisprudenciales, así como el efecto de la aplicación de la norma en el caso particular.

En relación con el primer punto, se destacó que el divorcio tiene un doble propósito: *a)* es una sanción de los deberes que impone el matrimonio, y *b)* es un medio de liberar a uno de los esposos del lazo conyugal cuando no puede alcanzarse el fin del matrimonio, aunque no haya culpa del otro cónyuge.

En cuanto al segundo aspecto, se subrayó que la Suprema Corte de Justicia de la Nación contrastó la regulación del divorcio con base en causales (divorcio necesario) frente a la autonomía de las personas, que les permite elegir su plan de vida, y concluyó que prevalece el libre desarrollo de la personalidad, pues este implica que las personas elijan y materialicen sus planes de vida. Además, consideró que los calificativos de cónyuge "culpable" e "inocente" no tienen más cabida en los procesos judiciales y solo pueden subsistir para el efecto de que el inocente pruebe alguna causa para la pérdida de las donaciones.

Es decir, la última de las acotaciones establece la posibilidad de decretar la pérdida de la donación realizada con motivo del matrimonio y la condiciona a la justificación de alguna causal, pero para la procedencia de la revocación de la donación y no para decretar el divorcio.

Finalmente, se analizó que la aplicación del artículo 340 citado incidiría en una mujer, que forma parte de un grupo en situación de vulnerabilidad.

Hecho lo anterior, se determinó que los supuestos establecidos en el artículo 340 del Código Civil son un efecto de la terminación del matrimonio, justificados en la concepción de que el matrimonio era base de la sociedad, lo cual ha sido superado vía jurisprudencial.

Asimismo, se estableció que se trata de una norma aparentemente neutra, pero cuya aplicación genera un impacto desproporcionado en personas o grupos en situación de desventaja histórica como las mujeres, ya que la pérdida del patrimonio (o parte de él) solo a consecuencia de la determinación de cónyuge culpable, representaría traspasar los límites derivados del interés público y social que tiene el Estado en proteger la organización y el desarrollo integral de los miembros de la familia y en asegurar que la regulación jurídica que les afecta garantice el respeto de su dignidad.

Sobre esa base, se determinó que no era posible realizar una interpretación conforme en sentido amplio, porque la aplicación del artículo 340 del Código Civil no es armónica con los derechos humanos de igualdad, no discriminación y libre desarrollo de la personalidad reconocidos en los artículos 1 y 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 16, inciso c), de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; 4 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, y 4 y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ni con las interpretaciones y alcances que de tales derechos han realizado los órganos legitimados, pues hacerlo implicaría sancionar a una mujer con la pérdida de un derecho (propiedad o posesión) por haber ejercido otro (libre desarrollo de la personalidad), e implicaría admitir una práctica que desincentiva el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, ya que la elección de permanecer en matrimonio u optar por el divorcio podría estar sesgada por la conservación o no de su patrimonio.

De igual manera, tampoco fue posible la interpretación conforme en sentido estricto, debido a que el hombre pretendía la aplicación del artículo 340 del Código Civil de manera literal, esto es, con la justificación de que la mujer dio causa al divorcio y fue declarada cónyuge culpable, debe perder todo lo que se le hu-

biere dado o prometido en razón del matrimonio, lo que impide la existencia de más de una interpretación jurídicamente válida.

En ese escenario, en el caso en comento se inaplicó el artículo 340 del Código Civil, porque, de aplicarlo, se generaría un efecto negativo en el ejercicio de los derechos de igualdad, no discriminación y libre desarrollo de la personalidad de la mujer, puesto que se le privaría del bien adquirido durante la vigencia de su matrimonio solo por haber ejercido de manera libre su derecho a trazar un plan de vida en el que no tenía cabida seguir unida en matrimonio con el accionante.

Ejemplo 2[20]

En 2020, una mujer demandó a la expareja de su hijo la revocación de la donación de un inmueble por ingratitud. La actora basó su pretensión en que se enteró de que la demandada le fue infiel a su hijo, por lo que cometió un ilícito civil y afectó la honra de este.

El artículo 1866 del Código Civil de Guanajuato prevé la revocación de donación por ingratitud cuando el donatario comete algún delito en contra de la honra del donante o sus ascendientes, descendientes o cónyuge.

En la sentencia de primer grado se estableció la necesidad de determinar si la infidelidad cometida por la demandada constituía un ilícito o delito civil que afectara la honra del hijo de la donante.

En primer lugar, se abordó el estudio del derecho humano a la honra, pues la codificación sustantiva civil no brinda una regulación al respecto, y se concluyó que se vincula con el derecho al honor. El primero se refiere a una concepción propia e interna, en tanto que el segundo a la reputación u opinión que de una persona tienen terceros.

Luego, a efecto de asignar contenido al concepto infidelidad, se partió de conocer su definición gramatical, su consideración en el matrimonio, así como la decisión asumida en la esfera pri-

[20] Juzgado Segundo de Partido Civil de Celaya, Guanajuato, expediente 449/2020.

vada o íntima, que tiene relación con los derechos humanos a la autonomía, al libre desarrollo de personalidad y a la vida privada o intimidad.

Después de desarrollar cada uno de los derechos humanos mencionados, se hizo especial referencia a la discriminación que por razón de género ha sufrido el colectivo mujeres, a partir de construcciones sociales como el patriarcado; y la lucha constante y permanente por el reconocimiento y ejercicio de los derechos de las mujeres en condiciones de igualdad.

Debido a ello, se determinó que la infidelidad no es un hecho ilícito o delito civil que afecte la honra, ya que no constituye propiamente una conducta ilegal, porque en el Código Civil no existe ninguna norma que la prohíba, ni que regule a la fidelidad como un deber legal, y aunque se prevé que la finalidad del matrimonio es la perpetuación de la especie y ello conlleva la exclusividad sexual, tales disposiciones fueron declaradas inconstitucionales por el Poder Judicial de la Federación.

Por otra parte, si bien en la actualidad es posible considerar a la fidelidad como un compromiso implícito de las relaciones de pareja, debido a que nuestra sociedad se configura a partir de la monogamia, el ejercicio de la sexualidad es un derecho personalísimo que compete única y exclusivamente a la persona que se trata, en virtud de que los derechos sexuales implican aspectos íntimos sobre funciones básicas del cuerpo. De ahí que corresponda a la persona decidir libremente y sin ninguna coacción la manera en que ejerce su sexualidad, pues solo así puede tener el control total de las decisiones sobre su cuerpo.

Lo anterior cobra relevancia si la persona que decide ejercer su derecho a la sexualidad es una mujer, ya que pertenece a un sector de la población al que social, cultural y jurídicamente se le ha limitado y privado de tomar decisiones; y un aspecto de la vida de las mujeres que ha sido objeto de aprensión social es precisamente el de la sexualidad mediante su reprobación social.

Con base en ello, el tribunal determinó que la infidelidad de la demandada no constituye un delito o ilícito civil, sino la convergencia del ejercicio de múltiples derechos, como el de autonomía, libre desarrollo de la personalidad, vida privada y sexua-

lidad, y no era posible considerar que el deber de gratitud moral de la donataria hacia su donante comprometa o condicione el ejercicio de derechos tan personales e íntimos, que solo involucran a las personas que decidieron tener una relación sexual con base en sus prioridades y proyectos de vida.

Sostener lo contrario implicaría aceptar que, en virtud de un contrato de donación en el que se adquiere la propiedad de un bien inmueble, la donataria renunciaría a tener la posibilidad de elegir qué es lo que quiere, expresar su voluntad sobre lo que quiere, trazar su plan de vida de acuerdo con lo que quiere y actuar en consecuencia, lo cual no guarda proporcionalidad entre lo recibido y el compromiso de gratitud que conlleva la donación.

VI. Conclusión

La transición a la concepción de la Constitución como norma jurídica y la incorporación de los derechos humanos como eje central en la operación del derecho modificó la manera de impartir justicia.

La justicia ordinaria civil no quedó exenta, porque su núcleo de regulación es la persona, pero ya no solo entendida en función del bienestar común, sino a partir de su individualidad y dignidad, lo que la convierte en un límite al ejercicio excesivo del poder público y de poderes fácticos que la colocan en asimetría.

De esta forma, el Estado, a través de la justicia ordinaria civil, no debe permitir que en la interacción de las personas se produzcan afectaciones a la dignidad, sino que las acciones se realicen en un marco de libertad y autonomía, lo que lleva a que la aplicación de la normativa se realice desde una visión basada en el efecto generado.

Lo anterior cimbró las bases que cimientan al derecho civil, porque lo pretendido al resolver un caso era remediar la relación fracturada por el incumplimiento de una obligación, bajo el entendimiento de que los involucrados eran iguales, pero ahora es necesario reconsiderar *lo dado* por la norma que regula la forma en que te relacionas con otros; las características especiales de las personas involucradas (no asumiendo que se encuentran en

una posición de igualdad) y sopesar el efecto generado con la aplicación de la norma.

Así, la justicia ordinaria civil contribuye al fortalecimiento del Estado constitucional de derecho, pues, al decidir alguna controversia, no permite la afectación de la dignidad de las personas que interactúan y, al mismo tiempo, coadyuva a la erradicación de prácticas que han sido normalizadas y aceptadas al grado de deformar parte del ordenamiento jurídico vigente.

Bibliografía

AA. VV., *Diccionario jurídico mexicano,* 13a. ed., México, IIJ-UNAM-Porrúa, 1999.

Álvarez Medina, Silvina, *La autonomía de las personas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018.

Anzures Gurría, José Juan, "La eficacia horizontal de los derechos fundamentales", *Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Cuestiones Constitucionales*, núm. 22, enero-junio de 2010.

Bianca, Cesare Massimo; Sirena, Pietro y Patti, Salvatore, *Derecho privado moderno*, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas Olejnik, 2018.

Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara-IIJ-UNAM, 2001.

Hevia, Martín, "Justicia correctiva y derecho contractual", *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Universidad del Rosario, Bogotá, vol. 12, núm. 1, enero-junio de 2010.

Huerta Ochoa, Carla, "Constitución (sentido formal)", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Martínez Ramírez, Fabiola; Figueroa Mejía, Giovanni A. y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional, 1001 voces*, 3a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2021, t. I.

Junoy, Joan Picó I., "El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado", en Montero Aroca, Juan (coord.), *Proceso civil e ideología*, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2012.

Marshall Barberán, Pablo, "El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la Constitución", *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile-Universidad de Talca, año VIII, núm. 1, 2010.

Papayannis, Diego M., *El derecho privado como cuestión pública*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, núm. 75.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad*, México, 2013.

Valadés, Diego, "Constitución (elementos conceptuales)", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Martínez Ramírez, Fabiola; Figueroa Mejía, Giovanni A. y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional, 1001 voces*, 3a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2021, t. I.

Uma inflexão no direito de amparo latino-americano: o mandado de segurança brasileiro e a proteção de direitos nas relações privadas

Fabrício Barbosa Barros

Sumário. I. Introdução. II. A tradição estatal na América Latina e a virada na ampliação da proteção dos direitos fundamentais. III. A penetração dos direitos fundamentais nas relações privadas: do surgimento à recepção na América Latina, em especial no Brasil. IV. A dimensão processual dos direitos fundamentais nas relações privadas. V. O cenário da proteção de direitos fundamentais nas relações privadas na América Latina. VI. O mandado de segurança brasileiro e sua conexão com a criação jurisprudencial. VII. Considerações finais. Bibliografia.

I. Introdução

As condições econômicas, sociais e políticas da América Latina impõem a inclusão, com prioridade e destaque, da proteção de direitos na agenda dos países que a integram, revelando a necessidade da construção de sistemas jurídicos que forneçam respostas adequadas para esses desafios.

O oferecimento de um amplo leque de direitos deve vir acompanhado de mecanismos que tornem —de forma célere e simplificada— efetivos os seus conteúdos, transportando-os do texto para a realidade. Nesse papel, o amparo ganhou dimensões latino-americanas, difundido e abraçado que foi em vários países

até ganhar reconhecimento no principal texto de direitos humanos da região. Esse movimento possui correspondente no Brasil pela via do mandado de segurança.

Em um contexto escasso de possibilidades institucionais, o desenvolvimento de propostas na área dos direitos fundamentais vale pela capacidade de mudar a vida das pessoas e resolver os seus problemas básicos, no que se inclui a defesa da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Essa possibilidade jurídica dentro de uma região não desobriga da verificação de origens, experiências e dificuldades comuns, de modo a melhor compreender problemas, descartar aventuras e adotar soluções já testadas.

Por isso, cabe perguntar: em que medida a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas demanda também uma dimensão processual? É admissível o desenvolvimento dessa dimensão por criação jurisprudencial? De que maneira as experiências dos países da América Latina e a compreensão das características do sistema constitucional brasileiro impactam no uso do mandado de segurança para proteger as relações privadas?

Busca-se, dessa forma, responder a esses questionamentos para contribuir em prol da efetividade do sistema brasileiro de proteção de direitos, no qual se destaca o mandado de segurança.

II. A tradição estatal na América Latina e a virada na ampliação da proteção dos direitos fundamentais

A América Latina é marcada por uma tradição estatal desde o início de sua ocupação. A necessidade de colonizar vastos territórios, com uma lógica de governos absolutistas marcada por forte expropriação econômica, exigiu uma dinâmica de centralização de poder, onipresença do Estado e ampla burocracia.[1] Como resultado desse processo, produziram-se oligarquias em torno desse sistema, cuja perpetuação estava a depender do apoio da máquina estatal, sujeitando os governados a todo tipo de abusos e injustiças.

[1] Kaplan, Marcos, *El Estado latinoamericano*, México, UNAM, 1996, pp. 7-10.

Uma evolução histórica pautada por uma estatalidade de elevada concentração possui reflexos atuais, a teor do que se vê com uma recorrente tendência para o caudilhismo e para o hiperpresidencialismo em inúmeros países da América Latina.[2] Como reação a essa característica política institucional da região, a implementação de catálogos de direitos, assim como mecanismos de proteção em face do arbítrio estatal, parece algo natural e que remonta à fórmula do artigo 16 da Declaração francesa de direitos do ano de 1789: "Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição".

A frutificação de mecanismos de proteção de direitos céleres, simplificados e eficientes perante o Poder Judiciário, com o objetivo de frear os excessos estatais originados do Poder Executivo, tornou-se realidade na América Latina, desde a criação do amparo no México. Esse instituto influenciou direta ou indiretamente todos os países latino-americanos,[3] ao ponto da jurisdição constitucional dessa região ser caracterizada por oferecer ações de proteção de direitos fundamentais, figurando nesse rol o mandado de segurança brasileiro.[4] As bases comuns de ordem social, política e econômica dos países latino-americanos produziram esforços para a construção de princípios que culminaram com a ideia de um direito ao amparo latino-americano,[5] vale dizer, o estabelecimento de padrões garantísticos de direitos que efetivamente funcionem.

Ocorre que está em curso um processo de ruptura nas relações de poder. A profundidade e a amplitude de mudanças pro-

---

2 Uprimny, Rodrigo, "Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos", em Rodríguez Garavito, César (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2011, p. 131.

3 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 317.

4 Rozo Acuña, Eduardo, *Las garantías constitucionales en el derecho público de América Latina*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, pp. 253 y 254.

5 Fix-Zamudio, Héctor, *La protección procesal de los derechos humanos*, Madrid, Civitas, 1982, pp. 130-133.

porcionaram uma velocidade econômica jamais vista, além de assimetrias e incertezas entre as pessoas, o que ganhou o nome de quarta revolução industrial.[6]

Mudanças com esse significado demandam a releitura das relações de poder e a forma como se desenvolvem, bastando verificar que, em pouco mais de uma década, uma única empresa de tecnologia possui mais usuários ativos do que habitantes na China, a nação mais populosa do mundo.[7] No âmbito jurídico, os paradigmas também foram alterados. O monopólio da força estatal e a bilateralidade na forma de compreender as violações de direitos, por meio do reducionismo poder público/cidadão, são resquícios de um mundo que pertence ao passado.

Grandes empresas —e o poder que elas emanam— participam da rotina diária das pessoas com mais intensidade e frequência do que a capacidade do aparelho estatal pode acompanhar. Vivenciam-se outros referenciais[8] para o mundo jurídico: conflitos de direitos passam a ser multipolares, travados na esfera privada; o Estado deixa o papel de inimigo e passa a assumir a tarefa de protetor de direitos.

Mais. O poder deixou de se exercitar apenas pela força física, passou também a ser desenvolvido pela força econômica e pela força tecnológica informacional, ampliando os agentes que interferem nos direitos fundamentais. O Estado não monopoliza todos esses campos de atuação, provocando mudanças nas estratégias e mecanismos de proteção de direitos.[9] A limitação jurídica do poder, principal preocupação das origens do constitucionalismo, permanece, mas agora redimensionada pela necessidade de abranger também os atos de poder exercidos por agentes privados.

---

6 Schwab, Klaus, *A quarta revolução industrial*, trad. de Daniel Moreira Miranda, São Paulo, Edipro, 2016.

7 *Ibidem,* p. 119.

8 Poschl, Magdalena, "La garantía de los estándares de derechos humanos y fundamentales ante las nuevas amenazas que generan los particulares y los actores extranjeros", *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 36, 2015, p. 95, *https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/teoria-realidad/article/view/34390/31361*

9 *Ibidem,* pp. 127 e 128.

III. A penetração dos direitos fundamentais nas relações privadas: do surgimento à recepção na América Latina, em especial no Brasil

A dinâmica constitucional não se detém nunca.[10] No âmbito dos direitos fundamentais, mais permeáveis a mudanças por decorrência de sua forte impregnação cultural, sua eficácia expansiva é condição de possibilidade para a democratização da sociedade. Nas precisas palavras de Ferrajoli, o progresso da democracia substancial decorre "não só mediante a expansão dos direitos e das suas garantias, como também por meio do alargamento do Estado de direito ao maior número de âmbitos da vida e de esferas de poder, onde também sejam tutelados e satisfeitos os direitos fundamentais da pessoa".[11]

A penetração dos direitos fundamentais nas relações particulares atesta esse alargamento, tornando-se significativo notar que esse movimento de expansão não surgiu por inovação legislativa, mas, sim, produto de criação doutrinária e jurisprudencial em contexto normativo totalmente desfavorável a mudanças dessa natureza. Na Alemanha, a Lei Fundamental[12] é expressa no artigo 1.3, em estabelecer uma vinculação jurídica para os direitos fundamentais, restrita aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. O artigo 19.4 limita a busca de proteção judicial de direitos somente nos casos de violações originadas do poder público, o que encontra eco também na previsão do artigo 93.1.4a, da mesma lei, que prevê a competência do Tribunal Constitucional Federal para reclamação constitucional em face de específicas condutas do poder público que sejam prejudiciais aos direitos fundamentais.

Ainda que com múltiplas restrições materiais e processuais cristalizadas na lei fundamental, e com a prevalência doutrinária alemã de que os direitos fundamentais vinculam somente indire-

10 Bidart Campos, Germán, *La Corte Suprema. El tribunal de las garantías constitucionales,* Buenos Aires, Ediar, 2010, p. 268.

11 Ferrajoli, Luigi, "Direito e razão. Teoria do garantismo penal", *Dos Tribunais*, São Paulo, 2002, p. 747.

12 Schwabe, Jürgen, *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão,* Uruguai, Konrad Adenauer Stiftung, 2005, pp. 953-967.

tamente os particulares (terceiros),[13] isso não impediu que fosse conferido novo alcance à proteção constitucional dos direitos fundamentais, permitindo-se sua aplicação no âmbito privado, a partir de instrumento processual disponibilizado perante o poder judiciário, no conhecido caso *Luth*. Da leitura dessa paradigmática decisão não se tem dúvida do papel criativo jurisprudencial exercido.[14]

É nesse contexto, portanto, que a admissão da aplicação de direitos fundamentais nas relações privadas é necessária, como estratégia de abertura para novos conteúdos e funções dos direitos fundamentais e voltada para neutralizar os perigos gerados pela multipolaridade das relações de poder. A doutrina latino-americana,[15] sem maiores dificuldades, confirma a ampliação dos direitos fundamentais para as relações privadas, evitando uma dupla ética na sociedade,[16] de acordo com a presença ou não do Estado, pois os direitos fundamentais são ambivalentes,[17] valem perante o Estado e também perante particulares. Da mesma forma, na opinião consultiva n. 18, de 17 de setembro de 2003, a Corte interamericana de direitos humanos reconheceu a existência de uma obrigação de respeito aos direitos por parte também de particulares, devendo-se assegurar direitos tanto nas relações com o Estado quanto nas interindividuais.[18]

Na doutrina que se dedicou sobre o assunto no Brasil, ressalvadas algumas especificidades de cada proposta, prevalece a aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, na medida em que "se se leva a ideia de otimização a sério, a decorrência automática é a fundamentação de toda e qualquer expansão na eficácia dos direitos fundamentais que fomente a

13 *Ibidem*, p. 111.

14 *Ibidem*, pp. 381-395.

15 Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México,* México, UNAM, 2004, pp. 132-136.

16 Noriega Alcalá, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales,* México, UNAM, 2003, pp. 74 y 75.

17 Bidart Campos, Germán, *Teoría general de los derechos humanos,* México, UNAM, 1989, pp. 23 y 24.

18 Disponível em *https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf*

sua realização",[19] ou "o que não pode ser aceita é a tese da exclusão de qualquer possibilidade de eficácia imediata",[20] além de que "não hesitamos em afirmar que a eficácia dos direitos individuais na esfera privada é direta e imediata no ordenamento jurídico brasileiro".[21]

Na jurisprudência brasileira, o Supremo Tribunal Federal possui histórico do reconhecimento da aplicação imediata de direitos fundamentais nas relações privadas.[22] O Tribunal defende que "as violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado", já que "os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados".[23]

IV. A dimensão processual dos direitos fundamentais nas relações privadas

De uma visão panorâmica do constitucionalismo no século XX, já se afirmou que uma de suas características é a proteção dos direitos fundamentais perante particulares.[24] Entretanto, permanece no século XXI a necessidade de tornar real essa proteção. Admitir direitos fundamentais nas relações privadas, sem mecanismos que possam efetivá-los na concretude desses vínculos, é abandonar a caminhada no meio do percurso. Como bem afirmado, não

19 Da Silva, Virgílio Alfonso, *A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 146.

20 Steinmetz, Wilson, *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, São Paulo, Malheiros, 2004, p. 267.

21 Sarmento, Daniel, *Direitos fundamentais e relações privadas*, Rio de Janeiro, Lumenjuris, 2004, p. 281.

22 RE 161243, Relator(a): CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 29 de outubro de 1996.

23 RE 201819, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11 de outubro de 2005.

24 Valadés, Diego, "Visión panorámica del constitucionalismo en el siglo XX", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, ano VI, n. 12, julho-dezembro de 2009, pp. 1-33, *http://www.ugr.es/~redce/REDCE12/articulos/02Valades.htm*

há sentido identificar uma obrigação de respeitar direitos entre agentes privados, sem que existam meios processuais de restaurar juridicamente eventuais violações.[25]

Essa necessidade processual coincide com as ideias de Mauro Cappelletti, quando concebida a chamada jurisdição constitucional das liberdades. Segundo o autor italiano, diante da transcendentalidade dos direitos fundamentais do homem, mostra-se necessário construir um processo constitucional adequado para uma efetiva proteção, com estruturas diferenciadas e que produzam efeitos na realidade.[26] No seu estudo, somente quando presente uma defesa eficaz dos direitos fundamentais, com situações garantidas jurisdicionalmente, é que será possível falar na existência de direitos próprios e verdadeiros.[27]

Adquire-se aqui um regime próprio de defesa de direitos, gerado por necessidades específicas, com o uso de procedimentos céleres, econômicos processualmente, flexíveis, enriquecidos por medidas cautelares e de execução enérgica,[28] aptos a fornecer uma proteção rápida, direta e eficaz. Na América Latina, esse papel é desempenhado, de uma maneira geral, pelo amparo, tanto que sua ideia foi incorporada no artigo 25.1 da Convenção americana sobre direitos humanos. Na temática dos direitos fundamentais, a tarefa processual de torná-los reais define o conteúdo dos direitos, não comportando a dissociação entre direitos e a maneira de garanti-los, já que integram a mesma realidade e devem ser compreendidos conjuntamente para uma correta e completa teoria dos direitos fundamentais.[29] Por isso, a aplicação de direitos fundamentais nas relações privadas não é um problema apenas material, mas também de ordem processual, vale dizer, devem existir instrumentos processuais que possam garantir a efetividade desse alcance jurídico.

---

25 Carbonell, Miguel, *op. cit.*, p. 133.

26 Cappelletti, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad,* trad. de Héctor Fix-Zamudio, Lima, Palestra, 2010, p. 21.

27 *Ibidem*, p. 39.

28 Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, p. 49.

29 Oliveira Baracho, José Alfredo de, *Direito processual constitucional. Aspectos contemporâneos,* Belo Horizonte, Forum, 2006, p. 264.

Assim como os direitos fundamentais estão sujeitos a um permanente enriquecimento de conteúdos e possibilidades normativas, os correspondentes mecanismos de proteção devem ser abertos para acomodar mudanças do regime constitutivo e ordenador da Constituição, com plasticidade suficiente para realizar seu texto, a partir de construções autorreferentes, próprias de sua superioridade jurídica, garantindo, assim, uma autonomia processual jurisprudencial.[30]

Essas considerações são importantes para revelar que a proteção de direitos fundamentais não é realizada somente pela criação legislativa de institutos processuais, mas também pelo desenvolvimento de uma dinâmica criativa da jurisdição constitucional. Acertada, portanto, a afirmação de Nestor Sagues de que, para o bem ou para o mal, gostando ou não, o juiz constitucional está condenado a assumir papéis criativos.[31]

V. O cenário da proteção de direitos fundamentais nas relações privadas na América Latina

Há vários países da América Latina em que a proteção de direitos fundamentais nas relações privadas advém de texto constitucional expresso, tais como Bolívia,[32] Chile,[33] Equador,[34] Paraguai,[35] Peru[36] e, atualmente, a Argentina.[37]

30 Astudillo, César, *Doce tesis en torno al Derecho Procesal Constitucional. La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, México, Porrúa, 2009, t. I, p. 271.

31 Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la constitución*, Buenos Aires, Lexisnexis, 2006, p. 28.

32 Constituição Política do Estado, artigo 128.

33 Constituição Política da República, artigo 20.

34 Constituição, artigo 88.

35 Constituição nacional, artigo 134.

36 Constituição Política do Peru, artigo 200.2.

37 Constituição da Nação Argentina, com redação alterada pela reforma constitucional de 1993, artigo 43.

Esses registros não significam que a ausência de previsão expressa ou deficiências semânticas presentes em textos constitucionais de outros países rejeitem essa proteção. Basta verificar a experiência histórica na Argentina, antes da reforma constitucional de 1993, quando o uso do amparo frente a particulares decorreu de criação jurisprudencial da Corte Suprema daquele país, no caso *Kot* de 1958. A concepção adotada foi a de que a essencialidade dos direitos do homem não afasta a proteção adequada pela só circunstância da violação emanar de outro particular, pois as garantias não atendem unilateralmente aos agressores para que sejam estabelecidas diferenças entre eles, mas para restabelecer os direitos aos agredidos.[38] Da mesma forma, ao interpretar o artigo 247 da Constituição de El Salvador, a Sala Constitucional da Corte Suprema daquele país evoluiu para, em relação à proteção por meio de amparo, definir que não há fechamento para a fonte da violação de direitos, mesmo depois de decidir em oportunidade anterior que ato de autoridade supõe o pertencimento a algum órgão de Estado. Nessa lógica, defendeu a elaboração de um conceito material de autoridade pública para compreender atos originados de conduta privadas, já que muitas dessas relações são análogas às estabelecidas com o Estado.[39]

Em outro sentido, o artigo 86 da Constituição colombiana deixou para o legislador a definição dos casos de ação de tutela em face de particulares. Mesmo assim, a Corte constitucional da Colômbia vedou a possibilidade do legislador limitar o raio de proteção de direitos previstos na Constituição daquele país, ressaltando que a dignidade humana é indivisível e sua proteção deve ser plena, total e integral.[40]

O Panamá (artigo 54 da Constituição) e o México (artigo 107 da Constituição) vêm sendo incluídos entre aqueles que o regi-

38 Fernández Segado, Francisco, "La creación jurisprudencial del amparo por la Corte Suprema de la Nación Argentina: los casos Siri y Kot", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 3, janeiro-dezembro de 1999, p. 601, *http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=8&IDN=395&IDA=1360*

39 Disponível em: *https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2000-2009/2000/06/FCF.PDF*

40 Sentença C-134/94, *https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-134-94.htm*

me constitucional não permitiria o uso do amparo na dinâmica protetiva de direitos fundamentais nas relações privadas.[41] Essa conclusão decorreria das expressões "servidor público" e "autoridade", respectivamente, constantes nos dispositivos constitucionais de previsão do amparo de cada país.

No entanto, mesmo com o entendimento contrário da Corte Suprema de Justiça, verifica-se que a doutrina panamenha[42] defende a aplicação do amparo nas relações privadas, por influência do artigo 17 da Constituição. Essa previsão permite a abertura para o reconhecimento de outros direitos fundamentais. Acrescenta ainda a doutrina que a evolução do direito de amparo reside na abertura da porta para a proteção contra qualquer ato que envolva lesão a direitos fundamentais.[43]

No México, também há a defesa dessa extensão por meio de construção normativa em sede jurisprudencial, mesmo antes das alterações do texto constitucional e da Lei de Amparo, correspondentemente nos anos de 2011 e 2013. Isso porque não se explica a expansão dos direitos fundamentais para o campo privado, sem o correspondente acompanhamento das garantias, pois a essência dos direitos fundamentais reside na aplicabilidade e defesa efetiva.[44] Seguiu-se ali uma tradição jurisprudencial de que o conceito de autoridade, para fins de proteção por amparo, é determinado por situações em que se disponha de "força pública".[45] Posteriormente, a Suprema Corte mexicana construiu uma doutrina que caminhou no sentido de admitir órgãos des-

41 Brewer Carías, Allan, *El proceso de amparo en el derecho constitucional comparado de América Latina*, Lima, Gaceta Jurídica, 2016, p. 99.

42 Barrios González, Boris, *El amparo contra actos de particulares*, Panamá, Universal, 2012, pp. 47-50.

43 *Ibidem*, p. 78.

44 Valadés, Diego, "La protección de los derechos fundamentales frente a particulares", *Anuario de Derechos Humanos*, nova era, vol. 12, 2011, pp. 467 y 468, *https://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/download/38112/36864*

45 Mijangos y González, Javier, "El juicio de amparo contra particulares", em Ferrer Mac-Gregor, Eduardo e Herrera García, Alfonso (coords.), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917*, México, UNAM, 2017, t. I, pp. 273-275.

centralizados do governo e, mais adiante, para apontar a multidirecionalidade dos direitos fundamentais. Ao definir a solução para o problema material da aplicação de direitos fundamentais nas relações privadas, a Corte reconheceu o dever dos órgãos judiciários em cumprir essa tarefa, concluindo pela possibilidade de uso do amparo por via indireta.[46]

Por fim, não se pode deixar de anotar o impacto do texto do artigo 25.1 da Convenção americana sobre direitos humanos, o qual deixa incontroverso que a origem das ameaças e violações de direitos não é circunscrita à esfera pública, contemplando também o âmbito privado.

VI. O mandado de segurança brasileiro e sua conexão com a criação jurisprudencial

Assim como a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, o mandado de segurança possui sua origem em uma experiência de criação jurisprudencial.[47] No início do século XX, o direito brasileiro não dispunha de um instrumento processual célere e simplificado para a tutela ampla de direitos, além da prevista restrita do habeas corpus para os direitos de liberdade. Os tribunais, então, passaram a admitir o uso do habeas corpus, estendendo o alcance para a proteção dos mais variados direitos e preenchendo uma lacuna então existente. Reagindo a essa situação, uma reforma constitucional ocorreu no ano de 1926 para acabar com a extensão dada ao habeas corpus, possibilitando, assim, a substituição dessa prática pela criação do mandado de segurança na Constituição brasileira de 1934.

O mandado de segurança é produto da necessidade de complementar medidas judiciárias para a proteção de direitos,[48] representando instrumento de fechamento do sistema de proteção

46 *Ibidem,* pp. 282-286.

47 Nunes, Castro, *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público*, 8a. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 1.

48 Cavalcanti, Themistocles Branão, *Do mandado de segurança*, 4a. ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1957, p. 25.

de direitos no regime constitucional brasileiro. Isso fica claro com a atual redação conferida pela Constituição de 1988, cujo artigo 5, inciso LXIX, conferiu-lhe campo residual e totalizador de proteção.

Hoje a regulamentação é dada pela Lei Federal n.º 12.016, de 7 de agosto de 2009. A rapidez e a simplicidade desse meio processual de tutela de direitos advém da proposta de fornecer a fruição do direito *in natura,* removendo obstáculos e garantindo o seu exercício de forma direta, sem soluções indiretas ou reparatórias,[49] o que o insere dentre as medidas com maior efetividade para a defesa de direitos fundamentais.

A excelência funcional de proteção que oferece é condicionada pela presença de dois referenciais situados em polos opostos: a existência de direito líquido e certo por parte do impetrante do mandado de segurança; e a revelação de ilegalidade ou com abuso de poder da alçada de autoridade pública. Os conceitos de "direito líquido e certo" e de "ato de autoridade" não estão definidos legislativamente, o que acabou por transferir a tarefa de precisão conceitual para a atividade jurisprudencial.

Sem embargo da importância do estudo da definição de direito líquido e certo, a presente análise volta-se para compreender o raio de abrangência da expressão "ato de autoridade", fundamental para a conexão entre mandado de segurança e esfera privada. Como inegável expressão do processo constitucional que é, o mandado de segurança desenvolve-se pelos caminhos da normatividade constitucional, marcados pela autonomia processual e pela necessidade de oferecer dimensões protetivas novas e adequadas para neutralizar os perigos que atingem direitos. Na origem, esse instituto foi concebido para combater atos da administração pública, inerentes ao poder executivo, e logo rompeu esses contornos.

Os conteúdos de atos judiciais, circunscritos a questionamentos perante a mecânica recursal das previsões processuais, passaram a ser objeto de impetrações por mandado de segurança, exatamente para um cumprir um papel de preenchimento de vazios

[49] Nunes, Castro, *op. cit.*, p. 38.

protetivos que o sistema recursal não contemplava.[50] Além disso, atos legislativos foram inseridos em seu escopo, ao se verificar uma lacuna no sistema de jurisdição constitucional brasileiro, precisamente a ausência de controle prévio de constitucionalidade. Utilizado por parlamentares a partir de construção do Supremo Tribunal Federal,[51] o mandado de segurança tem servido para controlar o processo de elaboração legislativa no Brasil, com a finalidade de proteger um direito individual parlamentar de não se submeter à deliberação legislativa que viole a Constituição.

Mesmo dentro da área do Poder Executivo, atividades desempenhadas por particulares, originadas de delegações públicas, também foram consideradas como ato de autoridade para fins de cabimento de mandado de segurança.[52] Essa extensão bem revela que um critério formal para definir ato de autoridade deve ser descartado.

A característica comum dessas situações, representativas de um desenvolvimento do alcance protetivo do mandado de segurança, é a rejeição da possibilidade de se admitir espaços ou vazios na tutela de direitos abrigados pelo regime constitucional brasileiro, sejam decorrentes de omissões ou mesmo limitações legislativas que discrepem de um sistema marcado por ampla abertura e pelo expresso desejo de efetividade dos direitos fundamentais,[53] muitos dos quais de nítida aplicação na seara privatística.[54]

No entanto, nessa enriquecedora caminhada normativa há uma interrupção produzida pela compreensão de que atos pri-

---

50 (MS 30449, Relator(a): Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 17 de fevereiro de 2021).

51 (MS 24667 AgR, Relator(a): Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 4 de dezembro de 2003).

52 Enunciado 510 do Supremo Tribunal Federal: "Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial".

53 Verifica-se nos §§ 1 e 2 da constituição brasileira: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata" e "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

54 Constituição Federal, artigo 7.

vados, sem qualquer vínculo com o poder público, não podem ser objeto de mandado de segurança, o que vem sendo admitido acriticamente em solo brasileiro,[55] salvo valiosas exceções.[56] Essa redução do papel do mandado de segurança foi capaz até de impedir alteração legislativa que incluía atos privados no seu escopo protetor, situação ocorrida com o veto presencial ao artigo 85 do Código de defesa do consumidor brasileiro.[57] Nas razões do veto, traindo a abertura necessária para um processo constitucional efetivo, foi registrado que a extensão do mandado de segurança a atos privados é incompatível com sua índole constitucional, já que destinado, por sua natureza, a atos de agentes do poder público e voltado para a defesa de direitos subjetivos públicos.[58]

Não há como negar que esse entendimento diminui e enfraquece a aplicação dos direitos fundamentais nas relações particulares no sistema brasileiro, merecendo um giro processual e jurisprudencial. A ausência de autorizações legislativas específicas ou a estipulação de previsões normativas restritivas nunca foram obstáculos para que o mandado de segurança bem cumprisse o seu papel de referencial na tutela de direitos no sistema constitucional brasileiro. A incoerência normativa aprofunda-se, ao se verificar que no cenário brasileiro: não há impedimento para construções processuais constitucionais; o regime de direitos fundamentais é amplo e irrestrito; e é pacífica a posição da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas.

---

55 Lopes Meirelles, Hely, *Mandado de segurança e ações constitucionais*, 35a. ed., São Paulo, Saraiva, 2009, pp. 30-33. Externando a visão clássica do mandado de segurança: MS 20999, Relator(a): Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 21 de março de 1990.

56 Medina, P. R. G., "Mandado de segurança: o incessante aperfeiçoamento do instituto", em Marinoni, Luiz Guilherme e Sarlet, Ingo Wolfgang (coords.), *Processo constitucional*, São Paulo, Dos Tribunais, 2019, pp. 1103-1124.

57 Previa o texto vetado: "Contra atos ilegais ou abusivos de pessoas físicas ou jurídicas que lesem direito líquido e certo, individual, coletivo ou difuso, previsto neste Código, caberá ação mandamental que se regerá pelas normas de lei do mandado de segurança".

58 Disponível em: *http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/mensagem_veto/anterior_98/vep664-l8078-90.htm*

Entende-se aqui que a criação normativa jurisprudencial decorre da necessidade de atender à dimensão processual constitucional, pois a edição de um texto não encerra sua normatividade, depende ainda de um trabalho contínuo de efetivação. Ao Legislador não é possível, diante da complexidade da sociedade, esgotar a normatividade das regras constitucionais com esquemas formais rígidos e fechados, como se viável fosse confiná-las a uma realidade preestabelecida e imutável, a partir do desejo antecipado dos atores do processo legislativo. Como consequência da ampliação desses horizontes, as necessidades práticas decorrentes de concretas violações constitucionais vão atraindo a juridicidade constitucional para a remediação dessas condutas transgressoras, sem o que perde o seu significado de obrigatoriedade. É preciso entender o processo constitucional não só pelo ângulo estatal da produção formal de normas, como também pelas situações fáticas que são dadas no percurso de cumprimento do texto constitucional.

As necessidades práticas da vida e suas possibilidades fáticas não estão abrangidas em sua totalidade pela previsibilidade do legislador, nem as concretas violações constitucionais podem ser dependentes de complementação legislativa para a criação de respostas rápidas e eficazes para remediá-las. A expansividade de um sistema de direitos em regimes democráticos envolve o permanente conhecimento da multiplicidade de alcances de direitos dispostos em um regime constitucional, afastando a percepção artificial de que seria viável tornar estáticos instrumentos processuais de acordo com um modo e forma de aplicação preconcebidos.

VII. Considerações finais

A exposição aqui realizada constatou que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas também envolve uma dimensão processual, o que é essencial em países, como os da América Latina, que precisam aproximar faticamente a distância entre suas disposições constitucionais e a realidade concreta da vida. É na aplicação concreta de direitos que se constatam heranças irrefletidas e perspectivas por construir, além de dificuldades presentes e possibilidades futuras.

Elaborar construções normativas, em âmbito jurisprudencial, para a proteção de direitos não é algo alheio aos países latino-americanos e à prática jurisprudencial da região.

Em relação ao mandado de segurança no Brasil, prender-se à textualidade histórica não é compatível com o sistema constitucional brasileiro, dotado de múltiplos mecanismos de abertura e de efetividade para os direitos fundamentais, dos quais ainda não se extraiu o alcance devido. A dinâmica da proteção de direitos não admite áreas vazias que a contradigam. Ampliar o uso do mandado de segurança para as relações privadas é permitir a fruição de direitos aos mais vulneráveis, é dar completude à realização da constituição de 1988.

Bibliografia

Astudillo, César, *Doce tesis en torno al Derecho Procesal Constitucional. La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, México, Porrúa, 2009, t. I.

Barrios González, Boris, *El amparo contra actos de particulares*, Panamá, Universal, 2012.

Bidart Campos, Germán, *La Corte Suprema. El tribunal de las garantías constitucionales,* Buenos Aires, Ediar, 2010.

Bidart Campos, Germán, *Teoría general de los derechos humanos,* México, UNAM, 1989.

Brewer Carías, Allan, *El proceso de amparo en el derecho constitucional comparado de América Latina*, Lima, Gaceta Jurídica, 2016.

Cappelletti, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad,* trad. de Héctor Fix-Zamudio, Lima, Palestra, 2010.

Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México,* México, UNAM, 2004.

Cavalcanti, Themistocles Branão, *Do mandado de segurança*, 4a. ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1957.

Da Silva, Virgílio Alfonso, *A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, São Paulo, Malheiros, 2005.

Ferrajoli, Luigi, "Direito e razão. Teoria do garantismo penal", *Dos Tribunais*, São Paulo, 2002.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, Madrid, Marcial Pons, 2013.

Fernández Segado, Francisco, "La creación jurisprudencial del amparo por la Corte Suprema de la Nación Argentina: los casos Siri y Kot", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 3, 1999, *http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=8&IDN=395&IDA=1360*

Fix-Zamudio, Héctor, *La protección procesal de los derechos humanos*, Madrid, Civitas, 1982.

Kaplan, Marcos, *El Estado latinoamericano*, México, UNAM, 1996.

Lopes Meirelles, Hely, *Mandado de segurança e ações constitucionais*, 35a. ed., São Paulo, Saraiva, 2009.

Medina, P. R. G., "Mandado de segurança: o incessante aperfeiçoamento do instituto", em Marinoni, Luiz Guilherme e Sarlet, Ingo Wolfgang (coords.), *Processo constitucional*, São Paulo, Dos Tribunais, 2019.

Mijangos y González, Javier, "El juicio de amparo contra particulares", em Ferrer Mac-Gregor, Eduardo e Herrera García, Alfonso (coords.), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917*, México, UNAM, 2017, t. I.

Noriega Alcalá, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales,* México, UNAM, 2003.

Nunes, Castro, *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público*, 8a. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1980.

Oliveira Baracho, José Alfredo de, *Direito processual constitucional. Aspectos contemporâneos,* Belo Horizonte, Forum, 2006.

Poschl, Magdalena, "La garantía de los estándares de derechos humanos y fundamentales ante las nuevas amenazas que generan los particulares y los actores extranjeros", *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 36, 2015, *https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/teoria-realidad/article/view/34390/31361*

Rozo Acuña, Eduardo, *Las garantías constitucionales en el derecho público de América Latina*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.

Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la constitución*, Buenos Aires, Lexisnexis, 2006.

Sarmento, Daniel, *Direitos fundamentais e relações privadas*, Rio de Janeiro, Lumenjuris, 2004.

Schwab, Klaus, *A quarta revolução industrial*, trad. de Daniel Moreira Miranda, São Paulo, Edipro, 2016.

Schwabe, Jürgen, *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão,* Uruguai, Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

Steinmetz, Wilson, *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, São Paulo, Malheiros, 2004.

Uprimny, Rodrigo, "Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos", em Rodríguez Garavito, César (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2011.

Valadés, Diego, "La protección de los derechos fundamentales frente a particulares", *Anuario de Derechos Humanos*, nova era, vol. 12, 2011, *https://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/download/38112/36864*

Valadés, Diego, "Visión panorámica del constitucionalismo en el siglo XX", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, ano VI, n. 12, julho-dezembro de 2009, *http://www.ugr.es/~redce/REDCE12/articulos/02Valades.htm*

O Supremo Tribunal Federal entre a política migratória brasileira e o federalismo cooperativo: complexidade, transconstitucionalismo e ônus argumentativo reforçado

Ronald Fontenele Rocha

Sumário. I. Introdução. II. O fenômeno da migração forçada. Panorama normativo nacional e internacional: migrantes, refugiados, acolhida humanitária e interiorização. III. STF e a proteção dos imigrantes venezuelanos no Brasil (Ação Civil Originária 3121): transconstitucionalismo, federalismo cooperativo e ônus argumentativo reforçado. IV. Conclusão. Bibliografia.

I. Introdução

O artigo pretende analisar os desafios da judicialização da política migratória brasileira em harmonizar os direitos humanitários de imigrantes em situação de vulnerabilidade com a necessária suavização de impactos nas cidades fronteiriças.

A análise se dá mediante o estudo de caso concreto, a saber, atuação do Supremo Tribunal Federal brasileiro na Ação Civil Originária (ACO) 3121, relativa a conflito federativo decorrente do fluxo massivo de imigrantes venezuelanos no estado de Roraima, que oportuniza uma reflexão mais abrangente sobre as possibilidades de diálogo e interação entre sistemas jurídicos diversos, na construção de uma rede de proteção eficaz aos direitos humanos e fundamentais no enfrentamento de problemas co-

muns. Objetiva-se perscrutar as exigências argumentativas que acompanham essas novas ferramentas, resultantes da ampliação de contexto, com aumento de complexidade e adoção de uma nova racionalidade jurídica.

Assim, em um ambiente jurídico mais alargado, examina-se, no caso concreto, o desempenho decisório do STF, ou seja, se a Corte adotou postura adequada, fundamentação e sopesamento compatíveis com o ônus argumentativo reforçado.

Na primeira seção, apresenta-se o fenômeno da migração forçada, bem como o panorama normativo nacional e internacional pertinente aos direitos dos migrantes em situação de vulnerabilidade. Na segunda, o foco é a atuação do STF na Ação Civil Originária nº 3121, apresentada como exercício de transconstitucionalismo.

A metodologia a ser adotada é, quanto às fontes, bibliográfica e documental, com abordagem qualitativa, de natureza teórica.

II. O fenômeno da migração forçada. Panorama normativo nacional e internacional: migrantes, refugiados, acolhida humanitária e interiorização

As migrações forçadas não são novidade. A história é recheada de deslocamentos humanos causados por perseguições e conflitos, a exemplo das guerras púnicas, na antiguidade, da fuga dos huguenotes, na França do século XVII, ou da revolução russa, no início do século XX. O atual cenário, entretanto, é mais complexo, coexistindo uma multiplicidade de fatores que afetam os migrantes e uma rede de proteção mais elaborada.[1] Contemporaneamente, as principais causas de migração forçada são conflitos armados, perseguições, desrespeito a direitos humanos de um modo geral, sem descuidar dos migrantes ambientais e econômicos (pobreza extrema e ausência de direitos sociais mínimos).

[1] Florêncio da Silva, Daniela, "O fenômeno dos refugiados no mundo e o atual cenário complexo das migrações forçadas", *Revista Brasileira de Estudos de População*, vol. 34, n. 1, 2017, pp. 163-170.

Há uma assimetria no processo de globalização, vez que sob diversos aspectos, como o tecnológico e o econômico, pode-se dizer que se vive em um planeta cosmopolita, com alta interdependência das regiões e nações, mas, em oposição, as estruturas políticas e jurídicas persistem em grande medida vinculadas ao Estado, com instituições ainda inaptas a conviver com a progressiva erosão das soberanias locais.[2] Assim, à exceção dos subsistemas político e jurídico, os demais operam com bastante independência em relação às fronteiras geográficas. Tais fronteiras não são respeitadas "por la verdad científica, ni por las enfermedades, ni por la educación, ni la televisión, ni por el dinero, ni por el amor".[3]

Apesar do avanço da comunidade internacional na elaboração de normas protetivas, e da contribuição da academia, uma abordagem baseada em direitos é substituída, no discurso político, por uma tendência a "securitizar" o problema da migração[4], o que responde ao pânico das populações locais diretamente atingidas pelo fluxo migratório, já fragilizadas por processos modernos de precarização da mão de obra e por um sentimento geral de insegurança.[5]

No Leviatã, de Hobbes, a razão de ser do Estado moderno é a segurança dos súditos.[6] A incerteza e do medo dos cidadãos é para o Estado soberano questão de sobrevivência. Confundido o Estado com segurança, tudo o que se move por entre suas fronteiras assusta, por aparentar fora de controle.[7] Portanto, não é de se admirar que o Estado moderno tenha uma vocação para a proteção de suas fronteiras, o que precisa ser relativizado na nova ordem mundial, marcada pelo encurtamento das distâncias e forte interdependência.

---

2 Bauman, Zigmund, *Estranhos à nossa porta*, trad. de Medeiros, Rio de Janeiro, Zahar, 2017, pp. 63-66.

3 Rodríguez M., Darío, "Los limites del Estado em la sociedad mundial: de la política al derecho", em Neves, Marcelo (coord.), *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*, São Paulo, Quartier Latin, 2010, pp. 25-52.

4 Bauman, Zigmund, *Estranhos à nossa porta, cit*., p. 46.

5 *Ibidem*, p. 33.

6 *Ibidem*, p. 14.

7 Bauman, Zigmund, *Babel: entre a incerteza e a esperança*, trad. de R. Aguiar, Rio de Janeiro, Zahar, 2016, pp. 51-54.

Entre os migrantes forçados, destacam-se os refugiados por contarem com proteção jurídica reforçada. As linhas gerais do direito ao refúgio constam da Declaração Universal dos Direitos Humanos,[8] mais precisamente de seu artigo 14: "todo ser humano, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países". A partir daí, cabe destacar como marco de proteção o Estatuto dos Refugiados das Nações Unidas, não por acaso formulado no pós-guerra,[9] que abrangia apenas os fluxos anteriores àquele ano e oriundos do continente europeu, e restringia o conceito de refugiados aos casos de temor de perseguição por motivo de raça, religião, nacionalidade, pertencimento a grupo social ou opinião política. Ao longo dos anos, a proteção aos refugiados foi ampliada no cenário internacional (o protocolo de 1967 retirou do Estatuto seus recortes temporais e espaciais)[10] e formou-se uma nítida divisão entre a situação jurídica dos refugiados (migrações forçadas) e a dos migrantes voluntários.[11]

Assim, o Direito Internacional dos Refugiados (DIR) é regime jurídico nucleado, em nível global, pelos documentos já mencionados (Convenção de 1951 e protocolo adicional de 1967), e complementado pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) e pelo Direito Internacional Humanitário (DIH), que robustecem o arcabouço jurídico dos refugiados, notadamente através dos seguintes instrumentos: Declaração Universal dos Direitos Humanos; Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; Pacto Universal dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; as Convenções de Genebra de 1949 e adicionais.[12]

---

8 Organização das Nações Unidas (ONU), Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, *https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos*

9 ONU, Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 28 de julho de 1951, *http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf*

10 O Protocolo Adicional de 1967 foi motivado pela necessidade de abranger deslocamentos humanos resultantes de movimentos de descolonização e conflitos no continente africano. Nesse sentido: De Oliveira Lopes, Rachel, *Panorama da aplicação do direito internacional dos refugiados no âmbito da América Latina e da União Europeia*, em *Publicações da Escola da AGU*, vol. 2, n. 39, 2015, pp. 189-211.

11 Florêncio da Silva, Daniela, *op. cit.*, pp. 163-170.

12 De Oliveira Lopes, Rachel, *op. cit.*, pp. 189-211.

Em âmbitos regionais ocorreram outros alargamentos da definição de refugiado, como na atual União África (1969) e na Declaração de Cartagena para a América Latina (1984).[13] A primeira, que rege os aspectos específicos do problema na África, exerceu forte influência sobre a segunda, voltada para a América Latina e Caribe.[14]

Assim, a Convenção da Organização de Unidade Africana de 1969 passou a identificar como refugiado também a pessoa que, devido a uma agressão, ocupação externa, dominação estrangeira ou a acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública numa parte ou na totalidade do seu país de origem ou do país de que tem nacionalidade, seja obrigada a deixar o lugar da residência habitual para procurar refúgio em outro lugar fora do seu país de origem ou de nacionalidade.[15]

A reunião de Cartagena, por sua vez, definiu, sem caráter obrigatório, em sua conclusão terceira, que o exame de uma solicitação de refúgio não mais se baseia exclusivamente no fundado temor individual de perseguição, mas também na situação objetiva do país de origem a fim de se verificar se existe uma realidade de violação maciça e generalizada de direitos humanos ou grave perturbação à ordem pública. Ainda, em sua quinta conclusão, reiterou a importância do princípio de *non-refoulement* (inclusive proibição da rejeição nas fronteiras), reconhecido como princípio de *jus cogens*.[16]

No âmbito das Américas, ainda poderiam ser mencionados: a Declaração de São José sobre refugiados e pessoas deslocadas,[17] o

---

13 Florêncio da Silva, Daniela, *op. cit.*, pp. 163-170.

14 De Oliveira Lopes, Rachel, *op. cit.* pp. 189-211.

15 Organização da Unidade Africana, Convenção da Organização de Unidade Africana que rege os aspectos específicos dos problemas dos refugiados em África, de 10 de setembro de 1969, *http://www.cidadevirtual.pt/acnur/acn_lisboa/e-oua.html*

16 Organização dos Estados Americanos (OEA), *Declaração de Cartagena sobre refugiados*, de 22 de novembro de 1984, *http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf*

17 ACNUR, Delegação Regional da América Central e Panamá, Declaração de São José sobre refugiados e pessoas deslocadas, de 5-7 de dezembro

Plano de Ação do México para fortalecer a proteção internacional dos refugiados na América Latina[18] e a Declaração de Princípios do Mercosul sobre proteção internacional dos refugiados.[19]

Por sua vez, o legislador brasileiro (Lei 9.474/1997, no art. 1º, inc. III),[20] ao conceituar refugiado, adotou uma versão mais abrangente do termo, compatível com os avanços da Declaração de Cartagena.[21] Com efeito, reza o seu art. 1º que, além dos casos de perseguição, será reconhecido como refugiado todo indivíduo que "devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país" e estende os efeitos aos membros do grupo familiar que se encontram em território nacional.

Não obstante, ocorre que, em face da ausência de um conceito seguro do que seja efetivamente uma "grave e generalizada violação aos direitos humanos",[22] fez-se necessária a instituição de um órgão competente para apreciar as demandas de refúgio, caso a caso.

---

de 1994, *http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2012/Lei_947_97_e_Coletanea_de_Instrumentos_de_Protecao_Internacional_de_Refugiados_e_Apatridas.pdf*

18 OEA, *Plano de Ação do México para fortalecer a proteção internacional dos refugiados na América Latina*, de 15-16 de novembro de 2004, *http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_e_Plano_de_Acao_do_Mexico.pdf?view=1*

19 Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), Declaração de Princípios do Mercosul sobre proteção internacional dos refugiados, de 23 de novembro de 2012, *http://www.migraciones.gov.ar/conare/pdf/fortaleza%202012.pdf*

20 Brasil, Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997, define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1.951 e determina outras providências, *http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm*

21 Nesse sentido: De Carvalho Ramos, André, "Novas tendências do direito dos refugiados no Brasil", em Lyra Jubilut, Liliana e Gualano de Godoy, Gabriel (coords.), *Refúgio no Brasil: comentários à lei 9.474/97*, São Paulo, Quartier Latin, 2017, pp. 273-303.

22 Sobre as dificuldades decorrentes da ausência de conceituação da expressão "grave e generalizada violação aos direitos humanos" *cfr.* Holzhacker, Vivian, "A situação de grave e generalizada violação aos direitos humanos como hipótese para o reconhecimento do status de refugiado no Brasil", em Lyra Jubilut, Liliana e Gualano de Godoy, Gabriel (coords.), *op. cit.*, pp. 121-131.

Então, esta lei criou, em seu art. 11, o "Comitê Nacional para os Refugiados - CONARE, órgão de deliberação coletiva, no âmbito do Ministério da Justiça". Entre as atribuições do CONARE está a de analisar o pedido e declarar o reconhecimento, em primeira instância, da condição de refugiado. (art. 12, I). Em seguida, a partir do art. 17, a lei trata do processo de refúgio.

A caracterização de migrantes como refugiados não é uma condição para sua acolhida humanitária pelo Estado brasileiro. Pode ser extraído da Constituição brasileira o direito fundamental à migração, afinal os direitos fundamentais não se restringem àqueles previstos no Título II da Constituição, pois, por força do seu art. 5º, §2º, não ficam excluídos, entre outros, os direitos decorrentes dos princípios adotados pela Lei Fundamental.[23]

Dispõe o art. 4º da Constituição Federal de 1988 que a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais por diversos princípios, entre eles a prevalência dos direitos humanos (inciso II) e a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (inciso IX). Eis a feição brasileira no cenário internacional (cooperação e solidariedade). O direito à migração tem ainda evidente correlação com direitos fundamentais consagrados, como vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade, que não podem se limitar aos residentes no país.

Por sua vez, a nova Lei de Migração (Lei 13.445/2017)[24] relaciona, entre seus princípios e diretrizes, a "acolhida humanitária" (art. 3º, VI). Prevê a possibilidade de concessão de visto temporário ao imigrante nesta hipótese (art. 14, 'c'), bem como o direito à liberdade de circulação em território nacional (4º, II). Define, em seu art. 14, §3º, que tal visto poderá ser concedido em casos de instabilidade institucional atual ou iminente, calamidade, desastre ambiental ou violação de direito humanitário.

---

23 D'Ávila Lopes, Ana Maria e Gomes Viana, Rafaela, "A proteção das crianças refugiadas no Brasil por meio do controle de convencionalidade", *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, vol. 17, n. 2, 2016, pp. 81-106.

24 Brasil, Lei 13.445/2017, de 24 de maio de 2017, institui a Lei de Migração, *http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm*

No contexto da crise migratória venezuelana na fronteira de Roraima, foi editada a Lei 13.684/2018,[25] que, em seu art. 4º, diz que as medidas emergenciais para acolher imigrantes vulneráveis em face de crise humanitária implica articulação de ações integradas a serem desempenhadas pelos entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), de forma cooperada e com divisão de responsabilidades. Estabelece, para tanto, no art. 5º, X, que devem ser ampliadas políticas de mobilidade, entre elas a distribuição e interiorização no território nacional. Foi prevista a criação do Comitê Federal de Assistência Emergencial, órgão competente para definir e articular as diretrizes e ações prioritárias assistenciais (art. 6º).

Percebe-se, pois, que a migração de pessoas vulneráveis, enquanto problema transfronteiriço, desafia a soberania do Estado moderno e motiva o interfluxo normativo entre as ordens jurídicas nacional e internacional. No Brasil, está em fase avançada de construção, teia normativa que ultrapassa os limites do Estado-nação, a qual, entretanto, reclama especial sensibilidade dos juízes para a efetiva concretização dos direitos dos migrantes, a fim de que não prevaleçam entendimentos ultrapassados fulcrados em noção arcaica de discricionariedade política e de soberania estatal. A seguir, examina-se o desempenho do STF na matéria, em caso recente e emblemático.

III. STF e a proteção dos imigrantes venezuelanos no Brasil (Ação Civil Originária 3121): transconstitucionalismo, federalismo cooperativo e ônus argumentativo reforçado

Merece análise a decisão da Ministra do STF, Rosa Weber, proferida em 6 de agosto de 2018, a respeito da crise que se instalara

[25] Brasil, Lei 13.684/2018, de 21 de junho de 2018, dispõe sobre medidas de assistência emergencial para acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária e dá outras providências, *http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13684.htm*

na fronteira Brasil-Venezuela.[26] Apresentou-se conflito federativo entre a União Federal e o Estado de Roraima, em que este pretendia que aquela fosse compelida a, entre outras medidas, fechar temporariamente a fronteira entre o Brasil e a Venezuela ou limitar o ingresso de imigrantes venezuelanos no Brasil.

Segundo o Estado de Roraima, 50 000 venezuelanos já teriam entrado por via terrestre no Brasil e o número de venezuelanos instalados precariamente na cidade de Boa Vista já superava 10% da população do Estado, com impacto significativo no aumento da criminalidade e iminente colapso nos serviços básicos. No curso da lide, a União informou que foi editado pelo Estado autor, em 1º de agosto de 2018, o Decreto nº 25.681/2018, alegadamente inconstitucional, além de decisão judicial suspensiva da admissão e ingresso de imigrantes venezuelanos.

Assim, ao apreciar o pedido de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, a Ministra utilizou os seguintes fundamentos para indeferi-lo:

1) a Lei de Migração enumera princípios e diretrizes da política migratória brasileira, entre os quais: universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, a acolhida humanitária, o fortalecimento da integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, mediante constituição de espaços de cidadania e de livre circulação de pessoas e a cooperação internacional com Estados de origem, de trânsito e de destino de movimentos migratórios, a fim de garantir efetiva proteção aos direitos humanos do migrante (art. 3º);

2) entre os princípios que regem as relações internacionais brasileiras estão a prevalência dos direitos humanos e a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (art. 4º, CF/88);

3) o Brasil e a Venezuela celebraram, em 1982, o Acordo sobre Cooperação Sanitária Fronteiriça, comprometen-

[26] Brasil, STF, ACO 3121 TP, Relatora Min. ROSA WEBER, publicado em DJe-160, 8 de agosto de 2018, *http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314948662&ext=.pdf*

do-se a, mesmo diante de imperativos de prevenção e controle da transmissão internacional de doenças, não adotar o fechamento total de suas fronteiras;

4) a decisão sobre fechamento de fronteira internacional é exercício de soberania do Estado brasileiro, e como tal, ato reservado ao Chefe de Estado, devendo o Poder Judiciário, sem deixar de cumprir sua missão, ser deferente aos demais poderes, evitando, em princípio, substituição de suas escolhas políticas;

5) Medidas com potencial de causar significativo impacto negativo sobre a proteção de direitos humanos são vedadas pela cláusula constitucional asseguradora do devido processo legal substantivo (art. 5º, LIV, CF);

6) o Brasil se encontra institucionalmente aparelhado para a recepção de pedidos de refúgio, através do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE);

7) levantamento realizado pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) sobre as principais razões dos migrantes venezuelanos no Brasil destaca ameaças de grupos armados, o medo de se tornarem alvo de repressão por motivo de opiniões políticas, a insegurança e a violência, a falta de alimentos, medicamentos e acesso a serviços sociais essenciais e perda de renda. Embora a ACNUR admita uma variedade de fatores que motivam os venezuelanos, nem todos relacionados à condição de refugiado (fluxo migratório misto), assevera que número significativo deles precisa de proteção internacional;

8) mesmo quando não qualificados como situação de refugiados, os movimentos migratórios forçados são sensíveis;

9) o conceito de refugiado, em perspectiva histórica, sofreu "evolução semântica ampliativa" sendo ponto central o estado de necessidade;

10) foram citados o art. 14 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (Paris, 1948), a Convenção relativa ao

Estatuto dos Refugiados (Genebra, 28 de julho de 1951) promulgada no Brasil pelo Decreto nº 50.215 de 28 de janeiro de 1961, o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados (Nova York, 31 de junho de 1967), ratificado e promulgado no Brasil pelo Decreto nº 70.946 de 7 de agosto de 1972, e ressaltado que tal rede de proteção ainda se mostrava insuficiente dada a excessiva restrição do conceito de refugiado;

11) fez-se referência, então, à Convenção sobre Refugiados da Organização de Unidade Africana (Adis-Abeba, 1969) que, embora subscrita apenas por Estados africanos, contribuiu para o alargamento da definição de refugiado, e influenciou a Declaração de Cartagena, de 1984 e a Declaração do Brasil (Cartagena+30);

12) É mencionado o alargamento da proteção do migrante —ainda que não refugiado— pela Declaração de San José sobre Refugiados e Pessoas Deslocadas (São José, 1994);

13) reconheceu-se que apesar de a Declaração de Cartagena não ser obrigatória (*soft power*), influenciou decisivamente o legislador brasileiro, que internalizou sua definição ampliada de refugiado na Lei nº 9.474/97;

14) acrescentou-se que a Lei de Migração dispôs sobre a acolhida humanitária, por meio de visto temporário;

15) ressaltou-se a necessidade de concretização de preceitos constitucionais, como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF/88), a previsão de concessão de asilo político e direitos fundamentais elencados no caput do art. 5º (direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade);

16) refere-se a doutrina que revisita o conceito de refugiado para incluir os "refugiados de fato", a abranger situações de calamidade ambiental e miséria extrema;

17) frisou-se que a soberania estatal deve resguardar a observância aos instrumentos internacionais de proteção dos refugiados;

18) em viés pragmático, ponderou-se que embora não seja possível falar em direito subjetivo de entrada no país, e mesmo que a maioria dos migrantes venezuelanos não venham a se enquadrar na hipótese de refúgio ou asilo, o fechamento de fronteiras e o não acolhimento humanitário imediato impactaria indivíduos que podem fazer jus a uma proteção qualificada;

19) assentou-se que mesmo quando não enquadrados em hipótese válida de incidência das normas internacionais de proteção de refugiados, imigrantes irregulares com frequência são pessoas em situação de vulnerabilidade que fazem jus à proteção geral conferida pelos instrumentos basilares de proteção dos direitos humanos.

Em suma, foram estes os fundamentos do decisum sob exame.

Registre-se que posteriormente, em 26 de novembro de 2019, foi homologado acordo parcial entre as partes, no que tange aos seguintes aspectos: continuidade da redistribuição dos imigrantes para os outros estados da federação; continuidade da "Operação Acolhida", com maior atenção, em curto prazo, ao problema da população de rua; possibilidade de a União, por meio de cooperação técnica, oferecer técnicos para treinamento e capacitação na elaboração e na execução de projetos e convênios, para viabilizar maior acesso pelo Estado de Roraima aos recursos disponibilizados pela União; continuação das parcerias entre a União e as organizações da sociedade civil com a finalidade de reduzir o sofrimento dos imigrantes/refugiados.[27]

Mais recentemente, já em outubro de 2020, foi julgada, por maioria, parcialmente procedente a demanda para indeferir o pedido de fechamento da fronteira ou limitação de ingresso dos venezuelanos, bem como determinar, com base nos princípios da solidariedade e do federalismo cooperativo, a condenação da União a aportar recursos adicionais para o suprimento de custos

[27] Brasil, STF, ACO 3121 TP, Relatora Min. ROSA WEBER, publicado em DJE nº 262, 2 de dezembro de 2019, *http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341854996&ext=.pdf*

do estado de Roraima com serviços públicos em decorrência da anomalia migratória.[28]

A leitura da decisão revela que o Tribunal se cercou de todos os cuidados para não excluir argumento de direito interno ou internacional contrários à intenção autoral de fechamento de fronteira. Inclusive, abordou o conceito de refugiado em perspectiva histórica, acentuando a sua evolução ampliativa. Em reforço de argumentação, citou a Convenção sobre Refugiados da Organização de Unidade Africana (Adis-Abeba, 1969) que, embora subscrita apenas por Estados africanos, contribuiu para o alargamento da definição de refugiado, e influenciou a Declaração de Cartagena, de 1984 e a Declaração do Brasil (Cartagena+30), as quais não vinculam seus participantes (*soft power*). Amparou-se ainda em doutrina que, fundada no costume internacional, estabelece o conceito de "refugiados de fato".

A referência explícita, na argumentação judicial, de convenção não assinada pelo Brasil e documentos internacionais não vinculantes, é exercício de transconstitucionalismo, que vai bem, no caso, como argumento de reforço, sobretudo quando a busca de soluções em outros ordenamentos faz sentido em razão da natureza da matéria enfrentada.

De fato, para o problema dos migrantes vulneráveis, comum a diversas ordens jurídicas, soluções autistas são insuficientes. O tema reclama uma perspectiva transconstitucional, que envolva comunicações transversais entre ordens jurídicas diversas, diálogo (ou conflito) entre Cortes e também fora das instâncias judiciárias, no plano do governo e do legislativo. Essa "conversa" pode se dar por meio da invocação de precedentes de Estados estrangeiros ou de normas e tribunais internacionais, e não configura adoção de simples "modelo de convergência" baseado nos parágrafos do art. 5º da Constituição brasileira, e sim a um "modelo de articulação", de entrelaçamento entre ordens jurídicas, que permita aprendizagem perene com as experiências compartilhadas para a solução de problemas jurídicos comuns.[29]

---

28 Brasil, STF, ACO 3121 TP, *cit*.

29 Neves, Marcelo, "Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina", *Revista de Informação Legislativa*, n. 01, 2014, pp. 193-214.

O transconstitucionalismo, portanto, consiste na superação do constitucionalismo "provinciano ou paroquial" em direção a uma maior integração sistêmica, apropriada a enfrentar os problemas da sociedade mundial.[30] Isso implica reconhecer o "fracasso" das instituições estatais em resolver isoladamente essas questões, e a adoção de uma metapolítica que remodele as normas e estruturas do Estado-nação.[31]

Assim, se é verdade que os Estados ainda são os principais atores da comunidade internacional e detém considerável parcela de força e poder, sendo estes que precipuamente efetivam os direitos fundamentais através das funções legislativa, executiva e judicial[32], é fato que a troca de experiências, própria do direito comparado, que ganha força no âmbito do "Direito dos Direitos Humanos", não consiste em imposição externa, e sim em um entrelaçamento que se dá entre textos, teorias (doutrina) e sentenças constitucionais, o que é salutar na América Latina, em face de seu histórico ditatorial, persistindo a necessidade de consolidação democrática em toda a região, através do efetivo respeito aos direitos humanos, levados a sério.[33]

Admite-se que uma norma assentada em um tratado (ou convenção) internacional possa produzir efeitos jurídicos sobre um terceiro Estado (não signatário), caso se torne obrigatória como costume internacional, reconhecido como tal. Aliás, é o que está textualmente dito no art. 38 da Convenção de Viena de 1969.[34] Tais efeitos têm devem ter aplicação geral, performance efetiva

30 *Idem*.

31 Beck, Ulrich, *A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade*, trad. de Maria Luisa X. de A. Borges, Rio de Janeiro, Zahar, 2018, pp. 46-47.

32 D'Ávila Lopes, Ana Maria e Pereira dos Santos Junior, Luis Haroldo, "Minorias nacionais, proteção internacional e transnacionalidade", *Revista de direito internacional*, vol. 14, n. 3, 2017, pp. 182-201.

33 Dambrós Marçal, J. e Sobrado de Freitas, R., "O transconstitucionalismo como meio de fortalecimento do sistema interamericano de direitos humanos e constitucional dos Estados latino-americanos", em *Unoesc International Legal Seminar*, vol. 2, n. 1, 2013, pp. 215-230.

34 *https://treaties.un.org/doc/Treaties/1980/01/19800127%2000-52%20AM/Ch_XXIII_01.pdf*

e se baseiam na crença de que a prática é necessária como uma questão de justiça.[35]

Na Constituição brasileira, as normas contidas no seu art. 4º constituem aberturas do ordenamento jurídico pátrio à ordem internacional, na medida em que embutem valores e conceitos amplos oriundos do Direito internacional público. Estas aberturas sistêmicas materiais oxigenam o ordenamento jurídico interno com a historicidade dos direitos humanos.[36] Assim, à medida que a compreensão dos significados destes conceitos evolui no âmbito externo, influi na interpretação do texto constitucional,[37] dando ensejo à incorporação de sentidos normativos e consequente reinterpretação da ordem jurídica interna.[38] Com esse "modelo de articulação",[39] dá-se a positivação de direitos humanos no plano de validade estatal, o que resulta em novos direitos fundamentais.

De outro lado, o diálogo entre ordens jurídicas, em nível transnacional, implica aumento do ônus argumentativo no sopesamento de direitos, em face dos parâmetros adicionais para a aplicação do direito em um caso concreto[40] —o que é indispensável para calibrar o aumento de complexidade e consequente decisionismo que pode advir da maior abertura do leque interpretativo—. A disponibilidade de sistemas jurídicos distintos, e sua evolução a partir desta dinâmica, altera a própria racionalidade jurídica, com reflexos nas exigências de fundamentação decisória, em face da ampliação de contexto.

---

35 De Oliveira Mazzuoli, Valerio, *The law of treaties: a comprehensive study of the 1969 Vienna convention and beyond*, Rio de Janeiro, Forense, 2016, pp. 244-246.

36 Massaú, Guilherme, *Princípios constitucionais e relações internacionais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2018, pp. 26 e 27.

37 *Ibidem*, p. 37.

38 Neves, Marcelo, *op. cit*., p. 118.

39 *Ibidem*, p. 259.

40 Afonso da Silva, Virgílio, "Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional", em Neves, Marcelo (coord.), *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*, São Paulo, Quartier Latin, 2010, pp. 101-112.

Claro que a evolução de um conceito no âmbito internacional não é incorporada pelo ordenamento jurídico interno de forma acrítica e imediata. O significado de uma palavra pode variar conforme o contexto linguístico ou "jogo-de-linguagem".[41] Daí a importância de rigorosas ferramentas hermenêuticas aptas a realizar a filtragem devida.

Então, as interações entre direito doméstico e direito internacional, ao inserirem informações adicionais no sistema jurídico nacional, aumentam a sua complexidade, e, com isso, a responsabilidade argumentativa dos juízes e Tribunais. No entanto, como há uma nítida correlação entre comparação jurídica e reforço da tutela de direitos humanos e fundamentais,[42] o esforço vale a pena.

IV. Conclusão

É dever da comunidade internacional atribuir aos migrantes em situação de vulnerabilidade um pacote de direitos, reforçado por uma visão alargada do conceito de refugiado, na linha de diplomas internacionais já existentes, que podem ser internalizados pelos ordenamentos jurídicos nacionais através de interpretação constitucional evolutiva.

De outro lado, a fim de evitar o colapso dos serviços públicos básicos em cidades fronteiriças, devem os Estados harmonizar uma acolhida humanitária com a implementação de medidas concretas aptas a suavizar o impacto dos fluxos migratórios na prestação de serviços públicos, notadamente de saúde, saneamento básico, segurança pública, levando em conta a concordância prática de direitos fundamentais e a ideia de solidariedade. Os Tribunais Constitucionais devem ser sensíveis a estas complexidades.

---

41 Larenz, Karl, *Metodologia da ciência do direito*, trad. de José Lamego, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 279.

42 Sobre essa correlação: Passaglia, Paolo, "Corte costituzionale e comparazione giuridica: una analisi (molto) sineddotica, una conclusione (quasi) sinestésica", em *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, Napoli, ESI, 2017, p. 39.

A abertura da Constituição brasileira e sua elasticidade semântica, bem como seus vetores interpretativos, permitem concluir que a proteção dos migrantes e refugiados goza de *status* constitucional. O legislador ordinário acompanhou a tendência de conferir maior proteção aos migrantes vulneráveis.

O Supremo Tribunal Federal, na Ação Civil Originária nº 3121, ao indeferir pedido de fechamento de fronteira brasileira aos venezuelanos e fomentar o federalismo cooperativo, com base em normas nacionais e internacionais, atuou de forma legítima, em sintonia com os princípios constitucionais, sem desbordar de sua competência, ao estimular o acordo entre os entes federativos em conflito e desincumbir-se do ônus argumentativo próprio da espécie decisória, inclusive promovendo o diálogo (entrelaçamento mesmo) entre ordens jurídicas diversas —transconstitucionalismo— ferramenta indispensável à proteção dos direitos humanos, em um mundo hipercomplexo, com problemas globais, onde o isolamento estatal deixou de ser uma opção sensata.

Bibliografia

Afonso da Silva, Virgílio, "Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional", em Neves, Marcelo (coord.), *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*, São Paulo, Quartier Latin, 2010.

Bauman, Zigmund, *Babel: entre a incerteza e a esperança*, trad. de R. Aguiar, Rio de Janeiro, Zahar, 2016.

Bauman, Zigmund, *Estranhos à nossa porta*, trad. de Medeiros, Rio de Janeiro, Zahar, 2017.

Beck, Ulrich, *A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade*, trad. de Maria Luisa X. de A. Borges, Rio de Janeiro, Zahar, 2018.

D'Ávila Lopes, Ana Maria e Pereira dos Santos Junior, Luis Haroldo, "Minorias nacionais, proteção internacional e transnacionalidade", *Revista de direito internacional*, vol. 14, n. 3, 2017.

D'Ávila Lopes, Ana Maria e Gomes Viana, Rafaela, "A proteção das crianças refugiadas no Brasil por meio do controle de convencionalidade", *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, vol. 17, n. 2, 2016.

Dambrós Marçal, J. e Sobrado de Freitas, R., "O transconstitucionalismo como meio de fortalecimento do sistema interamericano de direitos humanos e constitucional dos Estados latino-americanos", em *Unoesc International Legal Seminar*, vol. 2, n. 1, 2013.

De Carvalho Ramos, André, "Novas tendências do direito dos refugiados no Brasil", em Lyra Jubilut, Liliana e Gualano de Godoy, Gabriel (coords.), *Refúgio no Brasil: comentários à lei 9.474/97*, São Paulo, Quartier Latin, 2017.

De Oliveira Lopes, Rachel, *Panorama da aplicação do direito internacional dos refugiados no âmbito da América Latina e da União Europeia*, em *Publicações da Escola da AGU*, vol. 2, n. 39, 2015.

De Oliveira Mazzuoli, Valerio, *law of treaties: a comprehensive study of the 1969 Vienna convention and beyond*, Rio de Janeiro, Forense, 2016.

Florêncio da Silva, Daniela, "O fenômeno dos refugiados no mundo e o atual cenário complexo das migrações forçadas", *Revista Brasileira de Estudos de População*, vol. 34, n. 1, 2017.

Holzhacker, Vivian, "A situação de grave e generalizada violação aos direitos humanos como hipótese para o reconhecimento do status de refugiado no Brasil", em Lyra Jubilut, Liliana e Gualano de Godoy, Gabriel (coords.), *Refúgio no Brasil: comentários à lei 9.474/97*, São Paulo, Quartier Latin, 2017.

Larenz, Karl, *Metodologia da ciência do direito*, trad. de José Lamego, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

Massaú, Guilherme, *Princípios constitucionais e relações internacionais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2018.

Neves, Marcelo, *Transconstitucionalismo*, São Paulo, WMF Martins Fontes, São Paulo, 2009.

Neves, Marcelo, "Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina", *Revista de Informação Legislativa*, n. 1, 2014.

Passaglia, Paolo, "Corte costituzionale e comparazione giuridica: una analisi (molto) sineddotica, una conclusione (quasi) sinestésica", em *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, Napoli, ESI, 2017.

Rodríguez, M., Darío, "Los limites del Estado em la sociedad mundial: de la política al derecho", em Neves, Marcelo (coord.), *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*, São Paulo, Quartier Latin, 2010.

A efetividade dos direitos fundamentais e as formas de tutela perante o sistema judicial brasileiro: o grau de autonomia e independência da magistratura e a politização dos juízes

Ricardo Nüske

Sumário. I. Introdução. II. Os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil e seus elementos estruturais. III. Os direitos e garantias fundamentais. IV. A efetividade dos direitos fundamentais e seu conteúdo valorativo. V. A tutela dos direitos perante o sistema judicial brasileiro. VI. Autonomia e independência da magistratura e a politização dos juízes. VII. Considerações finais. Bibliografia.

I. Introdução

O trabalho aqui apresentado tem como ponto central a questão da efetividade dos direitos e garantias fundamentais estatuídos na Constituição Federal da República Federativa do Brasil com especial atenção ao seu conteúdo principio lógico.

Primeiramente abordaremos sinteticamente os pontos estruturais do Estado Social de Direito estabelecido pela Carta Constitucional de 1988 com ênfase a dignidade da pessoa humana.

Os direitos e garantias fundamentais receberão atenção como elemento estruturante da democracia social brasileira com regras e princípios que formam o catálogo dos direitos fundamentais.

Direitos com diferentes conteúdos fáticos que se inserem valorativamente buscando dar sustentação para buscar condições adequadas para atender o princípio da dignidade da pessoa humana.

No plano da efetividade dos direitos fundamentais a reflexão sobre o sistema aberto de regras e princípios que permitam um sistema valorativo conectado com a realidade social. Aqui os elementos que permitem mostrar a importância dos princípios que vedam o retrocesso social e que buscam garantir a aplicabilidade imediata das normas contendo os direitos fundamentais, como suporte do princípio da efetividade máxima.

Apresentadas as formas de tutela para garantia dos direitos, adotadas perante o sistema judicial brasileiro e suas circunstâncias serão abordadas questões relativas a judicialização em massa a partir do novo sistema constitucional de direitos. Dentro do contexto será apresentada reflexão sobre o ativismo judicial e seus limites. Na sequência será abordada a questão da autonomia e independência judicial. Por fim serão apresentadas reflexões sobre o novo constitucionalismo e o papel do judiciário face aos novos enfoques decorrentes dos limites que devem ser observados em razão da politização que se faz presente na sociedade brasileira atual.

II. Os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil e seus elementos estruturais

Para apreciação do tema proposto no presente trabalho se mostra importante fazer uma abordagem sintética e prévia sobre os elementos estruturais do Estado brasileiro definido como um Estado social de direito, a partir dos mandamentos contidos na Carta Constitucional de 1988. Dentro desse contexto registramos os princípios fundamentais da Carta Constitucional (art. 1º da CF) que dispõe sobre a estrutura estatal e legal do Estado Brasileiro e que se mostram essenciais para abordagem dos Direitos fundamentais e sua efetividade.

Dispôs o Legislador constituinte já no artigo 1º da Constituição Federal que a República Federativa do Brasil, formada pela

união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito tendo como fundamento a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político. Assim, temos no primeiro dispositivo constitucional a disposição de que o Estado Brasileiro será organizado a luz do princípio republicano adotando a forma federativa de Estados. Fica assim definido também a adoção do princípio federativo como norteador da organização do Estado Brasileiro. Do contexto constitucional fica definido que a República Federativa do Brasil será um Estado Social de Direito, adotando como princípio basilar a dignidade da pessoa humana, de onde deverão prevalecer os ditames liberais para a consecução de seus objetivos de justiça social. É nesse sentido que:

> O Estado democrático de direito brasileiro é também um Estado Social. Basta verificar que a Constituição de 1988 determina como objetivo, em diversas passagens, no Preâmbulo ou nos arts. 1º, 3º e 170º a realização de uma justiça social permanente, mediante a erradicação da pobreza e desigualdades regionais, a afirmação da dignidade da pessoa humana e preservação de todas as liberdades econômicas, assim como direitos sociais quer integram o mínimo vital.[1]

O Estado social de direito está amparado em princípios basilares estabelecidos no Texto Constitucional assumindo em realidade compromisso entre concepções liberais e concepções sociais tendo como premissa básica a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. É nesse sentido que "a concretização do Estado de direito pressupõe a realização de certos princípios constitucionais tais como o princípio da juridicidade; da constitucionalidade; da separação de poderes; dos direitos fundamentais e, no contexto do Estado democrático de direito, o princípio da soberania".[2]

---

1 Torres, Heleno Taveira, *Direito constitucional financeiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, pp. 86 e 87.

2 Lobato, Anderson Cavalcante, *O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos humanos*, *Revista de Informação Legislativa*, vol. 33, n. 129, janeiro-março de 1996, p. 88.

III. Os direitos e garantias fundamentais

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu no seu artigo 1º que a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político são fundamentos do Estado Brasileiro. Como valor fundamental a Dignidade da Pessoa Humana passou a ser o princípio estruturante de todo regramento Constitucional do novo Estado Social de Direito. "Como valor e como princípio a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais. Na verdade, ela constitui parte do conteúdo dos direitos fundamentais", envolvendo direitos individuais, políticos e sociais.

Identificando um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência o princípio da dignidade da pessoa humana relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. Expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade e "seu núcleo material elementar é composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. O elenco de prestações que compõe o mínimo existencial comporta variações conforme a visão subjetiva de quem a elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui: renda mínima, saúde básica, e educação fundamental. Há, ainda, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos".[3]

Assim, evidencia-se a intima ligação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana com os direitos fundamentais; estes seriam densificações da dignidade da pessoa humana, ou seja, em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo, ou pelo menos, uma projeção da dignidade humana. (princípio

[3] Barroso, Luís Roberto, "Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro", *Revista EMERJ*, vol. 4, n. 15, 2001.

da consubstancialidade parcial dos direitos fundamentais na dignidade do homem).[4]

Para adentrar ao tópico dos direitos e garantias fundamentais mostra-se de boa técnica trazer primeiramente o conceito de direitos humanos como sendo aqueles direitos que, fundados na dignidade da pessoa humana, visam a proteção e ao desenvolvimento das pessoas, em esferas que incluem a vida, as liberdades, a igualdade e a justiça. São direitos que não dependem, para sua validade, de institucionalização, positivação ou mesmo efetividade social. Os direitos fundamentais, por sua vez, são os direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico, através de previsão expressa ou implícita no texto constitucional.

Importante registrar, aqui, sinteticamente, a questão espacial dos direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal do Brasil promulgada em 1988. Com a especificação apresentada no Título II da Carta Constitucional com o título "Direitos e Garantias Fundamentais" foram arrolados um primeiro agrupamento de direitos e garantias. Com cinco capítulos e 13 artigos aí estão especificados os direitos individuais e coletivos; os direitos sociais, econômicos e culturais por sua vez foram elencados parcialmente no Título II. Sua especificação, porém, se deu ao longo da carta constitucional. Ao final do artigo 5º foram incorporados quatro parágrafos que dispõe sobre garantias jurídicas desses direitos.

Como elementos distintivos para compreensão dos direitos fundamentais no sistema jurídico brasileiro podemos destacar: *i)* direitos que independem de outorga do legislador, ou seja, independem do processo político majoritário; *ii)* direitos insuscetíveis de supressão até mesmo pelo poder constituinte reformador (artigo 60, §4º da Constituição Federal que veda expressamente emenda constitucional tendente a abolir os direitos e garantias individuais; *iii)* direitos de aplicabilidade direita e imediata, ou seja, independem de norma infraconstitucional regulatório para sua efetivação; *iv)* os direitos fundamentais podem ser expressos sob a estrutura de princípios ou de regras. O tratamento dogmáti-

[4] Tavares *apud* Gomes Canotilho, José Joaquim *et al.*, *Comentários a Constituição do Brasil*, São Paulo, Saraiva, 2014, p. 127.

co e jurisprudencial mais comum é que os direitos fundamentais sejam tratados como princípios.

A catalogação dos direitos fundamentais é questão que se mostra relevante no contexto da Constituição de 1988. O Legislador constituinte estabeleceu no artigo 5º §2º do texto constitucional que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Aqui merecem destaque as hipóteses em que os direitos fundamentais restaram catalogados para comporem o texto constitucional. Assim temos os direitos que já estão expressos em todo o texto constitucional e aqueles que implicitamente estão presentes na Carta constitucional. Nessa hipótese são aqueles direitos que alcançam situações abrigadas no espírito da Constituição e que podem ser razoavelmente deduzidos. Temos ainda os direitos decorrentes de tratados internacionais de que o Brasil seja parte conforme expressa menção no final do §2º do artigo 5º do texto constitucional. Por fim os direitos que não estão expressos e nem propriamente implícitos na Carta constitucional, mas que resultam presentes a partir de processo interpretativo evolutivo da Constituição. A hipótese está associada ao avanço civilizatório e a evolução dos costumes que acabam acarretando situações novas, gerando situações revestidas de essencialidade, que não poderiam ter sido previstas pelo Legislador originário. No Brasil, por força da interpretação evolutiva foram reconhecidos direitos relativos a uniões homoafetivas, casamento de pessoas de mesmo sexo e interrupção de gestação sendo que nenhum deles está no texto constitucional.[5]

No âmbito dos direitos fundamentais no texto constitucional temos a aproximação entre direitos e garantias. Um direito diz com um bem específico da pessoa. Existem normas, entretanto, que buscam a proteção desses direitos, limitando diretamente o exercício do poder contra esses direitos. "São normas que dão origem a direitos garantia, as chamadas garantias fundamentais. As garantias fundamentais asseguram ao indivíduo a possibilida-

[5] Barroso, Luís Roberto, *Direito constitucional contemporâneo*, 9a. ed., São Paulo, Saraiva, 2020, p. 507.

de de exigir dos Poderes Públicos o respeito ao direito que instrumentalizam".[6]

IV. A efetividade dos direitos fundamentais e seu conteúdo valorativo

A efetividade das normas constitucionais está relacionada ao sistema aberto de regras e princípios contidos na Constituição Federal. Um sistema normativo ativo que está diretamente vinculado a realidade vivida na sociedade. Uma relação de reciprocidade entre a realidade fática e a normatividade presente na Carta constitucional. A adequação das normas constitucionais à realidade fática está associada a princípios que embasam a efetividade constitucional "trazendo uma forte carga axiológica que lhe são peculiares e ajudando na interpretação do ordenamento como um todo.[7]

Para compreensão da significação da efetividade no plano constitucional mostra-se importante trazer a sua definição como sendo "a realização do direito, a realização prática da norma, fazendo prevalecer o mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza a efetividade, portanto, a aproximação, tão intima quanto possível entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social".[8]

A norma constitucional tem uma vinculação direita com a realidade social estabelecendo-se aí verdadeira relação dialética. Desta relação se potencializa uma concretude decorrente de todo o sistema de normas constitucionais. Essa concretude, presente nas normas constitucionais, resta reforçada a partir do sistema de

---

6 Mendes, Gilmar Ferreira e Branco, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2020, pp. 193 e 194.

7 Santana Junior, Dejair dos Anjos, "A efetividade dos direitos fundamentais e o combate as omissões legislativas inconstitucionais", *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, n. 25, 2013, p. 127.

8 Barroso, Luís Roberto e Barcellos, Ana Paula de, "O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro", *Revista da EMERJ*, vol. 6, n. 33, 2002, p. 54.

valores presente na Constituição. Nesse conjunto temos o Princípio da Proibição do Retrocesso e o Princípio da Aplicação Imediata dos Direitos e Garantias Fundamentais que estruturam a necessária efetividade como verdadeiro princípio constitucional (Princípio da Máxima Efetividade).

O Princípio da vedação do retrocesso social, em que pese não estar expresso na Carta Constitucional, está consagrado nas garantias constitucionais do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada evidenciando sua presença implícita no contexto dos Direitos Fundamentais.

O princípio da vedação do retrocesso social é uma decorrência lógica de todo um sistema principiológico contido na Constituição Federal a partir de princípios como do Estado democrático e social de Direito, que impõe um patamar mínimo de segurança jurídica; da dignidade da pessoa humana, que exige um dever prestacional imediato; do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras dos direitos fundamentais; do princípio da maximização da proteção dos direitos fundamentais e do princípio da proteção da confiança.[9]

O princípio da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, presente no artigo 5º, §1º da Carta Constitucional também dá suporte jurídico ao princípio da vedação do retrocesso social com aplicação a todos os direitos fundamentais presentes no texto Constitucional. O dispositivo tem por objetivo conferir maior efetividade à normas constitucionais, servindo de guia para os legisladores no momento de criação ou alteração das novas normas e de parâmetro para busca da efetividade dos direitos.[10]

Deve ser enfatizada, ainda, importância de os direitos fundamentais serem imediatamente aplicados sendo confirmada a efetividade constitucionalmente prevista. A disposição torna injustificável a existência de normas com eficácia limitada impondo a sua efetividade desde a promulgação tornar efetiva a norma que determina a aplicação imediata.

---

9 Sarlet, Ingo Wolfgang *apud* Santana Junior, Dejair dos Anjos, *op. cit.*, pp. 134 e 135.

10 Santana Junior, Dejair dos Anjos, *op. cit.*, p. 135.

Ainda sobre a concretização da efetividade constitucional é preciso trazer a realidade para o texto constitucional trabalhando o resgate de valores que são imprescindíveis para um desenvolvimento mais equilibrado do nosso Estado Social de Direito. "A nova interpretação constitucional assenta-se em um modelo de princípios, aplicáveis mediante ponderação, cabendo ao intérprete proceder à interação entre fato e norma e realizar escolhas fundamentadas, dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo sistema jurídico, visando a solução justa de cada caso".[11]

V. A tutela dos direitos perante o sistema judicial brasileiro

Os direitos fundamentais foram resguardados pela Constituição Federal de 1988 ao criar um sistema de proteção contra decreto presidencial, que implantasse estado de exceção constitucional que viesse a ser editado para decretação de Estado de Sitio e Estado de Defesa. Nessa linha, foram estabelecidos mecanismos constitucionais que especificavam taxativamente direitos fundamentais que poderiam ser suspensos em caso de decretação das medidas de exceção (artigo 136, §1º, inciso I, e artigo 139 da CF). Desse contexto é compreensível o extenso rol de direitos fundamentais incluído no texto constitucional e sua especificação de modo a evitar a generalidade na adoção das medidas de exceção. Assim, a especificação dos limites dos decretos de exceção com indicação expressa dos direitos fundamentais que poderiam ser restringidos pelos atos de exceção em momentos de anormalidade constitucional caracterizou uma garantia jurídica de proteção dos direitos fundamentais. Para defesa do Estado e das instituições democráticas duas medidas foram previstas pelo legislador constitucional.

Anderson Cavalcante Lobato nos sintetiza muito bem, em grupos, os mecanismos de proteção jurídica estatuídos pelo legislador constituinte de 1988 especificando as garantias jurisdicionais constitucionais em três grandes grupos: *1)* as ações constitucionais de proteção dos direitos fundamentais; *2)* as ações

[11] Barroso, Luis Roberto e Barcellos, Ana Paula de, *op. cit.*, p. 64.

constitucionais de proteção aos direitos individuais e coletivos e, por fim, *3)* as ações constitucionais de proteção dos direitos sociais, econômicos e culturais.

> A indicação exaustiva dos direitos fundamentais suscetíveis de serem restringidos no estado de crise constitucional com a decretação do estado de defesa ou do estado de sítio, representa, sem dúvida, uma garantia jurídica de proteção desses direitos. Essa opção dos constituintes permitirá o exercício do controle jurisdicional de conformidade com a constituição do ato presidencial de instauração do estado de exceção, uma vez restabelecida a normalidade constitucional.[12]

A Constituição brasileira adotou mecanismos de proteção jurisdicional de direitos fundamentais permitindo a adoção de um sistema misto de controle da constitucionalidade das leis e de atos normativos. Com a sistemática adotada todo o sistema judiciário passou a ter legitimidade para aplicação de um sistema de supremacia da Constituição. O controle requerido, em síntese, pode ser levado a qualquer juiz ou tribunal (controle difuso de constitucionalidade) ou diretamente ao Supremo Tribunal Federal (controle concentrado de constitucionalidade). Com o controle concentrado de constitucionalidade foi adotado um processo mais célere de proteção dos direitos fundamentais, garantindo mais efetividade as regras constitucionais. Para viabilizar o mecanismo de proteção foi idealizado um recurso especial denominado de "Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental decorrente da Constituição (§1º do art. 102 da Constituição Federal). Com a ADPF passamos a ter um acesso mais rápido e adequado para defesa de Direitos Fundamentais estatuídos no texto constitucional. Existem também a ações mandamentais de natureza célere que permitem atacar a violação de direitos previstos na Constituição.

As ações constitucionais de proteção aos direitos individuais e coletivos. Aqui despontam as ações constitucionais de habeas corpus e mandado de segurança. A Constituição brasileira ainda adicionou a ação de *habeas data*, para acesso e defesa de infor-

[12] Lobato, Anderson Cavalcante, *op. cit.*, p. 93.

mações inseridas nos bancos de dados governamentais ou de caráter público, e o Mandado de Segurança coletivo para defesa de interesses coletivos. São ações constitucionais dirigidas contra o Estado como forma de proteger direitos fundamentais violados.

As ações constitucionais de proteção aos direitos sociais, econômicos e culturais. Aqui temos direitos que exigem ações positivas do Estado. A inconstitucionalidade por omissão, resultante da inércia ou da omissão do Estado na adoção de medidas para fruição de tais direitos. Nesse contexto foi criada a Ação Direta de Inconstitucionalidade (artigo 103, §2º da CF) e a ação de mandado de injunção (artigo 5º, LXXI da CF), "visando garantir a aplicação imediata dos direitos e liberdades constitucionais, bem como das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania sempre que a inércia do poder público inviabilizar ou dificultar seu exercício".[13] Assim a jurisdição permite que cada cidadão suscite uma exceção de inconstitucionalidade sempre que entender que houve a violação de um direito fundamental, constitucionalmente protegido. Ainda importante registrar as hipóteses em que "direitos que não possam ser individualizados, assumindo o caráter de direitos difusos, encontramos de imediato a Ação Civil Pública e a Ação Popular como forma de proteção de direitos sociais, econômicos e culturais.[14]

VI. Autonomia e independência da magistratura e a politização dos juízes

Para adentrarmos a autonomia, independência das decisões judiciais e da própria magistratura e sua politização devemos abordar inicialmente a questão da Judicialização em massa que vem causando larga repercussão política e social na sociedade brasileira.

Importante referir que com a judicialização temos uma transferência de poder para juízes e tribunais, de modo a permitir a análise dos casos e decisões com uma ampla modificação na linguagem, na argumentação e na participação da sociedade. Temos

[13] *Ibidem*, p. 96.

[14] *Ibidem*, p. 97.

aí um fenômeno de causas múltiplas e diretamente relacionados com o modelo institucional brasileiro. Trata-se de expansão da jurisdição e do discurso jurídico constituindo uma mudança drástica no modo de se pensar e de praticar o direito.[15]

Na abordagem aqui apresentada se mostra importante a síntese das causas que tem levado ao aumento de processos judiciais com o aumento do fenômeno da judicialização. Como causas do aumento das demandas judiciais podemos apresentar primeiramente a redemocratização do país a partir da Constituição Federal de 1988 que deu novas feições ao poder judiciário mudando o seu atuar dentro do cenário nacional. Com a adoção de uma atuação mais ativa juízes e tribunais passaram a adotar uma postura mais democrática. Com isso tivemos um verdadeiro reavivamento da cidadania brasileira com o aumento da postulação por direitos. Como segunda causa temos a maior abrangência da constitucionalização trazendo maiores direitos à cidadania. A nova Carta Constitucional trouxe para o Direito matérias que antes ficavam reservadas a ceara política. Com a nova carta de direitos fundamentais muitos direitos que antes ficavam reservados a ceara política passaram a ficar sob guarida judicial. Como terceira causa da judicialização temos o aumento do novo sistema de controle da constitucionalidade com o aumento do sistema de propositura de ações judiciais. Com a nova Constituição foram criadas formas de acesso ao judiciário na busca de reconhecimento de direitos. Aí devem ser registradas as ações diretas de inconstitucionalidade (ADINs); as ações declaratórias de constitucionalidade (ADC) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) que trouxeram uma nova dinâmica a seara constitucional para apreciação de questões de alta relevância. Com a nova estrutura criada pela Constituição de 1988 o judiciário redefiniu sua forma de atuação trazendo maior efetividade a prestação judicial.

Ao adentrarmos a questão da judicialização criada com a Constituição de 1988 referimos a necessidade da readequação do Poder Judiciário para viabilização da prestação jurisdicional requerida pelo cidadão a partir da nova Constituição. É exatamente nesse contexto que surge o ativismo judicial associado a uma

[15] Barroso, Luís Roberto, *Direito constitucional contemporâneo*, *cit*., p. 430.

participação mais ampla e intensa dos juízes e tribunais na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes. O ativismo judicial, como um modo específico de interpretar a Constituição, buscando expandir o seu sentido das regras, a partir dos princípios constitucionais.

A judicialização e o ativismo judicial são presenças constantes na vida dos brasileiros. Com a nova sistemática constitucional adotada a partir de 1988 a sociedade brasileira permitiu largo alcance para que discussões políticas e morais chegassem ao judiciário. Assim com o novo modelo constitucional foi possível um verdadeiro alargamento da competência judicial. A partir da adoção desse novo modelo constitucional os intérpretes das normas jurídicas buscaram também um novo modelo de atuação, com nova postura de interpretação permitindo um maior alcance, mais proativo sobre as causas postas de juízo. Com a nova sistemática de atuação foi possível contornar os riscos da judicialização excessiva e adaptar a falta de capacidade institucional do judiciário para decidir sobre determinadas matérias criando, assim, uma nova legitimação democrática. Importante aqui registrar que com a nova sistemática de atuação os juízes e tribunais devem continuar a se ater aos limites de aplicação estabelecidos pela Constituição e pelas leis. Assim, cabe aos juízes e tribunais buscar novas formas interpretativas a partir dos novos limites constitucionais. Exatamente nesse sentido Luís Roberto Barroso afirma que "somente em caso de clausulas constitucionais abertas, vagas ou fluidas como no caso da 'dignidade da pessoa humana, eficiência ou impacto ambiental - o poder criativo do intérprete judicial se expande a um nível quase normativo. Porém havendo manifestação do Legislador, existindo lei válida votada pelo Congresso concretizando uma norma constitucional ou dispondo sobre matéria de sua competência, deve o juiz acatá-la e aplicá-la.[16]

Dentro do contexto do crescimento da judicialização surge a questão das objeções à crescente intervenção judicial na vida brasileira. A questão foi sintetizada por Luís Roberto Barroso em três enfoques quanto: *1)* aos riscos para a legitimação democráti-

[16] Barroso, Luis Roberto, "Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática", *Revista Thesis,* Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, 2012, p. 28.

ca; *2)* a politização indevida da justiça e *3*) aos limites da capacidade institucional da justiça.

Quanto aos riscos para a legitimação democrática a questão foi reconhecida na teoria constitucional como "dificuldade contramajoritaria" onde os membros do poder judiciário não seriam agentes públicos eleitos e, por tal razão, não poderiam invalidar ato dos outros dois poderes com membros escolhidos pela vontade popular. Como aplicadores das regras constitucionais e das leis, os intérpretes, sem o caráter eletivo não teriam atribuições suficientes para participar como coparticipantes do processo de criação do Direito, a partir das decisões judiciais proferidas, especialmente na definição do sentido de expressões vagas, fluidas e indeterminadas. Em síntese:

> A importância da Constituição —e do Judiciário como seu intérprete maior— não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria nem o papel do Legislativo. Assim, observados os valores e fins constitucionais, cabe à lei, votada pelo parlamento, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam a sociedade pluralista. Por essa razão o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia, e os direitos fundamentais, em relação a tudo o mais os protagonistas da vida política devem ser os que tem votos [....]. "Juízes e tribunais" só atuam legitimamente quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição.[17]

Quanto ao ponto específico do presente trabalho temos os riscos da politização da justiça e mais especificamente da justiça constitucional, é preciso registrar que é a Constituição que transforma a Política em Direito. Aqui Barroso também complementa aduzindo que "a Constituição faz uma interface entre o universo político e o jurídico, em um esforço para submeter o poder às categorias que mobilizam o Direito, como a justiça, a segurança e o bem-estar social. Sua interpretação, portanto, sempre terá uma dimensão política, ainda que balizada pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento vigente".[18] Nesse

[17] *Ibidem,* pp. 28 e 29.

[18] *Ibidem,* p. 29.

contexto, temos que o Legislador originário trouxe para o texto constitucional inúmeras matérias que mereceriam a atenção face a interesses individuais e coletivos que apesar de sua natureza política foram guindados a categorias constitucionais passando assim a receber tratamento diferenciado no plano constitucional por parte do Poder Judiciário. Matérias políticas que passaram a integrar o rol das matérias que ficam submetidas ao crivo do poder judiciário. Nessa nova condição questões anteriormente possuíam natureza eminentemente política passaram a receber enquadramento constitucionalizado em plano judicial, ficando assim submetidos ao Direito e a estrutura jurisdicional do Estado Constitucional. Em complemento Luís Roberto Barroso registra, com lucidez, que

> [...] em rigor uma decisão judicial jamais será política no sentido da livre escolha, de discricionariedade plena. Mesmo nas situações que, em tese, comportam mais de uma solução plausível, o juiz deverá buscar a que seja mais correta, mais justa, à luz dos elementos do caso concreto. O dever de motivação, mediante emprego de argumentação racional e persuasiva, é um traço distintivo relevante da função jurisdicional e dá a ela uma específica legitimação." E que "cabe reavivar que o juiz: (a) só deve agir em nome da Constituição e das leis, não por vontade política própria; (b) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; (c) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (i.e., emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível.[19]

No tópico deve ser ressaltado, porém, que os limites do exercício da jurisdição impõem, em certos casos, aos juízes e tribunais uma atuação contramajoritária, como forma de promoção e preservação dos direitos fundamentais e do próprio r5egime democrático. "Logo, a intervenção do judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a favor e não contra a democracia".[20] As ponderações são

[19] *Ibidem,* pp. 29 e 30.

[20] *Ibidem,* p. 30.

de alta relevância, pois trazem ponto de vista aprofundada sobre fundamento básico para atuação dos magistrados na conservação e promoção dos direitos fundamentais e preservação do Estado Democrático de Direito.

Por fim, como terceira objeção à judicialização e ao ativismo judicial temos a capacitação institucional do judiciário. A Constituição Federal de 1988 adotou um modelo de separação de poderes onde as funções estatais de legislar, administrar e julgar são atribuídas a órgãos distintos, especializados e independentes. No contexto, Legislativo, Executivo e Judiciário exercem controle recíproco sobre as atividades de cada um de modo a impedir o surgimento de instâncias hegemônicas (expressão utilizada no MS 23.452/RJ, STF, pelo Min. Celso de Mello, DJU 12maio 2000), capazes de oferecer riscos a democracia e aos direitos fundamentais. A independência preconizada pelo texto constitucional também constitui observância obrigatória de cada um dos poderes da República em relação aos outros poderes. Assim o Judiciário deverá prestigiar as manifestações do Legislativo e do Executivo, observando o grau de independência de cada um, cedendo espaço para juízos discricionários dotados de razoabilidade.

No que pertine a autonomia do Judiciário e do Direito em relação a questões de natureza política devemos registrar que na teoria constitucional os Estados democráticos, onde é observada a separação de poderes, reservam uma parcela de poder político a cada um dos entes estatais. Assim temos poderes estatais, em que não atuam agentes públicos eleitos, exercendo poderes com natureza eminentemente política. São casos em a própria Constituição ou as leis delegam o poder político mediante representação, validando os atos jurídicos praticados. Aqui "a questão ganha expressão no momento em que a Constituição confere ao Judiciário a competência para resolver conflitos e a disputa envolve a validade de atos estatais ou nos casos em que o Estado é parte [...]. Nesses casos juízes e tribunais sobrepõe a sua vontade à de agentes públicos de outros Poderes, eleitos ou nomeados para o fim específico".[21]

[21] Barroso, Luís Roberto, *Direito constitucional contemporâneo*, *cit*., p. 442.

Relativamente a atuação dos juízes e tribunais para concretização da vontade majoritária delimitada pelo poder constituinte necessária um último registro no sentido de ressaltar que as atividades jurisdicionais são regidas por princípios e regras constitucionais e legais que dão autonomia a juízes e tribunais na aplicação do direito. Nesse sentido a manifestação de Luís Roberto Barroso no sentido de que os "órgãos judiciais não exercem vontade própria, mas concretizam a vontade política majoritária manifestada pelo constituinte e pelo legislador. As atividades de interpretar e aplicar normas jurídicas é regida por um conjunto de princípios, regras constitucionais e legais, convenções, conceitos e práticas que dão especificidade à ciência do direito e a dogmática jurídica. Daí que juízes são independentes da política e limitam-se a aplicar o direito vigente, de acordo com critérios aceitos pela comunidade jurídica.[22]

VII. Considerações finais

No final desta exposição, apresentamos algumas considerações reflexivas sobre as questões aqui abordadas. Em uma análise objetiva, foi possível expor uma síntese dos princípios constitucionais fundamentais do Estado Social Democrático, que caracteriza a República Federativa do Brasil. Nossa sociedade é orientada por princípios liberais e democráticos em que prevalece a dignidade da pessoa humana, como elemento norteador de todas as ações do Estado, e por um sistema constitucional que valoriza a máxima eficácia dos direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos.

No contexto do presente estudo, levamos à reflexão as questões relacionadas com a judicialização de massa que está ocorrendo em nosso país, caracterizado pelas suas dimensões continentais. Na esfera judicial, destacamos os desenvolvimentos que operam em nossa sociedade no campo público, como a preservação da autonomia e independência judicial em relação à esfera política.

[22] *Ibidem*, pp. 442 e 443.

Bibliografia

Abreu, João Paulo Pirôpo de, *A autonomia financeira do Poder Judiciário. Limites traçados pelo princípio da independência e harmonia dos poderes*, Brasília, Conselho da Justiça Federal, 2013.

Alexy, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*, 2a. ed., São Paulo, 2011.

Barroso, Luís Roberto, *Direito constitucional contemporâneo*, 9a. ed., São Paulo, Saraiva, 2020.

Barroso, Luís Roberto, "Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro", *Revista da EMERJ*, vol. 4, n. 15, 2001.

Barroso, Luís Roberto e Barcellos, Ana Paula de, "O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro", *Revista da EMERJ*, vol. 6, n. 23, 2002.

Barroso, Luís Roberto, "Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática", *Revista Thesis*, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, 2012.

Gomes Canotilho, José Joaquim *et al*., *Comentários a Constituição do Brasil*, São Paulo, Saraiva, 2014.

Caretti, Paolo, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2000.

Fernandes, André Dias, *Eficácia das decisões Judiciais em ADIN e ADC*, Salvador, Editora Podium, 2020.

Hesse, Konrad, *A força normativa da Constituição (Die Normative Kraft der Verfassung)*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

Lobato, Anderson Cavalcante, *O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos humanos*, *Revista de Informação Legislativa*, vol. 33, n. 129, janeiro-março de 1996.

Maliska, Marcos Augusto, *Dignidade humana e pluralismo constitucional. Limites e possibilidades de dois princípios constitucionais nem tempo de profundo dissenso político*, 2018.

Marmelstein, George, *Curso de Direitos Fundamentais*, São Paulo, Atlas, 2019.

Mendes, Gilmar Ferreira e Branco, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2020.

Piovesan, Flávia, *Direitos fundamentais e o direito constitucional fundamental*, São Paulo, Saraiva, 2021.

Romboli, Roberto e Araújo, Marcelo Labanca Corrêa de, *Justiça Constitucional dos Direitos Fundamentais* (orgs.), Belo Horizonte, Arraes Editores 2015.

Sarlet, Ingo Wolfgang; Marononi, Luiz Guilherme e Mitidiero, Daniel, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2013.

Sarlet, Ingo Wolfgang, *Direitos fundamentais. Uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2015.

Sarlet, Ingo Wolfgang, *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2015.

Sarlet, Ingo Wolfgang, "As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma dimensão constitucional necessária e possível", *Revista de Direito Constitucional* n. 9, janeiro-junho de 2007.

Santana Junior, Dejair dos Anjos, "A efetividade dos direitos fundamentais e o combate as omissões legislativas inconstitucionais", *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, n. 25, 2013.

Trevisan, Leonardo Simchen, "Os direitos fundamentais sociais na Teoria de Robert Alexy", em *Cadernos do programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir-UFRGS*, vol. 10, n. 1, 2015.

Torres, Heleno Taveira, *Direito constitucional financeiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

Sistema Interamericano de Direitos Humanos e empresas: construção de parâmetros normativos para responsabilização de empresas por violações a direitos humanos

Andreia Maria Santiago

Sumário. I. Introdução. II. Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. III. Parâmetros interamericanos sobre empresas e direitos humanos. IV. Conclusão. Bibliografia.

I. Introdução

A temática empresas e direitos humanos tem gerado intensas discussões na comunidade internacional, sobretudo no que concerne a graves violações de direitos humanos por parte de empresas transnacionais, colocando em xeque lutas históricas que tiveram por centralidade a proteção à dignidade da pessoa humana. No âmbito da Organização das Nações Unidas, em 2011, foram aprovados pelo Conselho de Direitos Humanos, por unanimidade, os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, inaugurando uma nova fase no que diz respeito a essa temática.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) não está alheio a esse contexto de graves violações a direitos humanos por empresas, vez que desenvolve, desde 2015, várias ações no sentido de aprimorar mecanismos de auxílio aos países membros, com vistas a adotarem políticas de prevenção e marcos nor-

mativos de controle e sanção em casos de violação a direitos humanos por parte de empresas.

Nesse escopo, em 2019, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) aprovou um relatório que contempla os estândares interamericanos sobre direitos humanos e empresas, o qual deve ser seguido pelos Estados membros. Diante desse quadro, o presente artigo pretende abordar os caminhos trilhados pelo SIDH até a aprovação do "Informe sobre empresas y derechos humanos. Estándares interamericanos". Para tanto, dividiu-se o presente artigo em duas seções: na primeira, apresenta-se a estrutura do SIDH com foco nos órgãos que influenciaram na temática abordada; na segunda, trata-se especificamente das principais ações desenvolvidas pela CIDH até a aprovação dos parâmetros interamericanos.

II. Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos é um sistema regional de proteção dos direitos humanos criado no contexto do pós-Segunda Guerra Mundial em sincronia com a construção do Sistema Universal de Proteção dos Direitos Humanos da ONU em 1948. Ambos os sistemas representam uma reação normativa, política, ética e moral às graves violações à dignidade da pessoa humana perpetradas no âmbito dos Estados-nação. Esse quadro de violações a direitos humanos mobilizou a sociedade internacional a repensar seus conceitos tradicionais de soberania estatal, de forma a admitir certo grau de intervenção internacional no âmbito interno do Estado com o objetivo de assegurar o respeito aos direitos humanos.[1]

O SIDH nasceu por intermédio da Carta da Organização dos Estados Americanos, assinada em Bogotá, em 1948, a qual esta-

[1] Timponi Cambiaghi, Cristina e Vannuchi, Paulo, "Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH): reformar para fortalecer", *Lua Nova*, São Paulo, n. 90, dezembro de 2013, pp. 133-163, *http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452013000300006&lng=en&nrm=iso* e *http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452013000300006*

beleceu a fundação da Organização dos Estados dos Americanos (OEA) e incluiu dentre os propósitos e princípios da entidade a afirmação dos direitos humanos.[2] Dentre os principais marcos normativos do SIDH destacam-se: a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) e seu Protocolo Adicional à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ou Protocolo de San Salvador (1998).[3]

Flávia Piovesan sublinha que o SIDH possui dois regimes, um baseado na Convenção Americana e outro na Carta da Organização dos Estados Americanos. Aponta ainda que a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também denominada de Pacto de San José da Costa Rica, é o instrumento mais importante do SIDH.[4] Acompanha esse entendimento André Ramos, que ressalta sua importância pela abrangência geográfica, haja vista comportar 24 países signatários, pelo seu catálogo de direitos civis e políticos e pela própria estruturação do sistema, o qual supervisiona e controla as obrigações impostas aos Estados membros e conta com o apoio de uma Corte própria, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com sede em San José da Costa Rica. [5]

A CADH prevê dois órgãos principais de composição do SIDH: a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. O artigo 61 da Convenção enuncia que somente os Estados membros e a Co-

---

2 Barreto, Rafael, *Direitos humanos*, 2a. ed., Salvador, Juspodivm, 2012, p. 160.

3 D'Ávila Lopes, Ana Maria e Campos Vasconcelos Chehab, Isabelle Maria, "Bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade: reforçando a proteção dos direitos humanos no Brasil", *Revista Brasileira de Direito*, vol. 12, n. 2, julho-dezembro de 2016, *https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1367/1004*

4 Piovesan, Flávia, *Direitos humanos e justiça internacional*: *um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*, 3a. ed., rev. amp. e atual, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 127.

5 Carvalho Ramos, André de, "Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos", *Revista da Faculdade de Direito,* Universidade de São Paulo, vol. 104, 1 de janeiro de 2009, p. 248.

missão podem submeter casos para apreciação da Corte IDH. Esta possui função contenciosa, na qual as sentenças são definitivas e inapeláveis.[6] Não obstante, a função jurisdicional possui caráter coadjuvante ou complementar. Nesse sentido é necessário que haja o esgotamento de todos os recursos internos para que a Corte possa ser demandada. Esse requisito prévio garante aos Estados membros a possibilidade de solucionar seus conflitos internamente, de modo a evitar um processo transnacional que possa lhe acarretar uma responsabilização internacional.[7] A Corte também exerce a função consultiva, realizada quando um Estado membro consulta a Corte sobre a interpretação da Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos.

A CIDH representa o primeiro organismo efetivo de proteção aos direitos humanos no âmbito do sistema interamericano, haja vista ter sido criada em 1959 pela OEA, antes mesmo da vigência da Convenção em 1969.[8] Sua competência abrange tanto os Estados partes da Convenção quanto os Estados membros da OEA, logo seu âmbito de atuação é bem maior que o Corte IDH que tem competência apenas para os Estados partes da Convenção. É nesse aspecto que a CIDH ganha importância ímpar frente a Corte, haja vista possuir um âmbito de influência sobre um número maior de Estados. Consoante preleciona o artigo 41 da CADH, a CIDH possui por principal função a promoção, observância e defesa dos direitos humanos. Para tanto, pode "solicitar aos governos dos Estados membros que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos".[9]

---

6 CIDH, Convenção Americana sobre Direitos Humanos, *https://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm*

7 Bazán, Víctor, "La Corte Interamericana y su interacción con los tribunales nacionales", *Hacia la construcción del diálogo judicial. Un acercamiento al Sistema Interamericano*, México, Centro de Estudios Constitucionales-Suprema Corte de Justicia, 2015, serie Cuadernos de Regularidad Constitucional, p. 46.

8 Fix-Zamudio, Héctor, *Protección jurídica de los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1991, p. 164.

9 CIDH, Convenção Americana sobre Direitos Humanos, *cit*.

Para melhor promoção e observância dos direitos humanos, em 1990, a CIDH iniciou um processo de criação de Relatorias Temáticas, cuja atuação tem por foco atender grupos especialmente expostos à violação de direitos humanos seja por situações de vulnerabilidade seja pelo histórico de discriminação alvejados. Por meio dessas relatorias, a CIDH pretende melhor sistematizar seus trabalhos frente a esses grupos vulneráveis.[10]

Das treze Relatorias criadas destaca-se, no âmbito da temática empresas e direitos humanos, a Relatoria Especial sobre Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (REDESCA). Em 2017, essa Relatoria inicia seus trabalhos com a nomeação do Relator sobre Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (DESCA), com destaque para o acréscimo dos direitos ambientais. Segundo o Secretário Executivo, Paulo Abrão, a criação dessa relatoria é o resultado do esforço de vários grupos de ativistas sociais e coincide com as aspirações dos Estados membros. Assinala ainda que a relatoria cria um conjunto de possibilidades para se construírem novos estândares interamericanos, e, por via de consequência, atualiza a agenda temática da CIDH de modo a ampliar seu alcance social.[11]

III. Parâmetros interamericanos sobre empresas e direitos humanos

O debate em torno do papel das empresas nacionais e transnacionais não é algo novo, remonta à década de 1970, quando o Conselho Econômico e Social da ONU solicitou ao Secretário-Geral que constituísse um grupo de trabalho para estudar o impacto das empresas multinacionais no processo de desenvolvimento e formular um Código de Conduta. Nos últimos anos, as discussões têm se intensificado na comunidade internacional, mormente no que diz respeito à violação de direitos humanos face às atividades dessas empresas. Em 2011, inaugurou-se uma nova etapa no âm-

10 OEA, "Relatorías y unidades temáticas", *http://www.oas.org/es/cidh/mandato/relatorias.asp*

11 OEA, "Relatoría sobre derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Origen", *http://www.oea.org/es/cidh/desca/mandato/origen.asp*

bito das Nações Unidas, com a aprovação dos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, mediante a Resolução A/HRC/RES/17/4 de 6 de julho de 2011. Logo após, com a criação de um grupo de trabalho para divulgar e implementar esses princípios.[12] Esses marcos retratam o engajamento da ONU com a temática empresas e direitos humanos.

O SIDH não está alheio a esse panorama e desde 2015 desenvolve ações, por intermédio de seus órgãos, no intuito de dar tratamento regional ao tema. Nesse desiderato, o SIDH quer contribuir para que os Estados membros desenvolvam políticas internas e externas, com vistas a determinar que as empresas, em âmbito doméstico, respeitem os direitos humanos e, quando os violarem, efetuem a devida reparação às vítimas. Dentre referidas ações, destaca-se inicialmente o reconhecimento reiterado por seus órgãos de que, em determinadas circunstâncias, os Estados podem ser responsabilizados internacionalmente por atos violadores de direitos humanos cometidos por particulares, o que inclui as empresas.[13]

O Relatório "Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo", aprovado pela CIDH, em dezembro de 2015, exemplifica situações em que os Estados podem ser responsabilizados internacionalmente por atos de empresas que violem direitos humanos. Nesse relatório, a CIDH declara quais são as obrigações dos Estados diante das atividades de extração, exploração e desenvolvimento, face aos direitos dos indígenas e comunidades afrodescendentes. Argui-se que os Estados possuem autonomia para explorar seus recursos naturais, mas esta autonomia não é ilimitada, portanto, deve ser exercida em consonância com os padrões normativos de prevenção, respeito e não violação a direitos

12 Bilchitz, David e Deva, Surya, "The human rights obligations of business: a critical framework for the future", em Deva, Surya e Bilchitz, David, *Human rights obligations of business,* New York, Cambridge University, 2013.

13 OEA, "Cuestionario de consulta para la elaboración del informe: Empresas y derechos humanos. Estándares interamericanos", *http://www.oea.org/es/cidh/informes/cuestionarios.asp*

humanos. Assim, as atividades extrativistas e de exploração não podem se realizar às custas de direitos humanos de grupos ou comunidades nas quais estejam sendo executadas. [14]

Destaca-se como uma das obrigações que devem ser realizadas pelos Estados é a criação de marco normativo adequado para proteção dos direitos humanos frente a essas atividades. Esse relatório foi analisado a questão da predominância de atividade de empresas estrangeiras nos países membros, acusadas de cometerem violações a direitos humanos e saírem impunes nos países em que operam. Nesse aspecto, a relatório apresentou recomendação para que os Estados sigam obrigações e linhas de ação contra essas atividades, conforme o Direito Internacional dos Direitos Humanos determina, cujo escopo em última análise é a proteção dos direitos humanos desses povos.[15]

Outro exemplo de ações que têm contribuído para o avanço na discussão dialógica da temática empresas e direitos humanos são as audiências e sessões públicas realizadas pela CIDH, por meio da REDESCA. Essas audiências ocorrem diante dos comissionados e conta com a participação de representantes da sociedade civil, organizações de defesa dos direitos humanos, representantes dos Estados membros e experts nos temas abordados. Cumpre destacar a audiência ocorrida no *167 Periodo de sesiones*, em Bogotá, Colômbia, em fevereiro de 2018, ocasião em que as organizações requerentes da audiência conseguiram enfatizar a necessidade de reformas legislativas no âmbito interno dos Estados, com o objetivo de garantir a responsabilização das empresas por violações a direitos humanos, bem como a efetiva reparação às vítimas. Os requerentes teceram considerações sobre os fortes impactos ocasionados pelas atividades de empresas transnacionais e postularam a CIDH o desenvolvimento de um arcabouço normativo que propicie mecanismos de efetiva responsabilização dessas empresas por danos causados. Enunciou-se mais uma vez o terceiro pilar dos Princípios Orientares da ONU sobre Em-

[14] CIDH, "Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales. Protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo", Washington, 2015, pp. 10 e 11, *http://www.oea.org/es/cidh/informes/pdfs/IndustriasExtractivas2016.pdf*

[15] *Idem*.

presas e Direitos Humanos, em uma abordagem empenhada em estabelecer mecanismos que permitam a efetiva reparação às vítimas.[16]

Outra audiência de repercussão ímpar foi a realizada em maio de 2019, no 172 Período de Sessões, com o tema: *La reparación de la violación de derechos humanos por empresas*. Dentre os nove países requerentes da audiência encontravam-se Brasil, Peru e México. Representando a sociedade civil, as Instituições brasileiras Conectas e Justiça Global. Nessa audiência, os requerentes deram continuidade ao diálogo iniciado por ocasião das Sessões Santo Domingo, em 2018, que teve por destaque o tema da adoção da devida diligência por parte das empresas. Ressaltaram que o SIDH, no que concerne à temática de empresas e direitos humanos, centra suas ações na perspectiva do terceiro pilar dos Princípios Orientadores da ONU. Apresentaram, ainda, casos de graves violações a direitos humanos por parte de transnacionais que permanecem sem a devida assistência e reparação dos danos causados às vítimas, como no caso da Samarco (no Brasil). Pontuaram que o desenvolvimento de parâmetros interamericanos sobre empresas e direitos humanos deve ter por centralidade a responsabilização das empresas que violarem direitos humanos, com um olhar especial para a efetiva reparação às vítimas. Nesse viés, pontuaram os elementos essenciais para o processo de reparação de abusos perpetrados por empresas, de modo a frisar que a reparação deve pautar-se, ao longo de todo o procedimento: *i)* no dever de transparência, no qual se faz necessário informações confiáveis, acessíveis a todas as partes e disponibilizadas de forma integral; *ii)* a reparação deve contar com a participação efetiva das comunidades afetadas; *iii)* a reparação deve ser integral e efetiva; *iv)* em momento algum, a reparação deve discriminar (considerando-se nesse aspectos a afetação desproporcional a grupos indígenas e comunidades carentes). A comissionada

[16] OEA, "Audiencias p*úblicas,* reuniones de trabajo, actividades promocionales y reuniones bilaterales", *http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/041A.asp*
Toda a sessão encontra-se gravada e a disposição no You Tube no seguinte endereço eletrônico: *https://www.youtube.com/playlist?list=PL5QlapyOGhXuLZonmAfYVnY2MZM6-qcUr*

Flávia Piovesan concordou com a incorporação dos Princípios Orientadores da ONU, mas não como fórmula de repetição pura e simples. Nesse aspecto, defendeu que a estes princípios deveria se incorporar a perspectiva regional ampliando seu conteúdo de forma a se tornar mais exequível à realidade latino-americana.[17]

Vários pontos abordados nessa audiência foram incorporados ao Relatório elaborado pela REDESCA e aprovado em novembro de 2019 pela CIDH, o qual estabeleceu os estândares interamericanos para empresas e direitos humanos, nominado "Informe sobre empresas y derechos humanos. Estándares interamericanos". O relatório apresentou doze critérios interamericanos considerados fundamentais em matéria de empresas e direitos humanos, quais sejam: centralidade da pessoa e dignidade humana; universalidade, indivisibilidade, interdependência e inter-relação dos direitos humanos; igualdade e não discriminação; direito ao desenvolvimento; direito a um meio ambiente saudável; direito de defender os direitos humanos; transparência e acesso à informação; mecanismos gerais de consulta e participação livre, prévia e informada; prevenção e devida diligência em relação aos direitos humanos; responsabilidade e reparação efetiva; extraterritorialidade; luta contra a corrupção e a captura do Estado.[18]

Cabe destacar que a centralidade nas pessoas e vítimas de violações a direitos humanos é uma demanda perquirida há longa data pelos movimentos sociais de base, e pela primeira vez deu-se azo a tal demanda. Isso demonstra o olhar inovador da CIDH e a consonância das ações desse órgão com a perspectiva nuclear de proteção aos direitos humanos. Essa perspectiva é centrada na proteção à dignidade da pessoa humana, a qual é considerada como pressuposto para vários critérios de análise da relação entre empresas e direitos humanos, principalmente no que se refere às pessoas em situação de vulnerabilidade.

---

17 REDESCA (CIDH), Audiência pública intitulada: *La reparación de la violación de derechos humanos por empresas*, *https://www.youtube.com/watch?time_continue=2047&v=6SsbV3jV1fg&feature=emb_logo*

18 REDESCA (CIDH), "Informe sobre empresas y derechos humanos. Estándares interamericanos", Washington, OEA, 2019, *http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf*

IV. Conclusão

À guisa de conclusão, constatou-se que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos desenvolveu, nos últimos anos, inúmeras ações para elaborar parâmetros normativos destinados a auxiliar os países membros na execução de políticas que pressionem as empresas a adotarem uma gestão pautada no respeito aos direitos humanos e na efetiva reparação desses direitos em caso de violação.

Nesse escopo, a CIDH aprovou, em novembro de 2019, um relatório que estabelece os parâmetros interamericanos sobre direitos humanos e empresas, intitulado "Informe sobre empresas y derechos humanos. Estándares interamericanos", o qual pretende responder as demandas sociais pela responsabilização de empresas quando violarem direitos humanos.

Bibliografia

Bazán, Víctor, "La Corte Interamericana y su interacción con los tribunales nacionales", *Hacia la construcción del diálogo judicial. Un acercamiento al Sistema Interamericano*, México, Centro de Estudios Constitucionales-Suprema Corte de Justicia, 2015, serie Cuadernos de Regularidad Constitucional.

Bilchitz, David e Deva, Surya, "The human rights obligations of business: a critical framework for the future", em Deva, Surya e Bilchitz, David, *Human rights obligations of business,* New York, Cambridge University, 2013.

Carvalho Ramos, André de, "Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos", *Revista da Faculdade de Direito,* Universidade de São Paulo, vol. 104, 1 de janeiro de 2009.

CIDH, Convenção Americana sobre Direitos Humanos, *https://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm*

CIDH, "Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales. Protección de derechos humanos en el con-

texto de actividades de extracción, explotación y desarrollo", Washington, 2015, *http://www.oea.org/es/cidh/informes/pdfs/IndustriasExtractivas2016.pdf*

D'Ávila Lopes, Ana Maria e Campos Vasconcelos Chehab, Isabelle Maria, "Bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade: reforçando a proteção dos direitos humanos no Brasil", *Revista Brasileira de Direito*, vol. 12, n. 2, julho-dezembro de 2016, *https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1367/1004*

Fix-zamudio, Héctor, *Protección jurídica de los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1991.

OEA, "Audiencias *públicas,* reuniones de trabajo, actividades promocionales y reuniones bilaterales", *http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/041A.asp*

OEA, "Cuestionario de consulta para la elaboración del informe: Empresas y derechos humanos. Estándares interamericanos", *http://www.oea.org/es/cidh/informes/cuestionarios.asp*

OEA, "Relatorías y unidades temáticas", *http://www.oas.org/es/cidh/mandato/relatorias.asp*

OEA, "Relatoría sobre derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Origen", *http://www.oea.org/es/cidh/desca/mandato/origen.asp*

Piovesan, Flávia, *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*, 3a. ed., rev. amp. e atual, São Paulo, Saraiva, 2012.

REDESCA (CIDH), "Informe sobre empresas y derechos humanos. Estándares interamericanos", Washington, OEA, 2019, *http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf*

Timponi Cambiaghi, Cristina e Vannuchi, Paulo, "Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH): reformar para fortalecer", *Lua Nova*, São Paulo, n. 90, dezembro de 2013, *http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452013000300006&lng=en&nrm=iso* e *http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452013000300006*

El desarrollo de los derechos familiares LGBTIQ+ a través del activismo judicial: breve comparación

Víctor Manuel Vera García

Sumario. I. Bases teóricas del trabajo. II. Dignidad, igualdad y no discriminación. III. Breve historia del movimiento LGBTIQ+. IV. La producción judicial como fuerza de cambio legal. V. Reflexiones finales: el activismo judicial. Bibliografía.

I. Bases teóricas del trabajo

La idea de que las personas son titulares de derechos humanos ha ido evolucionando con el paso del tiempo y, en la realidad, no siempre fueron todas las personas titulares de los mismos. A lo largo de los años se ha presentado un fenómeno de los derechos humanos llamado "especificidad", que surge de la evolución de dichos derechos, la cual se puede clasificar, para fines académicos, en cuatro etapas.[1] La primera sería la positivación, es decir, plasmar los derechos en documentos vinculantes para los Estados; la segunda etapa es la generalización, lo que significa dotar a dichos derechos con el elemento de universalidad, que sean para todo ser humano; la tercera etapa es la internacionalización, que surge de la globalización y significa hacerlos norma aceptada en

[1] Peces-Barba Martínez, Gregorio, "El origen histórico de los derechos fundamentales", en Peces-Barba Martínez, Gregorio *et al.*, *Lecciones de derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 91.

todo el mundo. La cuarta etapa, como se mencionó, es la especificación, que se traduce en dotar de elementos al derecho que enriquezcan el entendimiento de sus alcances y contenidos.

Esta especificación se da debido a que ciertos grupos han sido marginados en el goce de sus derechos y no se les ha considerado como titulares por debidas circunstancias. Las personas gais, lesbianas, bisexuales, transexuales, transgénero, travestis, intersex y *queer* (LGBTIQ+)[2] son una de las comunidades humanas que más ha visto negado el goce de sus derechos. Los principales de ellos, aunque no los únicos, han sido los derechos familiares, con todo lo que ello conlleva, como es el poder casarse y tener hijos a través de la adopción o haciendo uno de las técnicas de reproducción asistida.

Cabe señalar que el movimiento de reivindicación de derechos LGBTIQ+ es un claro ejemplo de cómo los derechos humanos y fundamentales de grupos marginados han sido reconocidos gracias a los movimientos sociales, pasando así de una aparente neutra universalidad a una muy necesaria especificidad debida a los contextos socioculturales en que vivimos.[3]

Ahora bien, el reconocimiento de los derechos fundamentales se da principalmente a través de la legislación. Son los poderes ejecutivos los que regulan las formas, modalidades y limitaciones del goce de los derechos; sin embargo, existe otra forma de reconocimiento de los derechos humanos y fundamentales, y esta es la labor judicial. Sin entrar mucho en detalle, la labor de los juzgadores, específicamente los constitucionales, es interpretar el alcance de los derechos reconocidos en las constituciones. A su vez, los jueces internacionales hacen lo mismo con los derechos contenidos en los tratados.

---

2 El acrónimo utilizado no es restrictivo y es una decisión personal del presente investigador. Cada académico o institución usa ya sea acrónimos más cortos o largos.

3 Para más información véase Becerra Ramírez, Manuel, *Control de cumplimiento de los tratados internacionales en materia de derechos humanos*, México, UNAM, 2017, pp. 73-94 y Serrato Guzmán, Abraham Nemesio y López Sánchez, Ericka, "Del *coming out* a los derechos humanos en las demandas de las organizaciones de la sociedad del movimiento LGBT: estrategias discursivas de refugio", *Andamios*, vol. 15, núm. 37, 2018, pp. 119-144.

Derivado de la labor interpretativa de los documentos fundamentales de los países, cada vez se observa con más frecuencia el poder que tienen las cortes constitucionales o sus homologas internacionales para determinar el alcance de un derecho. Muchas veces las cortes conminan a los legisladores a aprobar leyes que se encuentren en tenor con sus resoluciones. A esta labor se le ha llamado activismo judicial.

Así pues, el presente trabajo se centrará en observar cómo a través de la labor del activismo judicial los derechos familiares de las personas LGBTIQ+ se han venido desarrollando y han permeado en la conciencia jurídica tanto de expertos como de la población en general. Se observa indirectamente también el fenómeno de la comunicación entre cortes, pues varias de las resoluciones aquí estudiadas llegan prácticamente a las mismas conclusiones.

Ahora bien, la labor de los jueces en el ámbito de los derechos familiares LGBTIQ+ ha sido bastante amplia, por ello, seleccioné algunas sentencias que en los años más recientes me han parecido las más trascendentales. Dos de ellas en ámbitos nacionales y dos de ellas en el ámbito internacional. Dichas resoluciones son: la acción de inconstitucionalidad 2/2010, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México (SCJN); *Obergefell vs. Hudgens*, de la Corte Suprema de Estados Unidos (SCOTUS, por sus siglas en inglés); *Atala Riffo y niñas vs. Chile,* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), y *Orlandi y otros vs. Italia,* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

Ahora bien, antes de hablar de estas sentencias, procedo a esbozar brevemente unos conceptos que sirven como base para entender las mencionadas resoluciones, estos son la dignidad, la igualdad y la no discriminación.

II. Dignidad, igualdad y no discriminación

Los derechos humanos tienen como fundamento la dignidad, esa idea de que cada individuo es único e irrepetible, sagrado por el mero hecho de ser quien es. Tal es la piedra angular de este constructo social que hemos denominado derechos humanos; sin em-

bargo, en un primer momento, no es tan fácil definir lo que significa este concepto, pues, aunque todos tenemos una idea vaga del mismo, no todos podemos desentrañar su significado al instante. Aunado a ello, la dignidad, a su vez, da paso a los otros pilares complementarios e indisolubles dentro de la concepción derechos humanos: la igualdad y la no discriminación. Comprender los anteriores conceptos ayuda a sentar las bases de la discusión sobre la especificidad de los derechos humanos. Estudiar la dignidad, la igualdad y la no discriminación significaría un dialogo muy amplio que no es objeto del presente trabajo, por lo cual en este texto solo daré unas pinceladas para estar en mismos términos en cuanto a los conceptos.

Primero, podemos entender fácilmente a la dignidad como un valor que damos a nosotros mismos o que damos a otras personas; sin embargo, es interesante resaltar que la dignidad es una cualidad que poseen las personas y no otros objetos o incluso otros animales no humanos. Antes de dar un concepto prefiero presentar la noción por la cual yo me decanto, y es la que más aceptación tiene actualmente: la idea de la dignidad de Immanuel Kant. En su obra *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, el filósofo alemán dice que tratamos con dignidad a un semejante cuando no lo vemos meramente como un medio, sino como un fin en sí mismo.[4] En la cotidianidad pocas veces reflexionamos sobre estas aseveraciones, pero la base de los derechos humanos radica en que el ser humano no debe ser usado para obtener un fin o no debe ser usado únicamente con ese propósito, aunque el fin sea perfectamente válido o altruista. Al salvaguardar el bienestar de cada individuo, su dignidad no entra en conflicto con el aseguramiento del bienestar general, pues la obtención del primero siempre trae consigo lo segundo.

Ahora bien, cuando se habla de igualdad debemos entenderla como la igualdad en derechos y no una igualdad real. La igualdad puede ser, a su vez, norma de principio (debe guiar a toda actuación relacionada con los derechos) y derecho subjetivo (tratamiento de igualdad que puede ser exigible). En México, el

[4] Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. de Manuel García Morente, edición de Rosario Barbosa, San José, Tecnos, 2007, p. 47.

principio y derecho a la igualdad y no discriminación se encuentra constitucionalmente consagrado en los artículos 1, 1.5, 4, explícitamente, y en el resto del documento de forma implícita. La igualdad no significa tratar a todos y todas del mismo modo por el legislador. El principio de igualdad para el legislador solo puede ser la prohibición de adoptar leyes que funden una diferencia basada en ciertas características de hecho determinadas, que en nuestro país se denominan categorías sospechosas. La Corte Constitucional italiana ha interpretado el artículo 3.1 de la Constitución italiana, que encuentra una especie de homologación con el marco constitucional mexicano en el artículo 1 constitucional. Se recuerda pues la concepción aristotélica: "casos iguales tratados de forma igual, casos diferentes de modo diferente".[5]

Esta interpretación del principio de igualdad produce tres efectos. El primero de ellos es que el principio de igualdad (y de no discriminación) es una norma de supuesto de hecho abierta. Quiere decir que es enunciativa, más no limitativa, pues se prohíbe cualquier discriminación que no sea razonable o sea injustificada. El segundo efecto es que el principio de igualdad es una norma susceptible de rebasarse, está sujeto a excepciones, siempre y cuando las distinciones que se hagan entre grupos de personas sean razonables. Por último, el principio de igualdad se convierte en un principio de razonabilidad, pues a través del análisis de razonabilidad es que se puede decir si una norma es o no inconstitucional al vulnerar el principio de igualdad. Existe el también llamado principio de equiparación, el cual se traduce en que la Constitución exige que la igualdad no solo debe ser ante la ley. También se conmina al legislador para que las desigualdades sociales se eliminen a través del derecho. Este principio busca la eliminación o, al menos, la reducción de las consecuencias desfavorables derivadas de las diferencias (políticas de equiparación social), no las diferencias mismas.[6]

La igualdad supone la no discriminación, por eso, este principio, interdependiente con el primero, está enunciado de forma

[5] Guastini, Riccardo, "Breve lección sobre la igualdad", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 4, 2013, p. 36.

[6] *Ibidem*, pp. 39 y 40.

negativa. Si bien la igualdad debe ser asegurada en toda actuación de las autoridades estatales, la no discriminación debe ser evitada activamente. Es por esto que en los tratados internacionales más relevantes y en diversas cartas fundamentales, incluyendo la mexicana, existe un listado de categorías prohibidas de discriminación, que son generalmente por las que históricamente se ha tratado de forma desigual a un grupo de personas. A estos grupos de personas se les ha considerado inferiores de alguna u otra manera y, por tanto, a lo largo de la historia no han tenido los mismos derechos (o igualdad legal) que la población dominante en territorios determinados. Estas características son enunciativas, más no están limitadas a la lista presentada, pues en cada documento siempre se deja una especie de comodín por futuras circunstancias que el constituyente o legislador no haya previsto. El hecho de que sepamos que todas las personas son iguales ante la ley, pero que en la realidad eso diste mucho de ser cierto, es lo que da como resultado la especificidad.

III. Breve historia del movimiento LGBTIQ+

Ahora bien, como se dijo en la introducción, el reconocimiento de los derechos LGBTIQ+ empezó en las calles, a través de manifestaciones públicas, para posteriormente llegar a los legisladores y los jueces.

Los movimientos de reivindicación de derechos de las personas LGBTIQ+ no surgieron sino hasta ya bien entrado el siglo pasado y tienen formalmente su origen con los disturbios ocurridos los días 27 y 28 de junio. Estos sucedieron en el bar Stonewall Inn, en el barrio neoyorquino de Greenwich Village, cuya influencia se extendió a varias partes del mundo. En México podemos citar como su origen la marcha en conmemoración de la Revolución cubana de 26 de julio de 1978, donde un grupo de 40 hombres gais y lesbianas se unieron a la misma demandando "la liberación de ciudadanos homosexuales por parte del sistema".[7] Al año siguiente se organizaría la primera marcha anual del orgullo gay en la Ciudad de México.

[7] Serrato Guzmán, Abraham Nemesio y López Sánchez, *op. cit*., p. 122.

El movimiento ha evolucionado con el paso del tiempo con sus altas y bajas debido a la crisis del virus de inmunodeficiencia humana (VIH) y una falta de acuerdos internos. De hecho, al principio solo se reconocían en el movimiento los intereses de homosexuales y lesbianas en México, y aunque *Stonewall* se señalaba como lucha en favor de gais, lesbianas y personas *trans*, la realidad es que las personas *trans* y homosexuales sufren de forma distinta y tienen sus necesidades particulares. En México, por ejemplo, no fue sino hasta 1983 que en la capital del país se organizó por primera vez una marcha dedicada a los intereses de las personas transexuales, transgénero y travestis, la cual visibilizó las necesidades de tales personas, así como los atropellos y violaciones de derechos en contra de dicho sector de la población.[8] En la actualidad, los movimientos siguen siendo tan importantes como en sus inicios, y más en regiones del mundo donde los derechos aún no han sido reconocidos o donde existe cierto grado de persecución.

En el norte de África, por ejemplo, pese a la persecución que sufren, los movimientos LGBTIQ+ encuentran formas de prosperar y difundir su mensaje, se crean sitios web en favor de las personas *trans*; asimismo, hay difusión en festivales de carácter artístico, como el Festival Chouftouhonna o el Festival Internacional de Arte Feminista LBT, de la asociación tunecina Chouf Minorities. Las redes sociales también han tomado roles interesantes al momento de crear conciencia, como los movimientos *#HomophofiaIsACrime* y *#StopArt489*, hechos virales a través de las redes sociales, o la campaña de concientización *#TenTen* para celebrar el día nacional de las personas LGBTIQ+ en Argelia. En el norte del continente los activistas han cosechado logros con el poco presupuesto que tienen (menos del 0.001% de la financiación global al activismo LGBTIQ+).[9]

La historia de lucha por el reconocimiento se sigue escribiendo, pues incluso en países donde existen una protección mayor,

---

8 *Ibidem*, p. 124.

9 Mendos, Lucas Ramón, *Homofobia de Estado 2019*, Ginebra, Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex (ILGA), 2019, pp. 89 y 90.

los problemas de la discriminación y los prejuicios siguen fuertes. Ejemplos de esto los encontramos en el continente, por ejemplo, en países como Brasil, Estados Unidos o México, donde la prohibición de discriminación y el matrimonio igualitario son una realidad más o menos establecida, tomando los discursos conservadores fuerza renovada.[10] Asimismo, en dos de los citados países (México y Brasil), la violencia es una situación cotidiana, siendo estos los países donde más homicidios por motivo de homofobia y transfobia se registran en el mundo.[11]

IV. La producción judicial como fuerza de cambio legal

En este apartado se expone cómo los derechos familiares de las personas homosexuales han ido ganando terreno a través de cuatro sentencias que reflejan y a la vez se apoyan de los cambios sociales. Primero se explican los aportes de las sentencias internas y, posteriormente, los de las homólogas internacionales.

4.1. La jurisprudencia interna

a) Acción de inconstitucionalidad 2/2010

La primera sentencia que abrió en México la discusión sobre la constitucionalidad o no de las familias formadas por personas del mismo sexo es la acción de inconstitucionalidad 2/2010. Cuando en la Ciudad de México (anteriormente Distrito Federal) se

[10] *Ibidem*, pp. 109, 119 y 120; Amnistía Internacional, *Informe 2017/18. Amnistía Internacional: la situación de los derechos humanos en el mundo*, Londres, Amnesty International Ltd., 2018, p. 31.

[11] Radi, Blas, y Sardá-Chandiramani, Alejandra, "Travesticidio/transfemicidio: coordenadas para pensar los crímenes de travestis y mujeres *trans* en Argentina", *Boletín del Observatorio de Género*, 2016; Barrientos, Jaime, "Situación social y legal de gays, lesbianas y personas transgénero y la discriminación contra estas poblaciones en América Latina", *Sexualidad, Salud y Sociedad*, Río de Janeiro, núm. 2, 2016, pp. 331-354, 338 y 339, y Brito, Alejandro, *Violencia extrema. Los asesinatos de personas LGBTTT en México: los saldos del sexenio (2013-2018)*, México, 2019, p. 13.

aprobaron las reformas al Código Civil de la entidad para permitir el matrimonio igualitario y la adopción homoparental, el procurador general de la República de aquel entonces promovió una acción de inconstitucionalidad. Este fue un momento clave para los derechos (familiares al menos) de las personas LGBTIQ+ en México. Dicha acción no prosperó, pues los artículos impugnados fueron declarados constitucionales por el tribunal, a saber, los artículos 146 (matrimonio) y 391 (adopción).

A criterio de la Corte, no pasó inadvertido que la intención del Constituyente de 1917 estimó como modelo de familia ideal la conformada por un padre, madre e hijos; sin embargo, en la realidad social pueden existir familias conformadas de distintas maneras (párr. 11). La Suprema Corte, atendiendo al artículo 4 constitucional, afirma que el interés superior "es un principio que exige del Estado, en todos sus niveles de gobierno y ámbitos competenciales, que siempre se procure su pleno respeto y, por ende, constituye una directriz para la labor legislativa".[12]

Sobre la adopción se dice que, si bien el interés superior del menor es una cuestión que prevalece sobre otras, debido a la protección constitucional especial de niños y niñas, lo cierto es que no se puede entender a la orientación sexual como un impedimento para adoptar, ya que dicha característica: "es simplemente una de las opciones que se presentan en la naturaleza humana y, como tal, forma parte de la autodeterminación y libre desarrollo de la personalidad".[13] Se continúa diciendo en ese mismo párrafo que prohibir la adopción de parejas formadas por personas del mismo sexo sería igual a restarle valor como seres humanos a las personas o a este tipo de parejas, al considerarlas nocivas para el desarrollo de los infantes, afectando así realmente el interés superior del menor en tener una familia.

Además, en el caso de la adopción, el principio del interés superior del menor exige que el universo de adoptantes se delimite sobre la base de quienes ofrezcan las condiciones necesarias para el cuidado y desarrollo del niño. La SCJN también considera que: "el Estado no está obligado a garantizar la supuesta situación

[12] SCJN, Acción de inconstitucionalidad 2/2010, párr. 313.

[13] *Ibidem,* párr. 314.

utópica y no jurídicamente asible que la demanda invoca cuando habla de la necesidad de dar al adoptado *los mejores padres posibles*".[14] Este es un buen ejemplo de cómo el lenguaje puede perpetuar la discriminación y la idea de ciudadanos de segunda clase, pues el usar la frase "los mejores padres posibles" y luego dar a entender que parejas formadas por personas del mismo sexo no lo son resultaría en violaciones graves del artículo 1 constitucional. Recordemos que en 2010 dicho artículo aún no se reformaba y las preferencias sexuales aún no formaban parte explicita de las categorías sospechosas, estaban dentro de la cláusula abierta, "cualquier otra condición".

La Corte igualmente señala que la posibilidad de adoptar por parte de parejas homosexuales, al igual que sucede con las parejas heterosexuales, no implica la autorización automática e indiscriminada para adoptar, sino que tiene que seguirse el procedimiento establecido para asegurar precisamente el interés superior del menor.[15] Respecto de las alegaciones sobre el estado de indefensión en que se encontrarían los niños, la SCJN le reitera al accionante la diversidad de familias que existen, además de que corresponde al Estado democrático eliminar las formas de discriminación presentes en la sociedad antes que excluir o negar los distintos tipos de familia que pueden existir.[16]

En 2015, la SCJN emitió una jurisprudencia insigne en el país, denominada 43/2015 (10ª) "Matrimonio. La ley de cualquier entidad federativa que, por un lado, considere que la finalidad de aquel es la procreación y/o que lo defina como el que se celebra entre un hombre y una mujer, es inconstitucional". Tal jurisprudencia es el resultado de lo dictado por el citado tribunal en el amparo en revisión 2/2010 y de otras sentencias que siguen la misma línea jurisprudencial donde se resolvió sobre la inconstitucionalidad de artículos de leyes locales en los estados de Baja California, Sinaloa, Estado de México y Colima, donde no se reconocía el matrimonio igualitario. Al final, tanto la sentencia que se comentó como la famosa jurisprudencia presentan un claro

[14] *Ibidem,* párr. 319.

[15] *Ibidem,* párr. 326.

[16] *Ibidem,* párr. 329.

ejemplo del principio de igualdad aplicado como principio de razonabilidad.

b) Obergefell vs. Hudgens

Este caso, decidido por la Corte Suprema de Estados Unidos, tiene su origen en los estados norteamericanos de Kentucky y Tennessee, donde un grupo de 14 parejas formadas por personas del mismo sexo y dos hombres cuyas parejas del mismo sexo habían fallecido, solicitaban a sus autoridades locales ya fuera que les dieran acceso al matrimonio o que respetaran sus matrimonios contraídos en otros lugares. Las autoridades se negaron a estos reclamos y los peticionarios acudieron ante sus cortes de distrito correspondientes, las cuales resolvieron que las autoridades habían violado la Decimocuarta Enmienda en perjuicio de estos. Los demandados apelaron las decisiones, que fueron unificadas y decididas por la Corte de Apelaciones del Sexto Circuito. Dicha Corte resolvió que los estados no tienen la obligación constitucional de expedir actas de matrimonio o reconocer matrimonios celebrados legalmente en otros estados por personas del mismo sexo. Así pues, a raíz de lo anterior, los demandantes buscaron *certiorati* y el caso fue remitido a la Corte Suprema para su análisis.

Obergefell vs. Hodges (576 U.S., 2015) definió el debate en Estados Unidos sobre la constitucionalidad o no de los matrimonios entre personas del mismo sexo. En esta sentencia, la Corte Suprema reconoció la importancia de que todas las parejas homosexuales del país pudieran casarse civilmente y que, en tanto no hubiera legislación vigente en ciertos estados, los matrimonios celebrados en donde ya se reconoce el matrimonio igualitario debían ser reconocidos en otros estados de la nación.

Podríamos decir que esta sentencia es la continuación de una serie de pasos que ha seguido la SCOTUS en materia de uniones y matrimonios, y cuyos criterios desarrollados, entre otros, son la evolución de los tiempos. El hecho de que este tribunal haga referencia al cambio de la sociedad pasando de principios del siglo xx, en donde las relaciones homosexuales eran mayoritaria-

mente consideradas como delitos en la Unión, a la fecha de la sentencia, en que cada vez más estados reconocen el derecho al matrimonio, hacen eco de lo que habló la SCJN en su momento: el cambio social. Podríamos decir que dos sentencias anteriores abrieron el camino para que *Obergefell* sea la decisión que resultó ser. Estas dos sentencias son *Loving vs. Virginia* y *Lawrence vs. Texas*.

La primera de estas decisiones hace referencia a los matrimonios interraciales, que hasta 1967 estaban prohibidos. La SCOTUS reconoció en tal sentencia que la prohibición del matrimonio entre personas afrodescendientes y blancas era una violación injustificada a las cláusulas de igual protección y debido proceso establecidas en la Decimocuarta Enmienda de la Constitución. Asimismo, el citado tribunal sostuvo que el derecho de las personas a casarse es un derecho fundamental y, por tanto, la prohibición fundada en cuestiones raciales no sigue un fin legítimo y es violatorio de la cláusula del debido proceso.[17] Una situación similar se produjo con la otra sentencia, *Lawrence vs. Texas*, controversia que surgió de la penalización de relaciones sexuales entre homosexuales. La Suprema Corte decidió en esta ocasión revocar un precedente que, a su criterio, había sido rebasado por otras sentencias y se concluyó que la protección de la cláusula de debido proceso, contenida en la Decimocuarta Enmienda, se extiende a los actos íntimos consensuados entre adultos realizados en lo privado.[18]

El criterio de que el matrimonio es un derecho fundamental protegido por la cláusula de debido proceso se repite en *Obergefell* y se considera el precedente de *Loving* como vinculante, haciendo la analogía del matrimonio interracial con el matrimonio entre personas del mismo sexo.[19] En el voto razonado de la mayoría de cinco miembros de la Corte, el juez Kennedy reconoce que, si bien la figura del matrimonio es ancestral, las formas que ha tomado a lo largo del tiempo van cambiando con la cultura y

17 SCOTUS, *Loving vs. Virginia* (388 U.S. 1, 1967).

18 SCOTUS, *Lawrence vs. Texas* (539 U.S. 558, 2003): *Opinion of the Court* 17 y 18.

19 SCOTUS, *Obergefell vs. Hodges* (576 U.S. 2015): *syllabus* 2, 3.

las personas. Como ejemplo está el hecho de que alguna vez el matrimonio fue un arreglo político o religioso, e incluso con el cambio del papel social de la mujer dicha figura jurídica también ha ido cambiando. De igual manera, en el fallo se observa que la actitud hacia las personas homosexuales ha cambiado a lo largo de los años.

El juez Kennedy reconoce pues que, pese a que precedentes anteriores hayan establecido que es constitucional la penalización de relaciones homosexuales y la prohibición de matrimonios igualitarios, no podemos permitir que el pasado solo gobierne el presente.[20]

En todo el cuerpo de la sentencia se presenta un debate que los juzgadores tuvieron que resolver, y es cómo debe interpretarse la Constitución, para lo cual existen dos doctrinas usadas por igual por la SCOTUS. Una es el *originalism*, que sostiene que la carta fundamental debe ser interpretada tal y como se redactó y pensó en 1787. La otra corriente, llamada *living constitutionalism*, interpreta dicho documento desde "un criterio esencialmente flexible y dinámico, dúctil, adaptado a la realidad social y al contexto político-social en el que la Constitución 'vive', *está en vigor*".[21] Al final la doctrina ganadora fue la del *living constitutionalism*, doctrina que, como veremos, ha permeado en la idea de otras cortes, no solo nacionales, sino también supranacionales.

4.2. La jurisprudencia supranacional

a) Atala Riffo y niñas vs. Chile

El primer caso que llegó a la Corte IDH sobre una persona LGBTIQ+ a la que le fueron negados derechos en su país es el de *Atala Riffo* y niñas vs. Chile, sobre el cual se dictó sentencia en febrero de 2012. Los hechos de esta sentencia se remontan al año de 2002, cuando la señora Karen Atala Riffo, quien mantenía la cus-

[20] *Obergefell vs. Hodges*: *Opinion of the Court* 6-8, 11.

[21] Delgado Ramos, David, "Obergefell contra Hodges: la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo", *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 99, 2017, p. 328.

todia de sus tres hijas, comenzó a vivir con su pareja sentimental, una mujer. Ante la situación, el padre de las niñas decidió interponer una demanda de custodia en el Juzgado de Menores de Villarrica, la cuidad donde vivían. La sentencia no resultó a favor del demandante, quien decidió apelar, y en marzo de 2004 la Corte de Apelaciones de Temuco confirmó la sentencia. Sin embargo, ese mismo año la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Chile acogió el recurso de queja y concedió definitivamente la custodia al padre de las niñas, el señor López Allendes.

Este caso desarrolla varias ideas que han sido corroboradas anterior y posteriormente al mismo, tanto por las y los juzgadores internos y externos. Ya mencioné dichos conceptos en el análisis que se realizó sobre las decisiones de los Estados, pero es importante que volvamos a señalar esto para que veamos en un panorama más amplio las tendencias que se viven respecto a las resoluciones en materia de orientación sexual, identidad y expresión de género.

Pongamos de ejemplo lo siguiente: "La Corte ha establecido, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales".[22] Observamos aquí el criterio de la doctrina del instrumento vivo o *living document* como se vio en *Obergefell,* y la referencia a la evolución de los tiempos y condiciones de vida actuales, que se asemejan al criterio de realidad social ya aludido por la SCJN. De igual manera, en esta sentencia la Corte menciona las características por las cuales está prohibido discriminar. El caso de la sentencia dice que la orientación sexual de las personas no puede ser suficiente justificación al momento de decidir sobre la capacidad de los padres para cuidar a sus hijos y, por ende, tampoco se debe tener una idea única de familia.[23]

Otro criterio interesante de la Corte IDH se relaciona con la igualdad como principio de razonabilidad, pues el tribunal señala que reconocer la igualdad hace "incompatible toda situación

[22] 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. 83.

[23] *Ibidem,* párr. 109.

que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación".[24] Asimismo, establece que la interpretación de la frase "cualquier otra condición" del artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) debe ser la más favorable para las personas, por lo cual más adelante dirá que la orientación sexual de las personas es una característica protegida por el citado tratado de derechos humanos.[25]

Como comentario final a este apartado debo decir que la Corte IDH posee, además de una función contenciosa, una función consultiva, puesto que recibe cuestiones de los Estados sujetos a su competencia sobre determinadas situaciones jurídicas respecto a las cuales se busca conocer los criterios de la Corte. En 2016, el Estado de Costa Rica solicitó a la Corte IDH que se pronunciara sobre el alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24 de la Convención Americana. Se buscaba saber si dicho tratado protegía el cambio de nombre oficial de las personas *trans* y los derechos derivados de las uniones matrimoniales homosexuales. Dentro del tema familia y matrimonio igualitario, la Corte argumentó, tomando en cuenta criterios del Tribunal Europeo y atendiendo a la realidad social y jurídica de los diversos Estados del continente americano, que, en efecto, la Convención protege a los diversos tipos de familias, incluidas aquellas formadas por personas del mismo sexo. Además, concluyó que los países sujetos a su competencia deben adecuar su sistema interno para garantizar el acceso a parejas homosexuales a todas las figuras jurídicas existentes de protección de derechos familiares.[26]

---

24 *Ibidem,* párr. 79.

25 *Ibidem,* párrs. 84, 91 y 93.

26 Corte IDH. OC-24/17. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance se los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva de 24 de noviembre de 2017. Serie A, núm. 24, párrs. 179, 199, 220, 221 y 228.

b) Orlandi y otros vs. Italia

Hasta ahora solo hay tres sentencias del TEDH que hablan sobre las uniones entre personas del mismo sexo y sobre si dichas uniones pueden ser reconocidas bajo la figura del matrimonio. Estas sentencias son *Schalk y Kopf vs. Austria*, de 24 de junio de 2010; *Oliari y otros vs. Italia,* de 21 de julio de 2015, y *Orlandi y otros vs. Italia*, de 14 de diciembre de 2017. La evolución que el Tribunal Europeo ha tenido en cuanto las uniones homosexuales es palpable en cada una de estas sentencias. No entraré muy a fondo al estudio de las dos primeras, pero es importante tenerlas presentes para notar el cambio paulatino de criterios, que no es tan notable en las cortes pasadas, pues en aquellas el cambio de criterio ha sido más visible o no ha habido un cambio en lo absoluto.

En *Schalk y Kopf vs. Austria,* de 2010, se desestimó la demanda de los peticionarios y se declaró que la falta de regulación de matrimonio igualitario en Austria al momento de la sentencia no era violatoria del artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). El principal argumento del Tribunal para no pronunciarse sobre el asunto fue la falta de un consenso europeo, puesto que al momento solo seis de los 47 Estados firmantes del tratado reconocían el matrimonio igualitario.[27] Siete años después Austria regularía en su derecho interno los matrimonios igualitarios (2017), los cuales entraron en vigor a partir del 1 de enero de 2019.[28] En *Oliari y otros vs. Italia*, el Tribunal decidió estudiar el fondo del asunto y reconoció que los Estados deben proteger legalmente a las parejas del mismo sexo, si no con el matrimonio, al menos con alguna otra forma de unión civil.[29]

Orlandi y otros vs. Italia sigue las demandas presentadas por 11 ciudadanos italianos y un ciudadano canadiense que solicitaron a la nación italiana que reconociera sus matrimonios entre personas del mismo sexo contraídos en el extranjero. Ante la negativa del reconocimiento por parte del Estado italiano, los

27 TEDH. *Schalk y Kopf vs. Austria*. Sentencia de 24 de junio de 2010, párr. 58.

28 Mendos, Lucas Ramón, *op. cit.,* p. 27.

29 TEDH. *Oliari y otros vs. Italia.* Sentencia de 21 de julio de 2015, párrs. 108 y 107.

demandantes agotaron los recursos internos.[30] Tras una respuesta negativa, los demandantes acudieron al TEDH alegando la violación de los artículos 8 (vida privada y familiar), 12 (derecho al matrimonio) y 14 (prohibición de discriminación) del CEDH.

En esta sentencia se observa que, de los miembros del Consejo de Europa, son 15 los que reconocen en su ordenamiento legal los matrimonios formados por personas del mismo sexo, mientras que 19 de ellos admiten alguna forma de unión civil de estas parejas, ya sea solo esta o junto con el matrimonio. De igual manera, recuerda la decisión tomada por la SCOTUS el 26 de junio de 2015 (*Obergefell),* cuando da cuenta del derecho comparado que se tomó en consideración al momento de resolver.[31] El Tribunal reconoce también que desde su sentencia *Schalk y Kopf*, el panorama en Europa respecto del reconocimiento de uniones homosexuales ha cambiado rápidamente, pero este cambio no se ha dado solo en dicho continente, sino a lo largo del mundo, como en América o Australia.[32] Para el Tribunal, no hay duda de que reconocer a las parejas del mismo sexo la protección legal es obligación de los Estados.

Cuando se refiere al reconocimiento legal de matrimonios contraídos fuera del Estado, el Tribunal recuerda que no existe un consenso europeo en la materia, pese a lo que en párrafos atrás declaraba. Por tanto, los países poseen un margen de apreciación amplio al momento de decidir sobre el reconocimiento; sin embargo, dejar en el vacío legal a estas parejas significa no tomar en consideración *la realidad social* de la situación. Por ende, dichas parejas se encontraron con una serie de dificultades en su vida diaria y así el Estado italiano vulneró el artículo 8 del CEDH.[33]

Esta sentencia es un ejemplo de un activismo judicial moderado, si se puede llamar así. A diferencia de las otras resoluciones, la del TEDH es bastante cuidadosa en lo que se refiere a sus atribuciones. Esto es así debido a que el panorama jurídico inter-

30 TEDH. *Orlandi y otros vs. Italia*. Sentencia de 14 de diciembre de 2017, párr. 65.

31 *Ibidem*, párrs. 110, 111 y 115.

32 *Ibidem*, párr. 204.

33 *Ibidem*, párrs. 205, 209 y 211.

nacional europeo es distinto al americano. El Tribunal se preocupa más por no excederse y apegarse lo más posible a lo que el CEDH estipula sobre los determinados derechos humanos protegidos. Por ello, si el Convenio no especifica qué debe entenderse por matrimonio, el Tribunal decidirá que es mejor dejar que cada Estado regule sus cuestiones internas, siempre apegándose a los límites generales del tratado que los vincula. Tenemos así el principio del margen de apreciación, pero también el otro que permea dentro del Sistema Europeo, que es el consenso europeo. Este principio se traduce en que, mientras no haya un común acuerdo entre los países que forman el Consejo de Europa, el Tribunal no puede definir ciertas cuestiones. En el tema del matrimonio se ha avanzado y el citado órgano ahora reconoce que, si bien cada Estado cuenta con autonomía para decidir su ordenamiento jurídico, la realidad social obliga a no pasar por alto la realidad de muchas personas. Por lo demás, algunos académicos consideran que no falta mucho para un reconocimiento jurisprudencial de los matrimonios igualitarios por parte del Sistema Europeo.[34]

V. Reflexiones finales: el activismo judicial

A lo largo de estas breves líneas se ha observado la necesidad que tienen las personas LGBTIQ+ de ver reconocidos sus derechos fundamentales. Así, dicha necesidad empieza con las luchas de reivindicación que se dan a través de los movimientos sociales. Estos movimientos, a su vez, permean en la sociedad y llegan hasta los gobiernos por medio de los legisladores y los jueces.

En este trabajo se observó la labor de reconocimiento de derechos a través de la actuación judicial y, más en específico, el activismo que se realiza mediante las sentencias. Se esté o no de acuerdo con dicha práctica, se debe reconocer que su impacto en la vida de muchas personas es palpable. No solo se está interpretando un derecho y un documento (Constitución o tratado de

[34] Hamilton, Frances, "Same-sex marriage, consensus, certainty and the European Court of Human Rights", *European Human Rights Law Review*, 2018, p. 22.

derechos humanos), sino que se está generando conocimiento jurídico a través de los razonamientos de distintas cortes.

Por si eso fuera poco, se demuestra también que se está viviendo una época de cambios acelerados. La reflexión que queda del presente ejercicio es que las legislaciones se han visto rebasadas por estos cambios. Ya sea porque se quedan enfrascadas en debates interminables sobre valores éticos y morales de una sociedad renuente al cambio, o porque simplemente el aparato democrático se encuentra enfrascado en discusiones más *apremiantes*.

Ahora bien, tal vez la discusión que genera el reconocimiento a los derechos familiares LGBTIQ+ no se sienta como una urgencia; sin embargo, no se puede dejar de pensar en que, si en un tema aparentemente tan mundano los aparatos legislativos no trabajan con la premura debida, ¿qué se puede esperar de temas más controvertidos y acelerados, como lo son las técnicas de reproducción asistida o la privacidad en el mundo digital? La respuesta debe venir rápido, antes de que la naturaleza cambiante del ser humano pase por encima de las regulaciones constitucionales e internacionales.

Bibliografía

Amnistía Internacional, *Informe 2017/18. Amnistía Internacional: la situación de los derechos humanos en el mundo*, Londres, Amnesty International Ltd., 2018.

Barrientos, Jaime, "Situación social y legal de gays, lesbianas y personas transgénero y la discriminación contra estas poblaciones en América Latina", *Sexualidad, Salud y Sociedad*, Río de Janeiro, núm. 22, 2016.

Becerra Ramírez, Manuel, *Control de cumplimiento de los tratados internacionales en materia de derechos humanos*, México, UNAM, 2017, *http://148.202.167.116:8080/xmlui/handle/123456789/1078*

Brito, Alejandro, *Violencia extrema. Los asesinatos de personas LGBTTT en México: los saldos del sexenio (2013-2018)*, México, Letra S, Sida, Cultura y Vida Cotidiana, 2019.

Delgado Ramos, David, "Obergefell contra Hodges: la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo", *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 99, 2017.

Guastini, Riccardo, "Breve lección sobre la igualdad", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 4, 2013.

Hamilton, Frances, "Same-sex marriage, consensus, certainty and the European Court of Human Rights", *European Human Rights Law Review*, 2018.

Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. de Manuel García Morente, edición de Rosario Barbosa, San José, Tecnos, 2007.

Manzano Barragán, Iván, "La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre orientación sexual e identidad de género", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXIV, núm. 2, 2012.

Mendos, Lucas Ramón, *Homofobia de Estado 2019*, Ginebra, Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex (ILGA), 2019.

Peces-Barba Martínez, Gregorio, "El origen histórico de los derechos fundamentales", en Peces-Barba Martínez, Gregorio *et al*., *Lecciones de derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004.

Radi, Blas, y Sardá-Chandiramani, Alejandra, "Travesticidio/transfemicidio: coordenadas para pensar los crímenes de travestis y mujeres *trans* en Argentina", *Boletín del Observatorio de Género*, 2016.

Serrato Guzmán, Abraham Nemesio y López Sánchez, Ericka, "Del *coming out* a los derechos humanos en las demandas de las organizaciones de la sociedad del movimiento LGBT: estrategias discursivas de refugio", *Andamios*, vol. 15, núm. 37, 2018, *http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-00632018000200119&lng=es&tlng=en*

PARTE III

Diritti umani
e omissioni del legislatore

Derechos humanos
y omisiones del legislador

Direitos humanos
e omissões do legislador

Análisis de la figura del preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su uso en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México

Oscar Guillermo Barreto Nova

Sumario. I. Cuestiones previas. II. Fechas clave en la elaboración de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. III. La figura del preámbulo en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. IV. El uso del preámbulo en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. V. Conclusión. Bibliografía.

I. Cuestiones previas

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) es el documento pilar para la protección de los derechos de las personas en el continente americano. En otras palabras, es el instrumento base del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos;[1] asimismo, es una manifestación de la creación del derecho internacional por parte de los Estados.[2]

---

1 García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos 2009-2011,* 4a. ed., México, Porrúa, 2015, p. 20.

2 Ibáñez Rivas, Juana María, *Control de convencionalidad,* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-CNDH, 2017, p. 6.

Este texto tiene su origen en la mitad del siglo xx. A nivel internacional, la CADH representa la culminación de un proceso en el continente americano que inicio al término de la Segunda Guerra Mundial, cuando los Estados americanos se reunieron en México y decidieron que una declaración sobre derechos humanos debería ser redactada.[3] En este contexto, Nogueira Alcalá señala lo siguiente:

> Fue la Segunda Guerra Mundial y la conmoción de sus consecuencias en las personas y sociedades, lo que genero la toma de conciencia general de la necesidad de control de la potencia del poder estatal por la comunidad internacional, constituyéndose instancias internacionales de protección frente a la magnitud del daño producido a los seres humanos por sus propios gobernantes, asegurando progresivamente la dignidad y los derechos humanos de toda persona, proclamando la universalidad de tales derechos.[4]

Con base en lo anterior, se puede identificar un paquete —por llamarlo de alguna manera— de textos cuyo propósito es la protección de los derechos de las personas. Dichos documentos son los siguientes:

> La Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, adoptada en 1948; la Convención sobre Estatuto de los Refugiados, adoptada en 1951; la Convención sobre Derechos Políticos de la Mujer, adoptada en 1953; la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (sic), adoptado en 1954; la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, adoptada en 1968; la Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la esfera de la Enseñanza (sic), adoptada en 1960; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada en 1965; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada en 1979; la Convención contra la Tortura y Otros

[3] Steiner, Christian y Uribe, Patricia (coords.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario,* México, SCJN-Fundación Konrad Adenauer, 2014, p. 6.

[4] Nogueira Alcalá, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales,* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2018, pp. 5 y 6

> Tratos Crueles Inhumanos o Degradantes, adoptada en 1984; la Convención sobre los Derechos del niño, adoptada en 1989; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar, y Erradicar la Violencia contra la Mujer, adoptada en 1994, y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en 1994.[5]

Aunado a lo anterior, surgirían para la protección de los derechos humanos en el ámbito universal los siguientes instrumentos internacionales: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales, de la Organización de las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 1966.

En el ámbito americano se estableció la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de San José de Costa Rica, de 1969, y posteriormente el Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de San Salvador, de 1988.[6] Con base en lo anterior, es posible estar de acuerdo con Bartolomé Clavero cuando señala lo siguiente:

> Los derechos humanos tienen una fecha de concepción, aunque todavía sea germinal. Se sitúa en 1945, en el momento en que la flamante organización de las Naciones Unidas los adopta como principio y fundamento en su Carta fundacional: << Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos [...] a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas.[7]

De lo señalado por el autor se puede apreciar el compromiso de los Estados en el preámbulo de la Carta fundacional, que consiste en apostar por los derechos fundamentales. En el mismo sentido, Giorgio Pino señala que "La voluminosa producción de Pactos y Convenios, internacionales o regionales que, por lo menos a partir de finales de la Segunda Guerra Mundial han coloca-

---

5 *Ibidem*, pp. 7 y 8

6 *Ibidem*, p. 7.

7 Bartolomé Clavero, Salvador, *Derecho global. Por una historia verosímil de los derechos humanos,* Madrid, Trotta, 2014, p. 224.

do a los derechos fundamentales (o 'derechos humanos' al centro de las problemáticas del derecho internacional".[8]

Los tratados de derechos humanos "persiguen el establecimiento de un orden publico común a las partes, que no tienen por destinatario a los Estados, sino a los individuos".[9] Como se podrá apreciar, la tendencia fue ir abarcando una mayor protección de derechos y de grupos en situación vulnerable. Así las cosas, en el ámbito americano, la elaboración de la CADH pasó por un proceso de creación que conllevó un periodo considerable.

II. Fechas clave en la elaboración de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

En párrafos anteriores pudimos identificar diversas fechas clave para el nacimiento de la CADH.

La primera fecha clave es el año de 1945. El hecho consiste en la Conferencia Interamericana celebrada en México en ese año, la cual encomendó al Comité Jurídico Interamericano la preparación de un proyecto de Declaración.[10]

La segunda fecha importante fue el año de 1959, pues en esta anualidad se retomó la idea de la elaboración de la declaración en la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores que se reunió en Santiago de Chile.[11]

La tercera fecha clave fue el año de 1967, porque la Comisión presentó un nuevo proyecto de Convención.[12]

Una cuarta fecha clave fue el año de 1969, cuando la Organización de los Estados Americanos (OEA) convocó a una Confe-

8 Pino, Giorgio, *El constitucionalismo de los derechos. Estructura y límites del constitucionalismo contemporáneo*, trad. de César E. Moreno More, Lima, Zela, 2018, p. 42.

9 Nikken, Pedro, cit. en Ibáñez Rivas, Juana María, *op., cit*., p. 7.

10 Corte IDH-CIDH, *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el Sistema Interamericano*, San José, Secretaría de la Corte IDH, 2018, p. 21.

11 *Idem*.

12 *Ibidem*, p. 22.

rencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, la cual se reunió en San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre.[13] En dicha reunión, los delegados de los Estados miembros de la OEA redactaron la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual entró en vigor el 18 de julio de 1978.[14] De esta manera, la CADH surge como el documento que a la postre influiría de manera radical en la protección de los derechos de las personas a lo largo de la mayoría del continente.

Identificadas las fechas clave para el nacimiento de la CADH, es necesario precisar que el camino para la redacción no fue fácil, pues, como en toda creación humana, existen diversas posturas y puntos de vista que en ocasiones constituyen puntos de desacuerdo. En este sentido, la CADH no fue la excepción. Recuperando las ideas de Kathryn Sikkink al respecto, señala:

> Empezar por las normas internacionales existentes que han sido redactadas a partir de debates y consultas exhaustivas entre muchos estados tiene la virtud de ser menos etnocéntrico que hacer que el análisis sustituya sus propios criterios normativos. Al examinarlo de cerca, el proceso de redacción e implementación del derecho internacional de los derechos humanos también brinda un modelo de procesos deliberativos de gobernanza y cambio global, no violento y no coercitivo que pueden ser útiles para otras áreas. Pero precisamente debido a que es deliberativo y no coercitivo, el cambio en los derechos humanos ha sido y será lento.[15]

Un ejemplo de la participación, discusión y debate por parte de los Estados en la elaboración del texto de la CADH fue el del artículo 1 de dicho instrumento. Muestra de lo anterior es el siguiente fragmento:

> En los trabajos preparatorios *(travaux préparatoires)* del Proyecto de Convención Americana sobre Derechos Humanos este precepto fue abordado en diversas oportunidades por las representaciones

[13] *Idem*.

[14] Steiner, Christian y Uribe, Patricia (coords.), *op. cit*., p. 6.

[15] Sikkink, Kathryn, *Razones para la esperanza. La legitimidad y efectividad de los derechos humanos de cara al futuro,* trad. de Sebastián F. Villamizar Santamaría, Buenos Aires, Siglo XXI, 2018, p. 30.

> estatales que se dieron cita en el marco de la Conferencia Especializada de Derechos Humanos celebrada en San José de Costa Rica en 1969. Así, por ejemplo, la representación de Uruguay expresó que la primera versión del Proyecto de Convención presentado por la Comisión Interamericana habría podido ser completado con el agregado de que *"nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieren por razones de interés general"*. Por su parte, Ecuador, sugirió que el artículo 1 del proyecto de Convención fuera remplazado por los párrafos 2 y 3del artículo 2 del Pacto internacional (sic) de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas.[16]

Ahora bien, respecto al artículo 1.2, el Estado de Chile señaló:

> Que era necesario especificar que al hablar de "personalidad jurídica" el vocablo no era un atributo de las llamadas *"asociaciones o personas morales"* toda vez que se había dedicado conceptualizar a las personas como "todo ser humano", por lo que se debía señalar y aclarar que "toda persona es capaz de adquirir derechos y de contraer obligaciones,[17]

Como se podrá apreciar, el texto de la CADH se fue nutriendo de las diferentes posturas, aportaciones y sugerencias de los Estados americanos, incluso fue congruente con los textos de los tratados del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos.

En este sentido, se tiene lo siguiente:

> La Convención Americana siguió una redacción en parte similar a la del artículo 2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos que contempla que *"cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete[n] a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto*.[18]

---

16 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Pelayo Möller, Carlos María, *Las obligaciones generales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Deber de respeto, garantía, y adecuación de derecho interno),* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-CNDH, 2017, p. 21.

17 *Ibidem,* p. 22.

18 *Ibidem,* p. 9.

Con base en lo anterior, se puede afirmar que el proceso de gestación de la CADH fue atravesando por dos tipos de etapas: generales y particulares. En las primeras se pueden incluir los puntos históricos para su conformación, es decir, las diferentes reuniones, conferencias y proyectos. En las segundas se incluyen los debates, las aportaciones y las discusiones de los Estados en la elaboración propiamente del texto.

Ahora bien, en las líneas siguientes se analizará uno de los elementos en la estructura de la CADH, esto es, el preámbulo del tratado internacional, lo cual obedece al objetivo general de este trabajo.

III. La figura del preámbulo en la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Por estructura de la CADH me refiero a las partes que componen este tratado, las cuales se identifican de la siguiente manera: *a)* preámbulo; *b)* articulado, y *c)* protocolos. A su vez, se pueden identificar subapartados en cada uno de los componentes anteriores; sin embargo, no es objeto de estudio del presente texto identificar y aislar estos subcomponentes.

Como ya se ha señalado el objetivo de este texto, me enfocaré únicamente en el análisis de la figura del preámbulo del también denominado "Pacto de San José", dada la importancia de este tratado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

3.1. Preámbulo

Para desarrollar este apartado, en primer lugar se parte de una definición del concepto "preámbulo" establecida por la doctrina; en segundo lugar, se abarcarán cuestiones generales, y en último lugar se realizará un análisis del preámbulo de la CADH.

Para dar cumplimiento al punto anterior se ofrece un concepto acerca de lo que es un preámbulo, el cual es proporcionado por Augusto Hernández Becerra: "[...] texto, breve o extenso, que suele anteceder a las disposiciones constitucionales, redac-

tadas a continuación en forma de artículos ordenados numéricamente. El preámbulo es la parte inicial del texto constitucional y tiene como función anunciar, justificar y explicar lo esencial de la Constitución".[19]

Con base en la idea anterior, se deduce que no hay un tamaño específico para el texto del preámbulo, lo que sí, es que antecede a los artículos de la Constitución, por ende, se puede encontrar en un primer lugar respecto al articulado; sin embargo, el preámbulo de la CADH fue discutido posterior al articulado de la Convención.[20]

Para propósitos del presente trabajo, es posible sustituir el concepto de Constitución por el de tratado internacional, pues el preámbulo tiene la misma función tanto en el primero como en el segundo de los conceptos, es decir, proporciona un porqué y un para qué de estos textos fundamentales. En las líneas siguientes se abordará lo que se estima son cuestiones generales acerca del preámbulo.

3.1.1. Cuestiones generales sobre la figura del preámbulo

Para Peter Häberle,[21] la característica del contenido de los preámbulos es la formulación de posturas valorativas, ("altos") ideales.[22] En este sentido, concuerda con Hernández Becerra, porque el egresado de la Universidad Externado de Colombia resalta lo siguiente: "En ocasiones relata antecedentes, normalmente fija propósitos u objetivos, está impregnado de principios y valores, y no es raro que revele una posición filosófica o ideo-

19 Hernández Becerra, Augusto, "Título y preámbulo de la Constitución colombiana", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. LXVII, núm. 269, septiembre-diciembre de 2017, p. 703.

20 *Cfr*. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Pelayo Möller, Carlos María, *op. cit*., pp. 35 y 36.

21 Häberle, Peter, *El Estado constitucional,* 2a. ed., trad. de Héctor Fix-Fierro, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2018, p. 258.

22 Häberle pone de ejemplo de idea de valores e ideales, a la Constitución de Japón de 1946.

lógica, e incluso se anticipe a proclamar algunos derechos fundamentales".[23]

No obstante lo anterior, es necesario preguntarse qué utilidad tiene un preámbulo en lo general y cuál es la utilidad del preámbulo de la CADH en particular. La importancia del preámbulo ha sido tal que influyó en la creación de la idea del *bloc de constitutionnalité* en Francia. La edificación de esta categoría surgió de manera instrumental para responder a una exigencia específica del ordenamiento francés. En efecto, derivado de la Constitución francesa de 1958 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (la que se remite a su Preámbulo).[24]

En este orden de ideas, Humberto Quiroga Lavié pone de manifiesto que la doctrina constitucional ha venido discutiendo sobre el valor jurídico de los "preámbulos" con que las constituciones suelen abrir su contexto normativo.[25] Ante la disyuntiva anterior, se puede ofrecer diversas respuestas: *i)* sentido formal; *ii)* una a partir del decisionismo, y *iii)* una posición intermedia.

La postura formal le niega al preámbulo valor jurídico alguno, entendiéndolo solo como portada simbólica del texto constitucional;[26] la posición extrema a la manera del decisionismo de Karl Schmitt, quien le otorga pleno carácter normativo, en la medida en que en él se encuentran consagradas las decisiones políticas fundamentales.[27] En la posición intermedia los preámbulos no pueden ser invocados para ampliar los poderes del Estado, pero sí para interpretar el alcance de los establecidos en la ley fundamental.[28]

---

23 Hernández Becerra, Augusto, *op. cit.,* p. 703.

24 Astudillo, César, *El bloque y el parámetro de constitucionalidad en México,* México, Tirant lo Blanch, 2014, p. 23.

25 Quiroga Lavié, Humberto, *Derecho constitucional latinoamericano,* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1991, p. 9.

26 *Idem.*

27 *Idem.*

28 *Idem.*

Hasta aquí se ha señalado la función de los preámbulos en el ámbito constitucional;[29] sin embargo, hay que tomar en cuenta la idea de Peter Häberle, en el siguiente sentido:

> [...] se muestran los preámbulos como "proporciones de fe" de una comunidad política, y no solo en las referencias a Dios y a la responsabilidad ante él y los seres humanos, sino también en otras cláusulas de reconocimiento, que expresamente reafirman "su profunda fe en estas libertades fundamentales" (así el preámbulo de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950) objetivizan declaraciones de voluntad próximas a tales reconocimientos o normativizan deseos y esperanzas subjetivos.

En efecto, a lo largo de la historia de los textos fundamentales, podemos advertir que algunos preámbulos hicieron referencia a determinada divinidad. Becerra Hernández[30] hace mención de ello, lo cual es oportuno traer a colación a guisa de ejemplo.

> Preámbulo del Código de Hammurabi (1792-1750 a.C., fragmento):
>
> Yo soy Hammurabi: El Pastor Elegido del divino Enlil el rey poderoso, Sol de Babilonia que hace amanecer la luz sobre el País de Súmer y Acad, rey sometedor de los Cuatro Cuadrantes, el protegido de Ishtar. Cuando Marduk me mandó a gobernar el pueblo, a enseñarle al País el buen camino, yo hice de la Verdad y la Equidad el asunto más importante: me ocupé del bienestar del pueblo...

Sin embargo, como se refirió, la segunda posguerra trajo una nueva manera de escribir los textos constitucionales y, en consecuencia, los preámbulos. De manera específica, se enfocaban en lo siguiente: "Pretenden hacer justicia a la necesidad de identidad y de hacer presente la historia que tiene el ser humano, no en el sentido de un tratamiento científico para un público especializado, sino más bien en el sentido de una historia que "se sienta comprometida con el lego".[31]

---

29 Para ahondar en el tema es recomendable la lectura del texto de Tajadura Tejada, Javier, "La función política de los preámbulos constitucionales", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional,* núm. 5, julio-diciembre de 2001.

30 Hernández Becerra, Augusto, *op. cit.,* p. 703.

31 Häberle, Peter, *op. cit.,* p. 260.

Como ejemplo de la idea anterior tenemos los siguientes preámbulos:

1) Invocan la representación del pueblo (Argentina; Brasil; Costa Rica; Cuba: del pueblo trabajador, de los aborígenes, de los patriotas; Ecuador; El Salvador; Guatemala; Haití; Honduras; Nicaragua; Paraguay; Venezuela; Perú).[32]

2) Asegurar el respeto a la dignidad de la persona humana (El Salvador; Guatemala: la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social; Haití; Honduras; Paraguay; Perú; Venezuela).[33]

3.1.2. El preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Una vez señalado lo que es un preámbulo y el contenido de estos textos, se analizará lo correspondiente respecto del preámbulo de la CADH.

En este sentido, Javier García Roca señala que la relevancia del preámbulo de los tratados internacionales de derechos humanos es indiscutible, toda vez que aluden, por lo regular, a un contexto hermenéutico desde el cual debe comprenderse el tratado antes de interpretar sus normas.[34]

Lo anterior es de suma importancia, pues, dadas las condiciones históricas en las que surgen los tratados y a las que ya se ha hecho referencia, no basta que se interprete un tratado conforme a los métodos tradicionales con los que se hace la interpretación jurídica, sino que el juez que haga operaciones con estos instrumentos deberá atender al objeto y fin,[35] que por lo regular se en-

---

[32] Quiroga Lavié, Humberto, *op. cit*., p. 9.

[33] *Ibidem*, p. 10. Para ver un análisis más detallado de los preámbulos y sus contenidos en las constituciones latinoamericanas véase Quiroga Lavié, Humberto, *op. cit*., pp. 9-13.

[34] Citado en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Pelayo Möller, Carlos María, *op. cit*., p. 35.

[35] Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 31, puntos 1 y 2, que a la letra establecen: Regla general de interpretación 1. Un tratado

cuentra plasmado en el preámbulo (habrá quien señale que se trata de una interpretación teleológica).

Entonces, es posible decir que el texto del preámbulo de la CADH es descriptivo y no prescriptivo,[36] puesto que no se advierte ningún tipo de modalidad deóntica.[37] Lo anterior se puede entender en las siguientes palabras: "En la doctrina más aceptada en el ámbito del derecho internacional público, la enumeración que se realiza en los preámbulos no es un lugar adecuado para describir obligaciones, la cuales se encuentran usualmente en la parte operativa de los artículos del tratado o incluso en sus anexos".[38]

Señalado lo anterior, es posible recuperar el concepto de *impronta espiritual* del que habla Hans Nawiasky. A dicho concepto el autor lo define como el estado de intereses materiales y sociales dado, tal como se ha desarrollado históricamente.[39] Lo relevante de traer el pensamiento del teórico austriaco es que se puede vincular su concepto con el preámbulo de la convención para darle un soporte iusfilosófico, aunado a la explicación que de dicho concepto ofrece la doctora María Magdalena Espinoza y Gómez, y que es del tenor siguiente: "Es el orden social de va-

deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los t6rminos del tratado en el contexto de 6stos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprender, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos.

36 "Descriptivo o (cognoscitivo) es un enunciado que formula y transmite informaciones sobre el mundo ('La nieve es blanca', 'La nieve es azul'). Prescriptivo (normativo, directivo) es un enunciado dirigido a modificar el comportamiento de los hombres ('No matar', 'Prohibido fumar', etc.)." Guastini, Riccardo, *Teoría analítica del derecho. Estudios,* trad. de César E. Moreno More, Lima, Zela, 2017, p. 4.

37 "Son aquellas cuyo contenido establece las conductas que se permiten o que se deben de realizar, ya sea en sentido positivo o en sentido negativo. Esto es, una conducta positiva implica un "hacer", en tanto que una conducta negativa implica un "no hacer". Burgoa Toledo, Carlos Alberto, *Argumentación para los agravios de defensa jurídica.* México, Thomson Reuters, 2018, p. 29.

38 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Pelayo Möller, Carlos María, *op. cit*, p. 35.

39 Citado por Espinosa y Gómez, Magdalena de Lourdes, *La neurofenomenología: cuerpo-cerebro, mente conciencia,* México, UNAM-Fes Acatlán, 2012, p. 79.

lores, como las aspiraciones que permiten que un grupo se fije una meta común que logre conciliar los intereses, haciendo a un lado las diferencias, logrando hablar de un nosotros gracias a los vínculos [...]".[40]

La idea anterior tiene íntima relación con lo que se ha dicho sobre el concepto del preámbulo y, además, de la lectura del texto del preámbulo se puede extraer lo siguiente:

1. Toma como punto de partida los derechos del hombre como base para una sociedad democrática, implícitamente reconoce tanto a los derechos civiles y políticos como a los derechos sociales para evitar regímenes autoritarios.
2. Proclama la universalidad de los derechos de fuente convencional para todas las personas y la justicia internacional como subsidiaria frente al derecho interno.
3. Es congruente con los principios contenidos en diversos textos en materia de derechos humanos, tales como la Carta de la Organización de los Estados Americanos,[41] la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre[42] y la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH).[43]
4. Es congruente con lo que dispone la DUDH, en el sentido de que deben existir condiciones para la realización de los derechos civiles y políticos, así como los económicos, sociales y culturales.
5. Hace referencia a la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria de Buenos Aires, donde se aprobó que una Convención Interamericana sobre derechos humanos se-

---

40 *Idem*.

41 Este tratado internacional entró en vigor para México el 13 de diciembre de 1951.

42 La Declaración fue aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, Colombia, en 1948.

43 La Declaración fue aprobada y proclamada en la CLXXXIII sesión plenaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948. Las tres citas anteriores fueron tomadas de *Compilación de Instrumentos Internacionales, t. I: Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México, SCJN-Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2012, pp. 41, 113 y 157.

> ría la encargada de definir la competencia y estructura de los órganos de la materia.[44]

Además de los puntos anteriores, "[E]l preámbulo de la CADH contiene los principios y valores desde el punto de vista filosófico que iluminan el texto de la Convención".[45] Como se puede apreciar, el preámbulo de la CADH dota de contenido extra articular al texto del tratado, lo cual se da al enmarcar en un contexto axiológico el propósito y fin de dicho documento.

IV. El uso del preámbulo en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

En este apartado se realizará un análisis de las tesis, ya se aisladas o de jurisprudencia, emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), en el entendido de que quedan excluidas las tesis que no hayan sido emitidas por el Pleno, la Primera Sala o la Segunda Sala del alto tribunal, lo cual obedece al principio de obligatoriedad de la jurisprudencia contenido en el artículo 217 de la Ley de Amparo, párrafo primero. Lo anterior se hará en dos vertientes.

En primer lugar, se identificarán las categorías con las que SCJN ha entendido y usado el concepto del preámbulo, en un sentido amplio, a lo largo de las diferentes épocas del *Semanario Judicial de la Federación*, así como la manera en que se ven reflejados en la jurisprudencia, por lo que, de ser necesario, se transcribirá la parte conducente de la tesis. Lo anterior tiene por objetivo evidenciar cómo ha sido utilizado el preámbulo a lo largo de la historia del máximo Tribunal del país.

---

44 Dicha conferencia fue realizada el 27 de febrero de 1967.
Artículo 112. Habrá una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia. // Una convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como los de los otros órganos encargados de esa materia, *www.oas.org/dil/esp/tratados_B-31_Protocolo_de_Buenos_Aires.htm*

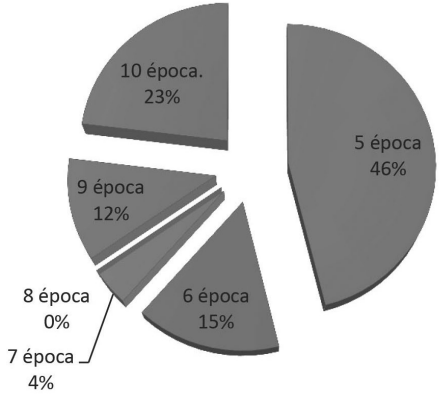
45 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Pelayo Möller, Carlos María, *op. cit.*, p. 35.

En segundo lugar se evidenciará, en su caso, el uso del término preámbulo por la SCJN y cuál ha sido el impacto en las tesis emitidas. Ello tiene por objetivo demostrar en qué medida la SCJN utilizó este concepto cuando resuelve los casos sometidos a su competencia.

Los dos puntos anteriores se realizaron con base en una búsqueda de manera literal en el *Semanario Judicial de la Federación*, el 8 de diciembre del 2019, del concepto "Preámbulo", y se delimitó competencialmente únicamente a la SCJN como órgano jurisdiccional, lo que arrojo un total de 26 elementos.[46]

Para llevar a cabo lo establecido en la primera de las vertientes señaladas, se va a identificar las épocas del *Semanario* en las que aparece el concepto de referencia. Lo anterior tiene una delimitación temporal de 1933 a 2018. En este sentido, se tienen los siguientes resultados:

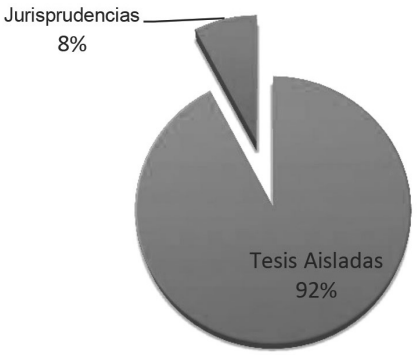
Gráfico 1. Aparición del concepto "preámbulo" por Época del *Semanario Judicial de la Federación*



Fuente: elaboración propia con los datos recuperados del link precisado en la nota a pie de página 47.

[46] Los resultados de la búsqueda pueden ser consultados en el siguiente link: *https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Paginas/ResultadosV2.aspx?Epoca=1e0e0f8f8f8f8f8&Apendice=1000000000000&Expresion=PREAMBULO&Dominio=Rubro,Texto&TATJ=2&Orden=1&Clase=TesisBL&bc=Jurisprudencia.Resultados&TesisPrincipal=TesisPrincipal&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,3,4&Hits=20&Index=1&LND=2009282*

Gráfico 2. Relación conforme al tipo de tesis



Fuente: elaboración propia con los datos recuperados del link precisado en la nota a pie de página 47.

El 46%, correspondiente a la Quinta Época del *Semanario Judicial de la Federación*, equivale a 12 tesis, cada una de las cuales es una tesis aislada, y de cuya lectura se puede observar que en ninguno de los criterios emitidos por la SCJN en dicha Época hace referencia al preámbulo de los tratados internacionales. Sin embargo, el primer antecedente del concepto de preámbulo se aprecia en la tesis con número de registro 815127, y en la cual se habla del preámbulo en los siguientes textos: *i)* contratos;[47] *ii)* escritura;[48] *iii)* sentencia;[49] *iv)* demanda;[50] *v)* demanda de amparo;[51] *vi)* reglamento,[52] y *vii)* artículos[53].

47 Pleno, Quinta Época, 815127 Tesis Aislada (Civil).

48 Pleno, Quinta Época, 362265, Tesis Aislada (Civil).

49 Segunda Sala, Quinta Época, 331640, Tesis Aislada (Común).

50 Cuarta Sala, Quinta Época, 376250, Tesis Aislada (Laboral).

51 Segunda Sala, Quinta Época, 325601, Tesis Aislada (Común Administrativa).

52 Cuarta Sala, Quinta Época, 371003, Tesis Aislada (Laboral), además de las tesis: Cuarta Sala, Quinta Época, 371002, Tesis Aislada (Laboral), Rubro. Cuarta Sala, Quinta Época, 371004, Tesis Aislada (Laboral), Rubro. Cuarta Sala, Quinta Época, 371001, Tesis Aislada (Laboral), Cuarta Sala, Quinta Época, 370997, Tesis Aislada (Laboral).

53 Primera Sala, Quinta Época, 302428, Tesis Aislada (Penal), además de la tesis: Primera Sala, Quinta Época, 302428, Tesis Aislada (Penal).

De lo anterior se desprende que, por obvias razones que implican circunstancias de tiempo, no es posible retomar el preámbulo de la CADH. No obstante, el concepto "preámbulo" sí fue utilizado haciendo referencia a otros textos, como se dejó ver en líneas anteriores. Dichos textos, en poca o nula medida, tienen relación con la protección de los derechos de las personas, excepcionando lo que corresponde a la demanda de amparo.

Durante la Sexta Época, correspondiente al 15% de las tesis vinculadas con el concepto de preámbulo, se encontraron cuatro criterios, lo cuales hacen referencia a los siguientes textos: *i)* contrato de trabajo;[54] *ii)* artículo del Código Civil del Estado de Tabasco;[55] *iii)* conducta para cuadrar el tipo penal,[56] *iv)* reglamentos expedidos por el Ejecutivo Federal.[57] Lo anterior arroja que en este periodo la Suprema Corte no utilizó el texto del preámbulo de ningún tratado internacional; no obstante, el concepto "preámbulo" sí fue utilizado haciendo referencia a otros textos, como se dejó ver en líneas anteriores.

En la Séptima Época solo se encontró un criterio, referente al preámbulo del artículo 123 constitucional,[58] lo que representa el 4% de la población estudiada. De lo anterior se puede advertir que el preámbulo de ningún tratado internacional fue utilizado por la Suprema Corte.

En la Octava Época no se encontró ningún criterio, con lo cual se puede aseverar que durante los años de 1988 a 1994 no se hizo referencia al concepto de preámbulo por parte de la Suprema Corte.

---

54 *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, 276851, Cuarta Sala, vol. XX, p. 140, Tesis Aislada (Laboral).

55 *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, 271807, Tercera Sala, vol. XXVI, p. 47, Tesis Aislada (Civil).

56 *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, 261064, Primera Sala, vol. XLIV, p. 30, Tesis Aislada (Penal).

57 *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, 267195, Segunda Sala, vol. LIII, p. 43, Tesis Aislada (Administrativa).

58 *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, 233055, Pleno, vol. 67, p. 79, Tesis Aislada (Constitucional, Laboral).

En la Novena Época solo se encontraron tres criterios, los cuales representan el 12% de la población analizada. En dicha Época, la Suprema Corte comienza ya a hacer referencia al preámbulo de los tratados internacionales. El primer antecedente en este periodo es el amparo en revisión 402/2001, resuelto por la Segunda Sala, derivado de un asunto en materia fiscal, y del cual se desprende el siguiente criterio:

> [...] para desentrañar el alcance de lo establecido en un instrumento internacional debe acudirse a reglas precisas que en tanto no se apartan de lo dispuesto en el artículo 14, párrafo cuarto, de la Constitución General de la República vinculan a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En efecto, al tenor de lo previsto en el artículo 31 de la mencionada Convención, para interpretar los actos jurídicos de la referida naturaleza como regla general debe, en principio, acudirse al sentido literal de las palabras utilizadas por las partes contratantes al redactar el respectivo documento final debiendo, en todo caso, adoptar la conclusión que sea lógica con el contexto propio del tratado y acorde con el objeto o fin que se tuvo con su celebración; es decir, debe acudirse a los métodos de interpretación literal, sistemática y teleológica. A su vez, en cuanto al contexto que debe tomarse en cuenta para realizar la interpretación sistemática, la Convención señala que aquél se integra por: a) el texto del instrumento respectivo, así como su preámbulo y anexos [...].[59] (Subrayado añadido)

El criterio anterior fija una regla de interpretación cuando se acuda al método sistemático respecto de los tratados internacionales. Sin embargo, tal criterio no forma jurisprudencia, al ser una tesis aislada.

Un segundo antecedente es el que se desprende de la contradicción de tesis 47/2006-PS, entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Décimo Tercero y Octavo, ambos en Materia Civil del Primer Circuito,[60] resuelta bajo la ponencia del ministro Gudiño Pelayo. El tema a dilucidar era concerniente al derecho

[59] Tesis: 2a. CLXXI/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, 185294, Segunda Sala, t. XVI, diciembre de 2002, Tesis Aislada (Constitucional, Común).

[60] *Semanario Judicial de la Federación, https://sjf.scjn.gob.mx*

de familia, en específico a la pérdida de la patria potestad. En la jurisprudencia derivada de esta contradicción, en el tema que nos ocupa, se advierte lo siguiente:

> [...] de acuerdo con el preámbulo y los artículos 3 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, este país se ha obligado a adoptar las medidas necesarias para proteger el interés superior del niño, en especial por lo que se refiere a la obligación de los padres de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para su desarrollo [...].[61]

Como se puede apreciar, la Suprema Corte no refirió el preámbulo de la CADH, sino que fue otro tratado internacional el empleado para que, de una manera somera, se hiciera por lo menos referencia al texto del preámbulo, además de que se puede ver que la Suprema Corte utilizó el método de interpretación sistemática.

Por último, en esta Época se tiene el criterio derivado de la contradicción de tesis 154/2006-PS, sustentada por el Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito y el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito[62] bajo la ponencia del ministro Juan N. Silva Meza, la cual versaba sobre la interpretación de una disposición del Código de Comercio; en el caso concreto, la fracción V del artículo 1084. La jurisprudencia derivada en la parte que interesa señala:

> [...] no se puede invocar un derecho u obligación por la simple circunstancia de que el mismo se infiera de la exposición de motivos de la iniciativa de ley o de los debates del legislador, si no se plasmó expresamente en el articulado de la norma correspondiente; sin que sea lógico el argumento de que la interpretación teleológica subjetiva o exegética de la disposición legal permita introducir elementos contemplados durante el proceso legislativo, pero no reflejados en el cuerpo legal, pues tal medio de interpretación requiere que el intérprete de la norma acuda a la exposición de motivos, debates o preámbulo que dieron origen a una ley o tratado internacional para

61 Tesis 1a./J. 14/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, 172720, Primera Sala, t. XXV, p. 221, Jurisprudencia (Civil).

62 *Semanario Judicial de la Federación, https://sjf.scjn.gob.mx*

> interpretar uno o varios preceptos ambiguos u oscuros, con la plena conciencia de que se están tomando en consideración cuestiones que son ajenas a la norma y, por ende, no forman parte de ella.[63]

De lo anterior se desprende que el preámbulo, a criterio de la Suprema Corte, puede utilizarse para interpretar, de ser posible, el texto que sea poco claro, ya sea de una ley o un tratado internacional.

Por lo que se refiere a la Décima Época, se tienen seis criterios, correspondientes al 23% de la población analizada.

El primer antecedente data del año 2012, cuando la Primera Sala resolvió el amparo en revisión 796/2011, bajo la ponencia del ministro José Ramón Cossío Díaz. Dicho asunto tenía como eje fundamental el derecho a la igualdad por razones de género, y la tesis derivada de este amparo, en la parte conducente, señala:

> [...] la reforma al artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, da la pauta para modificar todas aquellas leyes secundarias que incluían modos sutiles de discriminación. Por otro lado, el marco jurídico relativo a este derecho humano desde la perspectiva convencional del sistema universal, comprende los artículos 1 y 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como 2, 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y desde el sistema convencional interamericano destacan el preámbulo y el artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre así como 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.[64]

A la postre, el criterio anterior integraría la jurisprudencia 1a. /J. 30/2017, como se verá. Cabe resaltar que si bien la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre no es un tratado en estricto sentido, no se puede discutir el valor axiológico de dicho documento y de su preámbulo.

---

63 Tesis: 1a. LXXXV/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, 172168, Primera Sala, t. XXV, junio de 2007, p. 203, Tesis Aislada (Constitucional).

64 Tesis: 1a. CLXXVI/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, 2001303, Primera Sala, lib. XI, agosto de 2012, t. 1, p. 482, Tesis Aislada (Constitucional).

En 2015, la Primera Sala retomó nuevamente el preámbulo de un tratado internacional, el cual se ve reflejado en la tesis derivada del amparo directo en revisión 4465/2014, esta vez bajo la ponencia del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Este caso versaba sobre el interés superior del menor. Al respecto, dicha tesis señala:

> Como se desprende del preámbulo del propio Convenio de La Haya, el principio de interés superior del menor tiene una "importancia primordial" en todas las cuestiones relativas a la custodia, y entre las manifestaciones más objetivas de lo que constituye este interés superior del menor, se encuentra su derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente en perjuicio de su integridad física y psicológica [...].[65]

En 2015, la Primera Sala emitió el criterio 1a. CXCV/2015 (10a.), derivado del amparo directo en revisión 1989/2014; sin embargo, no se hará alusión a dicho criterio, puesto que el concepto "preámbulo" es utilizado como inicio de las facultades de comprobación de las autoridades fiscales.

Ahora bien, en el amparo directo en revisión 652/2015, bajo la ponencia de la ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas, se confirmó el criterio en los mismos términos del amparo en revisión 796/2011, quedando la jurisprudencia obligatoria en materia de igualdad, con identificación 1a. /J. 30/2017 (10a.).[66] En este sentido, se recomienda ampliamente la lectura de la ejecutoria de dicho amparo en revisión, ya que aborda temas de suma importancia en cuanto a razonabilidad y proporcionalidad.

En 2018, la Primera Sala resolvió el amparo directo en revisión 5176/2017, en el cual determinó que el artículo 274, fracción VI, del Código Penal del Estado de México, no viola el principio de exacta aplicación de la ley penal. En este sentido, derivo la tesis 1a. CCXLIX/2018 (10a.), que en la parte conducente señala:

---

65 Tesis: 1a. LXXI/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, 2008500, Primera Sala, lib. 15, febrero de 2015, t. II, p. 1418, Tesis Aislada (Constitucional, Civil).

66 Tesis: 1a. /J. 30/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, 2014099, Primera Sala, lib. 41, abril de 2017, t. I, p. 789, Jurisprudencia (Constitucional).

> En este sentido, la falta de precisión de dicho concepto por parte del legislador, no conlleva la inconstitucionalidad del artículo 274, fracción VI, del Código Penal del Estado de México, ya que si no hizo esa precisión es porque conforme al inciso e) del Preámbulo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción de las personas con deficiencia y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás y, por tanto, sería imposible enlistarlas; de ahí que corresponderá al órgano investigador del delito acreditar qué tipo de barreras, en su interacción con cuál deficiencia, genera la discapacidad.[67]

En 2018 se publicó la tesis 1a. CXCIX/2018 (10a.), derivada del amparo directo en revisión 4865/2015, bajo la ponencia del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, donde se aborda el tema de negligencia médica, la tesis referida, al respecto señala:

> Según se establece en su preámbulo, la finalidad del Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos mediante la Lucha contra Impunidad consiste en exhortar a los Estados a adoptar medidas para que las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos tengan garantizado su derecho a la verdad, la justicia y a una debida reparación.[68] (Subrayado añadido)

Como conclusión de esta primera vertiente de análisis, se puede afirmar que el preámbulo de los tratados internacionales no siempre fue usado por la SCJN, pues en las primeras épocas del *Semanario* dicho concepto hacía alusión al preámbulo contenido en otros textos normativos dentro del sistema jurídico mexicano. Una posible explicación puede ser el paradigma dominante del positivismo en esta Época.

No obstante, como se puede apreciar en la Novena y en la Décima Época, se empieza a utilizar el preámbulo de diversos trata-

---

67 Tesis: 1a. CCXLIX/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, 2018867, Primera Sala, lib. 61, diciembre de 2018, t. I, Tesis Aislada (Constitucional, Penal).

68 Tesis: 1a. CXCIX/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, 2018870, Primera Sala, lib. 61, diciembre de 2018, t. I, p. 471, Tesis Aislada (Civil).

dos internacionales; no obstante —cosa que llama la atención—, no fue utilizado el preámbulo de la CADH, lo que corroboran los datos referidos en el presente texto. En este sentido, el preámbulo es usado por la SCJN para hacer una interpretación sistemática del tratado.

Respecto a la segunda vertiente de análisis a la que se hizo mención, es necesario decir que no se encontró ninguna tesis emitida por la SCJN basada en el preámbulo de la CADH o en algún otro tratado internacional en materia de derechos humanos. Sin embargo, se considera necesario precisar que el paquete básico de tratados internacionales en materia de derechos humanos —y que el Estado mexicano ha firmado y ratificado— prevé, cada uno, la existencia de un preámbulo. El texto de un preámbulo no tiene un tamaño definido, lo cual se intensifica en ciertos tratados cuya especificidad alude a grupos históricamente oprimidos, como los migrantes, las mujeres o la eliminación de la discriminación, según se puede ver.

De la lectura de los preámbulos se aprecia que hacen referencia a cartas y otros instrumentos, lo que hace posible una red en favor de la tutela y protección de los derechos de las personas. En este sentido, el sistema de protección de los derechos fundamentales de las personas con base en tratados internacionales resulta coherente y sistemático entre sí, en gran medida con los preámbulos como declaración de la razón de ser del tratado.

V. Conclusión

La importancia del preámbulo de un tratado internacional, aún más en materia de derechos humanos, radica en que en él se establece la razón de ser del tratado. No obstante, se puede apreciar la poca utilización del preámbulo de los tratados internacionales en materia de derechos humanos y la nula utilización del preámbulo de la CADH en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Sin embargo, se ha dicho que para la interpretación de un tratado internacional debe de tomarse en cuenta el preámbulo, lo cual es muy útil para dotar de contenido al principio pro persona, así como la interpretación conforme.

En este sentido, es posible señalar que existe un área de oportunidad para la justicia constitucional y la protección de los derechos fundamentales de las personas, pues al utilizar el preámbulo de un tratado internacional en materia de derechos humanos, en un sentido material y no solo formal, se acude a la fuente primaria que llena de contenido el articulado del tratado internacional, lo cual abre todavía más la posibilidad de acatar de mejor manera las obligaciones contenidas en el artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a cargo de las autoridades del Estado mexicano.

Por último, es posible señalar que las autoridades, al menos aquellas con funciones jurisdiccionales, deben utilizar el preámbulo de los tratados internacionales en conjunto con su propio articulado, para dar cumplimiento cabal al reconocimiento y aplicación del parámetro de regularidad constitucional.

Bibliografía

Astudillo, César, *El bloque y el parámetro de constitucionalidad en México,* México, Tirant lo Blanch, 2014.

Bartolomé Clavero, Salvador, *Derecho global. Por una historia verosímil de los derechos humanos,* Madrid, Trotta, 2014.

Burgoa Toledo, Carlos Alberto, *Argumentación para los agravios de defensa jurídica,* México, Thomson Reuters, 2018.

Corte IDH-CIDH, *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el Sistema Interamericano*, San José, Secretaría de la Corte IDH, 2018.

Espinosa y Gómez, Magdalena de Lourdes, *La neurofenomenología: cuerpo-cerebro, mente conciencia,* México, UNAM-Fes Acatlán, 2012.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Pelayo Möller, Carlos María, *Las obligaciones generales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Deber de respeto, garantía, y adecuación de derecho interno),* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-CNDH, 2017.

García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos 2009-2011,* 4a. ed., México, Porrúa, 2015.

Guastini, Riccardo, *Teoría analítica del derecho. Estudios,* trad. de César E. Moreno More, Lima, Zela, 2017.

Häberle, Peter, *El Estado constitucional,* 2a. ed., trad. de Héctor Fix-Fierro, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2018.

Hernández Becerra, Augusto, "Título y preámbulo de la constitución colombiana", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. LXVII, núm. 269, septiembre-diciembre de 2017.

Ibáñez Rivas, Juana María, *Control de convencionalidad,* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-CNDH, 2017.

Nogueira Alcalá, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales,* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2018.

Pino, Giorgio, *El constitucionalismo de los derechos. Estructura y límites del constitucionalismo contemporáneo,* trad. de César E. Moreno More, Lima, Zela, 2018.

Quiroga Lavié, Humberto, *Derecho constitucional latinoamericano,* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1991.

Sikkink, Kathryn, *Razones para la esperanza. La legitimidad y efectividad de los derechos humanos de cara al futuro,* trad. de Sebastián F. Villamizar Santamaría, Buenos Aires, Siglo XXI, 2018.

Steiner, Christian y Uribe, Patricia (coords.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario,* México, SCJN-Fundación Konrad Adenauer, 2014.

A pluralidade familiar e as omissões legislativas

João Pedro Fahrion Nüske

Sumário. I. Introdução. II. Histórico. III. As omissões legislativas e as diversas formas de família. IV. A liberdade como forma de garantir a dignidade humana. V. Conclusão. Referências.

I. Introdução

A família, como base da sociedade, possui especial atenção do Poder Público. Desde o início da civilização ocidental, essa organização desempenhou papel importante na organização social. A partir de intervenções externas, moldou-se, até a organização familiar contemporânea, guiada pelo afeto, pela felicidade e pela liberdade de seus membros.

Entretanto, para entender a família atual, é imperioso o conhecimento de seu histórico, a partir do seu modelo greco-romano, e as interferências a que foi exposta até os dias de hoje, no cenário jurídico-social. Assim, o presente trabalho busca, em um primeiro momento, trazer elementos históricos, que expõem o modelo atual, para, posteriormente abordar as diversas formas de família e a sua liberdade frente às omissões legislativas. Além disso, será analisada a necessidade de uma interpretação exemplificativa do artigo 226 da Constituição Federal, a fim de garantir a liberdade ao indivíduo para formar a família que melhor lhe aprouver. Dessa forma, se assegurará, ainda, a dignidade da pes-

soa humana, princípio basilar da Constituição Federal de 1988, pois a organização familiar é o local de desenvolvimento psíquico dos seus indivíduos.

Ademais, as famílias, tradicionais ou não, primeiramente, são um fato social, e não deixarão de existir pelo não reconhecimento jurídico. Assim, o presente trabalho busca refletir acerca da importância do reconhecimento das diversas formas de família, resguardada a boa-fé, e garantindo-as direitos, a fim de não as relegar à margem da sociedade.

Optou-se, para tanto, por uma revisão bibliográfica, que se fará por meio de doutrina e artigos científicos. Faz-se fundamental clarear ainda que este trabalho, longe de ter a pretensão de exaurir o tema proposto, busca suscitar o interesse de profissionais da área, estimulando novos estudos sobre o tema.

II. Histórico

A organização familiar, antes mesmo de um instituto jurídico, é, primeiramente, um fenômeno natural da sociedade, fruto da necessidade do ser humano em estabelecer relações afetivas. A família, portanto, desempenhou função fundamental na organização social, como uma forma de relacionamento com o meio.[1]

Tal cenário se reproduziu desde o início das civilizações, a partir da família greco-romana, que tinha como base a religião doméstica e o culto aos antepassados. Nesse sentido, Fustel de Coulanges caracteriza a família como o grupo a quem a religião permitia invocar e oferecer banquetes fúnebres aos mesmos antepassados.[2] Assim, a organização familiar unia-se através de seus rituais religiosos, preparados pelo homem, *pater familias*, detentor de poderes ilimitados.

A religião estabeleceu o casamento como primeira instituição, por meio da qual perpetuar-se-ia o culto aos antepassados,

1 Maluf, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, *Novas Modalidades de Família na Pós-Modernidade*, São Paulo, Atlas, 2010, p. 1.

2 Coulanges, Fustel de, *A idade Antiga*, São Paulo, Martins Fontes, 2009, p. 2.

através da filiação dele advinda. Com o matrimônio, a mulher passava ao culto da família do marido, em detrimento do culto da família de origem, ou seja, de seu pai.

Nesse período, o espaço privado não recebia influências externas. A família, portanto, não recebeu suas leis na cidade, uma vez que encontrou esse direito estabelecido nos costumes.[3] A família, então, privilegiava tão somente a figura masculina, como detentora de poderes de vida e de morte sobre os demais membros. Nesse sentido, a família greco-romana exercia um lugar de opressão à mulher, sempre submetida aos desmandos masculinos, sejam eles paternos ou maritais, em nome de uma religião baseada nos costumes. Assim, a família antiga "era um pequeno corpo organizado, pequena sociedade com seu chefe e o seu governo".[4]

Nesse sentido, Hannah Arendt afirma que a religião doméstica não foi inteiramente esquecida, pois, o que impediu que a:

> [...] *polis* violasse as vidas privadas dos seus cidadãos e a fez ver como sagrados os limites que cercavam cada propriedade não foi o respeito pela propriedade privada tal como a concebemos, mas o fato de que, sem ser dono de sua cada, o homem não podia participar dos negócios do mundo porque não tinha nele lugar algum que lhe pertencesse.[5]

O catolicismo e a queda do Império Romano do Ocidente trouxeram novas e radicais transformações à família ocidental.[6] Com o advento da Idade Média, ao matrimônio se somou o caráter patrimonial e sacro, tornando a união indissolúvel. Nesse período o âmbito familiar passou a ter relações com o espaço público, quando o exterior surge como local de comércio e lazer, e o ambiente residencial é tido como local de intimidade.

---

3 Rosa, Conrado Paulino da, *Direito de Família Contemporâneo*, Salvador, JusPodivm, 2021, p. 33.

4 *Idem*.

5 Arendt, Hannah, *A condição humana*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2004, pp. 38 e 39.

6 Ariés, Philippe, *História social da criança e da família*, Rio de Janeiro, LTC, 1981, p. 33.

Assim, com a decadência do *pater famílias* como ascendência absoluta, a interferência do Estado nas regras e soluções de conflitos familiares e quando o espaço privado cede ao espaço público, a família perde parte de sua clausura e se expõe,[7] para absorver as alterações dos costumes. O casamento, neste cenário, torna-se instituição para administrar e distribuir rendas e consumo de bens.

A família, então, é constituída, pelo direito público, como um objeto a ser administrado, surgindo diversas formas de intervenção, no seio dos processos de controle social.[8] Com a penetração da lei romana e na medida em que o Estado se afirma no âmbito espiritual e religioso, o casamento começa a se laicizar.

Posteriormente, a Revolução Industrial traz alterações no âmbito familiar, com o início de sua urbanização e afetividade. Nesse período, houve a inclusão da mulher no mercado de trabalho, distanciando-se do antigo lugar de ausência, uma vez que, sem autonomia, era subordinada ao pai ou marido.[9] Esse ingresso separou, ainda, a atividade doméstica do trabalho remunerado externo, sendo, a mulher, incorporada ao trabalho fabril, de forma subalterna e em condições precárias. Essa condição, destarte, promoveu independência e autonomia, dando origem a movimentos pelos direitos das mulheres. Permaneceu, ainda, exercendo os afazeres domésticos e de cuidado, o que acarretou, posteriormente, em medidas visando a "proteção" de mulheres no âmbito fabril, como o limite de expediente. Tal alteração, novamente, buscou limitar a atuação da mulher ao âmbito doméstico.

As relações deixam de se realizar por conveniência, e passam a ser norteadas pelo afeto, de forma que a estrutura familiar é significativamente transformada, alterando o caráter religioso por um regime mais liberal e igualitário. A partir daquele século, o Estado encara determinadas áreas fora do seu controle social e influência. Sobre esse aspecto Conrado Paulino da Rosa traz que:

---

7 Rosa, Conrado Paulino da, *op. cit.*, p. 36.

8 Glanz, Semy, *A família mutante: sociologia e direito comparado*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005, pp. 132 e 133.

9 Ariés, Philippe, *op. cit,* p. 16.

> A ordem social outrora vigente admitia, ao contrário, a existência de determinadas "praias desertas" e tolerava sua ocupação pelo aventureiro que cada indivíduo representava. Agora, o olhar e o controle do Estado passam a se estender por toda a parte, e nada mais devem deixar na sombra.[10]

Entra-se então na era das codificações visando o fim de fragmentações de direitos e de multiplicidade de costumes. Entretanto, nas grandes codificações liberais, a família se manteve no obscurantismo pré-iluminista, pois não lhe eram aplicados os princípios da liberdade e da igualdade, uma vez que, para o liberal burguês, ela era concebida como sustentação do *status quo*, desconsiderando o indivíduo.[11]

No âmbito brasileiro, desde a chegada dos portugueses, já contávamos com codificações escritas, com as Ordenações Afonsinas. Posteriormente, foram instituídas as Ordenações Manuelinas e Filipinas, respectivamente, até a promulgação das Constituições, a partir de 1824.

Durante longo período, o casamento foi a única formatação familiar reconhecido pelo constitucionalismo brasileiro, centralizado na figura patriarcal, sendo a Constituição Federal de 1967 a último com tal prescrição. Nesse intervalo, demais formas de família se mantinham à margem da lei, ou seja, sem o amparo constitucional. A ausência de reconhecimento, evidentemente, implicou também em uma não aceitação social, criando barreiras à identificação e fomentando o preconceito e a violência à determinados grupos e indivíduos.

Já em 1988, a Constituição Cidadã adaptou-se às exigências contemporâneas, e reconheceu expressamente outras modalidades de família, além do casamento, como a união estável e a família monoparental. Dessa forma, rompeu com o modelo tradicional de família e trouxe um ideal descentralizado, democrático,

---

10 Rosa, Conrado Paulino da, *op. cit.*, p. 41.

11 Lôbo, Paulo Luiz Netto, "A repersonalização das relações de família", *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, IBDFAM/Síntese, n. 24, junho-julho de 2004, p. 140.

igualitário e desmatrimonializado.[12] Além disso, originou outras inovações, como a derrocada do modelo patriarcal, a fim de trazer uma entidade mais moderna, sem formas e valores estáticos e ultrapassados, além de reduzir as imposições e alargar o espaço para liberdades.[13]

A partir de então houve mudanças significativas no âmbito familiar, em seus princípios e preceitos reguladores, visando dar cumprimento efetivo às normas constitucionais, abalizado pela dignidade da pessoa humana, princípio basilar na norma constitucional. Ademais, a Carta trouxe ainda a especial proteção do Estado às famílias, a assistência às adoções e às outras origens não-sanguíneas.[14] Assim, se expandiu a aplicação da autonomia privada e da dignidade humana, uma vez que o objetivo da norma é valorizar o indivíduo, e não mais reprimir ou inibir "família ilícitas",[15] uma vez que somente assim valorizar-se-á o sujeito, e não o objeto, família.

III. As omissões legislativas e as diversas formas de família

A Constituição Federal de 1988 inovou ao trazer outros modelos familiares de forma expressa, além do casamento. A união estável e o modelo monoparental passaram, então, a ser mencionados na Constituição Federal. Todavia, diversas outras formatações não foram expressamente recepcionadas pela Carta Magna, como as famílias homoafetivas, simultâneas, poliafetivas, dentre outros formatos presentes na sociedade contemporânea.

---

12 Farias, Cristiano Chaves de e Rosenvald, Nelson, *Curso de Direito Civil, Famílias*, Salvador, JusPodivm, 2014, p. 36.

13 Castanho, Maria Amélia Belomo, "A famílias nas Constituições brasileiras", p. 21, *http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/239*

14 Gama, Guilherme Calmon Nogueira da, *A nova filiação: O Biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 4.

15 Ibias, Delma Silveira, "Famílias simultâneas e efeitos patrimoniais", em Souza, Ivone M. Candido, Coelho de (org.), *Família contemporânea*: uma visão *interdisciplinar*, Porto Alegre, IBDFAM, 2011, p. 197.

Entretanto, em que pese a sua inexistência expressa, estas organizações se apresentam no cenário social, e não vão deixar de existir apenas pelo não reconhecimento constitucional, uma vez que:

> [...] esta é a constituição dos fatos que, para existir, não pede licença à lei ou aos códigos. E ademais, a lealdade a um projeto de vida não faz morada na fria previsão normativa, mas sim no desejo e vontade daqueles que protagonizam tal projeto, e que nele buscam construir as suas vidas.[16]

Isto posto, cumpre ressaltar que o Estado, ao manter-se completamente indiferente e omisso, além de demonstrar desconsideração a esses grupos e indivíduos, traz ainda uma situação de insegurança jurídica,[17] uma vez que são relegados a meros fatos sociais, e não jurídicos, destituídos de direitos familiares idênticos.

Dessa forma, é imperiosa a análise do artigo 266[18] de forma exemplificativa, pois inviável somente a chancela de possibilidades pré-definidas de organizações familiares, e conceder somente a elas a proteção do Poder Público e a outorga de direitos, uma vez que o indivíduo, desde que resguardada a boa-fé, tem a possibilidade e a liberdade de formar a família como melhor lhe aprouver, sem atentar para um suposto elenco fechado exposto na Lei Maior, sob pena de retrocesso. Isto é, não cabe ao Estado a imposição de possibilidades ou impossibilidades de constituição de famílias, pois a estruturação destas não se depreendem do ordenamento jurídico, mas sim de situações fáticas, baseados na afetividade.[19]

Sobre tais aspectos, Luiz Edson Fachin traz a necessidade:

> [...] de um "Estado ausente", permitindo que as pessoas constituam suas relações segundo uma liberdade vivida, é igualmente necessário que determinados direitos sejam tutelados pela presente inter-

---

16 Fachin, Luiz Edson, "Famílias: entre o público e o privado", p. 163, *https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/274.pdf*

17 Barroso, Luís Roberto, *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2013, pp. 423 e 424.

18 Artigo 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

19 Fachin, Luiz Edson, *Direito de Família*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 170.

> venção do ente estatal, mormente em face daqueles que se encontram mais vulneráveis e desamparados. [20]

Dessa forma, as omissões legislativas, quando ocorrerem, devem se dar no sentido de uma "ausência presente" do Estado, em benefício do livre desenvolvimento familiar e do próprio indivíduo.[21] Tal posicionamento, evidentemente, não se coaduna com uma atuação impeditiva ou restritiva sobre as liberdades privadas propostas na Constituição Federal. Ademais, as uniões familiares, em igual dignidade jurídica, são fontes de relação familiar, pois edificadas através da afetividade, sendo este o principal vetor do Direito de Família contemporâneo.

Nesta esteira, Paulo Lôbo sustenta que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 266, ao retirar o trecho "*constituída pelo casamento*", retirou também a cláusula de exclusão de outros modelos familiares.[22] Ou seja, eventual proibição não se encontra prevista na Carta Magna, mas sim na sua interpretação, uma vez que esta é fincada nos princípios da igualdade e da liberdade, sem preconceitos. Nesse sentido, as organizações expostas, o são tão somente por serem mais comuns, merecendo referência expressa, e tendo as demais alusão implícita, albergadas no conceito amplo e indeterminado de família.[23]

Assim, o Direito de Família deve reconhecer a família como um ambiente plural, e como organização social que extrapola o rol constitucional expresso. Giselda Hironaka traz ainda que o rol previsto na Constituição Federal é:

> [...] é apenas exemplificativo, eis que a tipicidade é aberta, caracterizando-se pelo valor jurídico da afetividade e pela doutrina do eudemonismo, quer dizer, a busca pela felicidade como a principal causa dos valores morais familiais, considerando positivos os atos que levam cada um dos membros de um núcleo a alcançar seu projeto pessoal de felicidade.[24]

---

20 *Ibidem,* p. 164.

21 *Ibidem,* p. 162.

22 Lôbo, Paulo Luiz Netto, *op. cit.,* p. 1.

23 *Idem.*

24 Hironaka, Giselda Maria Fernandes Novaes, "A família brasileira contemporânea e o ensino do direito de família nos cursos jurídicos", *Caderno de*

A compreensão da família deriva da mutação implacável do ser-humano e de sua interação, que se apresenta "sob tantas e diversas formas, quantas forem as possibilidades de se relacionar, ou melhor, de expressar amor, afeto".[25] O que se denota, entretanto, é que, atualmente, as omissões legislativas não outorgam tal liberdade ao indivíduo, mas sim buscam limitá-lo. Tal limitação, entretanto, serve como forma de controle social, garantindo ou não direitos à determinados grupos e indivíduos.

Algumas famílias, dessa forma, têm limitado poder de decisão no âmbito privado, uma vez que há a exclusão de determinadas formas de afeto, relegando-as à margem da sociedade, e sem qualquer garantia de direitos reconhecidos. Assim, essas famílias não tradicionais "continuam alijadas do sistema legal, na vã tentativa de fazê-las desaparecer",[26] gerando preconceitos e a isolamento de indivíduos e famílias que não se adequam à tradição matrimonial religiosa.

Entretanto, essa limitação traz verdadeira intervenção excessiva do Poder Pública na esfera privada, o que atenta, ainda, à dignidade da pessoa humana, além de valorizar mais o objeto, família, em detrimento dos seus sujeitos.

IV. A liberdade como forma de garantir a dignidade humana

A Constituição Federal de 1988, conforme já mencionado, trouxe diversas novas diretrizes ao âmbito familiar, dentre as quais o seu caráter como "base da sociedade". Dessa forma, o Poder Público não pode violá-la, sem justo motivo, sob pena de atentar à própria sociedade a quem o Estado deve servir.[27]

A intervenção indevida e excessiva do Estado no âmbito familiar importa no cerceamento da construção da personalidade

---

Pós-Graduação em Direito: estudos e documentos de trabalho, vol. 26, 2014, p. 9

25 Farias, Cristiano Chaves de e Rosenvald, Nelson, *op. cit.,* p. 39.

26 Dias, Maria Berenice, "Que família?", *https://ibdfam.org.br/artigos/921/+Que+fam%C3%ADlia%3F+*

27 Rosa, Conrado Paulino da, *op. cit.,* p. 61.

de seus membros, uma vez que se trata do local onde ocorre o livre desenvolvimento destes, e onde o indivíduo pretende se realizar, em coexistência.[28] Portanto, negar direito à determinado grupo familiar é negar o desenvolvimento psíquico do indivíduo.

Por tal razão, a família contemporânea não admite mais a ingerência estatal, sobretudo naquilo que se refere a intimidade de seus membros.[29] Além disto, em uma democracia pluralista, deve-se acolher as diversas manifestações familiares, abstendo-se de, com um conceito restritivo, pretender controlar o comportamento de indivíduos no campo afetivo.

Assim, essa intervenção estatal no âmbito familiar somente pode ser justificada para resguardar direitos e a dignidade das pessoas que a compõe. Ao Estado, destarte, cabe atuar a fim de incluir o indivíduo e universalizar os seus direitos.

Luiz Edson Fachin, sobre o tema, dispõe que:

> Emerge então, agora, a figura de um "Estado presente", do ente estatal que intervém ao beneplácito do desenvolvimento da personalidade humana, repelindo obstáculos e garantindo, mesmo que em perspectiva de prevenção, que o ambiente familiar seja o espaço profícuo para a objetivação plena e inarredável do desenvolvimento da personalidade.[30]

A família, consequentemente, destina-se à ascensão da dignidade dos seus membros, sem discriminações, e por tal razão busca-se a sua proteção. Assim, não possui proteção por si só, uma vez que não possui um fim em si mesma. E ademais, a dignidade é que dita a condição do indivíduo, como ser de razão e sentimento e, portanto, independe de merecimento pessoal ou social,[31] pois inerente à vida. A negação de determinadas formas de família é

---

28 *Ibidem*, p. 63.

29 Pereira, Rodrigo da Cunha, *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*, Belo Horizonte, Del Rey, 2008, p. 157.

30 Fachin, Luiz Edson, *Famílias: entre o público e o privado..., cit.*, p. 164.

31 Rocha, Carmem Lúcia Antunes, "O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social", *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, S.l., n. 2, dezembro de 2001, pp. 49-67, *https://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/29*

incompatível com o respeito à dignidade humana, pois atinge a liberdade, uma vez que somente determinados grupos são protegidos, em nome de um moralismo médio da sociedade. A tutela familiar, dessa forma, deve atrelar-se à tutela humana através dos princípios constitucionais. Desnivelar a proteção humana com a justificativa de proteger a família é subverter a hermenêutica, e violar o comando constitucional.[32]

Evidentemente, a ausência de uma interpretação extensiva da esfera familiar traz, também, consequências psíquicas, uma vez que há o entendimento social de práticas censuráveis de afeto entre pessoas com capacidade civil e baseadas na boa-fé. E a censura, além de estimular a violência, limita a atuação do indivíduo, que se vê desamparado jurídica e socialmente, e é forçado a encontrar guarida somente na marginalização, isto é, isolados da sociedade.

V. Conclusão

A família, desde o início das civilizações ocidentais, exerceu função importante na interação de seus membros com o meio. Assim, desde a família greco-romana, e a religião doméstica, passou por diversas modificações, até chegar ao modelo previsto na Constituição Federal de 1988, baseado nos princípios da igualdade e da dignidade.

Assim, todas as previsões constitucionais devem ter como norte esses princípios basilares, inclusive aquela prevista no artigo 226, acerca das organizações familiares, e as suas diversas possibilidades, tendo em vista o caráter pluralista do direito de família contemporâneo. A interpretação de tal dispositivo de forma *numerus clausus*, além de subverter a hermenêutica, atenta a própria realidade social.

Dessa forma, a exclusão da proteção constitucional de determinadas formas familiares, como analisado, decorre unicamente da forma como, diante das omissões legislativas, interpretamos a Lei Maior. Com a ausência de previsão expressa sobre o tema, defende-se que a atuação do Estado se dê de forma "ausente",

[32] Farias, Cristiano Chaves de e Rosenvald, Nelson, *op. cit*., p. 39.

no sentido de permitir a constituição de relações baseados na liberdade do indivíduo, desde que amparas na boa-fé. Eventual atuação "presente" somente deve ser justificada a fim de proteger os membros da família, a fim de repelir eventuais obstáculos e garantir a sua dignidade.

Não cabe ainda ao Estado determinar quais formas de afeto merecem especial proteção, e relegar às demais a condição de fatos sociais, destituindo-as de direitos e proteção. Tal ato reducionista implica na autorização e no incremento do preconceito e da violência, já existente contra esses grupos. Ademais, eventual interferência demasiada do Poder Público no âmbito familiar importaria em atentar à própria dignidade de seus membros, tendo em vista tratar-se de esfera privada e, em essência, no local de desenvolvimento psíquico do indivíduo.

Conclui-se que, analisando a dignidade humana, além da autonomia e liberdade do sujeito e a proteção especial à família, é imperioso o reconhecimento e a legitimação das mais diversas formas de afeto e organizações familiares, baseadas na boa-fé. E a chancela deve ocorrer justamente porque há grupos que não se enquadram em eventuais modelos tradicionais ditados pela moral média da sociedade.

Referências

Arendt, Hannah, *A condição humana*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2004.

Ariés, Philippe, *História social da criança e da família*, Rio de Janeiro, LTC, 1981.

Barroso, Luís Roberto, *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2013.

Castanho, Maria Amélia Belomo, "A famílias nas Constituições brasileiras", *http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/239*

Coulanges, Fustel de, *A idade Antiga*, São Paulo, Martins Fontes, 2009.

Dias, Maria Berenice, "Que família?", *https://ibdfam.org.br/artigos/921/+Que+fam%C3%ADlia%3F+*

Fachin, Luiz Edson, *Direito de Família*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

Fachin, Luiz Edson, "Famílias: entre o público e o privado", *https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/274.pdf*

Farias, Cristiano Chaves de e Rosenvald, Nelson, *Curso de Direito Civil, Famílias*, Salvador, JusPodivm, 2014.

Gama, Guilherme Calmon Nogueira da, *A nova filiação: O Biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

Hironaka, Giselda Maria Fernandes Novaes, "A família brasileira contemporânea e o ensino do direito de família nos cursos jurídicos", *Caderno de Pós-Graduação em Direito: estudos e documentos de trabalho*, vol. 26, 2014, pp. 4-11.

Ibias, Delma Silveira, "Famílias simultâneas e efeitos patrimoniais", em Souza, Ivone M. Candido, Coelho de (org.), *Família contemporânea*: uma visão *interdisciplinar*, Porto Alegre, IBDFAM, 2011.

Lôbo, Paulo Luiz Netto, "A repersonalização das relações de família", *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, IBDFAM/Síntese, n. 24, junho-julho de 2004.

Maluf, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, *Novas Modalidades de Família na Pós-Modernidade*, São Paulo, Atlas, 2010.

Pereira, Rodrigo da Cunha, *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*, Belo Horizonte, Del Rey, 2008.

Rocha, Carmem Lúcia Antunes, "O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social", *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, S.l., n. 2, dezembro de 2001.

Rosa, Conrado Paulino da, *Direito de Família Contemporâneo*, Salvador, JusPodivm, 2021.

A omissão estatal e o consequente posicionamento do judiciário: ativismo judicial ou proteção dos direitos fundamentais

João Ricardo Fahrion Nüske

Sumário. I. Introdução. II. Cenário atual brasileiro – COVID-19. III. A necessidade de intervenção judicial em políticas públicas e sociais. IV. O judiciário como substituto do estado na proteção dos direitos fundamentais. V. O ativismo judicial e seus limites. VI. Conclusão. Bibliografia.

I. Introdução

O presente trabalho busca trazer questionamentos e posições sobre a pandemia da COVID-19, seus reflexos sobre o poder judiciário e, a partir deste cenário, realizar uma análise sobre a figura do ativismo judicial.

Com o advento da pandemia mundial no ano de 2021 inúmeros pedidos vinculados ao direito à saúde eclodiram no judiciário brasileiro, passando o mesmo a se posicionar em diversos sentidos, ora concedendo, ora indeferindo os pedidos formulados. O presente trabalho busca questionar se este posicionamento judicial em matéria de saúde pública consiste em um ativismo judicial, devendo ser criticado ou, por outro lado, se trataria de uma defesa e implementação do direito fundamental à saúde previsto na Constituição Federal de 1988.

A partir de uma análise doutrinária e legislativa sobre a positivação dos direitos fundamentais, em especial, à saúde, abor-

da-se duas decisões proferidas pelo judiciário brasileiro, quais sejam, à que assegurou a competência concorrente do governo federal e dos Estados e Municípios na adoção de medidas de combate ao Corona vírus e, um posicionamento do judiciário sobre a impossibilidade de retorno às aulas presenciais em um dos piores momentos da crise de saúde brasileira.

Por fim, busca-se abordar os limites do ativismo judicial, evitando que a defesa de direitos fundamentais se torne e algo mais prejudicial do que a própria saúde pública.

II. Cenário atual brasileiro – COVID-19

A crise mundial trazida pelo novo Corona vírus (SARS-CoV-2) —COVID-19— se apresentou, até então como um dos maiores desafios mundiais deste século, por muitos comparados com a gripe espanhola de 1918, que foi responsável pela infecção de 500 milhões de pessoas ao redor do mundo. No Brasil, 19,5 milhões de Brasileiros foram acometidos pela doença, representando 65% da população nacional. Com relação aos óbitos, a crise de 1918 foi responsável pela morte de 20 a 40 milhões de pessoas, dentre as quais, 35 mil brasileiros.

O vírus da COVID-19 e, mais, a crise brasileira ocorrida durante o mesmo período, já foi responsável pela morte de mais de 537 mil brasileiros na data deste artigo, totalizando 19,2 milhões de casos. Por mais que o percentual de mortes pela COVID-19 no Brasil não represente um percentual elevado da população brasileira, ao compararmos com outros países no mundo, o elevado número de casos colocou em evidência os históricos problemas do Sistema Único de Saúde, dos hospitais brasileiros bem como da diferença estrutural existente entre os Estados brasileiros.

Em relatório[1] publicado pela Fundação Oswaldo Cruz em 16 de março de 2021 foi exibido que, das 27 unidades federativas, 24 apresentavam taxas iguais ou superiores a 80% de ocupação de leitos de UTI COVID-19 para adultos, e dentre estas, 15 apresentavam percentual superior a 90% de ocupação. Ainda, foi pu-

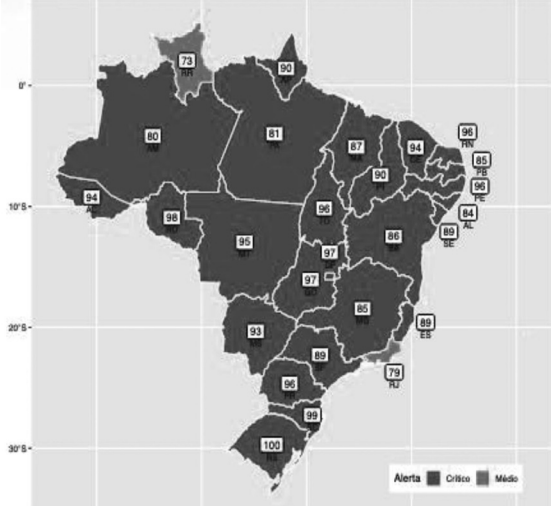
[1] Ver *https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos/boletim_extraordinario_2021-marco-16-red-red-red.pdf*

blicado que "um conjunto de indicadores, incluindo as médias móveis de casos e de óbitos e as taxas de ocupação de leitos UTI COVID-19 para adultos, apontam para situação extremamente crítica ou mesmo colapso, em todo o país".

Em mapa brasileiro apresentado é possível identificar as dificuldades enfrentadas pelos Estados na ocupação de leitos de UTI COVID-19, devendo se destacar que os Estados em vermelho apresentavam taxas de ocupação superior a 80%, destacando-se o Rio Grande do Sul e Santa Catarina, com 100% e 99% de ocupação respectivamente.

Em que pese algumas taxas de ocupação de leitos COVID mostrem-se no limite entre o Crítico e o Médio (80%), o mesmo não significa uma tranquilidade e estabilidade nas políticas de saúde. É o caso de Manaus, Capital do Amazonas, onde, embora apresentasse em março de 2021 uma taxa de ocupação de 80%, em 16 de março de 2021, nos dias 14 e 15 de janeiro de 2021 vivenciou uma das piores crises brasileiras, a denominada Crise do Oxigênio onde houve um colapso do sistema de saúde com a falta de oxigênio para os pacientes internados com COVID-19, tendo sido necessária a transferência de pacientes para diversos outros Estados do Brasil.

Mapa 1. *Taxa de ocupação (%) de leitos de UTI COVID-19 para adultos*



Fonte: *https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos/boletim_extraordinario_2021-marco-16-red-red-red.pdf*

Com isso, as taxas de ocupação das UTIs COVID-19 demonstram a precariedade da estrutura sanitária no Brasil, e a necessidade de intervenção por meio de políticas públicas.

III. A necessidade de intervenção judicial em políticas públicas e sociais

A necessidade, ou não, de intervenção judicial em políticas públicas e sociais deve partir de uma interpretação teleológica e finalística do texto constitucional brasileiro. Isto porque, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, diversos temas sociais e de políticas públicas passaram a integrar o texto constitucional, deixando de ser tratados exclusivamente pelas esferas legislativa e política, fazendo com que os mesmos passassem a ter natureza de norma constitucional.

Esta mudança não consistiu em uma simples positivação de direitos como à saúde, ou educação, lazer, dentre outros. A inclusão de diversos direitos sociais no artigo 6º da Constituição Federal de 1988 atribuiu a estes a natureza de direitos fundamentais sociais, permitindo que sejam cobrados pela sociedade na esfera judicial —buscando sua plena efetividade— em especial diante da omissão estatal em implementar políticas públicas. É nesse sentido, a partir de uma inércia do poder público em cumprir o texto constitucional e de uma positivação dos direitos sociais como fundamentais ao estado social e democrático, é que se insere a necessidade da intervenção judicial nas políticas públicas.

Desde o advento da constituição cidadã inúmeros foram os estudos que contribuíram para o fenômeno da judicialização no Brasil, dentre os quais pode-se citar João Carlos Medeiros de Aragão "a separação dos poderes; a ineficácia das instituições que detém o poder; o sistema democrático; o exercício dos direitos políticos; a utilização dos tribunais para sanar divergências entre oposições políticas e a ingerência de grupos com interesses privados".[2]

[2] Aragão, João Carlos Medeiro de, *Judicialização da política no Brasil. Influência sobre atos internacorporis do Congresso Nacional*, Brasília, Câmara dos Deputados, 2013, p. 67.

Segundo a brilhante lição trazida por Luís Roberto Barroso, percebe-se que:

> Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. Essa expansão da jurisdição e do discurso jurídico constitui uma mudança drástica no modo de se pensar e de se praticar o direito no mundo romano-germânico [...]. Exemplos numerosos e inequívocos de judicialização ilustram a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo, documentando que nem sempre é nítida a linha que divide a criação e a interpretação do direito.[3]

Esta fluidez entre a política e a justiça, durante o período da COVID-19, mostrou-se ainda mais evidente, seja por uma ausência de política pública eficaz de combate à pandemia, seja pelo amplo território nacional com uma considerável diferença socioeconômica entre as regiões.

Não obstante, três causas são trazidas por Barroso, a primeira decorre do *reconhecimento de um judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas.4* A segunda causa, por sua vez, advém de uma desilusão com a política majoritária, *em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral.5* Por fim, trás uma terceira causa, a de que:

> atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade. Com isso, evitam o próprio desgaste na deliberação de temas divisivos, como uniões homoafotetivas, interrupção de gestação ou demarcação de terras indígenas.[6]

---

3 Barroso, Luís Roberto, "Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo", *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, vol. 2, n. 21, janeiro-junho de 2012, p. 5.

4 *Ibidem*, p. 6.

5 *Idem*.

6 *Idem*.

Esta última impõe uma premissa, a de que há um interesse político em que determinadas questões sejam judicializadas, em especial pelo sistema eleitoral brasileiro que, muitas vezes, têm os partidos políticos como os próprios autores de ações diretas no Supremo Tribunal Federal, devidamente autorizados pelo texto constitucional. Ainda, deve-se trazer aqui a teoria do livre convencimento motivado, adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro ao tratar dos limites da lide processual.

Assim, não se trata, aqui, de uma livre manifestação da Suprema Corte, mas sim um posicionamento decorrente de uma demanda proposta por aqueles legitimados constitucionalmente. Desta forma, a cúpula do judiciário brasileiro, em sua função de intérprete constitucional, cada vez mais, confere aplicabilidade aos direitos fundamentais previstos nos artigos 5º, 6º e 7º, através de uma ponderação dos princípios constitucionais.

Elenild e Josilene, em seu artigo "Ativismo judicial e *judicialização da* saúde: impactos da pandemia de COVID-19 no judiciário brasileiro" assim dispõe sobre os motivos da judicialização da saúde no Brasil:

> Alguns motivos para a judicialização da saúde, tais como, a garantia dos direitos humanos; o controle constitucional do ordenamento jurídico pátrio; a positivação constitucional das garantias e direitos individuais e sociais e o princípio da inafastabilidade da jurisdição, sendo estes, os elementos que motivam a expansão das competências jurisdicionais do judiciário brasileiro".[7]

A intervenção judicial em políticas públicas não se mostra, por si só, um aspecto negativo do ordenamento jurídico brasileiro, sob pena de penalizarmos todos os direitos sociais que dependem de prestações estatais, o que atribuiria competência ao judiciário somente de causas particulares, o que é inadmissível.

---

7 Costa, Elenild de Goes e Botelho Moura, Josilene, "Ativismo judicial e judicialização da saúde: impactos da pandemia de COVID-19 no judiciário brasileiro", *Revista de Direito da Universidade de Brasília*, [S. l.], vol. 5, n. 1, 2021, p. 101, *https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/32174*

Por outro lado, a omissão estatal na implementação de políticas públicas necessárias ao cumprimento do texto constitucional, não pode ser desconsiderada e tida como normal, tendo como consequência a banalização da incompetência dos entes públicos. É neste ponto que se mostra impositiva a intervenção judicial, na ocasião em que o Estado deixa de cumprir suas atribuições constitucionais especialmente pela natureza do ato administrativo dos poderes legislativo e executivo, que não podem ser executados em dissonância com a Carta Magna.

IV. O JUDICIÁRIO COMO SUBSTITUTO DO ESTADO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A figura do judiciário como substituto do estado na proteção e, por vezes, na prestação indireta de direitos fundamentais é debatido e estudado cada vez mais a partir da Constituição Federal de 1988.

Durante o período da COVID-19 a busca por uma intervenção judicial no Brasil teve um crescimento em todo território nacional. Em pesquisa realizada por Elenild de Góes Costa[8] nos *Tribunais de Justiça das 24 capitais brasileiras e do DF, no período compreendido entre março e dezembro de 2020, constatou-se o registro de 32.827 acórdãos e 6.252 decisões monocráticas referentes à COVID-19 no período compreendido no estudo.*

A partir da pesquisa acima mencionada foi possível observar o grande impacto da primeira onda da Pandemia de COVID-19 no Poder Judiciário, demonstrando a consequência de uma política e estrutura de saúde ineficiente para o cenário em que o Brasil se encontrava. Este reflexo, em números, da pandemia no poder judiciário advém do próprio princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, assegurado no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, onde afirma-se ser vedado negar o acesso à justiça daqueles que a invocarem:

[8] *Idem.*

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito [...].

Este princípio, por mais que se encontre previsto expressamente no texto constitucional, possui como origem o artigo 8º do Pacto de São José da Costa Rica, na primeira Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário:

> Artigo 8º - Garantias judiciais
>
> 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Com isso, é possível constatar que este acesso à Justiça se mostra, além de uma garantia constitucional expressa, uma determinação legal internacional de proteção dos direitos humanos. Desta forma, poder-se-ia afirmar que o acesso à justiça e, assim, o posicionamento do judiciário sobre questões sociais e sanitárias é meio para a garantia de direitos fundamentais cuja efetivação é descumprida pelo executivo.

O questionamento sobre a possibilidade de o judiciário atuar com substituto do estado na proteção dos direitos fundamentais deve partir desta premissa internacional de não se afastar do judiciário qualquer análise que lhe for solicitado. Permitir que, na hipótese de demanda judicial que busque uma obrigação de fazer por parte do estado, o judiciário se omitisse em se posicionar favorável ou contrário, incorreria em manifesta violação tanto ao Pacto de São José da Costa Rica, quanto ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Com isso, tanto o ordenamento jurídico nacional quanto o internacional asseguram o direito de ação a toda e qualquer pessoa que busquem a prestação jurisdicional em face de lesão ou

ameaça de lesão, sendo obrigado o Poder Judiciário a proteger e assegurar as garantias constitucionais.

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 104.119-7 de relatoria do Ministro Humberto Martins, evidenciou a consequência de sobrepor-se o princípio da separação dos poderes ao da inafastabilidade de acesso à justiça:

> Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Com efeito, a correta interpretação do referido princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei. Em casos excepcionais, quando a administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem razão, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, autorizado se encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada.

Ainda que o Brasil tenha com pilar constitucional o princípio da separação dos poderes, como forma de assegurar a independência e garantia de diversos direitos fundamentais, a utilização desta garantia com fundamento para impedir que o judiciário se posicione sobre omissões legislativas e executivas, incorreria em manifesta violação a direitos fundamentais.

De forma exemplar, o acórdão evidencia que a correta interpretação do princípio da separação dos poderes é no sentido de limitar a atuação do judiciário nas hipóteses em que o poder público esteja atuando dentro dos limites legais. Por outro lado, na ocorrência de uma extrapolação dos limites pela administração pública, agindo de forma contrária às garantias legais e constitucionais, deve ser o judiciário autorizado a corrigir e determinar a adequação dos atos ao texto constitucional. Busca-se, com isso, corrigir e restaurar a ordem jurídica violada pelo poder público.

Durante o período da COVID-19, é possível destacar algumas decisões emblemáticas proferidas pelo judiciário, quais sejam: *a)* a competência dos Estados da federação para legislar sobre restrições de atividades, y *b)* o retorno das aulas presenciais.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341 de relatoria do Ministro Marco Aurélio, o plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu, por unanimidade, que as medidas adotadas pelo Governo Federal para o enfrentamento da COVID-19 não afastam a competência concorrente, e nem mesmo a edição de normas pelos Estados e Municípios.

Referida discussão surge da edição da Medida Provisória nº 926 de 2020 que interferiu no regime de cooperação entre os entes federativos, confiando as prerrogativas de isolamento, quarentena, interdição de locomoção, de serviços públicos de atividades essenciais e de circulação à União Federal. Essa exclusão dos Estados e Municípios na adoção de medidas restritivas virou objeto de ação de inconstitucionalidade, passando a entender o poder judiciário que, com relação a adoção das referidas medidas, haveria uma competência concorrente entre a União, os Estados e os Municípios, especialmente diante das características próprias de cada estado e região da Federação.

No que tange o retorno das aulas presenciais, o ativismo judicial mostrou-se mais evidente. Isto porque o governo do Estado do Rio Grande do Sul, em 22 de fevereiro de 2021 editou o Decreto nº 55.767 assegurando o retorno às aulas presenciais para educação infantil, primeiro e segundo anos do ensino fundamental.

O Estado, à época havia recém iniciado o programa de vacinação de idosos e população de risco, não tendo sido incluído, nestes, os professores de ensino básico, e, ainda, o cenário sanitário mostrava-se em colapso. Conforme mencionado no processo nº 034650-46.2021.8.21.7000/RS[9] do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o estado se encontrava na denominada bandeira preta, o nível máximo de restrições à população.

Em termos de saúde pública, a capital do estado, Porto Alegre, possuía 101,20% dos leitos de Unidades de Tratamento Intensivo —UTI— ocupados, e 174 pacientes aguardando leitos, demonstrando o colapso da saúde pública, quando o Poder Executivo, no

[9] Processo nº 034650-46.2021.8.21.7000/RS do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul/Brasil.

exercício de suas atribuições entendeu por autorizar o retorno de aulas presenciais.

Diante deste panorama conflitante, a Associação Mães e Pais pela Democracia, ajuizou demanda judicial buscando a suspensão do retorno às aulas presenciais, tendo como resulta o acolhimento do pedido nos seguintes termos:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SUSPENSÃO DAS AULAS PRESENCIAIS NAS ESCOLAS PÚBLICAS E PRIVADAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. DECRETAÇÃO DE BANDEIRA PRETA DO SISTEMA DE DISTANCIAMENTO CONTROLADO. LIMINAR DEFERIDA. MANUTENÇÃO. DECRETO ESTADUAL Nº 55.767/21. INCOERÊNCIA MOTIVACIONAL INTRÍNSECA. ATO ADMINISTRATIVO INCOERENTE COM SUA FINALIDADE. GRAVE CRISE SANITÁRIA. COMPETÊNCIA. 1. [...] 2. A ATUAÇÃO JURISDICIONAL FRENTE AOS ATOS DE GESTÃO DEVE FICAR ADSTRITA A EVENTUAIS ABUSOS DE AUTORIDADE E DE ILEGALIDADE, BEM COMO QUANDO HOUVER TERATOLOGIA NA DECISÃO, O QUE PODERÁ SE VISLUMBRAR NA ANOMALIA MOTIVACIONAL DO ATO ATACADO. 3. [...] 4. O DECRETO ESTADUAL Nº 55.767/21, DE FORMA DESALINHADA À LÓGICA ATÉ ENTÃO ADOTADA, AUTORIZOU, NO ART. 2º, INCISO III, A REALIZAÇÃO DAS AULAS PRESENCIAIS, NO MOMENTO DE MAIOR GRAVIDADE DESDE O INÍCIO DA PANDEMIA, COM CLASSIFICAÇÃO ESTADUAL DE BANDEIRA PRETA, ADOTANDO COMO FUNDAMENTAÇÃO A PRESERVAÇÃO DA EDUCAÇÃO INFANTIL E ALFABETIZAÇÃO, INCLUSIVE PARA SOCIALIZAÇÃO E FORMAÇÃO DA PERSONALIDADE DAS CRIANÇAS. 5. HIPÓTESE EM QUE CONFIGURADA A INCOERÊNCIA DO ATO ADMINISTRATIVO COM SUA FINALIDADE ORIGINAL, POIS EM TOTAL DESALINHO COM A POSTURA ATÉ ENTÃO ADOTADA PELO ADMINISTRADOR PÚBLICO DURANTE A PANDEMIA, EVIDENCIANDO CONTRADIÇÃO INTRÍNSECA E IRRAZOÁVEL ENTRE O OBJETIVO DO ATO E SUA MOTIVAÇÃO. 6. ATO ADMINISTRATIVO que denota APARENTE NULIDADE POR VÍCIO DE MOTIVAÇÃO. DECISÃO MANTIDA. EFEITOS SECUNDÁRIOS EXPLICITADOS. 7. LIMINAR DEFERIDA NA ORIGEM. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.[10]

[10] Processo nº 034650-46.2021.8.21.7000/RS do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul/Brasil.

Diante do julgado acima transcrito é possível observar o posicionamento do judiciário no sentido de que, diante da incoerência do ato administrativo com o seu real objetivo, reconhece o vício de motivação e determina a suspensão do retorna às aulas presenciais, trazendo argumentos como a lotação de UTIs, dentre outros.

Tratou-se de um posicionamento em que o judiciário substituiu o poder público na política de saúde pública, utilizando-se dos mesmos argumentos científicos, porém, fazendo uma ponderação entre o direito fundamental à educação, dignidade da pessoa humana, direito à saúde e à vida e adaptando a política às garantias constitucionais.

V. O ativismo judicial e seus limites

Demonstrado o pleno cabimento do ativismo judicial, ou seja, o posicionamento do poder judiciário quando ocorrer abuso omissivo ou comissivo pelo pela administração pública, necessário se mostra estabelecer, se é que há, os limites desta atuação judicial.

O principal ponto de conflito existente neste ponto é na alegação de que o judiciário possuiria como limite de autuação no fato de que as políticas públicas somente deveriam ser promovidas por meio do legislativo, através de leis, projetos, ações, dentre outras formas. Ainda, a concretização dos direitos sociais caberia, como regra geral aos Poderes Legislativo e executivo, eleito pelo povo e para o povo e que, ainda, deveria observar de forma inafastável, o Estado Social.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 firmou posicionamento no sentido contrário:

> Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação

> dos direitos sociais, econômicos e culturais. caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da "reserva do possível". Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do "mínimo existencial". Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).[11]

A Cláusula da Reserva do Possível, amplamente trazida pela administração pública como defesa é relevada quando se tratar da manutenção da integridade e intangibilidade do núcleo do mínimo existencial.

Na lição de Barroso, o ativismo judicial "consiste em uma postura adotada pelo Magistrado com relação à interpretação das leis e da Constituição, o que possibilita que este amplie o alcance das normas decorrentes, sobretudo, de possível retraimento do papel dos Poderes Legislativos e executivo".[12]

Ainda, na lição de Vanice Regina Lírio do Valle:

> Entende-se ativismo judicial como procedimento que faculta os magistrados legislarem; contestarem atos constitucionais oriundos de outros poderes; questionar a validade de decisões que divergem dos cânones constitucionais brasileiros, sem, contudo, perder de vista que o ativismo judicial sempre é invocado para preservar direitos.[13]

Este ativismo, por mais simples que possa parecer pode ter sua classificação divida em dois aspectos distintos. O inovador, quando o poder judiciário cria regras de interpretação na busca de ampliar o alcance da norma constitucional já prevista, frequentemente utilizado nas demandas que buscam a ampliação do acesso a políticas públicas. O revelador, nos casos em que há lacunas constitucionais a serem supridas pelo judiciário.

---

11 Brasil, Supremo Tribunal Federal, Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, nº 45 MC/DF.

12 Barroso, Luís Roberto, "Constituição, democracia e supremacia...", *cit.*, p. 5.

13 Valle, Vanice Regina Lírio do, *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*, Curitiba, Juruá, 2009, p. 21.

No âmbito do direito fundamental à saúde durante a COVID-19, inúmeras decisões judiciais foram no sentido de conceder acesso a leitos, fornecimento de medicações, oxigênio e, em outras, a simples afirmação de que não cabe ao judiciário intervir em questões vinculadas ao Sistema Único de Saúde.

Na grande maioria das decisões o Estado ingressou com recurso com fundamento no sentido de que não poderia privilegiar um paciente sem comprometer a universalidade da prestação do serviço a toda a sociedade e, desta forma seria obrigatório ao judiciário obedecer a teoria da reserva do possível e da autonomia do poder executivo, em especial no aspecto financeiro e de planejamento orçamentário.

Sustenta, felizmente, o judiciário que suas decisões devem se pautar, precipuamente, pelo caráter prioritário da saúde, assim como assegurado pela Constituição Federal de 1988 como direito social fundamental.

Na lição de João Pedro Antunes Carvalho,[14] ao se impor ao estado uma obrigação exclusiva de suprir às necessidades da população, sem um respeito ao limite da reserva do possível, estar-se-ia contribuindo para o fracasso do Estado Social de Direito. Isto porque, ao se deferir a integralidade dos pedidos judiciais formulados, haveria uma tendência a uma busca gradativamente maior da materialização dos direitos sociais, ocasionando uma completa ineficiência das políticas públicas de saúde para todos.

Por outro lado, a lição de Claudia Garcia Serpa Osório de Castro,[15] se reconhece que a judicialização da saúde se tornou uma relevante ferramenta de consolidação do direito à saúde, tendo

[14] Carvalho, João Pedro Antunes, "A prescrição da ação de improbidade administrativa na visão do Superior Tribunal de Justiça: uma breve análise dos precedentes jurisprudenciais", *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano XX, n. 4402, 21 de julho de 2015, *https://jus.com.br/artigos/40956*

[15] Osorio-de-Castro, Claudia Garcia Serpa, "A judicialização da saúde e os novos desafíos da gestão da assistência farmacêutica", *Ciênc. Saúde Coletiva*, vol. 15, n. 5, Rio de Janeiro, agosto de 2017, *https://doi.org/10.1590/S1413-81232010000500015*

reiteradamente contribuído para o aperfeiçoamento do Sistema Único de Saúde como política pública.

Ainda sobre esta questão, o Supremo Tribunal Federal, na análise do Recurso Extraordinário nº 566.471[16] (Tema 06) ainda analisa a tese do *Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo* estando o julgamento atualmente paralisado por pedido de vistas.

Todavia, o Tema nº 793 do STF teve seu mérito julgado no ano de 2020, tendo sido fixada a tese segundo a qual:

> Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.[17]

Considerando se tratar de questão de alta complexidade e de relevante impacto social, a Declaração do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde[18] reafirmou que a atuação do Judiciário é crucial para o resgate efetivo da cidadania e realização do direito à saúde, mesmo sob o argumento de que do seu exercício advêm tensões com a administração pública.

VI. Conclusão

O Brasil, assim como o restante do mundo, a partir do ano de 2020 foi assolado pela pandemia da COVID-19, colocando à prova tanto as instituições de saúde, quanto o próprio estado social democrático.

Como demonstrado no presente artigo, alguns estados brasileiros atingiram mais de 100% de ocupação de leitos de

---

16 Brasil, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 566471.

17 Brasil, Supremo Tribunal Federal, Tema 793.

18 Declaração do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde - Recomendação nº 36 do CNJ.

UTI COVID, com graves crises de fornecimento de oxigênio e, também, uma crise político-judiciária. Esta última decorrente especialmente da frequente intervenção do Poder Judiciário em políticas de saúde e de combate à COVID-19.

Diante das frequentes omissões tanto políticas quanto de administração pública, a proteção do direito fundamental à saúde passou a ser deixado em um segundo plano, deixando-se de se assegurar garantias constitucionais básicas durante a crise da COVID-19. A partir desta omissão estatal, gerando uma grave desproteção dos direitos fundamentais o judiciário brasileiro passou a ser cada dia mais buscado pela população brasileira, em busca da concretização de políticas de saúde pública, como fornecimento de oxigênio, leitos de UTI, transferências médicas e, também, retorno às aulas presenciais.

Nesta seara ressurge o debate sobre o papel do poder judiciário e o consequente ativismo judicial. Ainda que deva existir limites para a atuação do judiciário evitando, assim, uma substituição dos poderes executivo e legislativo, é correto afirmar que se mostra inevitável o posicionamento da justiça a fim de que se proteja os direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal de 1988. Eventual alegação de que este posicionamento daria início a um ingresso reiterado de pedidos judiciais não deve se sobrepor a uma desproteção do direito à saúde. Ainda, afastar do judiciário incorreria em uma dupla punição ao cidadão, que já teve seu direito à saúde desconsiderado pelo poder executivo e legislativo e, ainda não teria o judiciário para se socorrer.

Bibliografia

Aragão, João Carlos Medeiro de, *Judicialização da política no Brasil. Influência sobre atos internacorporis do Congresso Nacional*, Brasília, Câmara dos Deputados, 2013.

Barroso, Luís Roberto, "Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática", *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, vol. 2, n. 21, janeiro-junho de 2012.

Barroso, Luís Roberto, "Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo", *Revista*

da Faculdade de Direito da UERJ, vol. 2, n. 21, janeiro-junho de 2012.

Brasil, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 566.471.

Brasil, Supremo Tribunal Federal, Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, nº 45 MC/DF.

Brasil, Supremo Tribunal Federal, Tema 793 STF.

Brasil, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Processo nº 034650-46.2021.8.21.7000.

Costa, Elenild de Goes e Botelho Moura, Josilene, "Ativismo judicial e judicialização da saúde: impactos da pandemia de COVID-19 no judiciário brasileiro", *Revista de Direito da Universidade de Brasília*, [S. l.], vol. 5, n. 1, 2021, pp. 93-122, *https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/32174*

Carvalho, João Pedro Antunes, "A prescrição da ação de improbidade administrativa na visão do Superior Tribunal de Justiça: uma breve análise dos precedentes jurisprudenciais", *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano XX, n. 4402, 21 de julho de 2015, *https://jus.com.br/artigos/40956*

Declaração do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde - Recomendação nº 36 do CNJ.

Osorio-de-Castro, Claudia Garcia Serpa, "A judicialização da saúde e os novos desafíos da gestão da assistência farmacêutica" *Ciênc. Saúde Coletiva*, vol. 15, n. 5, Rio de Janeiro, agosto de 2017, *https://doi.org/10.1590/S1413-81232010000500015*

Valle, Vanice Regina Lírio do, *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*, Curitiba, Juruá, 2009.

La protección de los derechos fundamentales y su vinculación con la tecnología en materia penal en tribunales ordinarios ante omisiones legislativas

Leticia de Lourdes Obregón Bracho

Sumario. I. Introducción. II. Contexto general. III. Situación en México. IV. Experiencia práctica nacional. V. Situación internacional. VI. Derechos a la tutela judicial efectiva y derecho humano a la defensa adecuada. VII. Análisis práctico. Referencias

I. Introducción

La pandemia derivada de la aparición del virus SARS-CoV-2 ha afectado la forma en que el ser humano se relaciona con su entorno, obligando incluso al cierre temporal de los tribunales ordinarios; empero, la impartición de justicia en el sistema penal acusatorio no puede detenerse, sin afectar la seguridad jurídica de los gobernados, razón por la cual, los poderes judiciales de la República Mexicana han tomado medidas para que se desahoguen las audiencias urgentes, ello mediante la implementación de guardias presenciales, habilitar audiencias a distancia, o un esquema mixto.

Por lo tanto, a efecto de que los juzgadores no invadan la competencia del poder legislativo, así como en acatamiento al principio de debido proceso, es necesario que sea mediante la expedición de la norma general correspondiente, que se delimi-

ten las condiciones para que las audiencias preliminares puedan celebrarse de manera telemática.

II. Contexto general

El 17 de noviembre de 2019, en la provincia de Hubei, en la República Popular de China, el paciente cero contrajo un tipo de neumonía de causa desconocida,[1] enfermedad de la que se dio noticia a la Organización Mundial de Salud el 31 de diciembre de ese año,[2] misma que el 11 de marzo de 2020 declaró una pandemia producida por el Síndrome Respiratorio Agudo Severo Coronavirus 2 (SARS-CoV-2),[3] expandiéndose la enfermedad por 192 países,[4] con 102.1 millones de casos acumulados, así como más de 2.2 millones de muertes a nivel global, al 31 de enero de 2021.[5]

Lo anterior provocó grandes cambios en la vida cotidiana de la mayoría de la población mundial, en cumplimiento de las medidas sanitarias dictadas por las autoridades nacionales en aras de detener el ciclo de propagación del virus en tanto se logra la inmunidad colectiva. Consecuentemente, en lo relativo a la impartición de justicia en materia penal, se debe de tomar en cuenta que en el mundo, al menos 11 millones de personas se encuentran encarceladas, de las cuales, en 125 países hay sobrepoblación carcelaria.[6]

---

1 Ma, Josephine, "Coronavirus: China's first confirmed COVID-19 case traced back to November 17", *South China Morning Post,* China, marzo de 2020.

2 Mcmullen, Jane, "Coronavirus: los 5 días que marcaron el destino de la pandemia en el mundo", *BBC News Mundo,* enero de 2021.

3 Director general de la Organización Mundial de la Salud, "Alocución de apertura del director general de la OMS en la rueda de prensa sobre la COVID-19 celebrada el 11 de marzo de 2020", *Discursos del director general de la Organización Mundial de la Salud,* marzo de 2020.

4 Romero, Sarah, "Coronavirus: estos son los países afectados hasta el momento", *Muy Interesante*, España, febrero de 2021.

5 Organización Mundial de la Salud, Actualización epidemiológica semanal – 2 de febrero de 2021, World Health Organization, enero de 2021.

6 Vázquez Barba, Romina, "El *COVID*-19 avanza en el mundo... y en sus cárceles", *Bajo Lupa*, México, junio de 2020.

En tal particular, se destaca que en Estados Unidos de América han dado positivo más de 20 000 internos y 6 400 empleados penitenciarios,[7] en tanto en América Latina al menos 160 reclusos han fallecido,[8] mientras que en Canadá son 1 243 positivos con cinco defunciones.[9]

De ahí que no se puedan obviar los efectos adversos de un brote de SARS-CoV-2 al interior de una institución carcelaria en la que no se pueden mantener las medidas de distanciamiento social; por lo que es necesario que la justicia no se detenga, a efecto de que las personas que se encuentran sujetas a una medida cautelar de internamiento preventivo puedan solicitar su modificación, acogerse a una salida alterna o, en su defecto, continuar con las audiencias preliminares.

III. Situación en México

El 27 de febrero de 2020 se detectó el primer caso en México;[10] luego, el 31 de marzo de 2020, el Consejo de Salubridad General declaró la emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor a la epidemia de enfermedad generada por el virus SARS-CoV-2;[11] al 13 de julio de 2021 se han reportado 187 086 096 casos positivos confirmados y 4 042 921 defunciones por COVID-19.[12]

---

7 Kaplan, Jacob, "COVID-19 in Prisions in the United States"*, COVID Prison Data*, Estados Unidos, 2020.

8 Vivanco, José Miguel, "How to Prevent COVID-19 Outbreaks in Latin America's Prisions", *Human Rights Watch,* Estados Unidos, 2020.

9 Servicios Correcionales Canadá, "Testing of inmates in federal correctional institutions for COVID-19", *Correctional Service Canada,* Canadá, 2021.

10 Suárez, V. *et al.,* "Epidemiology of COVID-19 in Mexico: from the 27th of February to the 30th of April 2020", *Revista Clínica Española (English Edition),* España, vol. 2020, noviembre de 2020, pp. 463-471.

11 Acuerdo por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-CoV2, *Diario Oficial de la Federación*, México, marzo de 2020.

12 Subsecretaría de Prevención y Promoción de la Salud, "Informe Técnico Diario COVID-19 MÉXICO", Gobierno de México, México, enero de 2021.

En tanto, a noviembre de 2020, hay 215 232 personas recluidas, en 291 institutos penitenciarios a cargo de la Federación y de las entidades federativas,[13] a las que se suman 403 personas,[14] internas en tres prisiones militares;[15] existiendo sobrepoblación en 130 penales estatales.[16] De ellos, 92 814 internos se encuentran en prisión preventiva, a la espera de que se acredite su culpabilidad mediante sentencia ejecutoriada.

Así, tomando en consideración que, de acuerdo con *México Evalúa*, un proceso penal dura en promedio 291 días para su resolución (9 meses con 21 días), según datos previos a la contingencia sanitaria,[17] es de suma importancia no permitir que la impartición de justicia en materia penal durante este contexto se retrase, sino, por el contrario, propiciar el uso de herramientas tecnológicas para que, de manera segura y eficiente, se continúe con la secuela procesal hasta el auto de apertura a juicio oral, dotando de certeza jurídica tanto al justiciable como a la víctima del delito, sin contribuir a la propagación del virus SARS-CoV-2.

IV. Experiencia práctica nacional

Previo al inicio de la pandemia, en el país, solo la Ciudad de México y la Federación, contemplaban que las audiencias del sistema acusatorio adversarial se desarrollaran de manera remota; en la primera, mediante la modalidad de telepresencia, que implica que los intervinientes se encuentren en lugares distintos, mientras el juzgador permanece en la sala de audiencias, el imputado en una sala de telepresencia en lugar diverso reservado para los

13 Aranda, Jesús y Castillo, Gustavo, "Prisiones militares y pensiones", *La Jornada*, México, septiembre de 2012, p. 16.

14 Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Diag*nóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria 2019*, México, 2019.

15 *Ibidem,* p. 11

16 Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana, *Cuaderno Mensual de Información Estadística Penitenciaria Nacional*, Gobierno de México, México, noviembre de 2020.

17 México Evalúa, "Hallazgos 2019", *México Evalúa,* México, 2019.

supuestos en que los enjuiciados son de alta peligrosidad, esto es, por identificarse como parte de la delincuencia organizada; internos en centros penitenciarios lejanos, a efecto de no poner en riesgo la integridad de uno de los intervinientes.[18]

Por su parte, a nivel federal se habilitó la red privada virtual del Poder Judicial de la Federación, para que los órganos judiciales que lo requieran puedan sesionar de manera remota, mediante videoconferencias en tiempo real;[19] cuestión que se reiteró al comienzo de la pandemia, precisándose su aplicabilidad para todas las audiencias de carácter urgente.[20]

Mientras que en el transcurso de la contingencia sanitaria, al 16 de febrero de 2021, los poderes judiciales de los estados de Aguascalientes,[21] Baja California,[22] Baja California Sur,[23] Campeche,[24] Chiapas,[25] Chihuahua,[26] Coahuila,[27] Durango,[28] Guana-

18 Acuerdo 47-50/2016, de 27 de noviembre de 2016, emitido por el Consejo de la Judicatura de la Ciudad de México, arts. 3 4.

19 Acuerdo General 74/2008, aprobado el 15 de octubre de 2008, por el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, art. primero.

20 Acuerdo General 13/2020, de 8 de junio de 2020, aprobado por el Consejo de la Judicatura Federal, art. 2, frac. IX.

21 Acuerdo de 30 treinta de marzo de 2020, emitido por el Pleno del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Aguascalientes, art. tercero.

22 Acuerdo de 14 de abril de 2020, expedido por el Consejo de la Judicatura del Estado de Baja California, art. 1, del punto 2.

23 Acuerdo General Conjunto 4/2020, del Consejo de la Judicatura y del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Baja California Sur, art. cuarto, inc. B).

24 Acuerdo General Conjunto 5/PTSJ-CJCAM/19-2020, del Consejo de la Judicatura y del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Campeche, art. primero.

25 Acuerdo General 17/2020 del Consejo de la Judicatura del Estado Chiapas, art. 6.

26 Acuerdo de 11 de junio de 2020, del Consejo de la Judicatura del Estado de Chihuahua, art. 3.

27 Acuerdo de 6 de abril de 2020, emitido por el Magistrado Presidente del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura del Estado de Coahuila, art. primero.

28 Acuerdo General 3/2020, del Consejo de la Judicatura del Estado de Durango, art. 1.

juato,[29] Guerrero,[30] Hidalgo,[31] Estado de México,[32] Michoacán,[33] Nayarit,[34] Nuevo León,[35] Oaxaca,[36] Quintana Roo,[37] San Luis Potosí,[38] Sinaloa,[39] Sonora,[40] Tabasco,[41] Tamaulipas[42] y Zacatecas[43] han emitido los acuerdos que facultan a los jueces penales a resolver las cuestiones que no admiten demora mediante audiencias virtuales, a través del uso de diversos servicios privados de videoconferencia en tiempo real (Zoom, Videoconferencia Telmex Meetings, Skype, entre otros).

29 Acuerdo General de 23 de abril de 2020, emitido por el Consejo del Poder Judicial del Estado de Guanajuato, art. 1.

30 Acuerdo General de 17 de marzo de 2020, reformado el 6 de abril del mismo año, emitido por el Consejo de la Judicatura del Estado de Guerrero, art. cuarto.

31 Acuerdo General 18/2020, del Consejo de la Judicatura del Estado de Hidalgo, art. 6.

32 Acuerdo de 20 de enero de 2021, del Consejo de la Judicatura del Estado de México, art. I, numeral 2, párr. 4.

33 Acuerdo de 13 de junio de 2020, del Pleno del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Michoacán, punto décimo, frac. IV.

34 Acuerdo General 11/2020, del Pleno del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura, art. 8, párr. 4

35 Acuerdo General Conjunto 5/2020-II, de los Pleno del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura de Nuevo León, art. décimo quinto, párr. segundo.

36 Acuerdo General Conjunto 3/2020, de los Pleno del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura del Estado de Oaxaca, art. segundo, párr. segundo.

37 Acuerdo General 10/2020, del Consejo de la Judicatura del Estado de Quintana Roo, art. primero.

38 Acuerdo General Quinto, de los Pleno del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura de San Luis Potosí, art. 4, frac. I.

39 Acuerdo General de 11 de junio de 2020, del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Sinaloa, art. 12.

40 Acuerdo General 5/2020, del Pleno del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Sonora, art. primero.

41 Acuerdo General Conjunto 5/2020, de los Pleno del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura del Estado de Tabasco, art. 1, sección segunda, inc. d), párrs. 3 y 5.

42 Acuerdo de 29 de mayo de 2020, del Consejo de la Judicatura del Estado de Tamaulipas, art. sexto.

43 Acuerdo de 4 de diciembre de 2020, del Pleno del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Zacatecas, art. 4.

Incluso Coahuila, Estado de México y Guanajuato autorizaron la continuación de los procesos hasta la etapa de juicio y el dictado de la sentencia definitiva, ya que en la primer entidad citada se emitió sentencia condenatoria por el delito de violencia familiar,[44] en el segundo se han dictado 74 sentencias de fondo,[45] y en el último se emitió resolución de fondo en un procedimiento abreviado.[46]

Por otro lado, en los estados de Morelos[47] y Yucatán,[48] pese a que los poderes judiciales correspondientes no han emitido Acuerdo General autorizando la celebración de audiencias en línea, los magistrados de las salas penales emitieron acuerdos específicos, determinando la posibilidad de sesionar de tal forma para resolver los recursos de apelación correspondientes.

Finalmente, en las entidades de Colima,[49] Jalisco,[50] Puebla,[51] Querétaro,[52] Tlaxcala[53] y Veracruz,[54] no se autorizó la celebración

---

44 Valdés, Juan Francisco, "Histórico, por primera vez en México se dicta sentencia por videoconferencia, y fue en Coahuila", *Vanguardia,* México, abril de 2020.

45 Síntesis Informativa del Poder Judicial del Estado de México, "Jueces penales dictan 74 sentencias virtuales en esta contingencia", Síntesis Informativa del Poder Judicial del Estado de México, México, junio de 2020.

46 *Milenio Digital*, "Justicia Virtual; emiten sentencia en videoconferencia", *Milenio,* abril de 2020.

47 González, Héctor Raúl, "Justicia Virtual; realizan primera audiencia por videoconferencia en Morelos", *Bajo Palabra Noticias,* agosto de 2020.

48 Ramírez Benítez, René y Altamirano Escalante, Santiago, "Audiencias virtuales e impartición de justicia en tiempos de COVID-19: caso Yucatán", *Derecho en Acción,* mayo de 2020.

49 Acuerdo de 18 de marzo de 2020, emitido por el Pleno del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Colima.

50 Acuerdo de 30 de junio de 2020, del Pleno del Supremo Tribunal de Justicia y del Consejo de la Judicatura del Estado de Jalisco.

51 Acuerdo de 17 de marzo de 2020, emitido por el Consejo de la Judicatura del Estado de Puebla, art. segundo, inc. a).

52 del Acuerdo de 20 de marzo de 2020, del Pleno del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura del Estado de Querétaro, art. sexto, inc. b).

53 Acuerdo II/16/2020, del Consejo de la Judicatura del Estado de Tlaxcala, punto 3.

54 Acuerdo de 28 de agosto de 2020, del Consejo de la Judicatura del Estado de Veracruz, punto 5, inc. d).

de audiencias a distancia durante la contingencia sanitaria, sino que los poderes judiciales respectivos, determinaron implementar guardias físicas para la celebración de audiencias privadas (sin público) a efecto de que se resolvieran las cuestiones urgentes.

De ello se hace patente que, ante la omisión del poder legislativo competente de expedir la legislación que regule el uso de la videoconferencia a efecto de que los tribunales penales puedan sesionar de manera virtual, la respuesta de los poderes judiciales de los estados ha sido emitir los acuerdos conducentes para regular tales audiencias; en otros, los juzgadores han interpretado la legislación procesal penal a efecto de considerar factible tal forma de sesionar, mientras los restantes estados optaron por el desahogo de las audiencias de manera física, limitando la publicidad de las mismas.

V. Situación internacional

De manera suscinta, se precisan los supuestos que los diversos países del continente han establecido como casos urgentes, a efecto de continuar con su trámite durante la emergencia sanitaria, y consecuentemente el desahogo de las audiencias correspondientes.

5. 1. República Argentina

En el citado país se confirmó el primer infectado con el virus Sars-Cov-2 el 3 de marzo de 2020, según lo informado por el Ministerio de Salud, lo que, sumado al aumento de los casos positivos y decesos registrados, provocó que mediante decreto 297/2020, publicado el 20 de marzo de 2020, a través del *Boletín Oficial del Gobierno Argentino* se decretara el Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró inhábil el 16 de marzo de 2020,[55] agregando feriados extraordina-

[55] Acordada 4/2020, publicada el 17 de marzo de 2020, emitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina

rios que se extendieron hasta el 10 de mayo del mismo año.[56] Se establecieron como casos urgentes la privación de la libertad, violencia urbana y doméstica, delitos contra la salud pública, delitos migratorios, interrupción de comunicaciones, aprovechamiento de calamidad, habeas corpus, delitos contra integridad, seguridad pública y orden público.[57] Empero, no existe marco normativo que autorice la celebración de audiencias virtuales en el orden nacional, a diferencia de lo que acontece en diversas provincias.

De igual manera, se destaca que el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén aprobó el protocolo de audiencias penales remotas en contexto de pandemia, predominando el teletrabajo, describiendo las labores durante, antes y después de las audiencias.[58]

En tanto, el Tribunal Superior de Justicia de Río Negro aprobó los protocolos para la celebración de audiencias remotas a través de salas virtuales, para lo cual es necesario el consentimiento de los intervinientes; en caso de negativa, debe fundarse, resolviendo el juzgador lo conducente.[59]

A su vez, la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba también reglamentó las audiencias virtuales mediante el protocolo correspondiente.[60]

5.1.1. Plano práctico

En este contexto, el 5 de julio de 2021 tuvo verificativo una audiencia de juicio, a través de la plataforma Zoom, por los delitos

---

56 Acordadas 8/2020, 10/2020 y 13/2020 de fechas 1 de abril de 2020, 12 de abril de 2020 y 27 de abril de 2021, emitidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina.

57 Acordada 6/2020, de fecha el 20 de marzo de 2020, emitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, art. 4.

58 Protocolo de Realización de Audiencias penales por videoconferencia en Juzgado de Paz, de 8 de julio de 2020, Poder Judicial de Neuquén, Argentina.

59 Anexo II: Protocolo para la Realización de Audiencias de Modo Remoto Fuero Penal, de la resolución núm. 138/2020, publicada en el *B.O.P.* núm. 5875, de 30 de abril de 2020.

60 Protocolo de audiencias por videoconferencia, Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia.

de robo, homicidio agravado y falsas denuncias; el Tribunal Oral en lo Criminal dictó veredicto de condena respecto a la acusada y absolvió al coacusado.[61]

5.2. República Federativa del Brasil

El Supremo Tribunal Federal dispuso medidas de prevención temporal en el contexto de la pandemia del nuevo coronavirus, manteniendo las actividades jurisdiccionales y adoptando nuevas rutinas vinculadas al teletrabajo.[62]

Se delimitó la atención de casos urgentes a la imposición y sustitución de medidas cautelares, el dictado de prisión preventiva para fines de extradición, solicitudes de búsqueda, incautación e interceptación telefónica (casos urgentes), de progresión penitenciaria y libertad condicional. Mientras tanto, se pueden celebrar audiencias virtuales para cualquier causa, excepto las que deban de ser confidenciales, debiendo registrarse los litigantes con 48 horas de anticipación para las presentaciones orales por videoconferencia, para lo cual, debe informarse la fecha de la sesión, identificarse la causa y la declaración de habilitación para la representación.[63]

5.3. República de Colombia

Una vez declarada la urgencia manifiesta para el control y contención de contagios, se suspendieron actuaciones desde el 24 de marzo,64 lo que se prorrogó hasta el 10 de mayo de 2020.[65]

---

61 *Lavoz*, "Perpetua para la mujer que asesinó a un matrimonio para robarle y pagarle un viaje a Disney a su hija", Buenos Aires, 5 de julio de 2021.

62 Resoluciones núm. 663, 670 y 672, de 12, 23 y 26 de marzo de 2020, dictadas por el Supremo Tribunal Federal de Brasil.

63 Formulário de inscrição para sustentação oral por videoconferência. Brasil. Deviene de la Emenda Regimental nº 53, de 18 de março de 2020.

64 Acuerdo PCSJA20-11528, de 22 de marzo de 2020, del Consejo Superior de la Judicatura de la República de Colombia.

65 Acuerdo PCSJA20-11546, de 25 de abril de 2020, del Consejo Superior de la Judicatura, de la República de Colombia.

Se consideran de atención urgente del juez de control de garantías, las audiencias con detenido concentradas de legalización de captura, formulación de imputación, solicitudes de medidas de aseguramiento de detención, prórrogas de medidas de aseguramiento, control de legalidad.

A su vez, la sustitución y revocación de medidas de aseguramiento con persona interna, libertad por vencimiento de términos y control de legalidad posterior, solicitud de orden de captura, trámites de libertad en instancias revisoras. Consecuentemente, se autorizó la realización de audiencias virtuales con personas privadas de su libertad,[66] mediante el uso de tecnologías de la información,[67] mediante el procedimiento delimitado por la rama judicial.[68]

5.4. República del Perú

Se dispuso la suspensión de la prestación normal del servicio judicial, desde el 16 de marzo al 10 de mayo de 2020.[69]

Se consideraron casos urgentes los procesos con detenidos, las solicitudes de libertad, requisitorias, habeas corpus, violencia familiar, medidas cautelares. Para ello, se llevan a cabo audiencias a través de videoconferencia,[70] entre ellas, las relativas a la resolución de recursos, realizándose de manera excepcional audiencias presenciales.[71]

---

66 Acuerdo PCSJA20-11517, de 15 de marzo de 2020, del Consejo Superior de la Judicatura, de la República de Colombia.

67 Acuerdo PCSJA20-11546, de 25 de abril de 2020, del Consejo Superior de la Judicatura, de la República de Colombia.

68 Servicio de Audiencias Virtuales, Videoconferencias y Streaming, Colombia, 14 de julio de 2021.

69 Decreto Supremo núm. 044-2020-PCM que se declara Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la nación a consecuencia del brote del COVID-19, publicado el 16 de marzo de 2020 en el *D.O.B.* del Perú.

70 Resolución corrida no. 000006-2020-CE-PJ, de 11 de abril de 2020, emitida por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial del Perú.

71 Protocolo denominado Medidas de reactivación de los órganos jurisdiccionales y administrativos del Poder Judicial, posterior al levantamiento

5.5. República de Chile

El 13 de marzo de 2020, la Corte Suprema de la República de Chile determinó suspender la prestación normal del servicio judicial, a partir del 16 del mismo mes y año, regulando el trabajo a distancia, mediante el uso de videoconferencia,[72] para luego ocuparse del estado de alerta sanitaria y en ese contexto, el funcionamiento de los tribunales.[73]

Luego, conforme a las facultades que le otorgó la ley 21.226[74] de 2 de abril de 2020, dictó el auto acordado[75] sobre el funcionamiento del Poder Judicial durante la emergencia sanitaria nacional provocada por el brote del nuevo coronavirus, delimitando los principios que rigen el funcionamiento del Poder Judicial:

1. La protección de la vida y la salud pública.
2. El acceso a la justicia, transparencia y continuidad del servicio judicial.

---

del aislamiento social obligatorio establecido por el Decreto Supremo núm. 044-2020PCM y prorrogado por los Decretos Supremos núms. 051 y 064-2020-PCM, de 27 de abril de 2020, emitido por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial del Perú, art. 5.8.

72 Acta número 41-2020 Acordado que regula el teletrabajo y el uso de videoconferencia en el poder judicial, dictado por el Tribunal Pleno de la Corte Suprema, publicado en el *Periódico Oficial* el 18 de marzo de 2020.

73 Acta número 42-2020 Acordado sobre funcionamiento del poder judicial durante la emergencia sanitaria nacional provocada por el brote del nuevo coronavirus, dictado por el Tribunal Pleno de la Corte Suprema, publicado en el *Periódico Oficial* el 17 de abril de 2020.

74 Artículo 5. - En los procedimientos judiciales en trámite o que deban tramitarse ante los Juzgados de Garantía y los Tribunales de. Juicio Oral en lo Penal, los intervinientes que se hayan visto impedidos de cumplir los plazos establecidos para diligencias, actuaciones o ejercicio de acciones o derechos, podrán formular la solicitud regulada en el artículo 17 del Código Procesal Penal, fundada en cualquier impedimento generado por la calamidad pública o por la emergencia sanitaria, ocasionadas por la enfermedad COVID-19. Ley 21.226, publicada el 2 de abril de 2020 de la República de Chile.

75 Acta número 53-2020 Acordado sobre funcionamiento del poder judicial durante la emergencia sanitaria nacional provocada por el brote del nuevo coronavirus, número de acta 53-2020, dictado por el Tribunal Pleno de la Corte Suprema, publicado en el *Periódico Oficial* el 17 de abril de 2020.

3. El resguardo de los derechos personales en situación de vulnerabilidad.
4. El debido proceso.
5. La utilización de medios electrónicos.

Si bien no se decretó la suspensión de plazos judiciales, lo cierto es que los intervinientes que hayan estado impedidos de cumplir los plazos establecidos para diligencias, actuaciones o ejercicio de acciones o derechos ante ellos, a consecuencia de las restricciones impuestas por la autoridad durante el estado de excepción derivado de las consecuencias provocadas por la emergencia sanitaria ocasionada por la enfermedad COVID-19, podrá reclamar el impedimento dentro de los 10 días siguientes a su cese, debiendo el Tribunal resolver de plano.[76]

Ello en la inteligencia de que no se pueden suspender las audiencias que requieran atención urgente por parte de los Juzgados de Garantías y los Tribunales de Juicio Oral Penal, en lo relativo a:[77]

---

[76] Artículo 4. Entorpecimientos // En los procesos seguidos ante los Tribunales Ordinarios, Tribunales Especiales y Tribunales Arbitrales, las partes que se hayan visto impedidas de cumplir los plazos establecidos para diligencias, actuaciones o ejercicio de acciones y derechos podrán reclamar como "impedimento" la situación de emergencia sanitaria producto del COVID-19. Esta facultad deberá ejercer dentro de los diez días siguientes al cese del impedimento. // Esta regla aplicaría, inclusive, a los Juzgados de Policía Local, al Tribunal Calificador de Elecciones y los Tribunales Electorales Regionales, al Tribunal de Libre Competencia y todo aquel Tribunal Especial que no forme parte del Poder Judicial.

[77] Artículo 1.- La Corte Suprema, durante la vigencia del estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, declarado por decreto supremo Nº 104, de 18 de marzo de 2020, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, y por el tiempo en que este sea prorrogado, si es el caso, deberá ordenar que se suspendan las audiencias en los tribunales señalados en el inciso cuarto, de conformidad con los términos dispuestos en los incisos siguientes [...]. En el cumplimiento de esta obligación, la Corte Suprema podrá ordenar las suspensiones que estime pertinentes y por los tiempos que estime necesarios, que no excedan de la vigencia del referido estado de excepción constitucional, y el tiempo en que este sea prorrogado, si es el caso, pudiendo disponer por separado, por judicaturas y territorios jurisdiccionales, dentro de las judicaturas señaladas y en los términos dispuestos a continuación:

a) Podrá ordenar a los Juzgados de Letras, los Juzgados con Competencia en Materia de Familia, los Juzgados de Letras del Trabajo y los Juzga-

a) Control de detención.
b) Discusión o revisión de medida cautelar de prisión preventiva o internamiento provisional.
c) Audiencias de revisión o sustitución de penas, relativas a narcóticos o menores de edad.
d) Cumplimiento de medidas de seguridad.
e) Aquellas que requieran la intervención urgente del Tribunal:
   i. Las relacionadas con personas privadas de la libertad.
   ii. Las medidas cautelares de niños, niñas y adolescentes.
   iii. Debido a algún peligro inminente para la vida, salud o substancia de persona alguna.
   Consecuentemente, el poder judicial utiliza los medios electrónicos para asegurar el acceso a la justicia, respetando los principios básicos enunciados previamente.[78] Reiterando que las audiencias urgentes se realizan de modo virtual, concretamente las audiencias de control de la detención.
f) Determinación judicial.

---

dos de Cobranza Laboral y Previsional, y los tribunales unipersonales de excepción, que suspendan las audiencias que corresponda realizar en el marco de los procedimientos de que conocen, inclusive los relativos a actos judiciales no contenciosos, con excepción de aquellas audiencias que requieran la intervención urgente del tribunal.

b) Podrá ordenar a los Juzgados de Garantía y los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal, que suspendan las audiencias que corresponda realizar en el marco de los procedimientos de que conocen, con excepción de las de control de detención, las de revisión de la medida cautelar de prisión preventiva o internación provisoria, las audiencias de revisión o sustitución de penas de la ley N° 18.216 y la ejecución de condenas de menores de edad, aquellas en las que se discuta la internación provisional y el cumplimiento de medidas de seguridad, y aquellas que requieran la intervención urgente del tribunal".

[78] Acta 53-2020, art. 6: Utilización de medios electrónicos. Para asegurar el acceso a la justicia, el debido proceso y resguardar la salud de las personas, el Poder Judicial procurará utilizar todos los medios tecnológicos con que cuente, privilegiando su utilización flexible, actualizada y oportuna, siempre y cuando no constituya un obstáculo al ejercicio de los principios básicos que se han enunciado, y se respete plenamente los derechos de los intervinientes y partes, y las disposiciones del artículo 10 de la Ley núm. 21.226.

Por cuanto ve a la Ley núm. 21.226, que establece un régimen jurídico de excepción para los procesos judiciales, en las audiencias y actuaciones judiciales; para los plazos y ejercicio de las acciones que indica por el impacto de la enfermedad COVID-19 en Chile, se sometió a la potestad del Tribunal Constitucional de la República de Chile, la inconstitucionalidad de la expresión "en forma absoluta" a que se refiere el artículo 9, inciso segundo, que a la letra dice:

> Artículo 9°. En los procedimientos judiciales en trámite ante las Cortes de Apelaciones o ante la Corte Suprema, durante la vigencia del estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, declarado por decreto supremo No. 104, de 18 de marzo de 2020, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, y el tiempo en que este sea prorrogado, podrá solicitarse por alguna de las partes o intervinientes, la suspensión de la vista de la causa o de la audiencia, alegando cualquier impedimento generado por la calamidad pública o por la emergencia sanitaria, ocasionadas por la enfermedad COVID-19.
>
> En las causas de los procedimientos contemplados en el Código Procesal Penal y en el Código de Procedimiento Penal, en que hubiere persona privada de libertad, solo se podrá alegar la causal del inciso primero cuando el impedimento obstaculice *en forma absoluta* que alguna de las partes o intervinientes pueda ejercer las facultades que la ley le otorga.

El Tribunal Constitucional chileno advierte que la norma ordena la realización de los juicios orales telemáticos, *asumiendo que el derecho a defensa esté reconocidamente afectado, exigiendo para suspenderlos que la afectación sea absoluta*, lo que interpretó como la imposibilidad total de ejercer el derecho a defensa, entendiéndose que en todos los demás casos en los que no haya una afectación total a tal derecho, sino que sea relativa o parcial, no habrá lugar a la suspensión.

Por ello, analizó el desarrollo que ha tenido el derecho de defensa en el sistema penal chileno, en el que, conforme al artículo 10 del Código del Código Procesal Penal, autoriza suspender el procedimiento por afectación sustancial del derecho de defensa, advirtiendo que la norma permite por vía legislativa una degradación del estándar y funcionalidad del derecho de defensa.

Concluyó:

> Así, el efecto de la presente declaración de inaplicabilidad no es una nulidad mecánica ni automática de un futuro juicio oral, sino solamente devolver a la judicatura de cautela las atribuciones, ponderar en específico la afectación de derechos de los intervinientes, cualquiera sea su grado e intensidad, para determinar si ello incide o no en una suspensión o realización del juicio oral, más allá de si el impedimento invocado es o no "absoluto", ampliando dicho examen y potestad a todo tipo de impedimentos constituidos por afectaciones "no absolutas" de derechos.[79]

De ahí que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional chileno, no sea posible desatender en los juicios a distancia o telemáticos los derechos humanos que han sido reconocidos previamente; por consiguiente, se debe de respetar el derecho de defensa en la forma en que previamente ya había sido reconocida.

5.6. Experiencia práctica de la República de Singapur

En este país se condenó a la pena capital a una persona extranjera acusada de narcotráfico; empero, la nota distintiva es que la audiencia de juicio se llevó a cabo de manera telemática a través de la plataforma Zoom, encontrándose el justiciable en el centro de internamiento, en un lugar diferente al de sus abogados, cuestión que suscitó la protesta de Amnistía Internacional, al calificar de insensible al Tribunal, ya que advirtió que una persona que enfrenta la pena capital tiene derecho a estar frente a su acusador.[80]

Por consiguiente, no existe consenso entre los diversos países a los que nos hemos referido, respecto al momento procesal hasta el que puede continuar el proceso penal de manera telemática, ya que algunos países han dictado sentencias mediante esta modalidad, en tanto otros se decantan por llevar a cabo única-

[79] Sentencia Rol núm. 8892-2020, de fecha 10 de diciembre de 2020, relativa al Requerimiento de Inaplicabilidad por Insconstitucionalidad Respecto de la Expresión "En forma absoluta", contenida en el artículo 9°, inciso segundo, de la Ley núm. 21.226, pp. 30, 31 y 34.

[80] *El Mundo*, "Singapur condena a muerte por videoconferencia a un reo", Alemania, 20 de mayo de 2020.

mente las audiencias que sean estrictamente necesarias, desde el punto de vista del apremio.

VI. Derechos a la tutela judicial efectiva y derecho humano a la defensa adecuada

En el Estado mexicano, la tutela judicial efectiva tiene sustento tanto en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos[81] como en el artículo 25, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.[82]

Tal marco normativo es interpretado por el Tribunal Constitucional en el sentido de que se trata de un derecho gradual y secuencial, que se perfecciona mediante "el cumplimiento de etapas correlativas y no se agota con el acceso inicial a la justicia", que, a su vez, debe observarse "a lo largo de todos los actos e instancias del proceso, hasta culminar con el dictado de una sentencia y su posterior ejecución".[83]

Tal derecho, por su parte, se subdivide en:[84]

a) El derecho de acceso a la justicia; aplicable al momento de plantear una acusación o defenderse de ella ante los Tribunales.

---

81 Art. 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.
Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

82 Artículo 25. Protección Judicial // 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

83 Acción de Inconstitucionalidad 22/2009, 04/03/10, emitida por el Pleno de Suprema Corte de Justicia de la Nación, pp. 55 y 56.

84 Suprema Corte de Justicia de la Nación (Primera Sala). Tesis núm. 1a./J. 103/2017 (10a.), Derecho de acceso efectivo a la justicia. Etapas y derechos que le corresponden, de 24 de noviembre de 2017. Registro digital 2015591.

b) El derecho al debido proceso; vigente durante todas las fases del procedimiento.
c) El derecho a obtener una sentencia jurisdiccional fundada en derecho y el derecho a la plena eficacia o ejecución de la misma. Operativo en el momento conclusivo del juicio y una vez que ha terminado.

También existe la exigencia de remover todos los obstáculos que injustificadamente impiden acceder a la justicia.[85]

El constitucional mexicano ha determinado que existe una estrecha vinculación entre el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el principio general referente a la efectividad de los medios procesales.[86]

En este orden lógico, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que, a efecto de que los mecanismos jurisdiccionales sean efectivos y satisfagan el estándar del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es necesario que durante las diversas etapas del procedimiento se garanticen diversos derechos humanos con los que se encuentra íntimamente interconectado, concretamente los de audiencia y debido proceso previstos en el artículo 8, apartado 1, de la norma supranacional en cita,[87] así como el artículo 14 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos.[88]

---

85 Suprema Corte de Justicia de la Nación (Primera Sala). Amparo Directo en Revisión 4374/2018, de 29 de abril de 2019, p. 6.

86 *Ibidem*, p. 7

87 Artículo 8. Garantías Judiciales // 1. Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

88 Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.
Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho. // En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analo-

De dicho marco normativo se hace patente que, para la efectividad de los instrumentos jurídicos, es menester que indefectiblemente se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, que, a su vez, trascienden al debido proceso legal, a efecto de que en realidad se trate de un proceso justo.[89]

En estas condiciones, en voz del Tribunal Constitucional mexicano, la *ratio* del derecho a una defensa adecuada consiste en dotar a la persona de los mecanismos necesarios para proteger sus derechos frente a los demás intervinientes en el proceso; consecuentemente, en cada etapa deben contar con los elementos necesarios para defender su postura procesal, lo que cobra mayor trascendencia en las causas penales, debido a que el gobernado tiene frente a sí al titular del *ius puniendi*.

El preindicado derecho a la defensa adecuada en materia penal tiene sustento en el artículo 14, apartado 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,[90] artículo 8, apartado 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[91] y el nume-

---

gía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.
En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de esta se fundará en los principios generales del derecho.

89 Suprema Corte de Justicia de la Nación (Pleno). Jurisprudencia núm. P./J. 47/95, Formalidades esenciales del procedimiento. Son las que garantizan una adecuada y oportuna defensa previa al acto privativo, de 23 de noviembre de 1995. Registro digital 200234.

90 Artículo 14 [...] 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;
b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;
c) A ser juzgada sin dilaciones indebidas;
d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo.

91 Artículo 8. Garantías Judiciales [...]. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca le-

ral 20, apartado B, fracción VIII, de la Carta Magna mexicana,[92] ordenamiento legal interpretado por el Tribunal Constitucional en el sentido de que se trata de una garantía judicial mínima de toda persona a la que se le sigue un proceso penal, la que dota de contenido al debido proceso penal; es decir, permite que el ciudadano se encuentre en igualdad de armas con el Estado.

Por consiguiente, la defensa que presta un especialista en derecho a la persona justiciable constituye una garantía de que el procedimiento penal cumple efectivamente la función, requisitos, valores y principios que lo definen.

Además, conforme a la doctrina de la Primera Sala del Tribunal Constitucional, la defensa adecuada, en su vertiente de defensa técnica, obliga a todas las autoridades; la obligación positiva de "facilitar todas las condiciones que permitan la defensa adecuada, así como verificar que toda persona imputada sea asistida por un abogado que formalmente acredite serlo y materialmente desempeñe la profesión con diligencia",[93] es decir, proporcionar

---

galmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...]

c) Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley.

92 Art. 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. [...]

B. De los derechos de toda persona imputada: [...]

VIII. Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y este tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera, y.

93 Jurisprudencia 1a./J. 12/2012 (9a.), Defensa adecuada. Forma en que el juez de la causa garantiza su vigencia, de 20 de junio de 2012. Registro digital 160044.

los medios para facilitar la defensa, y otra negativa, referente a la prohibición de obstaculizar las acciones defensivas de la persona acusada, lo que implica que tiene vedado oponerse, obstruir, ocultar, desvanecer cualquier cosa que el justiciable pudiera requerir legalmente, para ejercer adecuadamente su defensa.

De ahí que se pueda concluir válidamente que la defensa adecuada le prohíbe a la autoridad obstaculizar la labor legal de la defensa, debiendo tener una actitud facilitadora, en aras de que la defensa pueda materializarse.

VII. Análisis práctico

El Congreso de la Unión no ha aprobado ley procesal alguna que reglamente de manera pormenorizada las audiencias que deban desahogarse telemáticamente, tampoco los tiempos y la forma en que deben de notificarse a las partes de su realización, o la forma en que el personal administrativo de las sedes judiciales debe distribuirse las funciones para ello, e incluso si ello debe de ser a través de una plataforma comercial o mediante una institucional diseñada ex profeso para tal fin, pese al contexto de emergencia sanitaria derivada de la pandemia por el virus Sars-Cov-2.

Ante este escenario, es necesario encontrar un punto de equilibrio entre la administración de justicia y el derecho a la salud de los intervinientes en el proceso penal, tomando en consideración la forma en que se transmite el virus Sars-Cov-2, a efecto de evitar contribuir a su propagación, para lo cual, la solución idónea es la realización telemática de las audiencias más apremiantes, a efecto de no causar inseguridad jurídica.

Consecuentemente, existe la necesidad de que se continúe con la impartición de justicia, principalmente en aquellas causas en las que se ejercitó la acción procesal penal y civil reparadora del daño con detenido y, por ende, debe de resolverse su situación jurídica dentro del término constitucional o su duplicidad, y las demás que sean urgentes.

Al respecto, es relevante mencionar que tanto a nivel país como en el plano supranacional no existe consenso sobre el alcance de las audiencias telemáticas, si estas se deben circunscri-

bir únicamente a las audiencias preliminares o pueden abarcar también la de juicio.

En tanto, en el derecho comparado, el Tribunal Constitucional chileno delimitó lógicamente que la aplicación del sistema penal a distancia no permite que pueda existir un retroceso en la regulación de los derechos humanos, de ahí que la operatividad de las audiencias por videoconferencia en el contexto de una emergencia sanitaria no justifique restringir derecho humano alguno.

Por su parte, el Tribunal Constitucional mexicano estableció la obligación del juzgador de no obstaculizar el ejercicio efectivo de la defensa adecuada, sino, por el contrario, debe facilitarla, proporcionando los medios necesarios para ello.

Ello obliga a la quien escribe estas líneas a revisar, a la luz de tales consideraciones, el artículo 51 del Código Nacional de Procedimientos Penales, como sustento para la celebración de audiencias a distancia, ante la omisión legislativa del Congreso de la Unión de expedir una legislación que las autorice en el contexto de la emergencia sanitaria por el virus Sars-Cov-2, el cual menciona textualmente:

> Artículo 51. Utilización de medios electrónicos. Durante todo el proceso penal, se podrán utilizar los medios electrónicos en todas las actuaciones para facilitar su operación, incluyendo el informe policial; así como también podrán instrumentar, para la presentación de denuncias o querellas en línea que permitan su seguimiento. La videoconferencia en tiempo real u otras formas de comunicación que se produzcan con nuevas tecnologías podrán ser utilizadas para la recepción y transmisión de medios de prueba y la realización de actos procesales, siempre y cuando se garantice previamente la identidad de los sujetos que intervengan en dicho acto.

Este dispositivo legal establece la posibilidad de utilizar los medios electrónicos en cualquier fase de la causa, a efecto de facilitar la operación del proceso, precisando en lo referente a la videoconferencia, para efectos de la recepción de medios de prueba y la realización de actos procesales, siempre y cuando se garantice previamente la identidad de los sujetos que intervengan en tales actos.

Lo anterior sin que tal norma se pueda leer de manera aislada, sino que debe interpretarse de manera armónica con el marco normativo enunciado en párrafos precedentes, a efecto de que también se respeten los derechos a la tutela judicial efectiva, defensa adecuada, audiencia y debido proceso, para que, mediante tales audiencias, realmente se facilite la defensa material de la persona inculpada, sin desconocer los derechos que materialmente podría ejercer en una audiencia presencial.

Por consiguiente, no puede acudirse válidamente a una audiencia telemática, cuando con ello materialmente se obstaculice el derecho a la defensa material efectiva de la persona en conflicto con la ley penal.

En este contexto, es claro que la práctica de las audiencias preliminares (solicitud de orden de aprehensión, inicial o intermedia) de manera remota, no implica obstaculización alguna del derecho a una defensa efectiva, como tampoco la audiencia del procedimiento abreviado.

Empero, el panorama cambia al momento de considerar factible recibir prueba anticipada o de desahogar las pruebas durante la audiencia de juicio oral, de manera remota.

Si bien el artículo 51 citado autoriza la recepción de prueba de manera telemática, lo cierto es que de su redacción se desprende que el legislador consideró que los contendientes y el juzgador se encontrarían físicamente en la sala de audiencias respectiva, para imponerse del contenido de la declaración del testigo material o experto a través de la videoconferencia en tiempo real; por consiguiente, el legislador no advirtió la posibilidad de que en un contexto de emergencia sanitaria se recibieran todas las pruebas mediante tal modalidad.

Además, se colige que el desahogo probatorio de manera telemática debe efectuarse de tal manera que permita la satisfacción de los principios rectores del sistema acusatorio adversarial oral a los que se refiere el artículo 20, párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Si bien habrá inmediación virtual y, en iguales términos, contradicción al encontrarse todos conectados a la audiencia en tiempo real, existiendo la posibilidad de realizar las intervenciones

conducentes, lo cierto es que, a diferencia de la declaración del testigo en la sala de audiencias, cuando lo hace de manera telemática desde un lugar diverso, el precepto multicitado omite contemplar los mecanismos para verificar que efectivamente el órgano de prueba no sea inducido por alguien que se encuentre en el mismo lugar, pero fuera del ángulo de visión de la cámara de video, mediante señales, signos o cualquier tipo de expresión corporal.

Lo anterior implica que su testimonio sea viciado, cuestión que, a su vez, es de difícil acreditamiento, por lo que, en este caso concreto, desahogar las pruebas de manera telemática dentro de una audiencia de juicio implicaría obstaculizar el ejercicio a una defensa adecuada, al permitir que exista una simulación.

Por ello, la falta de regulación en la materia, y que consecuentemente imposibilite que materialmente se pueda dictar una sentencia de fondo justa, con base en las pruebas que se desahogaron de esta forma, trasciende a la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva, defensa adecuada y debido proceso.

Consecuentemente, la protección de los derechos fundamentales de la persona acusada implica que, en el contexto actual (sin una ley que regule las audiencias telemáticas), impide que los poderes judiciales, vía acuerdos, autoricen la realización de audiencias de juicio oral a distancia, ya que le compete al tribunal de juicio facilitar las condiciones que permitan una defensa adecuada, velando por el respeto de los principios rectores del sistema penal acusatorio-adversarial.

Referencias

Acuerdos

47-50/2016, de 27 de noviembre de 2016, emitido por el Consejo de la Judicatura de la Ciudad de México.

74/2008, aprobado el 15 de octubre de 2008, por el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal.

13/2020, de 8 de junio de 2020, aprobado por el Consejo de la Judicatura Federal.

30 de marzo de 2020, emitido por el Pleno del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Aguascalientes.

14 de abril de 2020, expedido por el Consejo de la Judicatura del Estado de Baja California.

4/2020, del Consejo de la Judicatura y del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Baja California Sur.

5/PTSJ-CJCAM/19-2020, del Consejo de la Judicatura y del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Campeche.

17/2020 del Consejo de la Judicatura del Estado Chiapas.

11 de junio de 2020, del Consejo de la Judicatura del Estado de Chihuahua.

6 de abril de 2020, emitido por el Magistrado Presidente del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura del Estado de Coahuila.

3/2020, del Consejo de la Judicatura del Estado de Durango.

23 de abril de 2020, emitido por el Consejo del Poder Judicial del Estado de Guanajuato.

17 de marzo de 2020, reformado el 6 de abril del mismo año, emitido por el Consejo de la Judicatura del Estado de Guerrero.

18/2020, del Consejo de la Judicatura del Estado de Hidalgo.

20 de enero de 2021, del Consejo de la Judicatura del Estado de México.

13 de junio de 2020, del Pleno del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Michoacán.

3/2020, del Pleno del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura del Estado de Oaxaca.

10/2020, del Consejo de la Judicatura del Estado de Quintana Roo.

Quinto del Pleno del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura de San Luis Potosí.

11 de junio de 2020, del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Sinaloa.

5/2020, del Pleno del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Sonora.

Acuerdo General Conjunto 5/2020, del Pleno del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura del Estado de Tabasco.

29 de mayo de 2020, del Consejo de la Judicatura del Estado de Tamaulipas.

4 de diciembre de 2020, del Pleno del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Zacatecas.

Acordadas 6/2020, 8/2020, 10/2020 y 13/2020 de fechas 20 de marzo de 2020, 1 de abril de 2020, 12 de abril de 2020 y 27 de abril de 2021, emitidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina.

PCSJA20-11528, de 22 de marzo de 2020, del Consejo Superior de la Judicatura de la República de Colombia.

PCSJA20-11546, de 25 de abril de 2020, del Consejo Superior de la Judicatura, de la República de Colombia.

Fuentes diversas

Aranda, Jesús y Castillo, Gustavo, "Prisiones militares y pensiones", *La Jornada*, México, septiembre de 2012.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Cuaderno mensual de información estadística penitenciaria nacional, Gobierno de México, México, noviembre de 2020, Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana.

Diario Oficial de la Federación, Acuerdo por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-CoV2, México, marzo de 2020.

Diagnóstico nacional de supervisión penitenciaria 2019, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2019.

Director general de la Organización Mundial de la Salud, "Alocución de apertura del director general de la OMS en la rueda de prensa sobre la COVID-19 celebrada el 11 de marzo de 2020", *Discursos del director general de la Organización Mundial de la Salud,* marzo de 2020.

El Mundo, "Singapur condena a muerte por videoconferencia a un reo", Alemania, 20 de mayo de 2020.

Formulário de inscrição para sustentação oral por videoconferência. Brasil. Deviene de la Emenda Regimental nº 53, de 18 de março de 2020

González, Héctor Raúl, "Justicia Virtual; realizan primera audiencia por videoconferencia en Morelos", *Bajo Palabra Noticias,* agosto de 2020.

"Hallazgos 2019"*, México Evalúa,* México, 2019.

LEY 21.226, publicada el 2 de abril de 2020 de la República de Chile.

Lavoz, "Perpetua para la mujer que asesinó a un matrimonio para robarle y pagarle un viaje a Disney a su hija", Buenos Aires, 5 de julio de 2021.

Ma, Josephine, "Coronavirus: China's first confirmed COVID-19 case traced back to November 17", *South China Morning Post*, China, marzo de 2020.

Milenio Digital, "Justicia Virtual; emiten sentencia en videoconferencia", *Milenio,* abril de 2020.

Mcmullen, Jane, "Coronavirus: los 5 días que marcaron el destino de la pandemia en el mundo", *BBC News Mundo,* enero de 2021.

Organización Mundial de la Salud, "Actualización epidemiológica semanal – 2 de febrero de 2021", World Health Organization, enero de 2021.

Protocolo de Realización de Audiencias Penales por Videoconferencia en Juzgado de Paz, de 8 de julio de 2020, Poder Judicial de Neuquén, Argentina.

Ramírez Benítez, René y Altamirano Escalante, Santiago, "Audiencias virtuales e impartición de justicia en tiempos de COVID-19: caso Yucatán", *Derecho en Acción,* mayo de 2020.

Resoluciones No. 663, 670 y 672, del 12, 23 y 26 todas de marzo de 2020, dictadas por el Supremo Tribunal Federal de Brasil.

Romero, Sarah, "Coronavirus: estos son los países afectados hasta el momento", *Muy Interesante*, España, febrero de 2021.

Servicios Correcionales Canadá, "Testing of inmates in federal correctional institutions for COVID-19", *Correctional Service Canada,* Canadá, 2021.

Síntesis informativa del poder judicial del Estado de México, "Jueces penales dictan 74 sentencias virtuales en esta contingencia", México, junio de 2020.

Suárez, V. *et al.*, "Epidemiology of COVID-19 in Mexico: from the 27th of February to the 30th of April 2020", *Revista Clínica Española (English Edition),* España, vol. 2020, noviembre de 2020.

Subsecretaría de Prevención y Promoción de la Salud, "Informe Técnico Diario COVID-19 MÉXICO", Gobierno de México, México, enero de 2021.

Valdés, Juan Francisco, "Histórico, por primera vez en México se dicta sentencia por videoconferencia, y fue en Coahuila", *Vanguardia,* México, abril de 2020.

Vázquez Barba, Romina, "El COVID-19 avanza en el mundo... y en sus cárceles", *Bajo Lupa*, México, junio de 2020.

Vivanco, José Miguel, "How to Prevent COVID-19 Outbreaks in Latin America's Prisions", Human Rights Watch, Estados Unidos, 2020.

Las omisiones legislativas en México: actualidad y prospectiva

Alejandro Vilchis Robles

Sumario. I. Nota introductoria. II. Activismo judicial y deferencia al legislador democrático. III. Inconstitucionalidad por omisión. IV. Inconvencionalidad por omisión. V. Omisión legislativa en México. VI. A modo de conclusión: actualidad y prospectiva. Bibliografía.

I. Nota introductoria

La Constitución, como sabemos, es la ley suprema de un país y se integra por principios, valores y reglas, que tienen por objeto reconocer, garantizar y proteger los derechos fundamentales, por un lado, y regular, configurar los poderes del Estado, así como fijar límites mínimos en el ejercicio del poder, por otro lado. El Estado constitucional de derecho se sustenta, en buena medida, en el respeto irrestricto de la Constitución y sus instituciones. Pero en ocasiones las propias autoridades del Estado desconocen los mandatos constitucionales, con lo cual desequilibran a los poderes públicos y vulneran los derechos de las y los gobernados. Estas violaciones a la Constitución pueden darse por acción y por omisión.

Del principio de supremacía constitucional y del reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución se sigue que la ley fundamental debe contar con mecanismos de defensa o re-

medios de protección que permitan conservar sus disposiciones, prevenir su violación, sancionar su incumplimiento y garantizar el desarrollo de sus preceptos. Estos medios de defensa, por tanto, tienen como fin último blindar a la Constitución de ataques ilegítimos.

En cuanto ordenamiento supremo, la Constitución "solo debe marcar los lineamientos generales y trasladarle la obligación de detallar sus preceptos al legislador ordinario."[1] El poder legislativo es el encargado de desarrollar las leyes reglamentarias, secundarias o programáticas, que deriven del texto constitucional. El problema surge, sin embargo, cuando el legislador no cumple con ese encargo constitucional: no legisla, no dicta "textos normativos con el carácter de leyes",[2] por lo cual incurre en mora legislativa.

El presente trabajo se inscribe en ese contexto, esto es, en el campo de la omisión legislativa, cuando el legislador, a partir de un mandato constitucional, no cumple con su función legiferante y esto provoca un estado de cosas contrario a la Constitución. Por esta razón, se vuelve necesario evaluar, además, cuál es la vía o mecanismo idóneo para combatir este tipo de violación a la Constitución.

En ese sentido, el objetivo de este texto es comprender, a grandes rasgos, los principales componentes de la inconstitucionalidad por omisión, valorar cuál es la situación actual en México y si es necesario adoptar nuevas prácticas para el desarrollo y evolución de esta figura. Así pues, para cumplir ese cometido, en primer término analizaremos las principales tensiones que pueden surgir entre la judicatura y el legislador; después examinaremos los aspectos generales de los omisiones legislativas, desde su tipología hasta la forma en que se pueden solucionar; en tercer

1 Amezcua, Luis, "Omisiones legislativas en México", en Carbonell, Miguel (coord.), *Derecho constitucional. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados,* México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 947.

2 Báez, Carlos, "La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXV, núm. 105, septiembre-diciembre de 2002, p. 757, *https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3731/4595*

lugar, trataremos el tema de la inconvencionalidad por omisión; posteriormente, haremos un breve bosquejo sobre el estado de la omisión legislativa en México, tanto a nivel local como federal; por último, evaluaremos los avances en la materia y, en su caso, los aspectos que aún deban desarrollarse.

II. Activismo judicial y deferencia al legislador democrático

En 1748 Montesquieu apuntaba que los jueces "no son más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la misma".[3] Hoy, casi tres centurias después, resulta cuestionable este postulado. Con el llamado "constitucionalismo contemporáneo" se vislumbra un mayor activismo de juezas y jueces constitucionales, cuyas sentencias no se limitan —en todos los casos— a aplicar la ley al caso concreto, sino que a través de ellas es posible crear derecho a partir de la interpretación y aplicación de los principios constitucionales.[4] En ese sentido, los tribunales constitucionales generan su propia doctrina jurisprudencial, la cual puede resultar obligatoria para las demás autoridades del Estado.

Este "nuevo" modelo constitucional, inspirado además en la protección y garantía de los derechos humanos, en no pocas ocasiones suele generar conflictos entre la judicatura y el legislador democrático. En principio, pudiéramos pensar —como dice Zagrebelsky— que, debido a la importancia que tiene la función jurisdiccional en estos tiempos, podríamos terminar considerando a los jueces como los actuales señores del derecho, pues en ellos, en efecto, se dan cita todas las dimensiones del derecho: la ley,

[3] Montesquieu, Charles Louis de Secondat, *Del espíritu de las leyes*, 20a. ed., México, Porrúa, 2015, p. 151.

[4] En el contexto de la interpretación constitucional, "toda norma implícita es construida por los intérpretes mediante un razonamiento en el que una o más normas expresas constituyen las premisas y la norma implícita, la conclusión". Guastini, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, Trotta, 2010, p. 36.

los derechos y la justicia.[5] Pero la cuestión va más allá de eso. Un primer obstáculo para aceptar la "supremacía" de los jueces se encontraría nada menos que en el principio de división de poderes, particularmente el sistema de *checks and balances*: equilibrio de funciones y deferencia entre los poderes constituidos.

En el contexto del constitucionalismo moderno y siguiendo las ideas del profesor Roberto Romboli, es evidente la existencia de dos formas de creación del derecho, es decir, de un derecho político, fundado sobre el principio de representación y que se expresa a través de un acto dirigido a producir directamente derecho y a imponer una regla para el futuro y de un derecho jurisprudencial, que se expresa, sin embargo, a través de un acto dirigido a resolver una controversia sobre la base de las normas preexistentes y con el efecto indirecto de producción de normas.[6]

La realización de la justicia constitucional, en particular el control constitucional de las leyes,[7] puede generar mayores tensiones entre el parlamento y la jurisdicción constitucional,[8] ya

5 *Cfr.* Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 2011, p. 150.

6 Romboli, Roberto, "La tutela dei diritti fondamentali di fronte alle omissioni del legislatore. Il ruolo dei giudici constituzionali e quello dei giudici constituzionali e quello dei giudici comuni", en Famiglietti, Gianluca y Romboli, Silvia (coords.), *Giustizia Costituzionale e tutela dei diritti. Riflessioni maturate a partire dagli incontri del CAF 2020,* Querétaro, Università di Pisa-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2021, 128.

7 Uno de los antecedentes más importantes sobre este control constitucional se encuentra en la Constitución austriaca de 1920 —proyectada por Kelsen— en donde se diseñó el primer tribunal constitucional con facultades para ejercer control concentrado sobre las leyes y los reglamentos: si una norma era contraria a la Constitución, el tribunal, en su función de "legislador negativo", podía válidamente expulsarla del ordenamiento jurídico con efectos *erga omnes*.

8 Según el doctor Díaz Revorio, "la tensión entre el Tribunal Constitucional y el legislador y, por tanto, entre justicia constitucional y el principio mayoritario, es constante [...] el propio diseño del Tribunal Constitucional como 'legislador negativo', capaz de expulsar del ordenamiento la obra del legislativo positivo, favorece o provoca esa tensión, ya que la jurisdicción constitucional actúa así como un nuevo poder, y en cierto sentido como una cuña entre los poderes clásicos". Díaz Revorio, Francisco Javier, "Omisiones legislativas y derechos fundamentales", en Famiglietti, Gianluca y Romboli, Silvia (coords.), *op. cit.,* p. 189.

que se otorga a juezas y jueces el poder no solo de expulsar del ordenamiento jurídico la obra del legislador, sino también la potestad de crear derecho (y en algunos casos en un sentido similar a la forma en que lo hace órgano legislativo). Así, cuando se plantea un conflicto relacionado con la posible inconstitucionalidad de una norma, el tribunal debe, en principio, realizar un ejercicio interpretativo para hacer a la norma compatible con la Constitución ("interpretación conforme"»), y si esto no es posible, entonces procederá a declarar su inconstitucionalidad, bien para el caso concreto o con efectos generales.

El problema surge en términos diferentes cuando el legislador decide no tomar una decisión sobre una cuestión a la que está obligado. En casos como este, pudiera entenderse que "los sujetos políticos muestran que aceptan que la regulación del asunto queda relegado, al menos por el momento, al derecho jurisprudencial".[9] Y es que en esta relación con la legislatura, el tribunal no puede figurar solo como un "legislador negativo, porque su desarrollo constitucional siempre será creativo"[10], por lo que el juez puede válidamente interpretar los principios constitucionales para colmar el vacío normativo generado por la inacción del legislador, si con ello garantiza la protección de los derechos humanos y preserva la fuerza normativa de la Constitución.

Resulta claro, entonces, que si la ley suprema impone mandatos positivos a los poderes públicos, la inconstitucionalidad no se limita a las normas o prácticas que contravengan a la Constitución, sino que comprende, además, a los supuestos de omisión, especialmente ante el incumplimiento de los mandatos constitucionales. Debemos entender, por tanto, que en esta interacción entre tribunal y legislador, "el conflicto se suscita no solo con la sanción de normas inconstitucionales, sino también cuando se elude la formación de leyes que la Norma Fundamental ordena".[11]

---

9 Romboli, Roberto, "Giudice e legislatore nella tutela dei diritti", p. 525, *https://romatrepress.uniroma3.it/wp-content/uploads/2019/05/41giud-romb.pdf*

10 Díaz Revorio, Francisco Javier, *op. cit.*, p. 209.

11 Gozaíni, Osvaldo, *Teoría de la sentencia constitucional*, México, Porrúa, 2015, p. 272.

Con todo, hoy en día el activismo judicial se concibe como una tendencia orientada a la efectividad de las disposiciones constitucionales y a la protección de los derechos humanos. En esta labor ciertamente pueden generarse fricciones con el legislador democrático, cuando se somete a escrutinio constitucional la obra legislativa —o su inacción—. Quizá el problema radica en la legitimidad de los jueces constitucionales para intervenir en las funciones del poder legislativo,[12] pues mientras este poder es elegido por el pueblo y su función principal es legislar, el tribunal constitucional no cuenta con esos atributos. Sin embargo, los mandatos constitucionales no pueden quedar al margen de los poderes públicos; por el contrario, deben siempre cumplirse. Después de todo, la declaratoria de invalidez de una práctica legislativa deriva de constatar su contrariedad con los postulados constitucionales y los derechos humanos. Y es en este punto donde quedaría justificada la legitimidad de las juezas y jueces constitucionales.

III. Inconstitucionalidad por omisión

Este tópico se inscribe en el contexto de un estado de inconstitucionalidad provocado por la inactividad del legislador, cuando, a partir de un deber correlativo de legislar, no emite la norma jurídica o lo hace de forma deficiente. El problema parece sencillo, pero en realidad no lo es. Para hablar de una omisión legislativa propiamente dicha, es necesario conocer sus características sustanciales, su tipología y la forma en que se puede solucionar. De estos aspectos nos ocuparemos a continuación.

[12] A este respecto, Carlos Bernal Pulido aprecia esta interacción no en términos de conflicto, sino más bien de compatibilidad, al referir que "la controversia sobre la delimitación de funciones de la jurisdicción constitucional presupone la aceptación de la existencia de la Corte Constitucional como institución del Estado. Así mismo supone admitir la compatibilidad entre el constitucionalismo y la democracia, o entre la protección de los derechos fundamentales y el funcionamiento de los mecanismos de la democracia representativa". Bernal Pulido, Carlos, "En torno a la legitimidad de la jurisdicción constitucional y la objetividad en el control de constitucionalidad de las leyes", *Revista Derecho del Estado*, núm. 7, diciembre de 1999, p. 124, *https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/920*

3.1. La omisión legislativa: definición y notas distintivas

Según el diccionario de la Real Academia Española, la palabra "omisión" significa "abstención de hacer o decir" o "flojedad o descuido de quien está encargado de un asunto".[13] A su vez, "legislar" significa "dar, hacer o establecer leyes".[14] En ese contexto, la omisión de legislar supone, a grandes rasgos, la abstención o descuido de emitir una ley.

Uno de los principales elementos para considerar que estamos frente a una genuina omisión legiferante es que exista un deber o mandato de legislar y, pese a ello, el órgano estatal no emita la norma correlativa. De este enunciado derivan algunos interrogantes: ¿quién puede incurrir en omisión legislativa?, ¿de qué fuente proviene la obligación o deber de legislar? y ¿en qué momento surge esa omisión?

Recordemos que en el Estado constitucional de derecho, el principio de división de poderes *stricto sensu* supone que entre "los órganos del Estado, órganos constitucionales o instituciones, se distribuyan equilibradamente las funciones estatales en cuanto cometidos".[15] Así, en un sentido formal, la facultad de emitir leyes corresponde, por antonomasia, al poder legislativo. Sin embargo, desde un enfoque material, tanto el poder ejecutivo como el judicial pueden, en el ámbito de sus competencias, realizar funciones legislativas. Esto nos permite concluir —siquiera de forma preliminar— que la omisión de legislar puede derivar de cualquiera de los tres poderes públicos.

En torno a la fuente de la omisión, el mandato de legislar puede surgir de la propia norma constitucional, pero también de una ley infraconstitucional, secundaria, o de cualquier otra norma.

---

13 Véase Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española, https://dle.rae.es/omisi%C3%B3n*

14 Véase *ibidem, https://dle.rae.es/legislar*

15 Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, 2a. ed., México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 197.

No obstante, para efectos de este trabajo, nos centraremos en las omisiones legislativas atribuidas al poder legislativo cuando derivan de la Constitución, pues el deber de legislar es la función principal del órgano legislativo; pero además la doctrina mayoritaria se decanta por esta concepción y al respecto se ha elaborado un análisis abundante en esta materia.

El tercer interrogante que hemos planteado se identifica con un elemento temporal. El supuesto que no representaría mayor problema es aquel en que la norma constitucional ordena al legislador que emita una ley y le fija un plazo concreto para tal efecto; si transcurre esa temporalidad y el legislador no cumple con el mandato constitucional, entonces habrá una omisión legislativa propiamente dicha. El problema surge en realidad cuando la norma constitucional no estatuye un periodo concreto para legislar. En este supuesto: ¿la falta de plazo haría inexistente la omisión? La respuesta es negativa. En casos como este, la inactividad legiferante deberá valorarse en función de un "plazo razonable o prudente", que será aquel en el que sea racionalmente exigible al legislador pronunciar la norma relativa. Generalmente se toma en consideración el periodo ordinario de sesiones del poder legislativo.

Así pues, a partir de los elementos que hemos enunciado podemos definir a la omisión legislativa *stricto sensu* como aquella figura que surge cuando, a partir de un mandato constitucional, el órgano legislativo no cumple con su deber de legislar o lo hace de forma deficiente, siempre que haya transcurrido el término fijado para tal efecto o un plazo razonable, y cuya inacción genera un estado de cosas contrario a la ley suprema.

3.2. Tipos de omisiones legislativas

Existen, al respecto, distintas clasificaciones. Pero la más importante y comúnmente aceptada es aquella que cataloga a la omisión en absoluta y relativa.

La omisión absoluta o total implica la ausencia total de una ley cuya emisión está prevista u ordenada en la ley suprema. En este supuesto, el legislador no desarrolla o no cumple de forma

absoluta con la norma constitucional, que le exige, precisamente, emitir la ley o norma respectiva. Este tipo de omisión es la que en mayor medida puede producir una situación inconstitucional y, al mismo tiempo, generar mayor inseguridad e indefensión a las y los gobernados.

La omisión relativa o parcial, en cambio, se presenta cuando el legislador, si bien ha dictado la ley o norma correlativa, lo ha hecho de forma deficiente o incompleta. En estos casos, la norma es insuficiente para colmar los supuestos normativos exigibles, con lo que se vulnera, en buena medida, el principio de igualdad ante la ley. Sobre este punto, Víctor Bazán explica que:

> En las pretericiones relativas, el legislador, al propulsar la norma para "obedecer" el mandato constitucional, favorece a ciertos grupos y olvida a otros, o acuerda ventajas a unos que no son dispensadas a otros, pudiendo, tentativamente, las hipótesis ser refundidas en la siguiente fórmula: habrá omisión relativa toda vez que en el cumplimiento del mandato constitucional, el órgano legislativo encargado de efectivizarlo quiere —en forma no intencional, pero produciendo un resultado discriminatorio y/o arbitrario— el principio de igualdad u otro valor o principio.[16]

Con frecuencia, la omisión relativa suele confundirse con la laguna normativa, tal vez porque ambas figuras convergen en un aspecto: la regulación incompleta o deficiente de la norma. Pero en realidad se trata de figuras distintas con rasgos característicos. Con gran claridad, Díaz Revorio apunta que "la idea de laguna suele utilizarse para aludir a una ausencia de previsión normativa expresa, mientras que la omisión suele conllevar la idea de una falta de actuación consciente".[17] En términos sencillos, las lagunas normativas suponen un simple no hacer del legislador. Las omisiones relativas, por el contrario, implican la voluntad consciente del órgano legislativo de no legislar. Desde el plano jurisdiccional, las lagunas suelen colmarse a través de la analogía, los principios generales del derecho o la interpretación; mientras

[16] Bazán, Víctor, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2017, p. 129.

[17] Díaz Revorio, Francisco Javier, *op. cit.*, p. 193.

que la omisión relativa implica la necesidad de reparar la situación inconstitucional generada por la deficiencia legislativa.

3.3. Formas de reparar la inconstitucionalidad por omisión: efectos de la declaratoria inconstitucional

Superado el punto de que la omisión legislativa genera un estado contrario a la Constitución, la cuestión ahora es determinar cómo se debe solucionar el problema. Si la ley suprema no contempla reglas y mecanismos para remediar la omisión legiferante (como sucede en México), diríamos que corresponde al tribunal constitucional o corte suprema actuar en consecuencia y plantear el remedio constitucional. El problema, sin embargo, consiste en determinar de qué forma el tribunal debe corregir el estado inconstitucional provocado por la pasividad del legislador; esto es, qué efectos debe adoptar la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión. Al respecto, se avizoran tres posibles soluciones:

a) *Conminar al órgano legislativo a corregir la omisión*. Esta puede ser la solución más sencilla y acorde a la naturaleza de la violación constitucional. El tribunal concluye que en un caso existe mora legislativa, parcial o totalmente, y ordena al legislador que emita la ley o norma respectiva, concediéndole un determinado plazo. Incluso puede acontecer que el tribunal disponga lineamientos específicos sobre cómo legislar, o no; pero lo más importante es el requerimiento para que el legislador cumpla su función legislativa. Aunque esta solución parece ser la más asequible, en la práctica se "puede generar el problema del desacato al mandato judicial".[18] Si el órgano legislativo no emite la normatividad necesaria en los términos ordenados por el juez constitucional, este escenario puede resultar catastrófico y crear una colisión entre órganos constitucionales.

b) *Dictar la ley o norma*. El tribunal constitucional asume un papel protagónico en el reparo de la omisión legislativa, porque

[18] *Cfr.* Báez, Carlos, *op. cit.*, p. 767.

en buena medida adopta funciones legislativas. El tribunal actúa como una especie de "legislador positivo": dicta la ley o norma general relativa. Carlos Báez advierte que reglamentar o desarrollar directamente la norma constitucional ineficaz, o al menos dictar bases generales de operación o aplicación directa de la misma, no es una solución del todo satisfactoria en general, porque puede llegar a vulnerar los principios de división de poderes y de libertad del legislador.[19] Precisamente la idea de dictar la normativa necesaria, en *sustitución* del legislador, supone que el tribunal parece ir más allá de sus funciones jurisdiccionales. Entraría a un campo que, en principio, no le corresponde[20] y esto se acentúa si el tribunal pertenece al poder judicial, ya que, en estos términos, un poder asumiría las funciones de otro poder.

Por lo demás, la emisión de la norma omitida, pese a tener efectos generales, debe ser provisoria. Esto es, la "sentencia-ley" —si podemos denominarle así— debe ser temporal y limitada, hasta en tanto el órgano legislativo asuma su función constitucional y dicte la ley o norma omitida, de forma tal que la ley que dicte el tribunal tendrá vigencia hasta que el legislador democrático asuma su competencia originaria.

c) *Sentencia reparatoria de la omisión*. En palabras de Néstor Sagüés, "esta forma de suplir la inacción legislativa importa arbitrar la solución judicial de la mora legiferante, reputando no imprescindible a la ley que falta, y reemplazándola por sentencias judiciales".[21] Se trata, pues, de una tercera solución por virtud de

---

19 *Ibidem*, p. 766.

20 En este tipo de casos, Gozaíni advierte que "[...] la primera tarea del intérprete será exhortar con los límites propios de la función que cumple y el destino que persigue. Teniendo en cuenta esta dimensión, el juez podrá avisar (advertir) sobre la inconstitucionalidad comprobada, y la necesidad de redactar una norma sustitutiva. En tanto, la eficacia temporal de la medida puede o no quedar en suspenso, y solamente en caso de incumplimiento proceder a declarar la inconstitucionalidad con efectos erga omnes, siendo dificultoso actuar con sentencias que legislen, porque no es esta la función prevista para el control de constitucionalidad". Gozaíni, Osvaldo, *op. cit.*, p. 273.

21 Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la constitución. De la constitución nacional a la constitución convencionalizada*, México, Porrúa, 2013, pp. 190 y 191.

la cual las y los jueces constitucionales interpretan las normas y principios de la Constitución y obtienen la solución para cubrir el vacío generado por la omisión legislativa. Este supuesto se vuelve más propicio para remediar las omisiones parciales, en la medida en que ya existe una norma, pero precisa ser complementada.

Cabe destacar que los tres supuestos que hemos enunciado no se excluyen entre sí y pueden, por tanto, emplearse conjuntamente para un mismo caso, dado que el objetivo central es remediar el vacío legislativo en aras de salvaguardar la eficacia y supremacía de la Constitución.

IV. Inconvencionalidad por omisión

En línea de principio, el control de convencionalidad consiste en verificar la adecuación de las normas jurídicas y prácticas de los Estados a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), demás tratados internacionales y a los estándares interpretativos fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Este control puede ser de dos tipos: concentrado y difuso. El primero corresponde a la Corte IDH y el segundo está a cargo de todas las autoridades de los Estados, sin importar su naturaleza ni su nivel.

Los Estados parte, al suscribir la CADH, se encuentran obligados a adecuar su orden jurídico al *corpus iuris interamericano*, con la finalidad de preservar el *effet utile* de las disposiciones convencionales (derechos y libertades), tal como lo establece el artículo 2 de la CADH:

> Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno
>
> 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.

Si el Estado incumple la obligación de adecuar su orden interno a los estándares convencionales, entonces incurre en responsabilidad internacional. Este deber de adecuación, según lo expuso la Corte IDH en el caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, implica la adopción de medidas de dos vertientes: *i)* la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la CADH 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.[22] El tema de la inconvencionalidad por omisión se inscribe esencialmente en esta segunda vertiente.

De esta manera, entendemos que existe inconvencionalidad por omisión cuando un Estado parte incumple las obligaciones impuestas en una convención internacional, especialmente en materia de derechos humanos, generándose, en consecuencia, responsabilidad internacional para el Estado. La forma más representativa de este tipo de inconvencionalidad es cuando el país no expide las normas necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades previstos en el tratado internacional.[23] Este supuesto fue contemplado por la Corte IDH en la opinión consultiva (OC) 13/93, al disponer que un Estado puede violar un tratado de muchas formas, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado o dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la convención.[24]

---

22 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.

23 En este aspecto, Néstor Sagüés coincide en que "una faceta importante de esa inconvencionalidad, y que configura mora legislativa inconvencional, por parte de un Estado, es no dictar leyes y demás reglas del derecho interno, o de modificar las anteriores, para efectivizar sus compromisos, deber conocido como consecuencia del efecto útil de los tratados". Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.,* p. 375.

24 Véase Corte IDH. OC-13/93, de 16 de julio de 1993, solicitada por los Gobiernos de la República Argentina y de la República Oriental del Uruguay, párr. 26.

En México tenemos un buen ejemplo de inconvencionalidad por omisión respecto de las obligaciones derivadas de la CADH. El artículo 10 de la CADH prevé que "toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial". El Estado mexicano —concretamente el poder legislativo—, a partir de la ratificación del Pacto de San José[25] y hasta la actualidad, ha sido omiso en dictar la ley relativa para hacer efectivo el derecho humano a la indemnización por error judicial, y por el momento no existe voluntad *política* de México para cumplir con dicho compromiso internacional.

No sobra mencionar que la omisión inconvencional puede convertirse, a su vez, en una omisión inconstitucional cuando el Estado incorpora a su Constitución cláusulas referidas a la obligatoriedad de los tratados y convenciones internacionales, como sucede en gran parte de los países de Latinoamérica. De una u otra forma, queda claro, pues, que la inconvencionalidad por omisión es una violación que puede originarse, en mayor medida, por la inactividad del órgano legislativo.

V. Omisión legislativa en México

En ese país, el tema de la inconstitucionalidad por omisión está parcialmente desarrollado. Encontramos un mayor avance en la justicia constitucional local. Distintas entidades federativas de la República mexicana han creado, a nivel constitucional, tanto mecanismos como órganos encargados de reparar la omisión legislativa. Esto no sucede a nivel federal, pues la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no regula la mora legislativa ni tampoco prevé mecanismos para combatirla; no obstante, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), de forma gradual, ha comenzado a construir una línea jurisprudencial para atender esta problemática. Veamos, a continuación, el tratamiento que ha recibido la omisión legislativa en México, para después evaluar nuestra realidad.

[25] México depositó el instrumento de ratificación de la CADH el 24 de marzo de 1981.

5.1. Regulación a nivel local

Como hemos adelantado, en el ámbito del derecho procesal constitucional local la omisión legislativa ha tenido un mayor desarrollo. Los estados de Chiapas, Ciudad de México, Coahuila, Durango, Nayarit, Quintana Roo, Tlaxcala, Veracruz y Yucatán[26] han incorporado a sus constituciones distintos medios de defensa para remediar la omisión legislativa.

En términos generales, las entidades federativas facultan a sus poderes judiciales (tribunales superiores de justicia, salas o tribunales constitucionales) para que conozcan y resuelvan las controversias relacionadas con la omisión de emitir una ley, acuerdo, reglamento o norma. En la mayoría de los casos, la omisión normativa no se limita al poder legislativo local, sino que se extiende a los gobernadores (en el ámbito estatal) y a los ayuntamientos (en el ámbito municipal). En cuanto a las formas de remediar la omisión, encontramos que la mayoría de los estados adoptan el sistema que hemos denominado *conminar al órgano legislativo a corregir la omisión*, en tanto otorgan un plazo prudente para que la autoridad legisladora emita la norma faltante; mientras que la Constitución del Estado de Chiapas contempla adicionalmente el sistema *dictar la ley o norma*, en cuanto prevé que si el Congreso del Estado no legisla —estando obligado por la Constitución—, lo hará en su lugar el Pleno de Distrito y dicha legislación estará vigente hasta que el Congreso subsane la omisión legislativa.

Como podemos apreciar, en la justicia constitucional local existen mecanismos de defensa constitucional y órganos con

[26] Véase artículo 77, fracción III, Constitución Política de los Estados de Chiapas; artículo 36, apartado B, inciso e), Constitución Política de la Ciudad de México; artículo 158, fracción II, inciso f), Constitución Política del Estado de Coahuila de Zaragoza; artículo 119, fracción III, Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Durango; artículo 91, fracción III, Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Nayarit; artículos 103, fracción VIII y 105, apartado A, fracción II, Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Quintana Roo; artículo 81, fracción VI, Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tlaxcala; artículos 64, fracción III y 65, fracción III, Constitución Política del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave; y artículo 70, fracción III, Constitución Política del Estado de Yucatán.

competencia específica para conocer de tales controversias. Sin embargo, esta situación no es suficiente, pues, por un lado, las normas omitidas y que pueden ser objeto de control constitucional solo corresponden a los ámbitos estatal y municipal y, por el otro, de las 32 entidades federativas que conforman la República mexicana, la mayoría aún no ha incorporado a sus constituciones los mecanismos locales para impugnar las omisiones legislativas.

5.2. Regulación a nivel federal

Ni la Constitución Federal de México ni las leyes reglamentarias contemplan a la omisión legislativa. Desde esta perspectiva, podríamos pensar que no existe un mecanismo para controvertir ese tipo de violación constitucional. Pero esto no es así. El Poder Judicial de la Federación, particularmente la SCJN, ha generado criterios para ampliar la procedencia de los mecanismos de defensa constitucional —de carácter jurisdiccional— y entre esos supuestos se comprende a la mora legislativa.

En materia de constitucionalidad existen tres principales medios de defensa a nivel federal: la acción de inconstitucionalidad, la controversia constitucional y el juicio de amparo. El Pleno de la SCJN ha dispuesto la improcedencia de la acción de inconstitucionalidad para combatir las omisiones legislativas,[27] mas en el caso de la controversia constitucional ha reconocido su procedencia para impugnar tales omisiones.[28] No obstante, a la primera dificultad que nos enfrentamos es que este medio de defensa está vedado para las y los gobernados.[29]

[27] Véase acción de inconstitucionalidad 26/2006. Sentencia de 7 de junio de 2007.

[28] Véase controversia constitucional 14/2005. Sentencia de 3 de octubre de 2005.

[29] De conformidad con el artículo 105, fracción I, de la Constitución Federal, únicamente se reconoce legitimación para promover la controversia constitucional a la Federación, las entidades federativas, los municipios, los poderes federales y locales y a los órganos constitucionales autónomos federales y locales.

En el caso del juicio de amparo, cabe señalar, en primer término, que se trata de un mecanismo de defensa que está al alcance de todas las personas y que procede contra actos, omisiones y normas generales que vulneren los derechos humanos previstos en la Constitución y en los tratados internacionales. En lo que concierne a las omisiones normativas, en un inicio la SCJN se decantó por la improcedencia del juicio de amparo para impugnarlas,[30] bajo la premisa esencial de que la sentencia de amparo podría adoptar efectos generales y esto no era permisible conforme al principio de relatividad de las sentencias —que limita la protección constitucional a la persona que planteó la controversia—.

Pero, en una nueva reflexión, la Primera Sala del máximo tribunal del país emitió un importante precedente (amparo en revisión 1359/2015),[31] en donde perfiló la procedencia del juicio de amparo para combatir las omisiones en que incurra el poder legislativo cuando deriven directamente de un mandato de la Constitución Federal. El caso surgió con motivo de que en el 2014 se reformó la Constitución en materia política-electoral y en el artículo tercero transitorio de dicho decreto de reforma se estableció que el poder legislativo debía expedir, durante el segundo periodo de sesiones ordinarias del segundo año de ejercicio de la Legislatura, la ley reglamentaria del párrafo octavo del artículo 134 de la Constitución (en materia de gasto en comunicación social). El plazo concedido transcurrió sin que el legislador emitiera la ley reglamentaria. La SCJN, al analizar el caso, verificó que se actualizó una omisión legislativa absoluta, por lo que resolvió conceder el amparo para que el órgano legislativo emitiera la ley relativa antes del 30 de abril de 2018.

Recientemente, la misma Primera Sala de la SCJN resolvió el amparo en revisión 265/2020,[32] en donde al verificarse una omisión legislativa derivada de un mandato constitucional, concedió el amparo para que el poder legislativo cumpliera con las obliga-

30 Véase amparo en revisión 961/97 del Pleno de la SCJN. Sentencia de 21 de octubre de 1997; y amparo en revisión 588/2012 de la Segunda Sala de la SCJN. Sentencia de 28 de noviembre de 2012.

31 Sentencia de 15 de noviembre de 2017.

32 Sentencia de 12 de mayo de 2021.

ciones establecidas en los artículos segundo y cuarto transitorios del decreto de la reforma constitucional en materia de justicia cotidiana, por lo que debía expedir la legislación única en materia procesal civil y familiar y adecuar las leyes generales y federales que así lo requirieran al nuevo contenido de los artículos 16 y 17 constitucionales. Para tal efecto, fijó como plazo el 15 de diciembre de 2021.

Es evidente que estos precedentes revisten una particular importancia, porque generan un mecanismo para remediar la omisión normativa. El criterio de la SCJN, en términos generales, es coincidente con el que hemos planteado, en cuanto apunta a considerar que la omisión legislativa surge cuando el poder reformador de la Constitución no emite la normatividad ordenada por la norma constitucional. Y la solución es *conminar al órgano legislativo a corregir la omisión*, otorgándole un plazo razonable para que cumpla su función.

VI. A modo de conclusión: actualidad y prospectiva

Hasta este momento tenemos un panorama general sobre las omisiones del legislador, ya sea por inobservar la Constitución o por no asumir los compromisos derivados de las convenciones internacionales. También hemos explorado *grosso modo* el contexto nacional en esta materia. Cabe entonces evaluar cuál es la realidad de México frente a las omisiones del legislador y cuáles son los aspectos que aún están pendientes en esta materia.

Como ya adelantábamos, el derecho procesal constitucional local ofrece mayores respuestas o soluciones constitucionales para combatir la omisión legislativa, desde la inclusión de mecanismos de protección hasta la regulación de órganos especiales encargados de conocer y resolver esas controversias. Aun así, existen algunos inconvenientes o, si se quiere, limitantes. En primer término, del total de las entidades federativas de México, solo una minoría ha incorporado a sus constituciones los medios de defensa para combatir la omisión legislativa. En este punto la solución sería que los restantes estados de la República asumie-

ran el compromiso de incorporar a sus sistemas constitucionales internos, los mecanismos de protección necesarios para obligar al legislador a cumplir con sus funciones. Una segunda limitante deriva del ámbito competencial de la justicia constitucional local. Si bien los tribunales, salas u órganos constitucionales locales están facultados para ejercer control de constitucionalidad sobre las omisiones del legislador, su competencia se limita a las controversias relacionadas con leyes, reglamentos o normas de carácter local, esto es, aquellas normatividades que son aplicables en la entidad federativa, por lo que en ningún caso pueden conminar al legislador federal a emitir una ley ordenada por la Constitución Federal.

Ahora bien, ya en el ámbito federal, la primera solución y posiblemente la más importante es que en la Constitución Federal se instituya un mecanismo de protección para remediar la omisión legislativa, en el supuesto en que el Poder Legislativo Federal no emita la ley o norma faltante, sea total o parcialmente. Por la relevancia y la materia de este tipo de controversias, la competencia para resolverlas debería recaer en la SCJN, al tratarse del tribunal constitucional de México. Por su parte, la legitimación para promover la controversia contra una omisión legislativa debería reconocerse a favor de todas las personas y entes públicos, siempre que acrediten un determinado interés en función de la norma o ley omitida. Recordemos que obligar al legislativo a que cumpla su función, sobre todo cuando estamos ante una inacción total, es preservar la fuerza normativa de la Constitución, el principio de supremacía constitucional y los derechos fundamentales de las personas.

Hasta en tanto no se regule la inconstitucionalidad por omisión, el Poder Judicial de la Federación debe continuar con ese activismo judicial en aras de fijar un límite, o bien, un supuesto de contención a la inactividad del legislador. Aunque la SCJN solo en dos casos se ha ocupado sobre la posibilidad de combatir, vía jurisdiccional, la omisión legislativa, estos precedentes revisten una importancia superlativa, en la medida en que son el punto de partida para avanzar, en lo que pensamos, será, una nueva línea jurisprudencial y, por tanto, de fuerza vinculante para atender la problemática que hemos analizado. Por lo de-

más, en virtud de que la materia de los precedentes versó sobre omisiones absolutas, pensamos que el siguiente paso será que la SCJN se pronuncie sobre la posibilidad de impugnar omisiones relativas, pues, por su naturaleza, son las que pueden tener mayor presencia en las leyes. En cuanto a los efectos para remediar la omisión, sería aconsejable que, al tiempo en que se conmine al legislador y se le otorgue un plazo razonable, se garantice con otra medida su posible incumplimiento. La *sentencia reparatoria de la omisión* se perfila como una opción plausible para reparar la omisión inconstitucional, mientras el órgano legislativo asume sus funciones.

Con independencia de que en este trabajo nos centramos en las omisiones atribuidas al poder legislativo cuando derivan de la Constitución. Es posible que la figura de la omisión legislativa evolucione y se extienda a las normas omitidas por la Administración pública o incluso por el poder judicial. En la misma línea de pensamiento, se puede concebir que en un futuro próximo la fuente de la omisión no sea necesariamente la norma constitucional, sino una ley, un reglamento, o cualquier otra norma.

En cuanto a los compromisos internacionales del Estado mexicano, sobre todo en materia de derechos humanos, si bien opera el principio *pacta sunt servanda*, conforme al cual los tratados internacionales deben cumplirse de buena fe, esto no impide que sea el propio Estado quien ofrezca garantías para el debido cumplimiento de sus obligaciones. En concreto, una medida para combatir la inconvencionalidad por omisión legislativa sería la creación, en sede nacional, de una ley o mecanismo para obligar al legislador a que revise el ordenamiento jurídico y lo armonice a los estándares internacionales, lo que incluye, desde luego, el deber de emitir las leyes que ordenan las convenciones.

A título conclusivo, debemos reconocer que en México tenemos algunos avances en materia de omisiones legislativas, principalmente en la justicia constitucional local y en el derecho jurisprudencial. Pero todavía tenemos un largo camino por recorrer en el desarrollo de esta figura. En ese sentido, la omisión legislativa sigue siendo una asignatura pendiente en México.

Bibliografía

Amezcua, Luis, "Omisiones legislativas en México", en Carbonell, Miguel (coord.), *Derecho constitucional. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

Báez, Carlos, "La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXV, núm. 105, septiembre-diciembre de 2002, *https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3731/4595*

Bazán, Víctor, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2017.

Bernal Pulido, Carlos, "En torno a la legitimidad de la jurisdicción constitucional y la objetividad en el control de constitucionalidad de las leyes, *Revista Derecho del Estado*, núm. 7, diciembre de 1999, *https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/920*

Díaz Revorio, Francisco Javier, "Omisiones legislativas y derechos fundamentales", en Famiglietti, Gianluca y Romboli, Silvia (coords.), *Giustizia Costituzionale e tutela dei diritti. Riflessioni maturate a partire dagli incontri del CAF 2020,* Querétaro, Università di Pisa-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2021.

Gozaíni, Osvaldo, *Teoría de la sentencia constitucional*, México, Porrúa, 2015.

Guastini, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, Trotta, 2010.

Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, 2a. ed., México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

Montesquieu, Charles Louis de Secondat, *Del espíritu de las leyes*, 20a. ed., México, Porrúa, 2015.

Romboli, Roberto, *Giudice e legislatore nella tutela dei diritti*, *https://romatrepress.uniroma3.it/wp-content/uploads/2019/05/41giud-romb.pdf*

Romboli, Roberto, "La tutela dei diritti fondamentali di fronte alle omissioni del legislatore. Il ruolo dei giudici constituzionali e quello dei giudici constituzionali e quello dei giudici comuni", en Famiglietti, Gianluca y Romboli, Silvia (coords.), *Giustizia Costituzionale e tutela dei diritti. Riflessioni maturate a partire dagli incontri del CAF 2020,* Querétaro, Universita di Pisa-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2021.

Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la constitución. De la constitución nacional a la constitución convencionalizada*, México, Porrúa, 2013.

Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 2011.

PARTE IV

Diritti umani tra giurisdizioni
interne e sovranazionali

Derechos humanos entre jurisdicciones
nacionales y supranacionales

Direitos humanos entre
jurisdições internas e supranacionais

Las influencias extrasistémicas en las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Rodrigo Brito Melgarejo

Sumario. I. Introducción. II. La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. III. La apertura de la Corte Interamericana a las fuentes extrasistémicas. IV. Elementos para una tipología sobre el recurso a fuentes extrasistémicas de la Corte Interamericana en el ejercicio de su función consultiva. V. Conclusiones. Bibliografía.

I. Introducción

La manera en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) actúa al ejercer su función consultiva se ha caracterizado, desde sus primeras determinaciones, por una apertura a fuentes extrasistémicas que pareciera reflejar que quienes han integrado este órgano jurisdiccional consideran que muchos de los problemas que enfrentan tienen una dimensión y una naturaleza que supera los confines regionales en su evolución, pero fundamentalmente en sus posibles soluciones. La frecuencia con la cual la Corte recurre a decisiones, normas o documentos ajenos al Sistema Interamericano para fortalecer sus argumentos, refleja la necesidad que esta ha tenido de encontrar convergencias que le permitan cumplir eficazmente las facultades que le confiere el

artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esta apertura al interpretar las normas del Pacto de San José, la legislación nacional de los Estados que forman parte de la Organización de los Estados Americanos (OEA) o diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, hacen necesario un análisis sobre la forma en que la Corte Interamericana recurre a las fuentes extrasistémicas al dar respuesta a las consultas que se le plantean. Este texto busca, en consecuencia, analizar de qué forma se ha concebido la función consultiva que tiene a su cargo la Corte en el Sistema Interamericano, así como la manera en que esa concepción ha influido en la apertura a fuentes extrasistémicas que este órgano de garantía ha demostrado a lo largo de los años. Para comprender mejor esa disposición al empleo de elementos que no forman parte del sistema regional, se analizarán las opiniones consultivas que ha respondido la Corte con la finalidad de encontrar algunos elementos que permitan, además, conformar una tipología basada en las razones por las que esta recurre a esas fuentes.

II. La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos existen dos órganos de garantía que son competentes para conocer de los asuntos que se relacionan con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados parte en ella: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte IDH. La Corte, como institución judicial autónoma encargada de la aplicación e interpretación de la Convención Americana, cumple con una doble función en términos de lo establecido en el artículo 2 de su Estatuto. La primera de ellas, de carácter jurisdiccional, se rige por los artículos 61 a 63 del Pacto de San José, mientras la segunda, cuya naturaleza es consultiva, está regulada en el artículo 64 de la Convención. Este último precepto determina que cualquiera de los Estados que son miembros de la OEA puede consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención Americana o de otros tratados concernientes

a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Además, en este artículo se indica que los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la OEA reformada por el Protocolo de Buenos Aires (*v. gr.,* la CIDH), en lo que les compete, pueden consultar a la Corte. Finalmente, este numeral señala que dicho órgano de garantía, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, puede darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y distintos instrumentos internacionales.

Las funciones consultivas de la Corte Interamericana, aunque en ocasiones se olvide, fueron uno de los conductos para poner en marcha el sistema regional de protección de los derechos en el continente americano y, además, para iniciar su consolidación, pues la actividad de este órgano jurisdiccional no estuvo encaminada, durante sus primeros años de existencia, a cumplir con su competencia contenciosa, sino a resolver las diversas consultas que se le planteaban.[1] Desde que empezó a dar respuesta a las primeras de esas consultas, la Corte asumió de manera muy clara que los tratados modernos sobre derechos humanos y, en particular, la Convención Americana, no eran "tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados contratantes", pues su objeto y fin estaban en la "protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes". De esta forma, la Corte dejó claro que, al aprobar esos tratados, los Estados se sometían a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumían varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.[2]

Además, la Corte de San José, atendiendo a estos planteamientos, indicó también que su función consultiva tendría por finalidad "coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones inter-

[1] No debe pasarse por alto que el primer caso litigioso fue resuelto por la Corte Interamericana hasta abril de 1986.

[2] Corte IDH. OC-2/82, párr. 29.

nacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos, así como al cumplimiento de las funciones que en este ámbito tienen atribuidas los distintos órganos de la OEA".[3] Esas fueron las pautas que este órgano jurisdiccional siguió desde sus inicios y que evidenció, también desde sus primeras intervenciones, cuál sería la hoja de ruta a seguir al momento de emitir su opinión sobre la interpretación de la Convención Americana y otros instrumentos normativos.

Al poner en el centro de sus funciones la defensa de los derechos humanos, la Corte ha podido justificar, al responder las preguntas que se le plantean, el empleo de diversas fuentes —incluso ajenas al Sistema Interamericano— con lo cual, entre otras cosas, ha robustecido su argumentación y definido con mayor claridad los estándares de protección que emplea al ejercer las facultades que tiene encomendadas.

III. La apertura de la Corte Interamericana a las fuentes extrasistémicas

Desde que inició sus labores, la Corte Interamericana parece haber asumido que, para cumplir su función como uno de los órganos fundamentales en los que descansa la protección de los derechos en el continente americano, tendría que comprender una dicotomía que se caracterizaba por planteamientos que parecieran contraponerse, pero que, teniendo en cuenta el cambio de concepción sobre la defensa de los derechos humanos que se había desarrollado, era inevitable tomar en cuenta. Dicha dicotomía implicaba considerar que, por un lado, existían elementos ideológicos, históricos, económicos, climáticos, geográficos, sociológicos y culturales que determinaban una identidad nacional en los distintos países del continente sobre la que se construían normas e instituciones que regulaban la vida de las personas; pero, por otra parte, debido a las concurrencias presentes en el

[3] Corte IDH. OC-1/82, párr. 25.

mundo jurídico, se iba acogiendo cada vez con mayor fuerza una concepción universal de la idea de justicia.[4]

Esta dicotomía ha provocado un aumento en el interés que demuestran diversos órganos jurisdiccionales —y la Corte Interamericana, al parecer, no es la excepción— por atender a la forma en que son tratados en la región y otras latitudes problemas comunes, favoreciendo así una especie de "globalización judicial" en la que el recurso a elementos extrasistémicos para encontrar soluciones mejor argumentadas es cada vez más constante. En el caso de la Corte de San José, esta apertura deriva de los propios instrumentos que la regulan y le dieron origen. Basta recordar que, como ya se ha señalado, el artículo 64 de la Convención Americana permite que se consulte a la Corte no solamente sobre la interpretación de este instrumento internacional, sino también acerca de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos que sean aplicables en los Estados americanos, con independencia de que sean bilaterales o multilaterales, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al Sistema Interamericano.[5] Esto ha provocado que la Corte tenga que recurrir, a fin de determinar el sentido y alcance de distintos instrumentos internacionales, a elementos ajenos al Sistema Interamericano.

Como consecuencia de esa práctica, además, pareciera que este órgano de garantía se ha visto inmerso en una interesante inercia que ha generado una útil predisposición al empleo de fuentes que no se encuentran en el ámbito del sistema de protección de los derechos al que pertenece. De esa forma, el Tribunal interamericano supera eventuales ensimismamientos al interpretar los derechos en red, considerando su naturaleza transversal, así como el carácter global de su objeto.[6]

---

4 Canivet, Guy, "La pratica del diritto comparato nelle corti supreme", en Markesinis, Basil y Fedtke, Jörg. (coords.), *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato,* Bolonia, Il Mulino, 2009, pp. 214 y ss.

5 Corte IDH. OC-1/82, *passim*.

6 Véase, en este sentido, pero atendiendo a lo que ocurre en la práctica del Tribunal de Estrasburgo: García Roca, Javier, "El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo", *Teoría y Realidad Constitucio-*

Actualmente, los Estados y sistemas de protección no comparten simplemente los mismos principios básicos en la defensa de los derechos, sino que también enfrentan muchas veces los mismos retos al aplicar esos principios a la realidad contemporánea en un contexto en el cual los asuntos políticos, económicos, sociales, culturales o religiosos, con frecuencia rebasan las fronteras nacionales creando fricciones que son muy similares en distintas partes del orbe. Por ello no es raro que los desarrollos legislativos y jurisprudenciales tomen senderos similares que son considerados por los órganos de protección de los derechos al momento de abordar temáticas que han sido tratadas en otros sistemas.

La Corte Interamericana no se aleja de esta práctica y de ello dan cuenta las múltiples referencias a elementos extrasistémicos que se encuentran en las opiniones que dicta al ejercer su función consultiva. Basta tomar en cuenta que, de las veintiséis ocasiones en que este órgano de garantía ha respondido a las preguntas que le plantean los entes legitimados en términos del artículo 64 del Pacto de San José, solamente en cuatro de ellas no se encuentra alguna referencia a fuentes normativas o jurisprudenciales ajenas al Sistema Interamericano.[7] En las opiniones consultivas restantes se emplea, al menos en una ocasión, alguna referencia a elementos extrasistémicos. Es el caso, por ejemplo, de las constantes referencias a instrumentos normativos que no forman parte del Sistema Interamericano y que, como se ha señalado, derivan en muchas ocasiones de los propios alcances de la función consultiva de la Corte Interamericana derivados de lo establecido en la Convención. Quienes integran este órgano jurisdiccional se han referido, por ejemplo, a la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, la Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención de Viena sobre

nal, núm. 30, 2012, p. 178.

7 Se trata de las OC-9/87, OC-11/90, OC-12/91 y OC-19/05.

Relaciones Consulares, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la Convención sobre los Derechos del Niño, los Convenios 97 y 143 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Trabajadores Migrantes, la Carta Árabe sobre Derechos Humanos o la Declaración de El Cairo sobre Derechos Humanos en el Islam.[8]

No es raro tampoco encontrar referencias por parte de la Corte a resoluciones de órganos jurisdiccionales de otros sistemas de protección[9] (*v. gr.,* la Corte Permanente de Justicia Internacional,[10] la Corte Internacional de Justicia[11] o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[12]), así como a resoluciones de organismos cuasijurisdiccionales como la Comisión Europea de Derechos Humanos,[13] la Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos,[14] el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial[15] o el Comité de Libertad Sindical de la OIT.[16]

Hay también, en la labor consultiva de la Corte Interamericana, referencias a los trabajos y documentos que elaboran otras

---

8 Referencias a instrumentos normativos extrasistémicos como los señalados pueden encontrarse en las OC-1/82, OC-2/82, OC-3/83, OC-4/84, OC-5/85, OC-6/86, OC-7/86, OC-8/87, OC-10/89, OC-13/93, OC-14/94, OC-15/97, OC-16/99, OC-17/02, OC-18/03, OC-20/09, OC-21/14, OC-22/16, OC-23/17, OC-24/17, OC-25/18 y OC-26/20.

9 Así ocurre en las OC-1/82, OC-2/82, OC-3/83, OC-4/84, OC-5/85, OC-6/86, OC-10/89, OC-14/94, OC-15/97, OC-16/99, OC-17/02, OC-18/03, OC-20/09, OC-21/14, OC-22/16, OC-23/17, OC-24/17, OC-25/18 y OC-26/20.

10 Por ejemplo, en las OC-14/94, OC-20/09 o en el voto del juez Cançado Trindade en la OC-15/97.

11 Véanse las OC-3/83 y OC-16/99, solo por mencionar dos casos de los muchos en los que se hace referencia a este órgano jurisdiccional.

12 De los muchos casos en los que la Corte IDH voltea la mirada a las actuaciones del Tribunal de Estrasburgo pueden mencionarse, como ejemplos, las OC-5/85, OC-16/99 y OC-18/03.

13 Por ejemplo, en la OC-2/82.

14 Solo por mencionar dos casos, en las OC-18/03 y OC-23/17.

15 Por ejemplo, en la OC-18/03.

16 En la OC-22/16.

entidades como el Consejo de Seguridad,[17] la Asamblea General de Naciones Unidas,[18] el Alto Comisionado para los Refugiados,[19] el Alto Comisionado para los Derechos Humanos,[20] todos de las Naciones Unidas, o la Organización de la Unidad Africana,[21] por mencionar únicamente algunos de los muchos casos en que se presentan este tipo de menciones.

La Corte también observa lo que sucede en los países que forman parte del continente tanto en el ámbito normativo como jurisdiccional[22] y recurre incluso a la doctrina[23] para responder a las preguntas que se le plantean.[24] Todas estas citas y referencias demuestran la apertura de la Corte de San José a recursos que no forman parte del *corpus iuris* interamericano, pero que le han ayudado de diversas maneras en la construcción de argumentos sólidos al ejercer su función consultiva. Esta premisa, sin embargo, no dice mucho sobre la forma en que este órgano de garantía recurre a esas fuentes extrasistémicas ni acerca de los fines que con ello se persiguen. Es conveniente, por tanto, ofrecer algunos elementos para configurar una tipología sobre las razones por las que la Corte Interamericana recurre a esta práctica.

17 Por ejemplo, en la OC-14/94.

18 Es el caso de la OC-18/03.

19 Como sucede en la OC-21/14.

20 Solo por mencionar dos casos, en las OC-23/17 y OC-24/17.

21 Así ocurre en la OC-25/18.

22 Pueden encontrarse referencias a instrumentos nacionales, por ejemplo, en las OC-17/02, OC-18/03, OC-19/05, OC-20/09, OC-21/14, OC-22/16, OC-23/17, OC-24/17, OC-25/18 y OC-26/20.

23 Véanse, por ejemplo, las OC-1/82, OC-2/82, OC-3/83, OC-20/09, OC-23/17 y OC-24/17. En ellas se encuentran referencias a la obra de Sepúlveda, Cabra, Ruda, Schwelb, Jiménez de Aréchaga, Sorensen, Verdross, Gentili, Cassin, Brownlie, entre otros autores.

24 También los jueces que forman parte de la Corte, en los votos que redactan suelen recurrir a elementos extrasistémicos. En este supuesto se encuentran los jueces Rodolfo E. Piza (OC-4/84, OC-5/85, OC-7/86), Rafael Nieto Navia (OC-5/85), Pedro Nikken (OC-7/86), Héctor Gros Espiell (OC-7/86), Máximo Pacheco Gómez (OC-15/97), Oliver Jackman (OC-16-99), Antonio Augusto Cançado Trindade (*v. gr.*, OC-16/99 y OC-17/02), Sergio García Ramírez (OC-17/02) y Roberto F. Caldas (OC-22/16).

IV. Elementos para una tipología sobre el recurso a fuentes extrasistémicas de la Corte Interamericana en el ejercicio de su función consultiva

El análisis de las opiniones consultivas que ha atendido la Corte Interamericana permite encontrar algunos elementos para conformar una tipología sobre las razones por las que esta recurre a fuentes extrasistémicas. Algunas de las referencias a elementos ajenos al Sistema Interamericano son empleadas por la Corte para demostrar un conocimiento básico sobre alguno de los aspectos que debe tratar. Un ejemplo de ello se da en la OC-3/83, en la cual la Corte Interamericana, al señalar que el retraso resultante de la consideración preliminar de las objeciones a su competencia en el ámbito consultivo podría perjudicar seriamente el propósito y utilidad del poder que le confiere el artículo 64, refirió que un eminente jurista latinoamericano como Eduardo Jiménez de Aréchaga habría observado en su momento que "una solicitud de opinión consultiva normalmente implica la postergación de una decisión sobre el fondo por parte del órgano solicitante, hasta en tanto no se reciba la respuesta". El Tribunal interamericano señaló sobre este aspecto, que la necesidad de evitar demoras en sus opiniones consultivas impulsó la adopción de enmiendas al reglamento de la Corte Internacional de Justicia y, tomando en cuenta estos planteamientos, construyó su argumentación sobre las preguntas que le presentó la CIDH. [25]

En la OC-4/84, por su parte, para argumentar que la naturalización no es una cosa que deba tomarse a la ligera pues lleva consigo un cambio profundo en el destino de quien la obtiene, este órgano de garantía se refirió a lo planteado al respecto por la Corte Internacional de Justicia en el *Nottebohm Case*.[26]

La Corte usa también referencias extrasistémicas para situar el análisis que debe llevar a cabo en el contexto de pautas establecidas por la comunidad internacional. De esta forma, el Tribunal interamericano emplea esas fuentes a fin de crear un horizonte

[25] Corte IDH. OC-3/83, párr. 25.

[26] Corte IDH. OC-4/84, párr. 37.

de reconocimiento para, con ello, preparar y orientar su argumentación.[27] En la OC-1/82, por ejemplo, con el fin de demostrar la amplitud de su competencia consultiva, la Corte de San José hace referencia a los alcances que, sobre esta función, tiene la Corte Internacional de Justicia y del Tribunal de Estrasburgo mencionando, respectivamente, el artículo 96 de la Carta de Naciones Unidas y el Protocolo No. 2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. De esta forma, el Tribunal interamericano evidencia la forma en que la Corte Internacional de Justicia tiene facultades para emitir opiniones consultivas sobre cualquier cuestión jurídica, pero restringe la posibilidad de solicitarlas a la Asamblea General, al Consejo de Seguridad o, en ciertas condiciones, a otros órganos y organismos especializados de la Organización, pero no autoriza para ello a los Estados miembros.[28] Ahora bien, por lo que respecta al Tribunal de Estrasburgo, la Corte señala los límites precisos a los que este se encuentra sometido en el ejercicio de su función consultiva, pues en el Sistema Europeo, en aquel momento, solo el Comité de Ministros podía formular una solicitud en ese sentido y la opinión únicamente podía versar sobre cuestiones jurídicas relativas a la interpretación de la Convención y sus protocolos, excluyendo todo lo que se refiriera al contenido o extensión de los derechos y libertades definidos en esos instrumentos, así como los demás asuntos que, en virtud de un recurso previsto en la Convención, podrían ser sometidos a la Comisión Europea de Derechos Humanos, a la propia Corte o al Comité de Ministros.[29]

Otro caso es la OC-5/85, en la cual la Corte señala que la forma en que está redactado el artículo 13 de la Convención Americana, que regula la libertad de pensamiento y expresión,

[27] Sobre esta práctica en la Corte Sudafricana véase Lollini, Andrea, "La circolazione degli argomenti: metodo comparato e parametri interpretativi extra-sistemici nella giurisprudenza costituzionale sudafricana", *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, núm. 1, 2007.

[28] Corte IDH. OC-1/82, párr. 15. De hecho, el apartado en el cual se incluyen estas referencias dentro de la opinión de la Corte se denomina "Marco general del problema".

[29] *Ibidem*, párr. 16.

difiere de manera significativa del artículo 10 del Convenio Europeo, que está formulado en términos muy generales. Además, el órgano de garantía del Sistema Interamericano indica que la manera en que se regula la libertad de expresión en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sirvió de modelo en parte al Pacto de San José, cuyo artículo 13 contiene una lista más reducida de restricciones al ejercicio de este derecho que el Convenio Europeo y que el mismo Pacto. Finalmente, al prohibir las restricciones a la libertad de expresión mediante vías o medios indirectos encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones, la Corte determinó que el Pacto de San José era un instrumento que iba más allá de lo dispuesto en el Convenio Europeo y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, pues ninguno de estos dos tratados contenía una disposición comparable.[30]

Una razón más por la cual la Corte usa recursos extrasistémicos es para integrar sus pautas interpretativas o agregar contenidos al *corpus iuris* interamericano. A través del uso de fuentes ajenas al sistema, los integrantes de este órgano de garantía pueden implementar principios de interpretación que han sido empleados en otras latitudes y, con ello, analizar los cuestionamientos que se le plantean desde una óptica diversa para entenderlos mejor y encontrar soluciones adecuadas al contexto en el que ejercen sus funciones.[31] Un caso en este sentido es la OC-3/83, en la que cual, al responder a las preguntas que se le plantearon, la Corte determinó que el requisito de una descripción sobre las consideraciones que originaron la consulta tenía como razón de ser facilitar a ese órgano jurisdiccional la comprensión de los hechos pertinentes y el contexto legal que la motivaban, los cuales frecuentemente eran indispensables para poder responder adecuadamente. Sin embargo, al expresar esos planteamientos, la Corte recogió algunas de las razones señaladas por la Corte Internacional de Justicia por las que los tribunales llamados a emitir

30 Corte IDH. OC-5/85, párrs. 45-47.

31 Sobre esta forma de recurrir a elementos extrasistémicos puede verse Rosenkrantz, Carlos F., "Against borrowings, and other nonauthoritative uses of foreign law", *International Journal of Constitucional Law*, vol. 1, núm. 2, 2003, p. 288.

opiniones consultivas exigían dicho requisito. De esta forma, se refiere que: "una regla de derecho internacional, convencional o consuetudinario no se aplica en el vacío; se aplica en relación con hechos y dentro del marco de un conjunto más amplio de normas jurídicas, del cual ella no es más que una parte. En consecuencia, para que una pregunta formulada en los términos hipotéticos de la solicitud pueda recibir una respuesta pertinente y útil, la Corte debe, ante todo, determinar su significado y su alcance en la situación de hecho y de derecho donde conviene examinarla. De otro modo, se correría el riesgo de que la respuesta de la Corte a la pregunta formulada fuera incompleta y, por ende ineficaz; o hasta inducir a error sobre las reglas jurídicas pertinentes que verdaderamente rigen la materia consultada por la organización solicitante". Así, la Corte Internacional de Justicia determinaría que era pertinente enunciar los elementos de hecho y de derecho pertinentes que, según ella, formaban el contexto en el cual debían determinarse el sentido y alcance de las preguntas formuladas.[32] Estos argumentos son retomados posteriormente de manera reiterada por la Corte Interamericana, por lo que los planteamientos expuestos por la Corte Internacional de Justicia sirvieron al órgano regional para integrar sus pautas interpretativas. Tiempo después, la Corte Interamericana refirió que aquel órgano jurisdiccional, en su opinión consultiva sobre la Competencia de la Asamblea General para la Admisión de un Estado en las Naciones Unidas, había precisado que la función del intérprete estaba enderezada "a dar eficacia a las disposiciones [de un tratado] en su sentido natural u ordinario en el contexto en el cual ocurren", con lo que el Tribunal de San José integraría, recurriendo a elementos extrasistémicos, sus pautas interpretativas.[33]

Las referencias a fuentes ajenas al Sistema Interamericano son empleadas también por la Corte para añadir peso y credibilidad a los argumentos que se analizan. Un ejemplo de ello es la OC-3/83. En ella, al analizar las objeciones a la competencia de la Corte planteadas por el Gobierno de Guatemala cuando la Comisión Interamericana le pidió interpretar la parte final del segundo párrafo del artículo 4 de la Convención por considerar que

[32] Corte IDH. OC-3/83, párr. 44.

[33] Corte IDH. OC-4/82, párr. 22.

lo que se preguntaba a ese órgano de garantía involucraba a un Estado que en ese momento no había aceptado su competencia de conformidad con el artículo 62.1 de la Convención, la Corte Interamericana señaló que el derecho a solicitar opiniones consultivas se otorgaba a los órganos de la OEA en lo que les competía. En consecuencia, esto implicaba que ese derecho también les había sido otorgado a esos órganos con el fin de ayudar a resolver aspectos legales en disputa dentro del contexto de sus actividades, por lo que resultaba claro que el mero hecho de que existiera una controversia entre la Comisión y el Gobierno de Guatemala acerca del significado del artículo 4 de la Convención Americana, no era suficiente fundamento para que la Corte se abstuviera de ejercer su competencia consultiva. Al asumir esta conclusión, la Corte refiere que ese argumento coincidía ampliamente con la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, la cual había rechazado reiteradamente toda petición de abstenerse de ejercer su competencia consultiva en situaciones en donde se alegara que, por existir una controversia sobre el punto, lo que se estaba pidiendo era a la Corte que fallara sobre un caso contencioso encubierto.[34]

La Corte Interamericana ha usado también fuentes ajenas al Sistema Interamericano para ponderar determinadas soluciones con el fin de saber cuál es la más adecuada o si alguna de ellas puede aplicarse a la consulta que resuelve. En la OC-5/85, por ejemplo, la Corte señala que con frecuencia es útil comparar la Convención Americana con lo dispuesto en otros instrumentos internacionales como medio para poner de relieve aspectos particulares de la regulación de un determinado derecho; sin embargo, también es muy clara al indicar que ese método no podría emplearse nunca para incorporar a la Convención criterios restrictivos que no se desprenden directamente de su texto, por más que estén presentes en cualquier otro tratado internacional.[35]

En la OC-16/99, por su parte, la Corte Interamericana al determinar si debía o no responder a una solicitud de opinión consultiva para evitar debilitar su función contenciosa, desvirtuar

[34] Corte IDH. OC-3/83, párrs. 30-40.

[35] Corte IDH. OC-5/85, párr. 51.

sus fines o alterar, en perjuicio de la víctima, el funcionamiento del sistema de protección previsto por la Convención Americana, señaló que eran varios los parámetros que podía utilizar al hacer dicho examen. Uno de esos parámetros, a decir de la Corte, que coincidía con gran parte de la jurisprudencia internacional en la materia,[36] se refería a la inconveniencia de que, por vía de una solicitud consultiva, un Estado miembro obtuviera prematuramente un pronunciamiento que podría eventualmente ser sometido a la Corte en el marco de un caso contencioso; sin embargo, la Corte determinó de manera clara que en sus actuaciones había advertido que la existencia de una controversia sobre la interpretación de una disposición no constituía, *per se*, un impedimento para el ejercicio de la función consultiva.[37]

Finalmente, la Corte también recurre a fuentes extrasistémicas para demostrar el desarrollo de un incipiente *ius commune*. En la OC-6/86, por ejemplo, la Corte señala que el principio de legalidad se encuentra en casi todas las constituciones americanas elaboradas desde finales del siglo XVIII y que este es consubstancial con la idea y el desarrollo del derecho en el mundo democrático.[38]

Por su parte, en la OC-17/02, la Corte indicó que el gran número de ratificaciones de la Convención sobre los Derechos del Niño ponía de manifiesto un amplio consenso internacional (*opinio iuris comunis*) favorable a los principios e instituciones acogidos por dicho instrumento que reflejaba el desarrollo de la materia en aquella época. Además, destacó en esta opinión que

[36] La propia Corte señala los siguientes documentos: I.C.J.: *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania,* First Phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950; *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951; *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971; *Western Sahara*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975; *Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1989.

[37] Corte IDH. OC-16/99, párr. 45.

[38] Corte IDH. OC-6/86, párr. 23.

los diversos Estados del continente habían adoptado disposiciones sobre esta materia en su legislación, tanto constitucional como ordinaria, y que el Comité de Derechos del Niño se había referido a estas en reiteradas oportunidades,[39] evidenciando con ello una retroalimentación en doble vía que es muy valiosa en la construcción de un *ius commune*.

En la OC-18/03, por su parte, la Corte señaló también que el principio de protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación estaba consagrado en muchos instrumentos internacionales y, después de citar una gran cantidad de ellos,

[39] Corte IDH. OC-17-02, párr. 29. La Corte Señala, por ejemplo, las siguientes disposiciones constitucionales: artículo 14, Constitución de la Nación Argentina, (1 de mayo de 1853); artículo 8.e; Constitución Política del Estado de Bolivia, (2 de febrero de 1967); artículo 42, Constitución Política de Colombia, (4 de julio de 1991); artículos 51, 52, 53, 54 y 55, Constitución Política de la República de Costa Rica, (7 de noviembre de 1949); artículos 35-38, Constitución Política de la República de Cuba, (24 de febrero de 1976); artículo 1.2 Constitución Política de la República de Chile, (11 de agosto de 1980); artículos 37 y 40, Constitución Política de la República del Ecuador; artículos 32, 34, 35 y 36, Constitución Política de la República de El Salvador, (San Salvador, 15 de diciembre de 1983); artículos 20, 47, 50 y 51, Constitución Política de la República de Guatemala, (31 de mayo de 1985); artículo 111, Constitución de la República de Honduras, (11 de enero de 1982); artículos 35, 70, 71, 73, 75 y 76, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; artículos 35, 70, 71, 73, 75 y 76, Constitución Política de Nicaragua, (19 de noviembre de 1986); artículos 35, 70, 71, 73, 75 y 76, Constitución Política de la República de Panamá, (11 de octubre de 1972); artículos 49, 50, 53, 54, 55 y 56, Constitución Nacional de la República de Paraguay, (20 de junio de 1992); artículo 4, Constitución Política del Perú, (31 de octubre de 1993); artículos 40, 41 y 43, Constitución de la República Oriental del Uruguay, (24 de agosto de 1966); y artículo 75, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999. Además hace referencia también a las siguientes leyes: Brasil: Ley Federal 8069 13 de julio de 1990; Costa Rica: Ley de Justicia Penal Juvenil de 1 de mayo de 1996 y Código de la Niñez y la Adolescencia 6 de febrero de 1998; Ecuador: Código de Menores de 16 de julio de 1992; El Salvador: Ley del Menor Infractor de 1 de octubre de 1994; Guatemala: Código de la Niñez y la Adolescencia, aprobado el 26 de septiembre de 1996; Honduras: Código de la Niñez y la Adolescencia de 5 de septiembre de 1996; Nicaragua: Código de la Niñez y la Adolescencia de 1 de diciembre de 1998; Venezuela: Ley Orgánica de protección a la infancia y adolescencia de 1999; Guatemala: decreto 78/96 de 1996; Perú: Ley No. 27337 de 2000; y Bolivia: Ley No. 1403 de 1992.

destacó que ese hecho era un reflejo de que existía un deber universal de respetar y garantizar los derechos humanos, emanado de aquel principio general y básico.[40] Además, después de citar diversas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, observaciones generales del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y decisiones de la Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, la Corte Interamericana llegó a la conclusión de que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenecía al *jus cogens*, puesto que sobre él descansaba todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y era un principio fundamental que permeaba todo ordenamiento jurídico.[41]

Si estos son ejemplos de la forma en que la Corte como órgano colegiado recurre a elementos extrasistémicos, no debe olvidarse que en ocasiones los jueces, al escribir sus votos, utilizan también estos recursos para fortalecer sus argumentos o a fin de demostrar su disenso frente a la opinión adoptada por sus compañeros. Eso sucede, por mencionar un caso, en la OC-15/97, que responde a la pregunta planteada por la República de Chile sobre si la Comisión Interamericana podía modificar sustancialmente los dos informes a que se refieren los artículos 50 y 51 de la Convención, una vez que se hubiera notificado al Estado que el último de estos informes era definitivo, y emitir un tercer informe. En esta opinión el Juez Máximo Pacheco Gómez, al redactar su voto disidente, refirió que los preceptos señalados de la Convención Americana se inspiraron en los artículos 31 y 32 del Convenio Europeo y que en aquel sistema no se preveía que la Comisión pudiera modificar el único informe que dictaba. Además, para mostrar su desacuerdo con la decisión de la Corte Interamericana que aceptó que, en circunstancias excepcionales la CIDH podía modificar opiniones, conclusiones y recomendaciones transmitidas a un Estado miembro, refirió que en Europa no había ocurrido que la Comisión modificara un informe transmitido y comunicado al Consejo de Ministros y a los Estados

40 Corte IDH. OC 18/03, párr. 86.

41 *Ibidem*, párrs. 91-101.

interesados, pues esto afectaría seriamente el normal funcionamiento del sistema de peticiones organizado por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.[42]

V. Conclusiones

Este repaso sobre la forma en que, al dictar sus opiniones consultivas, la Corte Interamericana emplea elementos extrasistémicos, evidencia que este recurso es una herramienta cargada de futuro en la labor interpretativa que realiza este órgano jurisdiccional. Los jueces interamericanos han demostrado que la búsqueda de inspiración y estímulo más allá de los límites del sistema en que desarrollan sus funciones ha contribuido a que la Corte no parta de cero al ejercer la competencia que le confiere el artículo 64 de la Convención y encuentre argumentos que pueden ser valiosos en la configuración de los estándares regionales de protección de los derechos. Con esta forma de actuar, la Corte opta por un derecho abierto en que los jueces que la integran voltean la mirada más allá de las normas y resoluciones dictadas en el Sistema Interamericano para responder a las preguntas que se le plantean a través de una interpretación que se nutre de fuentes externas a fin de lograr objetivos que, aunque son distintos, coinciden en la búsqueda del fortalecimiento de sus argumentos.

No debe pensarse, sin embargo, que esta apertura significa la humillación del Sistema Interamericano, pues, parafraseando a Gustavo Zagrebelsky, lo que se busca a través de esta práctica no es construir un caballo de Troya para afirmar una dictadura universalista de los derechos, sino emplear instrumentos que ayuden a la Corte a comprender mejor las normas regionales, dándoles sentido a través de un marco de fondo en el cual pueden asumir un significado preciso desde la perspectiva de un determinado momento histórico.[43]

---

42 Corte IDH. OC-15/97, párr. 17 del voto disidente del juez Pacheco Gómez.

43 Zagregelsky, Gustavo, *La legge e la sua giustizia,* Bolonia, Il Mulino, 2008, p. 404.

Bibliografía

Canivet, Guy, "La pratica del diritto comparato nelle corti supreme", en Markesinis, Basil y Fedtke, Jörg (coords.), *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato,* Bolonia, Il Mulino, 2009.

Lollini, Andrea, "La circolazione degli argomenti: metodo comparato e parametri interpretativi extra-sistemici nella giurisprudenza costituzionale sudafricana", *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, núm. 1, 2007.

Rosenkrantz, Carlos F., "Against borrowings, and other nonauthoritative uses of foreign law", *International Journal of Constitucional Law*, vol. 1, núm. 2, 2003.

Zagrebelsky, Gustavo, *La legge e la sua giustizia,* Bolonia, Il Mulino, 2008.

Necesidad de la creación de un tribunal constitucional mundial

Víctor Manuel Céspedes Martínez

Sumario. I. Introducción. II. Orígenes del control de constitucionalidad. III. Clasificación de los modelos de constitucionalidad. IV. El control difuso de constitucionalidad. V. Origen del control concentrado de la constitución. Origen y evolución de los tribunales constitucionales. VI. Neoconstitucionalismo y creación de los diferentes tribunales constitucionales. VII. Tribunales constitucionales existentes y su estructura organizacional. VIII. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. IX. Necesidad de un tribunal constitucional mundial. X. Conclusión. Bibliografía.

I. Introducción

Desde la antigüedad se ha discutido el tema de la constitucionalización de los diferentes sistemas de justicia, con la consolidación de los diferentes estudios y debates de eminentes juristas mediante la elaboración de una variedad de tesis, orientadas a la necesidad de la instauración de una norma suprema, que se encargue de la organización del Estado y de imponer disposiciones orientadas a la protección de los derechos humanos.

Es así como surgen los "Estados constitucionales", fundamentados en esa norma suprema o norma de normas, que prima sobre los demás instrumentos jurídicos. Sin embargo, fundamen-

tado en la importancia de la Constitución para el Estado y sus ciudadanos, nace la preocupación de protegerla y regular todo el ordenamiento jurídico de la nación para que se creen siguiendo los lineamientos trazados por ella.

La Constitución de Austria de 1920 es estimada como la primera en contemplar este tipo de control, basada en la tesis de Kelsen. Este ha sido denominado control concentrado o austriaco, puesto que se fundamenta en que el control de la Constitución debe ejercerlo un órgano independiente de los poderes del Estado, incluyendo el judicial. Posteriormente, desde el famoso fallo estadounidense *Marbury vs. Madison* de 1803, quedó consolidado —al menos en los sistemas republicanos— el principio de que es prerrogativa del poder judicial la tutela de la constitucionalidad de las normas emitidas y aplicadas por los otros poderes del Estado.

A partir de la concepción de Kelsen surgen los tribunales constitucionales, los cuales tienen su génesis en el sistema de control concentrado de la Constitución.

El objetivo principal de este trabajo es justificar la necesidad de la creación de un tribunal constitucional de carácter mundial o general que posea la facultad de proteger y defender los derechos establecidos en la Constitución, sea cual sea el Estado o nación a la que pertenezca, con las facultades que debe poseer una institución supranacional y con una nómina de Estados miembros similar a la de los diferentes instrumentos y convenciones internacionales para preservar y defender esos derechos.

II. Orígenes del control de constitucionalidad

La génesis de la Constitución data de la antigüedad clásica, manteniéndose vigente con esa concepción en la Edad Media; sin embargo, el concepto de Constitución escrita, ya como cuerpo legal, es relativamente reciente y data del siglo xviii.[1] Actualmente,

[1] Monroy Cabra, Marco Gerardo, "Concepto de Constitución", *Anuario de Derechos Constitucional Latinoamericano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005, s/f.

desde una óptica racional-normativa, esta se concibe como "La norma fundamental (*norma normarum* o, como en Alemania, *Grundgesetz*), como un auténtico sistema normativo que se impone a las demás normas del orden jurídico y, por tanto, le otorga primacía".[2]

La revisión jurisdiccional existe desde la época de la democracia ateniense; sin embargo admitir el control de la legitimidad de las leyes resultó más difícil, pues aun en los tiempos de la formas de Estado absoluto (siglo XVIII)[3] la ley era vista como posible forma de limitación del poder de gobierno. Los límites al poder soberano asumían un carácter predominantemente político o moral y el esfuerzo consistía precisamente en la sujeción también del soberano al respeto del derecho en nombre de la legalidad.

Como se dijo, en el pasado reciente, desde el famoso fallo *Marbury vs. Madison*, de 1803, quedó consolidado —al menos en los sistemas republicanos— el principio de que es prerrogativa del poder judicial la tutela de la constitucionalidad de las normas emitidas y aplicadas por los otros poderes del Estado. No obstante, esto que se dio en llamar "control de constitucionalidad" adquirió diferentes facetas en cada uno de los sistemas jurídicos nacionales.[4]

En América Latina, su origen data del siglo pasado, se basó en el principio de la supremacía constitucional,[5] siendo la Constitución considerada como un cuerpo normativo que no solo organizaba el ejercicio del poder público, sino que también declaraba

---

2 González Madrid, Miguel, "El significado de Constitución. Breve revisión del concepto y de su relevancia a la luz del principialismo y el garantismo", *Polis*, vol. 14, núm. 1, 2018, pp. 43-80.

3 Celotto, Alfonso, "Formas y modelos de justicia constitucional: un vistazo general", *La Corte Constitucional en Italia*, México, Editora Ferrua, 2005, p. 1.

4 Brewer-Carías, Allan R., "Coloquio Internacional. Control de Constitucionalidad de las normas", *Derecho al D*ía, año V, edición 85, 2006.

5 Indica, por ejemplo, al sistema constitucional venezolano en 1811, el cual se fundamenta en el principio de supremacía constitucional. Brewer-Carías, Allan R., "La justicia constitucional en América Latina", *http://allanbrewercarias.com/*

los derechos fundamentales de los ciudadanos, previendo expresamente la garantía objetiva de la Constitución al declarar como nulas y sin ningún valor las leyes y demás actos estatales que fuesen contrarios a sus normas.

Para considerar un sistema jurídico como constitucionalizado, es necesario que cumpla con algunas condiciones y características particulares:[6]

1) incorporación de una constitución rígida, que incluye los derechos fundamentales;
2) la garantía jurisdiccional de la supremacía constitucional;
3) la fuerza vinculante de la Constitución;
4) la "sobreinterpretación" de la Constitución, ya que se la interpreta extensivamente y se deducen de ella sus principios implícitos;
5) la aplicación directa de las normas constitucionales;
6) la interpretación conforme a la Constitución de las leyes y normas inferiores, y
7) influencia de la Constitución en el debate político.

III. Clasificación de los modelos de constitucionalidad

Debido a la importancia de la Constitución, como fundamento de los Estados constitucionales, es que se hace necesario que existan formas para que lo dispuesto por ella sea estrictamente cumplido.

Estas normas son denominadas medios de control de constitucionalidad, cuya finalidad es defender a la Constitución mediante la utilización de un conjunto de instrumentos procesales con el fin de hacer valer el contenido y que no existan normas o leyes que contradigan al texto fundamental.

Existen, en sentido general, diferentes calificaciones de los modelos de control de constitucionalidad, por ejemplo, según

[6] Guastini, Riccardo, "La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano", *Estudios de teoría constitucional*, México, IIJ-UNAM-Fontamara, 2001.

Enrique Díaz-Bravo,[7] ya sea que se efectúe el control en una etapa previa a la entrada de la propuesta normativa al ordenamiento jurídico (control *a priori*) o, bien, cuando una norma aplicada a un caso concreto provoca la vulneración de la Constitución (control *a posteriori*).

También, con base en el órgano que lo ejerce, tenemos:

a) *Por órgano político:* se asigna a un órgano distinto a los de los poderes constituidos, el cual necesariamente se coloca por encima de ellos. Un claro ejemplo es el Consejo Constitucional de Francia, el cual se pronuncia de oficio sobre la constitucionalidad de las leyes orgánicas y reglamentarias antes de su promulgación.
b) *Por órgano judicial*: llevado a cabo por las personas encargadas de la función jurisdiccional, jueces o magistrados, y tiene tres vertientes importantes:
   I. *Control difuso (estadounidense)*: solicitado por las partes envueltas en un litigio, y tiene efectos precisamente sobre el caso concreto.
   II. *Control concentrado (austriaco):* en este, las cuestiones de constitucionalidad deben ser resueltos por un órgano jurisdiccional que se le encomiendo exclusivamente esa función, la sentencia dictada tiene efectos generales o *erga omnes*.
   III. *Mixto:* cuando concurren los dos sistemas.

IV. El control difuso de constitucionalidad

Respecto a este tipo de control, por carecer de relevancia sustancial para la orientación, finalidad y objetivo de la presente ponencia, no profundizaremos en el estudio del mismo, limitándonos a resaltar algunos aspectos como son su historia y características.

Este tipo de control, es decir, cuando se atribuye a todos los jueces, cualquiera que sea su rango y jerarquía, tiene su origen

[7] Días-Bravo, Enrique, "Análisis y reflexiones sobre el control de constitucionalidad de las leyes", *Revista Opinión Jurídica*, vol. 15, núm. 30, 2016, pp. 25-46.

en los principios del constitucionalismo estadounidense y se extendió, en especial durante el siglo pasado, a casi todos los países latinoamericanos. Hacia la mitad del siglo XIX, el sistema estadounidense de control de la constitucionalidad de las leyes puede decirse que influenció la mayor parte de los sistemas latinoamericanos, los cuales terminaron adoptándolo de una u otra forma, orientándose incluso algunos hacia un sistema mixto o integral, ya sea agregándole al método difuso el método concentrado del control de la constitucionalidad, o adoptando el sistema mixto o integral desde el principio, como fue el caso de Venezuela, Colombia, Guatemala y Perú. En cambio, el sistema argentino sigue siendo el más parecido al modelo estadounidense.[8]

Para Enrique Díaz-Bravo, las principales características y elementos constitutivos de este sistema de control, son las siguientes:[9]

1. Es un modelo difuso o descentralizado, ya que todo juez tiene competencia para ejercer el control de constitucionalidad.
2. Es incidental o concreto, debido a que se ventila durante un juicio principal que tiene una causa y un objeto distintos, en cuanto el juez se pronuncia por vía de excepción con ocasión de la aplicación de una ley en particular.
3. Es especial en sus efectos, ya que solo se extiende *inter partes,* solo produce efectos en el caso concreto.
4. Es declarativo, pues la declaración de invalidez se aplica *ex tunc*, de modo retroactivo, y se aplica directamente la Constitución, pero no se anula el precepto en cuestión.
5. Sobre la accionabilidad, este puede ser iniciado de diferentes formas:
    a. Por medio de la excepción de constitucionalidad, las partes en el proceso pueden defenderse de una ley que, siendo aplicable, adolezca de dicho vicio.
    b. Un individuo puede solicitar directamente la declaración de inconstitucionalidad de una ley, de cuya aplicación resultan perjuicios para sí.

[8] Brewer-Carías, Allan R., "Coloquio Internacional...", *cit*.

[9] Días-Bravo, Enrique, *Análisis y reflexiones sobre el control de constitucionalidad..., cit.,* pp. 25-46.

   c. Por medio de la solicitud de una decisión aclaratoria, los particulares que en la aplicación de una ley encontraren dificultad podrán recurrir a un tribunal.
6. Los tribunales deberán tener presente, entre otras, en el examen de constitucionalidad de una ley, las siguientes cláusulas:
   a. *Due process of law o* garantía de debido proceso, de modo que es posible invalidar una ley si no han existido procedimientos regulares en protección de los derechos o garantías del recurrente.
   b. *Rule of reasonableness o* cláusula de razonabilidad o ponderación, de modo que, de no haber procedido con razonabilidad o ponderación entre el interés general y el de los particulares, podría anularse la ley.
   c. La cláusula de igualdad, garantía de todo ciudadano ante la posible afectación de sus derechos.

V. Origen del control concentrado de la constitución. Origen y evolución de los tribunales constitucionales

El control concentrado de la Constitución es de origen europeo, y aunque existen antecedentes de este sistema luego de la Primera Guerra Mundial, su difusión en las constituciones del Viejo Continente es posterior a la Segunda Guerra Mundial, expandiéndose luego al resto del mundo.

El diseño de un sistema de revisión constitucional fue creación de Hans Kelsen, por medio de tribunales constitucionales especializados que concentran esa función, y compuesto por jueces no provenientes del poder judicial. Esta idea se plasmó por primera vez en la Constitución de Austria de 1920.[10]

Este Tribunal Constitucional reunía esas características: no integraba la jurisdicción ordinaria y era regulado en la sexta parte de la Constitución, como garantía de ella; entre sus funcio-

[10] Cappelletti, Guillermo Ángel, "Controles de constitucionalidad comparados", *Revista de Derecho Constitucional*, núm. 10, 2017, versión *online*.

nes se encontraba entender en la inconstitucionalidad de una ley federal o regional, a instancias del Tribunal Administrativo, el Tribunal Supremo, o cualquier otro tribunal de segunda instancia llamado a resolver la causa, aunque podía hacerlo de oficio cuando el propio Tribunal tuviera que aplicar la ley; asimismo, podría declarar la inconstitucionalidad de una ley federal o regional a instancias de los organismos previstos por la Constitución, y también a requerimiento de un particular afectado por su aplicación.[11]

Además de que el fallo que "anula" la ley por "anticonstitucional" produce la derogación de la ley recuperando su vigencia las normas legales derogadas por la ley declarada inconstitucional, salvo que el Tribunal Constitucional dispusiera otra cosa;[12] la sentencia que declara la inconstitucionalidad es vinculante para todos los órganos judiciales y administrativos y la norma derogada solo puede ser aplicada a las situaciones de hecho consumadas antes de la anulación, excepto aquellas que hayan dado origen al fallo.[13]

Aparecen así las características propias de un sistema concentrado:

1) la centralización en un único órgano de la competencia para resolver la cuestión constitucional;
2) su especialización y ajenidad al poder judicial;
3) el efecto derogatorio de la sentencia que declara la inconstitucionalidad, y
4) el efecto expansivo o "*erga omnes*" de la sentencia derogatoria.

Aunque este sistema surge en Europa, la esencia del mismo no radica en la existencia de una Corte Constitucional separada del poder judicial, sino en la concentración de poderes para anular leyes en un solo órgano, el cual, como hemos visto, puede ser perfectamente la Corte Suprema de un país, ubicada en la

11 Constitución de Austria de 1920, art. 140, inc. 1.

12 *Ibidem*, art. 140, incs. 5 y 6.

13 *Ibidem*, art. 140, inc. 7.

cúspide de la organización del poder judicial.[14] En los sistemas vigentes, por ejemplo, en Uruguay, Panamá o Paraguay, y en los países latinoamericanos que poseen un sistema mixto (Venezuela, Colombia y República Dominicana, por ejemplo).

De conformidad con estas ideas, los primeros tribunales constitucionales surgieron en Checoslovaquia y en Austria, en las constituciones del 29 de febrero y del 1 de octubre de 1920, respectivamente. El tribunal checoslovaco, a lo largo de su existencia, nunca ejerció un control efectivo de la constitucionalidad; desapareció en 1938[15] y fue restaurado por el régimen socialista en 1968.[16] No obstante, sus características originales pueden considerarse como las primeras manifestaciones del "modelo europeo" de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes.[17]

VI. Neoconstitucionalismo y creación de los diferentes tribunales constitucionales

Para un estudio profundo del origen de los tribunales constitucionales, en cualquiera de sus versiones, surge indefectiblemente el término neoconstitucionalismo, el cual, como proceso histórico, se inicia con la profunda transformación que se verifica en los ordenamientos jurídicos europeos con la sanción de las constituciones luego de la Segunda Guerra Mundial y la tarea que, a partir de ellas, comienzan a desarrollar los tribunales constitucionales de los países del Viejo Mundo.[18]

---

14 Brewer-Carias, Allan R, *El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes (Estudio de derecho comparado)*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1994, p. 106.

15 Villalón, Pedro Cruz, "Dos modos de regulación del control de la constitucionalidad: Checoslovaquia (1920-1980) y España (1931-1936)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 5, 1982, p. 135.

16 Nikolic, P., *Le contrôle juridictionnel des lois et sa légitimité,* IALS, Uppsala, Colloque, 1984, p. 46.

17 Brewer-Carias, Allan R., *El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes..., cit*., p. 108.

18 Santiago, Alfonso, "Neoconstitucionalismo. Sesión privada del Instituto de Política Constitucional del 3 de abril de 2008", *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, 2008.

Estas transformaciones son claramente perceptibles, a partir de la sanción de las constituciones de la posguerra, en países como Alemania, Italia y Francia[19] y, más tardíamente a partir de 1978, España. Es como una nueva fase en el marco del proceso histórico del constitucionalismo europeo que tuvo comienzo, a fines del siglo XVIII, con características propias y diferenciales respecto a las etapas anteriores. De ahí el nombre de neoconstitucionalismo, constituyendo este una corriente europea, pero en proceso de expansión global.

Luego se expandió hacia los países América Latina, por la importancia que van adquiriendo en ellos la Constitución como norma jurídica, y los tribunales constitucionales como órganos que velan por asegurar su supremacía, especialmente mediante la tutela y el desarrollo de los derechos humanos por parte de los jueces constitucionales. Ello supone una transformación importante del ordenamiento normativo y de todo el sistema jurídico de estos países.[20]

Sin embargo, el sistema concentrado de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, aun cuando sea generalmente similar al "modelo europeo" de tribunales constitucionales especiales,[21] no implica necesariamente la existencia de un tribunal constitucional especial, concebido constitucionalmente fuera del poder judicial. El sistema solo implica la atribución, a un órgano particular del Estado que ejerce una actividad jurisdiccional, del poder y del deber de actuar como juez constitucional.

En este caso, se precisa establecer que este sistema de control constitucional coexiste en algunos países con el modelo difuso, convirtiéndose entonces en parte de un sistema mixto, que ha sido adoptado por varios países, como en Brasil o México, o adoptando el sistema mixto o integral desde el principio, como

19 Lavroff, Dmitri Georges, "El Consejo Constitucional francés y la garantía de las libertades públicas", *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 1, núm. 3, 1981, pp. 43 y ss.

20 Santiago, Alfonso, *op. cit*.

21 Cappelletti, Mauro, *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianapolis, 1971, pp. 46, 50, 53, cit. por Brewer-Carías, Allan R., "Coloquio Internacional...", *cit*.

fue el caso de Venezuela, Colombia, Bolivia, Guatemala y Perú,[22] incluyéndose posteriormente varios países dentro de ellos República Dominicana.

VII. Tribunales constitucionales existentes y su estructura organizacional

Para Otto Marroquín Guerra,[23] se entiende por tribunales constitucionales a los altos órganos judiciales o jurisdiccionales situados dentro o fuera del poder judicial, independientemente de su denominación, cuya función material esencialmente consiste en la resolución de los litigios o conflictos derivados de la interpretación o aplicación directa de la normativa constitucional.

Claro que, dependiendo del ordenamiento jurídico de cada país, este tiene una estructura funcional diferente, siendo las principales:

a) como tribunales o cortes constitucionales autónomos ubicados fuera del aparato jurisdiccional ordinario;
b) como tribunales o cortes autónomos dentro de la propia estructura del poder judicial;
c) en calidad de salas especializadas en materia constitucional pertenecientes a las propias cortes o tribunales supremos; o bien,
d) como cortes o tribunales supremos ordinarios realizando funciones de tribunal constitucional, aunque no de manera exclusiva.[24]

El Tribunal Constitucional de la República Dominicana[25] enlista los tribunales constitucionales existentes, de acuerdo con el continente al que pertenecen:

---

22 Brewer-Carías, Allan R., "Coloquio Internacional...", *cit.*, p. 7.

23 Guastini, Riccardo, *op. cit*.

24 *Idem*.

25 Instituido en la Constitución Dominicana de 2010, *https://www.tribunalconstitucional.gob.do*

África: Argelia, Angola, Benín, Burkina Faso, Madagascar, Marruecos, Rep*ú*blica del Congo, República de Mozambique, República de Nigeria, República de Sudáfrica y República Togolesa.

América: Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Perú y República Dominicana.

Asia: Armenia, Corea del Sur, Georgia, Indonesia, Mongolia, Reino de Tailandia, República Libanesa, República de Tayikistán y República de Turquía.

Europa: Albania, Andorra, Alemania, Austria, Bélgica, Bielorrusia, Bulgaria, Bosnia y Herzegovina, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Francia, Hungría, Italia, Lituania, Luxemburgo, Macedonia, Polonia, Portugal, República Checa, República de Moldavia, República Eslovaca, República de Serbia, Rumania, Suiza y Ucrania.

Transcontinental: Federación Rusa y Kazajstán.

VIII. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Los intentos por organizar los Estados en la región en un cuerpo cooperativo internacional tienen sus orígenes en la era de las independencias nacionales en la primera parte del siglo XIX.[26] La adopción de la fundacional Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en 1948 debería entonces verse a la luz de más de un siglo de relaciones interamericanas que determinaron las normas y principios adoptados en la Carta de la OEA. Desde su creación, la OEA ha venido a encapsular en sentido general el sistema regional de cooperación interestatal en el que el régimen interamericano de derechos humanos queda inscrito.[27]

[26] Fawcett, Louise, "The Origins and Development of Regional Ideas in the Americas", en Fawcett, Louise y Serrano, Mónica (eds.), *Regionalism and Governance in the Americas: Continental Drift*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2005.

[27] Ramos, Gabriel, "El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y las relaciones Estados Unidos-América Latina", *Revista Foro Internacional*, vol. 55, núm. 2, 2015, versión *online*.

Asimismo y de manera reciente, surge la Corte Penal Internacional, a partir de lo dispuesto en el Estatuto de Roma, y cuyo objetivo principal consiste en sancionar penalmente a los individuos de los Estados que hayan cometido los crímenes más graves, de mayor trascendencia, para la comunidad internacional.[28]

Desde la génesis del derecho internacional, las diferentes repúblicas han aspirado a un sistema de solidaridad regional, basándose en cultura y valores compartidos. Simón Bolívar convocó en 1826 a una confederación regional de Estados para defender la democracia,[29] y ha habido invocaciones frecuentes a que la identidad de América Latina debiera apoyar la cooperación institucional entre las repúblicas independientes de la región.

No obstante, los esfuerzos de los países de América, con todas las divisiones y nombres con que se denomina cada grupo, han logrado la consolidación de todo un sistema supranacional para la protección de los Estados que así lo necesiten, e incluso de ciudadanos contra sus propios Estados, sirviendo así de árbitro y garante de los derechos humanos, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). Este ha tenido en la última década un rol muy importante en la internacionalización de los sistemas jurídicos en la región, extendiendo su competencia a más países que han aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana. De igual forma, la Convención Americana goza actualmente de rango constitucional o superior respecto de los sistemas jurídicos de los países. Además, se ha convertido en práctica consolidada que los Estados acudan a las decisiones y precedentes de la Corte Interamericana en los debates sobre políticas públicas y en las controversias jurídicas internas, lo que ha conllevado a que los tribunales nacionales apliquen los parámetros de la Corte Intera-

[28] Carvajal Martínez, Jorge Enrique y Guzmán Rincón, Andrés Mauricio, "El Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos y derechos de las víctimas en las transiciones democráticas: reflexiones sobre el derecho a la reparación integral", *Revista Misión Jurídica,* vol. 9, núm. 10, 2016, pp. 181-193.

[29] Forsythe, David, "Human Rights, The United States and the Organization of American States", *Human Rights Quarterly*, vol. 13, 1991, pp. 75 y 76.

mericana de Derechos Humanos y de los estándares del Sistema en materia de derechos humanos.[30]

IX. Necesidad de un tribunal constitucional mundial

Como hemos expresado, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se encarga de velar por el fiel cumplimiento de la protección de los derechos humanos en sus Estados miembros, función que, si bien es cierto ha logrado parte de las expectativas con las que fue creado, aún requiere de una protección más centralizada y dirigida a cada país que así lo necesite.

No obstante, los nuevos avances en las ciencias jurídicas, especialmente por la constitucionalización que se ha impulsado en los últimos años, revistiendo de jerarquía suprema a las diferentes constituciones, por ser la encargada de la organización del Estado, la separación de poderes y la instauración de los derechos de los ciudadanos, surge la necesidad de crear un tribunal constitucional mundial o supranacional, con todas las facultades y prerrogativas de que goza el SIDH, pero orientado únicamente a la vigilancia de la supremacía constitucional en cada uno de los Estados o naciones que lo integren.

La importancia de este tribunal radica especialmente en que, en la mayoría de los países, las decisiones de los tribunales constitucionales, en el ejercicio del control concentrado de la Constitución, no son susceptibles ni de recurso alguno ni de revisión por el mismo tribunal que la dictó, quedando sin protección los ciudadanos, e incluso, en algunos casos, las fundaciones o asociaciones sin fines de lucro que defienden la protección de los derechos colectivos y difusos instaurados en la Constitución, pero que no se encuentran o forman parte del bloque de los derechos humanos consagrados en los diferentes convenios que existen para estos fines y que, sin embargo, están instituidos en la Constitución interna.

[30] Carvajal Martínez, Jorge Enrique y Guzmán Rincón, Andrés Mauricio, *op. cit.*, p. 182.

Es importante resaltar que el primer obstáculo que encontramos en la conformación de un tribunal de esta especie estaría en los propios Estados, los cuales fundamentan la no injerencia internacional en sus asuntos internos y en la protección de su soberanía, término que tiene una larga trayectoria histórica, siendo definida como: "la naturaleza da a cada hombre un poder absoluto sobre sus miembros, así el pacto social da al cuerpo político un poder absoluto sobre todo lo que es suyo. Este mismo poder es el que, dirigido por la voluntad general, lleva el nombre de soberanía".[31]

En ese sentido, aunque con diferentes definiciones, la soberanía se encuentra instituida en todas o la generalidad de las constituciones de esos Estados. Así encontramos, por ejemplo, entre las *constituciones americanas:* Chile, de 1980, art. 5; Brasil, de 1988, art. 1; Colombia, de 1991, art. 3; Perú, de 1993, art. 45; Venezuela, de 1999, art. 5; Ecuador, de 2008, art. 1, inc. 2; Bolivia, de 2008, art. 7, y Nicaragua, de 2014, art. 2

A su vez, entre las *constituciones europeas*: Alemania, de 1949, art. 20.2; Francia, de 1958, art. 3; Portugal, de 1976, art. 3.1; España, de 1978, art. 1.2; Croacia, de 1990, art. 1; Rumania, de 1991, art. 2; República Checa, de 1992, art. 2; Federación Rusa, de 1993, art. 3; Ucrania, de 1996, art. 5; Polonia, de 1997, art. 4.

En *otras constituciones*: República Popular China, de 1982, art. 2; Constitución de Egipto, de 2014, art. 4.[32]

En cada una de estas constituciones, sin importar su redacción, se indica que "la soberanía pertenece al pueblo". Sin embargo, a medida que los Estados se relacionan entre sí, aun con su soberanía, sin alterar o violentar los elementos que esta consagra, los Estados pueden:

a) Crear organizaciones internacionales. A partir de la soberanía se crean los organismos internacionales que tienen una competencia

[31] Villoro Toranzo, Miguel, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1999, p. 100.

[32] Ríos Álvarez, Lautaro, "La soberanía, el poder constituyente y una nueva Constitución para Chile, *Revista Estudios Constitucionales,* vol. 15, núm. 2, 2017, versión *online*.

> fragmentada, pues no hay un organismo internacional que sea total, que sustituya al Estado. b) Después están los organismos supranacionales como las comunidades europeas, que es un ejemplo de transferencia de soberanía, de manera avanzada, solo que tiene dos problemas: un déficit democrático y un pesado aparato administrativo. c) El derecho de realizar tratados internacionales, de convenir con sus pares. d) Derecho de representación activa y pasiva. e) Derecho de sucesión. f) Responsabilidad internacional.[33]

Sin embargo, en esa misma medida de relación internacional, el ejercicio de la soberanía reconoce limitaciones, entre las que cabe destacar: *a)* el ejercicio de la soberanía de los demás Estados y organizaciones supraestatales (arts. 1 y 2 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas); *b)* el respeto a la dignidad y a los derechos fundamentales propios de la persona humana, tanto de los reconocidos en el derecho interno como en los tratados internacionales vigentes y vinculantes (arts. 5, inc. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —PIDCP—); *c)* el respeto a los deberes y obligaciones válidamente contraídos con otros Estados (Convención de Viena, de 23 de mayo de 1969, sobre el Derecho de los Tratados, art. 26); *d)* el respeto a las delegaciones consentidas de soberanía, efectuadas a órganos internacionales depositarios de potestades públicas supraestatales (p. ej., D.T. 24a PIDCP), y *e)* el respeto a los principios que rigen la coexistencia de los Estados a nivel mundial, tales como los que enuncia el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, la preservación de la atmósfera y del medio ambiente y el desarrollo económico sustentable.[34]

Haciendo un análisis general de lo hasta ahora expresado, conviene entonces preguntar, ¿por qué si los Estados ya están organizados en instituciones supranacionales para proteger los derechos humanos, no organizarse para la defensa del dueño de la soberanía, que es el pueblo? La respuesta es evidente: existen intereses políticos involucrados en ello, puesto que aún es el pueblo quien elige a sus representantes en el Parlamento, como se ha

---

[33] Becerra Ramírez, Manuel; Povedano Amezola, Adriana y Téllez Carvajal, Evelyn, "La soberanía en la era de la globalización", México, Universidad Nacional Autónoma de México, publicación *online*.

[34] Ríos Álvarez, Lautaro, *op. cit*.

expresado, estos representan sectores que no necesariamente su objetivo primordial sea el bienestar de su población.

Es por eso que entendemos que deben ser los mismos pueblos los que deben hacerse eco de la necesidad de la creación de un tribunal constitucional mundial o supranacional que sea capaz de deliberar temas sociales convenientes a los intereses colectivos y difusos de los Estados miembros, que en la mayoría de los casos no concuerdan con los intereses de los sectores más poderosos, que regularmente son los que ostentan el control del poder legislativo o por lo menos poseen gran influencia en ellos.

Este tribunal, con la organización, funcionamiento y sede que se disponga, mediante consenso general de los Estados que lo integren, debería ser capaz de ventilar los temas de índole social y de interés general, como son la protección y apoyo al desarrollo cultural, protección al medioambiente, evitar la enajenación de parques nacionales y áreas protegidas, las explotaciones mineras lesivas, garantizar el goce y disfrute de la propiedad de ciertos grupos étnicos, etc.; intereses que, en ocasiones y por intereses políticos o económicos, no son tutelados mediante el control concentrado de constitucionalidad, realizado por los tribunales constitucionales internos.

Para lograr el objetivo general de este tribunal constitucional transnacional, de protección a la supremacía constitucional y a los intereses de los propietarios de las soberanías "los pueblos", se debe contar, en caso de conflicto constitucional de uno de los Estados parte, con un representante estatal y uno de la sociedad civil.

Aunque parezca ambicioso, a este tribunal, dado que su control de constitucionalidad sería ejercido *a posteriori*, es decir, resolviendo conflictos que surjan con la Constitución existente, podría atribuírsele competencia para hacer recomendaciones ante posibles reformas constitucionales que limiten o disminuyan derechos previamente otorgados a sus ciudadanos.

En fin, entendemos que esta propuesta debe convertirse en una nueva corriente jurídica, adoptada por todos los Estados constitucionales, sociales, democráticos y de derecho, a fin de seguir avanzando en la protección de los derechos que tanto esfuerzo y derramamiento de sangre han costado a la humanidad.

X. Conclusión

Siempre ha sido el objetivo generalizado, al interior de todos los Estados, la convivencia social en paz y armonía, y entendemos que hemos avanzado en su consecución. Sin embargo, también en el ámbito internacional este anhelo toma cada vez más relevancia, en forma globalizada, orientado a la paz mundial y a la equidad en las naciones respecto a la protección y defensa de los derechos humanos.

Con la constitucionalización de los diferentes sistemas de justicia y el surgimiento y desarrollo del neoconstitucionalismo, emanan nuevas inquietudes sobre el límite o control de la primacía constitucional, la cual ha pasado a ser la responsable de la organización estatal y de la instauración de los derechos de los ciudadanos; sin embargo, esto sucede al interior de los Estados o naciones, influenciados por las corrientes internacionales.

Es en ese sentido que entendemos que existe la necesidad de un órgano supranacional, un tribunal constitucional mundial que, sin afectar la soberanía de los Estados, sino más bien utilizándola como fundamento, ya que es un aspecto generalizado en casi todas las constituciones que "la soberanía corresponde al pueblo", pueda encargarse de dirimir los conflictos que surjan en torno a la supremacía constitucional, ya que ejercería un control *a posteriori*, sin excluir la posibilidad de que pueda, en caso de que así lo acuerden los Estados que lo integren, hacer recomendaciones ante posibles reformas constitucionales que limiten o disminuyan los derechos humanos consignados en los organismos internacionales y convenciones a esos fines, o que atenten contra los intereses colectivos o difusos de la nación.

Bibliografía

Becerra Ramírez, Manuel; Povedano Amezola, Adriana y Téllez Carvajal, Evelyn, "La soberanía en la era de la globalización", México, Universidad Nacional Autónoma de México, publicación *online*.

Brewer-Carías, Allan R., "Coloquio Internacional. Control de Constitucionalidad de las normas", *Derecho al D*ía, año V, edición 85, 2006.

Brewer-Carias, Allan R., *El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes (Estudio de derecho comparado)*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1994.

Cappelletti, Guillermo Ángel, "Controles de constitucionalidad comparados", *Revista de Derecho Constitucional*, núm. 10, 2017, versión *online*.

Cappelletti, Mauro, *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianapolis, 1971, cit. por Brewer-Carías, Allan R., "Coloquio Internacional. Control de constitucionalidad de las normas", *Derecho al Día,* año V, edición 85, 2006.

Carvajal Martínez, Jorge Enrique y Guzmán Rincón, Andrés Mauricio, "El Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos y derechos de las víctimas en las transiciones democráticas: reflexiones sobre el derecho a la reparación integral", *Revista Misión Jurídica,* vol. 9, núm. 10, 2016.

Celotto, Alfonso, "Formas y modelos de justicia constitucional: un vistazo general", *La Corte Constitucional en Italia*, México, Editora Ferrua, 2005.

Días-Bravo, Enrique, "Análisis y reflexiones sobre el control de constitucionalidad de las leyes", *Opinión Jurídica*, vol. 15, núm. 30, 2016.

El control constitucional, en *Procedencia del Juicio de Amparo para impugnar una reforma constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp. 13-22.

Forsythe, David, "Human Rights, The United States and the Organization of American States", *Human Rights Quarterly*, vol. 13, 1991.

González Madrid, Miguel, "El significado de Constitución. Breve revisión del concepto y de su relevancia a la luz del principialismo y el garantismo", *Polis*, vol. 14, núm. 1, 2018.

Guastini, Riccardo, "La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano", *Estudios de teoría constitucional*, México, IIJ-UNAM-Fontamara, 2001.

Lavroff, Dmitri Georges, "El Consejo Constitucional francés y la garantía de las libertades públicas", *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 1, núm. 3, 1981.

Louise Fawcett, "The Origins and Development of Regional Ideas in the Americas", en Fawcett, Louise y Serrano, Mónica (eds.), *Regionalism and Governance in the Americas: Continental Drift*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2005.

Monroy Cabra, Marco Gerardo, "Concepto de Constitución", *Anuario de Derechos Constitucional Latinoamericano 2005*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005.

Nikolic, P., *Le contrôle juridictionnel des lois et sa légitimité,* IALS, Uppsala, Colloque, 1984.

Ramos, Gabriel, "El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y las relaciones Estados Unidos-América Latina", *Revista Foro Internacional*, vol. 55, núm. 2, 2015, versión *online*.

Ríos Álvarez, Lautaro, "La soberanía, el poder constituyente y una nueva Constitución para Chile", *Revista Estudios Constitucionales*, vol. 15, núm. 2, 2017, versión *online*.

Santiago, Alfonso, "Neoconstitucionalismo. Sesión privada del Instituto de Política Constitucional del 3 de abril de 2008", *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, 2008.

Villalón, Pedro Cruz, "Dos modos de regulación del control de la constitucionalidad: Checoslovaquia (1920-1980) y España (1931-1936)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 5, 1982.

Villoro Toranzo, Miguel, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1999.

Límite interpretativo de los jueces constitucionales

Víctor Manuel Céspedes Mejía

Sumario. I. Introducción. II. La Constitución. III. El Estado constitucional. IV. Los controles de constitucionalidad. V. La interpretación constitucional. VI. El juez constitucional. VII. Facultades interpretativas del juez constitucional. VIII. Límites a la facultad interpretativa del juez constitucional. IX. Límites formalmente establecidos a la facultad interpretativa del juez constitucional. X. Límites a la interpretación constitucional fundamentados en pactos y convenios internacionales. XI. Conclusión. Bibliografía.

I. Introducción

La humanidad, en su anhelo por conseguir la convivencia pacífica los integrantes de la sociedad, ha evolucionado en todos los aspectos, desarrollando en el transcurso de su historia una serie de propuestas y análisis con la finalidad de organizar las formas de gobierno y desde ahí poder implementar los cambios necesarios para la obtención del objetivo deseado.

Aunque en forma paulina pasamos de los Estados absolutos a los Estados democráticos modernos, dentro de los que está el Estado constitucional, que cuenta con las garantías y derechos adicionales que poseen en las diferentes denominaciones que recibe, los cuales tienen como característica principal y común la

existencia de una Constitución, y con la novedad de que la ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación y, por tanto, de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución.[1]

El juez constitucional existe en la gran mayoría de sistemas de justicia, ya sea mediante tribunales constitucionales o una sala de competencia exclusiva de los asuntos constitucionales, que forme parte de una de las supremas o altas cortes, o mediante la designación de un órgano con composición diferente de las salas ordinarias, que tenga como función excepcional y exclusiva el conocimiento de los asuntos constitucionales.

Para comprender la facultad interpretativa de los jueces constitucionales y las limitaciones de la misma, debemos establecer una diferencia clara entre las funciones de un juez ordinario o jurisdiccional de las del juez constitucional o de lo constitucional, tema que abordaremos en forma resumida. Igualmente resulta propicio establecer las limitaciones fundamentadas en los tribunales del ámbito internacional, lo que constituye una limitante externa, por lo que debe estar fundamentada, regulada y prevista en tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos.

II. La Constitución

El origen del término "Constitución", referido a la política, lo encontramos desde la Antigüedad clásica, pasando por la Edad Media, hasta la actualidad; sin embargo, el concepto de Constitución escrita es relativamente reciente y data del siglo xviii, cuando aparecen documentos para regir la organización política de la sociedad.[2]

---

1 *Cfr.* Marín Castillo, Juan Carlos y Zuluaga Duque, Diana Elizabeth, "Estado constitucional: marco institucional esencial para la comprensión de los límites de la reforma constitucional", *Criterio Jurídico*, vol. 13, núm. 1, 2013, pp. 141-169.

2 *Cfr*. Monroy Cabra, Marco Gerardo, "Concepto de Constitución", *Anuario de Derechos Constitucional Latinoamericano,* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005.

Constitución: "Ley fundamental de un Estado, con rango superior al resto de las leyes, que define el régimen de los derechos y libertades de los ciudadanos y delimita los poderes e instituciones de la organización política".[3]

En la actualidad, partiendo de la óptica racional-normativa, la Constitución es la norma fundamental (*norma normarum* o, como en Alemania, *Grundgesetz*), como un auténtico sistema normativo que se impone a las demás normas del orden jurídico y, por tanto, le otorga primacía.[4]

Para Jorge Alejandro Amaya, el término Constitución nos acerca a una norma primaria que instituye la estructura de una colectividad política, de conformidad con dos requisitos esenciales: una declaración de derechos y una organización de los órganos públicos inspirada en una interpretación de la división o separación de poderes.[5]

En la mayoría de Estados, la definición de Constitución, así como su jerarquía, viene establecida en su propio texto.

III. El Estado constitucional

El concepto Estado constitucional se inicia *en los años sesenta,*[6] integrado por una variedad de propuestas y análisis de juristas de los diferentes sistemas de justicia, que exaltaron la importancia de la protección de los derechos humanos como fundamento primordial del Estado, y de ahí la necesidad de la creación de una norma suprema.

---

3 Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, *https://dle.rae.es/constituci%C3%B3n*

4 *Cfr.* González Madrid, Miguel, "El significado de Constitución. Breve revisión del concepto y de su relevancia a la luz del principialismo y el garantismo", *Polis*, vol. 14, núm. 1, 2018.

5 *Cfr.* Amaya, Jorge Alejandro, *Control de constitucionalidad*, 2da. ed., Buenos Aires-Bogotá, Astrea, 2015, pp. 2 y ss.

6 *Cfr.* Cárdenas Gracia, Jaime, "El Estado constitucional", *Del Estado absoluto al Estado neoliberal*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2017, pp. 105-165.

En consecuencia, no podría hablarse de un Estado constitucional si no existe una jerarquización del sistema jurídico, en donde una sea la norma de más alto rango o nivel, a la cual toda la demás legislación debe estar subordinada.

En consecuencia, en los Estados constitucionales, la Constitución tiene la facultad de que "[...] condiciona no solo el actuar de los órganos del Estado sino la validez del resto de normas que hacen parte del ordenamiento jurídico [...]".[7] Fundamentados en este análisis y por la propia fisionomía estructural del concepto "Estado constitucional", se hace imprescindible indicar que no es posible la existencia de este sin una norma suprema en jerarquía y con las facultades necesarias para proteger los derechos humanos, incluso de los poderes políticos y económicos.

IV. Los controles de constitucionalidad

Las disposiciones constitucionales no son simples reglas, sino que constituyen mandatos o normas obligatorias que organizan y reglan la política y social del Estado, instituyen y limitan sus poderes. Bajo esta concepción es que se hace necesario que existan formas para que lo dispuesto por ella sea estrictamente cumplido.

Estas normas son denominadas medios de control de constitucionalidad, cuya finalidad es defender a la Constitución mediante la utilización de un conjunto de instrumentos procesales con el fin de hacer valer el contenido, los alcances y la evolución de la Constitución. Tienen por objeto verificar que no existan normas o leyes que contradigan al texto fundamental. En este sentido, y fundamentada en la etapa en que ese control es ejercido, se clasifica en dos vertientes diferentes, según Enrique Díaz-Bravo:[8] ya sea que se efectúe el control en una etapa previa a la entrada de la propuesta normativa al ordenamiento jurídico (control *a priori*), o bien, cuando una norma aplicada a un caso

[7] Marín Castillo, Juan Carlos y Zuluaga Duque, Diana Elizabeth, *op. cit*., pp. 141-169.

[8] *Cfr*. Díaz Bravo, Enrique, "Análisis y reflexiones sobre el control de constitucionalidad de las leyes", *Revista Opinión Jurídica*, vol. 15, núm. 30, 2016, pp. 25-46.

concreto provoca la vulneración de la Constitución (control *a posteriori*). Calificando el control de constitucionalidad en base a sistemas jurídicos:

a) Modelo estadounidense. Elementos constitutivos:

1. Es un modelo difuso o descentralizado, ya que todo juez tiene competencia para ejercer el control de constitucionalidad.
2. Es incidental o concreto, debido a que se ventila durante un juicio principal que tiene una causa y un objeto distintos, en cuanto el juez se pronuncia por vía de excepción con ocasión de la aplicación de una ley en particular.
3. Es especial en sus efectos, ya que solo se extiende *inter partes*, solo produce efectos en el caso concreto.
4. Es declarativo, pues la declaración de invalidez se aplica *ex tunc*, de modo retroactivo y se aplica directamente la Constitución, pero no se anula el precepto en cuestión.
5. Sobre la accionabilidad, este puede ser iniciado de diferentes formas:
    a. Por medio de la excepción de constitucionalidad, las partes en el proceso pueden defenderse de una ley que, siendo aplicable, adolezca de dicho vicio.
    b. Un individuo puede solicitar directamente la declaración de inconstitucionalidad de una ley, de cuya aplicación resultan perjuicios para sí.
    c. Por medio de la solicitud de una decisión aclaratoria, los particulares que en la aplicación de una ley encontraren dificultad podrán recurrir a un tribunal.
6. Los tribunales deberán tener presente, entre otras, en el examen de constitucionalidad de una ley, las siguientes cláusulas:
    a. *Dueprocess of law o* garantía de debido proceso, de modo que es posible invalidar una ley si no han existido procedimientos regulares en protección de los derechos o garantías del recurrente.
    b. *Rule of reasonableness* o cláusula de razonabilidad o ponderación, de modo que de no haber procedido con razonabilidad o ponderación entre el inte-

rés general y el de los particulares podría anularse la ley.

c. La cláusula de igualdad, garantía de todo ciudadano ante la posible afectación de sus derechos.[9]

b) *El control de constitucionalidad de la ley en Europa*. El modelo austriaco o europeo-kelseniano tiene ciertas particularidades que permiten distinguirlo como un modelo autónomo; en especial, son notas distintivas:

1. Es un sistema concentrado o centralizado, por estar el control de constitucionalidad reservado a un órgano exclusivo.
2. Es principal, porque la cuestión se ven tila de forma independiente de toda otra.
3. Es general, produce efectos *erga omnes,* expulsando así la norma del ordenamiento jurídico.
4. Es constitutivo, sus efectos se aplican *ex nunc*, solo hacia el futuro.

Existe una clasificación, fundamentada en el órgano que la ejerce:

a) *Por* órgano político: En este caso se asigna a un órgano distinto a los de los poderes constituidos, el cual necesariamente se coloca por encima de ellos. Un claro ejemplo es el Consejo Constitucional de Francia, el cual se pronuncia de oficio sobre la constitucionalidad de las leyes orgánicas y reglamentarias antes de su promulgación.

b) *Por* órgano judicial. Llevado a cabo por las personas encargadas de la función jurisdiccional, jueces o magistrados, y tiene tres vertientes importantes:

I. *Control difuso (estadounidense)*. Solicitado por las partes involucradas en un litigio, y tiene efectos precisamente sobre el caso concreto.

II. *Control concentrado (austriaco)*. En este, las cuestiones de constitucionalidad deben ser resueltas por un órgano jurisdiccional al que se le encomiende exclusivamente esa función, la sentencia dictada tiene efectos generales o *erga omnes*.

III. *Mixto*. Cuando concurren los dos sistemas.

[9] *Ibidem*.

V. La interpretación constitucional

La interpretación en sentido lato, puede concebirse como: "[...] el proceso intelectivo a través del cual, partiendo de las fórmulas lingüísticas, que forman un enunciado, se llega a un contenido, es decir, se pasa de los significantes a los significados".[10]

La interpretación jurídica consiste en esclarecer, explicar, describir, descifrar un texto normativo o una situación con relevancia regulatoria. Así, interpretar implica explicar, esclarecer y descifrar el sentido de alguna cosa, signo, fórmula o suceso.[11]

En cuanto a los requerimientos mínimos para una interpretación racional, Robert Summers[12] indica que se requiere, por lo menos, una ley conocida, un juego de circunstancias fácticas a las cuales la ley está presuntivamente dirigida, un problema sobre la definición de la ley en su aplicación a las circunstancias, los argumentos interpretativos relativos, elaborados y aplicados de acuerdo con el método general, una solución del problema a la luz de dichos argumentos, los criterios objetivos por los cuales la exactitud de la resolución puede ser juzgada, y otros elementos más (inclusive el ámbito para el juicio jurídico).

En torno a la Constitución, la interpretación toma otros matices, pues si bien la Constitución es un texto jurídico, posee características distintivas como su rango, contenido y finalidad. Estas diferencias influyen en su interpretación, por tanto, está prevista de métodos y valores. Si bien algunos métodos y valores concurren con la interpretación jurídica ordinaria, otros son de aplicación exclusiva, la cual:

Debe abarcar la Constitución en sus dos partes fundamentales, la parte dogmática y la parte orgánica, cada una con sus particularidades y objeto; pero con conciencia de la unidad de la Constitución, la primera en tanto que regula derechos de los que los sujetos o indi-

---

10 *Cfr.* Díaz Revorio, Francisco Javier, "La interpretación constitucional y la jurisprudencia constitucional", *Revista Quid Iuris*, año III, vol. 6, 2008, pp. 7-37.

11 *Cfr*. Romero Pérez, Jorge Enrique, "Notas sobre la interpretación jurídica", *Revista de Ciencias Jurídicas*, núm. 133, 2014, p. 82.

12 *Cfr*. Summers, Robert, "Sobre la interpretación jurídica ideal", *Isonomía*, núm. 6, 1997, p. 107.

viduos son titulares y la segunda, por cuanto se refiere a la organización, estructura, funciones y fundamento del Estado.[13]

VI. El juez constitucional

Un juez es una persona que constituye una categoría dentro de la carrera judicial, actúa con desinterés objetividad, independencia e imparcialidad, está sometida al imperio de la ley y al derecho.[14]

Este es el juez ordinario, el cual tiene la asignación o facultad específica y concreta de fallar en relación con la validez general de la ley respecto a la Constitución, a raíz de un litigio entre dos o más partes, sus decisiones solo tienen efectos entre las partes; sin embargo, también puede conocer asuntos relacionados con violaciones de índole constitucional, en los casos en los que la ley le autoriza, en cuyo caso puede actuar de oficio.[15]

El juez constitucional, en cambio, protagoniza la función de llevar a cabo la óptima y eficaz realización de los procesos constitucionales en defensa de la Constitución y los valores superiores, en procura de hacer más efectivo el derecho y alcanzar la tan ansiada paz social en justicia.[16]

VII. Facultades interpretativas del juez constitucional

El juez constitucional ejerce el control de la constitucionalidad de forma posterior y anulatoria, es decir, juzgando la norma o

[13] *Cfr*. Vásquez Correa, Domingo Rafael, "Primera parte. Los principios de la interpretación constitucional", en Vásquez Correa, Domingo Rafael; Acosta de los Santos, Hermógenes y Gil, Domingo, *Interpretación constitucional*, Santo Domingo, Escuela Nacional de la Judicatura, 2020, p. 18.

[14] AA. VV., *Diccionario jurídico Espasa*, Barcelona, Siglo XXI-Espasa Calpe-Fundación Tomás Moro, 2001, p. 867.

[15] Esto sucede, por ejemplo, en República Dominicana, en donde algunas legislaciones facultan al juez ordinario a resolver de oficio las cuestiones de violaciones de índole constitucional.

[16] *Cfr*. Bardelli Lartirigoyen, Juan Bautista, "El juez constitucional", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2008, pp.15-24.

el acto y declarando su nulidad por razones de inconstitucionalidad, o de forma preventiva sobre normas o actos que no han adquirido plena firmeza.[17]

Este juez cuenta con diferentes métodos y principios para ejercer su facultad interpretativa. Los primeros son los medios o instrumentos utilizados en la actividad interpretativa; son los caminos o las vías posibles, y los principios son las guías que orientan esos caminos por los que transita el intérprete u operador, conduciéndolo y dirigiéndolo. De este modo, los métodos están permeados o informados por los principios para dotarlos de la eficacia necesaria en la concreción de la norma interpretada;[18] mientras que los principios son los fundamentos racionales, refiriéndose al estudio o análisis de un objeto que interesa al discurso de la razón, para llegar a conclusiones válidas sobre ese objeto, mediante su interpretación, orientando en su aplicación los métodos a esos fines. Así, los principios son recursos racionales para acceder al conocimiento de lo que es conocido o conocible, que, aplicado a la interpretación de la Constitución, constituyen las directrices o pautas fundamentales que orientan la actividad hermenéutica o labor interpretativa, que de modo necesario encausan la interpretación de la Constitución, al operar conforme a la razón y con pretensión a ser ajenos a toda preferencia, contingencia, subjetividad o prejuicio personal del intérprete.[19]

VIII. Límites a la facultad interpretativa del juez constitucional

8.1. Métodos de la interpretación constitucional

Si bien los métodos y principios de la interpretación constitucional no constituyen limitaciones formales e imperativas, son directrices a tomar en consideración al momento en que el intérprete realiza su labor. Sobre este aspecto, se han creado varios

[17] *Cfr*. Badell Madrid, Rafael, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, núm. 154, 2015, p. 351.

[18] Vásquez Correa, Domingo Rafael, *op. cit*., p. 20.

[19] *Ibidem,* p. 21.

conjuntos de ellos, algunos concordantes y otros no, variando su clasificación de acuerdo con el autor y con el punto de vista con que se enfoque la labor del juez constitucional.

Así, encontramos que para Romero Pérez[20] son: *1) tópico:* pone el acento en el problema que debe resolverse, para posteriormente encontrar la norma constitucional que debe ser aplicada; *2) científico-espiritual:* pone énfasis en la teoría de la Constitución que (se interpreta) está en el texto constitucional, y *3) hermenéutico de la concreción:* enfatiza el texto constitucional.

De igual modo, Hermógenes Acosta de los Santos[21] los califica en:

1. *Interpretación gramatical o literal*. Se trata del método más sencillo y en el cual el intérprete busca el significado del texto objeto de la interpretación, ateniéndose al sentido propio de la palabra.
2. *Interpretación histórica*. En la cual el intérprete se debe ubicar en la época en que la norma fue concebida y en las realidades que sirvieron de base a su creador.
3. *Interpretación sistemática*. Esta se fundamenta en que las normas de una misma rama del derecho forman un único sistema, de manera que la correcta interpretación de cada una de ellas solo es posible si se tiene una visión de conjunto.
4. *Interpretación teleológica*. El ordenamiento jurídico tiene como finalidad garantizar la convivencia pacífica en la sociedad, lo cual implica que el mismo debe estar permeado de los principios y los valores considerados válidos en un momento determinado y por una sociedad determinada.
5. *Método tópico*.[22] La tópica se define como una técnica del pensamiento que se orienta hacia el problema. Esta sumi-

[20] *Cfr.* Romero Pérez, Jorge Enrique, *op. cit*., pp. 80-100.

[21] Acosta de los Santos, Hermógenes, "Segunda Parte. Los métodos de interpretación jurídica y la interpretación constitucional", en Vásquez Correa, Domingo Rafael; Acosta de los Santos, Hermógenes y Gil, Domingo, *op. cit*., p. 95.

[22] Método que, según indica el autor, es relativamente nuevo en la interpretación constitucional, al igual que el método interpretativo. *Ibidem*, p. 138.

nistra datos o pretende suministrar datos para saber cómo hay que comportarse en una situación problemática. Es por tanto una técnica de pensamiento problemático. Se parte de la idea de que el problema es algo beneficioso que actúa siempre como guía, así como que cuando uno piensa dentro de un sistema expreso no puede profundizar.

6. Método interpretativo. Se fundamenta en la jurisprudencia, en consecuencia, lo que se espera de los intérpretes de los derechos fundamentales es que en la búsqueda de la solución de los problemas no se encierren en sus propias experiencias, sino que hurguen o escarben más allá de sus fronteras en busca de soluciones que, por la característica relevante de la cuestión discutida, pueden racionalmente ser útiles para resolver el problema nacional.

8.2. Los principios de la interpretación constitucional

Si bien es cierto que estos no han sido concebidos con la finalidad de limitar la interpretación constitucional, no menos cierto es que al momento de realización de la labor interpretativa deben fundamentar y guiar el producto final de ella.

Los principios, al igual que los métodos, son sujeto de variaciones en cuanto a su designación, y la regulación a la interpretación constitucional, así como el sistema jurídico en cada país. En ese sentido, tenemos que unos autores los denominan principios[23] y otros les llaman postulados.[24] Al respecto, encontramos entre los más comunes:

1. *Principio de la unidad de la Constitución*.[25] La Constitución y las normas equivalentes deben ser consideradas y en ese sentido interpretadas, integrándolas a todas como reglas comprendidas en ese bloque; así, a los fines de la

[23] *Cfr*. Vásquez Correa, Domingo Rafael, *op. cit*., p. 19

[24] Amaya, Jorge Alejandro, *op. cit*., p. 424.

[25] En el cual coinciden Vásquez Correa, Domingo, *op. cit*., p. 29 y Díaz Revorio, Francisco Javier, *op. cit*., p. 19.

labor hermenéutica, cada norma debe ser considerada, al efecto, en función de todas y cada una de las demás que integran el mismo y no en forma aislada.

2. *Principio de la concordancia práctica*.[26] Según este principio, los bienes y los derechos constitucionalmente protegidos o establecidos deben ser ejercidos y aplicados de manera concordante, amparados de manera armoniosa, de modo que, cuando así lo exija la razonabilidad, un bien o derecho ceda ante otro; pero conservando su identidad y, más que su identidad, su valor.
3. *Principio de la corrección funcional*.[27] Es el que obliga al órgano titular de la interpretación a no rebasar los límites de su competencia. Implica el respeto a la distribución de los poderes y funciones que deriva de la propia Constitución.
4. *Principio de la eficacia integradora*. Es aquel que ordena que la solución de los problemas jurídico-constitucionales se debe realizar dando preeminencia a los criterios que garanticen la integración política y social, reforzando la unidad política del Estado y de todos sus componentes.
5. *Principio de la fuerza normativa de la Constitución*. Es aquel que ordena que en la solución de los problemas jurídico-constitucionales deban prevalecer las soluciones interpretativas que garanticen la eficacia óptima de la Constitución, al permitir su actualización y permanencia. A la vez. ello supone el carácter jurídico y vinculante de cada uno de sus preceptos.
6. *Principio de la máxima efectividad*. Es aquel que dirige o encausa la interpretación hacia las opciones hermenéuticas que optimizan la eficiencia de las normas constitucionales, sin distorsionar su contenido.[28] Encausa la actividad del intérprete hacia aquellas opciones hermenéuticas que optimicen y maximicen la eficacia de las normas constitucionales, sin distorsionar su contenido.[29]

---

26 *Ibidem*.

27 Ibidem.

28 Vásquez Correa, Domingo Rafael, *op. cit*., p. 29.

29 Amaya denomina a este principio "Postulado de la eficacia o efectividad de la Constitución". Amaya, Jorge Alejandro, *op. cit*., p. 412.

7. *Principio de la Constitución como orden de valores*. Es aquel según el cual la interpretación constitucional se debe hacer conforme o en compatibilidad con el orden de valores planteados por la Constitución misma.
8. *Principio de la razonabilidad*. Es considerado el principio de mayor importancia en la interpretación constitucional, aunque algunos autores incluyen también el principio de proporcionalidad. Es aquel que exige que al interpretar la norma se haga con espíritu de justicia, en función del interés colectivo, que, aun protegiendo el interés particular, exige que toda limitación a los bienes y derechos que así resulte debe ser adecuada, en relación con los fines constitucionalmente legítimos, lo menos perjudicial a esos bienes y derechos, y que las ventajas superen los sacrificios, tanto con respecto a los titulares de los derechos como para los ciudadanos en general, dentro del marco de los valores constitucionales.[30]
9. *Principio de continuidad de la jurisprudencia constitucional*.[31] Procura garantizar la seguridad jurídica en la interpretación constitucional, de modo que las sentencias y su aplicación constituyan, entonces, un elemento del bloque de constitucionalidad. El estudio se debe hacer en función de la cosa juzgada, sobre todo absoluta, que le otorga el carácter vinculante a las decisiones emanadas de las jurisdicciones constitucionales, tanto nacionales como supranacionales.
10. *Principio de presunción de legitimidad*. La legitimidad de la norma se presume, en consecuencia, tiene un efecto decisivo en cuanto a la prueba y según él mismo, corresponde al demandante probar que la ley o acto que impugna es contrario a la Constitución.[32]
11. *Principio de divisibilidad de la norma impugnada*. El intérprete puede determinar que solo parte de la norma atacada es contraria a la Constitución o al bloque de constitucionalidad, preservando así el ordenamiento jurídico,

[30] Vásquez Correa, Domingo Rafael, *op. cit*., p. 51.

[31] Ibidem, p. 53.

[32] *Ibidem*, p. 61.

y solo suprime la vigencia de aquellos aspectos que sean estrictamente necesarios para garantizar la supremacía de la Constitución.[33]

12. *Principio de interpretación extensiva de la función del órgano judicial.* Es la prohibición del ejercicio extensivo de la función jurisdiccional, puesto que su finalidad es evitar que dicha función sea asumida por otros poderes u órganos públicos, diferentes de aquellos a los cuales es atribuida por la Constitución y las leyes.[34]
13. *Principio de existencia de normas constitucionales fuera del texto de la Constitución.* Este principio significa que la aplicación e interpretación de la Constitución trasciende o abarca normas no contenidas materialmente, en su texto formal y expreso. Así surge el denominado bloque de constitucionalidad, conformado además por aquellas contenidas en otras fuentes normativas explícitas o implícitas que, por su naturaleza, en razón de los derechos que consagran, de los bienes que protegen o de las relaciones que regulan, tienen igual jerarquía que la Constitución.[35]
14. *Principio de prudencia.* Es el principio que impone al juez constitucional el deber de actuar con prudencia al interpretar la Constitución, en función de las consecuencias de su interpretación.[36]

IX. Límites formalmente establecidos a la facultad interpretativa del juez constitucional

Como hemos venido expresando, la Constitución no es solo la ley fundamental y suprema sobre la que se sustentan los Estados constitucionales, es por esta trascendencia que la labor del intérprete constitucional resulta delicada e importante, porque de ser realizada sin las observaciones a los principios y normas estable-

[33] *Ibidem*, p. 63.

[34] *Idem*.

[35] *Ibidem*, p. 30.

[36] *Ibidem*, pp. 21-32.

cidos para ello, podría degenerar en arbitraria y caprichosa, pues esto produciría un caos en el sistema de justicia y podría incluso contrariar la propia Constitución.

Al analizar los diferentes métodos, principios y postulados que regulan la interpretación constitucional, nos atrevemos a decir que los mismos, si no son restrictivos en sentido amplio (como hemos expresado), limitan en cierta manera la capacidad o facultad interpretativa de los jueces, puesto que resultan ser parámetros a tomar en consideración al momento de realizar la labor interpretativa.

El intérprete constitucional no puede, ejerciendo su labor, sustituir la labor del poder constituyente, tampoco le está facultado sustituir la de los poderes constituidos, en especial la labor del legislador ordinario. Es decir, no puede crear normas en el ordenamiento jurídico, pues, por un lado, escaparía a su principal función, cual es otorgar un sentido a las normas contenidas en Constitución, y, por el otro, invadiría un ámbito de competencia legislativa que la propia ley fundamental le ha otorgado a otro órgano constitucional.

Estas condiciones llevan a la necesidad de establecer controles al juez constitucional en el ejercicio de su labor interpretativa, con relación con sus facultades o competencias y con las herramientas o instrumentos a ser empleados por este, llegando incluso a indicarse: "porque no hay control sin interpretación".[37] El establecimiento de estos límites debe hacerse sobre la base de que quien interpreta fuera de los límites creados actúa fuera del derecho y, por consiguiente, carece de legitimidad.

Los límites son distintos con base en hacia qué interpretación están dirigidos, a la interpretación *a priori*, o a la del legislador que diseña el texto constitucional, la cual es exclusivamente jurídica. Al ser su labor fundamentalmente política y como formadora de normas y creadora de derecho, debe estar condicionada por la propia Constitución; o si están orientados hacia la función interpretativa *a posteriori*, el juez u órgano encargado de esa interpretación, que es puramente negativa o defensiva, o sea, negativa, porque extrae del sistema jurídico la norma viciada con una

[37] Amaya, Jorge Alejandro, *op. cit*., p. 424.

inconstitucionalidad, ya sea en forma total o parcial y defensiva, puesto que ante una controversia la inclinación oficial es la de defender los preceptos constitucionales.

En la mayoría de los casos los límites a la interpretación constitucional para ambos actores viene determinada desde la propia Constitución.

Autores como Badel Madrid[38] realizan una clasificación a estos límites en la siguiente forma: los derivados del medio de impugnación de que se trate; el que es consecuencia de la aplicación del principio de separación de poderes; al derivado de la prohibición al juez constitucional de ejercer control sobre actos de naturaleza política; al que es consecuencia de la aplicación del principio de presunción de la constitucionalidad de los actos; al que deriva de la aplicación de los valores superiores del ordenamiento jurídico expresados en la Constitución; al que es consecuencia del deber del juez constitucional de decidir de acuerdo con lo alegado y probado en autos y al que se deriva de la voluntad de las partes en el proceso.

Para Romero Pérez,[39] la interpretación constitucional está limitada por lo que él denomina "*Ley de hierro de la interpretación constitucional*", indicando que este fenómeno se configura cuando se comparan dos aspectos de la Constitución:

a) no se puede ver el texto de la carta fundamental con la particular concepción o expectativas de la generación de los que la crearon, ya que ello equivale a una visión estática, y
b) tampoco se puede interpretar el contenido de la Constitución haciendo a un lado la ideología de los constituyentes originarios y el "espíritu" que en ese momento primigenio tuvo la carta.

Referente al tema,[40] se indican la existencia de reglas o principios expresamente limitantes. En ese sentido tenemos:

38 Badell Madrid, Rafael, *op. cit*., p. 350.

39 Romero Pérez, Jorge Enrique, *op. cit*., pp. 81 y 82.

40 Gil, Domingo, "Tercera parte. Límites de la interpretación constitucional", en Vásquez Correa, Domingo Rafael; Acosta de los Santos, Hermógenes y Gil, Domingo, *op. cit*., pp. 125-129.

1. *El principio. La prohibición de mutaciones.* Las mutaciones son suceden cuando, con ocasión de la interpretación, se produce un cambio sin alterar la letra de la Constitución. El intérprete está condicionado por el ideal de la Constitución y el programa político y el orden constitucional que resultan del primero, los cuales, por tanto, sirven de parámetros a la labor de interpretación. Este no puede, por ende, propiciar modificaciones que atenten contra la norma que interpreta.[41]
2. *Excepciones. Las mutaciones posibles.*[42] Principio fundamentado en que el intérprete no puede alterar o mutar la Constitución que interpreta. Hay, sin embargo, mutaciones implícitamente aceptadas. Ello ocurre cuando se produce una transformación de la realidad política, social o económica de un país sin que, no obstante, se haya producido una modificación formal del texto constitucional.

Ante tal situación se hizo necesario elaborar test, que sirviesen de herramienta para hacer más objetivo (más preciso) el control ejercido sobre los actos estatales de regulación de esos derechos y libertades. Esos test, que la Corte Suprema de Estados Unidos denominó *scrutiny*, fueron tres: el *strict scrutiny*, el *intermediate scrutiny* y el *rational basis review.*

1. *Strict scrutiny.* Se aplica a los derechos y a las libertades "preferidos" y que, por tanto, merecen mayor protección, como la libertad de información, la libertad religiosa y el derecho a la privacidad, entre otros de igual naturaleza.
2. *Intermediate scrutiny.* Se aplica a la regulación de los derechos y libertades "importantes", aunque no "preferidos".
3. *Rational basis review.* Se aplica para los derechos y las libertades de menor relevancia constitucional.

En los dos primeros casos, la norma se considera inconstitucional y corresponde al Estado probar lo contrario, mientras que en el tercero la norma es considerada constitucional, pero se hace preciso que exista una relación razonable entre ella y el objetivo que persigue.

---

41 *Ibidem,* pp. 125-136.

42 *Ibidem,* pp. 136-149.

X. Límites a la interpretación constitucional fundamentados en pactos y convenios internacionales

Los Estados que forman parte de los diferentes tratados y convenios sobre los derechos humanos, al interpretar la Constitución, deben tomar en cuenta las directrices de estos tratados, puesto que puede ocurrir que una norma constitucional resulte matizada y, en algunos casos, sea inaplicada por estar en colisión con una disposición consagrada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o con un precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Este es el denominado control de convencionalidad, que resulta de adaptar lo que será decidido a las disposiciones que en materia de derechos fundamentales se consigna en estas legislaciones supranacionales.

XI. Conclusión

La Constitución, como fundamento de los Estados constitucionales, es la norma de mayor jerarquía, por encontrarse dentro sus lineamientos la organización de los diferentes órganos que componen el Estado, la instauración de los derechos de los ciudadanos, entre otras. Es por esta trascendental importancia que se plantea la necesidad de interpretación ante ambigüedades que puedan presentarse.

Esta interpretación es ejercida, en función de la etapa, por el legislador, *a priori,* y por el juez constitucional, *a posteriori*. En la interpretación *a posteriori* se han establecido métodos de control de la constitucionalidad, entre lo que encontramos el control difuso, o para casos litigiosos entre partes, el control concentrado, ejercido por órganos destinados exclusivamente para estos fines y el mixto, en el que se integran los anteriores y son delimitados por la propia Constitución y las leyes.

Dada la delicadeza de la facultad interpretativa de los jueces constitucionales, se han elaborado métodos y principios, que sirven de orientación y guía para proteger a la propia Constitución de esta facultad, puesto que pudieran derivarse de esta función mutaciones al espíritu de su texto.

La propia Constitución instituye los límites interpretativos, ya sea en su propio texto o mediante la disposición de creación de leyes especiales para estos fines, a fin de salvaguardar las directrices organizadoras que ella instituye.

Además de la Constitución, en los Estados constitucionales se cuenta con los convenios y tratados internacionales sobre derechos humanos, a los cuales la Constitución les provee jerarquía y que, en ocasiones, podrían convertirse parámetros a seguir o límites a la interpretación constitucional, si con ella se pretende violentar algunos de los cánones internacionales ya establecidos incluso por organismos como la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

Bibliografía

AA. VV., *Diccionario jurídico Espasa*, Barcelona, Siglo XXI-Espasa Calpe-Fundación Tomás Moro, 2001.

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

Álvarez Conde, Enrique, *Curso de Derecho Constitucional*, 3a. ed., Madrid, Tecnos, 1999, vol. I.

Amaya, Jorge Alejandro, *Control de constitucionalidad*, 2a. ed., Buenos Aires-Bogotá, Astrea, 2015.

Badell Madrid, Rafael, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, núm. 154, 2015.

Bardelli Lartirigoyen, Juan Bautista, "El juez constitucional", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2008.

Cárdenas Gracia, Jaime, "El Estado constitucional", *Del Estado absoluto al Estado neoliberal*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2017.

Castaño Zuluaga, Luis Ociel, "El juez constitucional: garante de la democracia y realizador de la justicia", *Ratio Juris*, vol. 2, núm. 5, julio-diciembre de 2007, pp. 36-49.

Díaz Bravo, Enrique, "Análisis y reflexiones sobre el control de constitucionalidad de las leyes", *Revista Opinión Jurídica*, vol. 15, núm. 30, 2016.

Díaz Revorio, Francisco Javier, "La interpretación constitucional y la jurisprudencia constitucional", *Revista Quid Iuris*, 2008, año III, vol. 6.

Fernández, Tomás Ramón, *Las leyes orgánicas y el bloque de la constitucionalidad*, Madrid, Civitas, 1981.

González Madrid, Miguel, "El significado de Constitución. Breve revisión del concepto y de su relevancia a la luz del principialismo y el garantismo", *Polis*, vol. 14, núm. 1, 2018.

Jorge Prats, Eduardo, *Derecho constitucional*. Santo Domingo, Gaceta Judicial, 2003, vol. I.

Marín Castillo, Juan Carlos y Zuluaga Duque, Diana Elizabeth, "Estado constitucional: marco institucional esencial para la comprensión de los límites de la reforma constitucional", *Criterio Jurídico*, vol. 13, núm. 1, 2013.

Monroy Cabra, Marco Gerardo, "Concepto de Constitución", *Anuario de Derechos Constitucional Latinoamericano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005.

Pellerano, Juan Manuel, *El control de la constitucionalidad*, Santo Domingo, Capel Dominicana, 1998.

Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, *https://dle.rae.es/constituci%C3%B3n*

Romero Pérez, Jorge Enrique, "Notas sobre la interpretación jurídica", *Revista de Ciencias Jurídicas*, núm. 133, 2014.

Summers, Robert, "Sobre la interpretación jurídica ideal", *Isonomía*, núm. 6, 1997.

Vásquez Correa, Domingo Rafael; Acosta de los Santos, Hermógenes y Gil, Domingo, *Interpretación constitucional*, Santo Domingo, Escuela Nacional de la Judicatura, 2020.

Vigo, Rodolfo, *Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de derecho constitucional*, México, Tirant lo Blanch, 2017.

Consideraciones sobre la jurisprudencia evolutiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación con los derechos sociales: casos ante los tribunales nacionales, en especial el caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*

Gilda Cicci Salazar

Sumario. I. Introducción. II. Desarrollo. III. Sistema Europeo. IV. Conclusiones. Bibliografía.

I. Introducción

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)[1] no se regulan de manera eficaz y equitativa los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), por tanto, a través de instrumentos como el Protocolo de San Salvador[2] se ha comple-

[1] Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José". Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Adoptada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. Entrada en vigor: 18 de julio de 1978.

[2] Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador". Suscrito en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el décimo octavo periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General. Entrada en vigor: 16 de noviembre de 1999.

mentado la CADH, que no establecía los derechos considerados sociales. Es preciso señalar que el instrumento mencionado, en su artículo 19.6, permite que únicamente los derechos a la libertad sindical (art. 8.1.a) y a la educación (art. 13) sean justiciables, alegados de manera directa ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). De esta manera, se orientan los aportes ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).

Se analizará, en particular, el cambio que han producido las sentencias dictadas recientemente por la Corte IDH,[3] con el fin de establecer la debida y directa aplicación del artículo 26 de la CADH.

La plena efectividad de los DESCA, como son los derechos a la alimentación, la salud, la educación y el trabajo, etc., requieren que el Estado destine recursos para su cumplimiento; sin embargo, no se han adoptado medidas al respecto y, para cumplirlos de manera obligatoria, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)[4] y la Corte IDH, a través de sus recomendaciones y sentencias, han ido desarrollando la protección directa de los DESC, descartando la doctrina que los consideraba derechos humanos de segunda generación. Es preciso señalar que requieren una acción del Estado, en cambio, en los derechos civiles y políticos debe abstenerse de vulnerarlos, ya sea por acción o por omisión.

II. Desarrollo

Desde el 2017, la Corte Interamericana ha desarrollado nuevos avances en su jurisprudencia, sobre la justiciabilidad directa de

[3] La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) es un órgano judicial autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA), que tiene su sede en San José, Costa Rica. Jurisdicción: países de la OEA que hayan aceptado su competencia. Fundación: 22 de mayo de 1979.

[4] La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) es un órgano principal y autónomo de la OEA encargado de la promoción y protección de los derechos humanos en el continente americano, además de servir como órgano consultivo de la OEA. La CIDH fue creada por resolución de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores en Santiago de Chile en 1959. Tiene su sede en Washington, D. C., Estados Unidos.

los DESC, a partir de los casos *Lagos del Campo vs. Perú*,[5] *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*,[6] *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*,[7] *Poblete Vilches y otros vs. Chile*,[8] *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*,[9] *Muelle Flores vs. Perú, Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil*, *Guzmán Albarracín y otros vs. Ecuador*, y *Lemoth Morris y otros vs. Honduras*, entre otros.

La Corte IDH, en el caso *Lagos del Campo*, dictó sentencia con fecha 31 de agosto de 2017, y por primera vez declaró la violación directa del artículo 26 de la CADH. Se refirió a la libertad de expresión (art. 13 CADH) y de asociación (art. 16 CADH), a las garantías judiciales y a la protección judicial. En especial, el derecho a la estabilidad laboral y a la libertad de expresión en el contexto laboral.

En relación con los hechos, el señor Lagos del Campo, en su calidad de presidente del Comité Electoral de la Comunidad Industrial de su empresa, formulo declaraciones en una entrevista, denunciando supuestas irregularidades respecto de su empleador, la Empresa Ceper-Pirelli, lo que provocó su despido arbitrario el 26 de junio de 1989, por tanto, inició las acciones laborales correspondientes. El tribunal declaró ilegal el despido, pero posteriormente fue justificado en otras instancias (denegación de justicia).

Según la Corte, Perú incurrió en responsabilidad internacional por haber violado en forma directa el artículo 26 de la CADH,

---

5 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C, núm. 340. Dicha sentencia fue notificada y publicada el 13 de noviembre de 2017.

6 Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Serie C, núm. 344.

7 Corte IDH. *Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C, núm. 348.

8 Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C, núm. 349.

9 Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C, núm. 359.

además de violar el derecho al trabajo, a la estabilidad laboral y a la libertad de asociación, y el derecho al acceso a la justicia. La estabilidad laboral está comprendida en el alero protector del artículo 26 de la CADH.

La Corte viene en declarar en forma directa la violación del artículo 26 de la Convención. Este cambio en la jurisprudencia referente a los DESCA constituye un precedente importante sobre la materia, y un avance que se ha consolidado y reforzado en sentencias posteriores.

Es necesario tener en consideración que esta decisión, en relación con la aplicación directa del artículo 26 de la CADH, expresa un cambio significativo en la evolución de la jurisprudencia de la Corte respecto a los derechos sociales, y estableció la justiciabilidad directa de los derechos laborales. Se extendió la protección de la libertad de asociación en el ámbito laboral.

Es preciso señalar que respecto de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos civiles y políticos y los DESCA, que inicialmente estaban protegidos en forma indirecta o aplicando criterios de conexión, el cambio jurisprudencial ha servido para lograr una protección integral de los derechos humanos, superando divisiones y categorías, y favoreciendo el respeto y la garantía de la dignidad de la persona humana.

El caso *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*, de febrero de 2018, se refiere al término en forma arbitraria de contratos laborales, de tres funcionarias públicas sancionándolas por haber participado en referendos convocatorios en contra del presidente de la República de Venezuela, don Hugo Chávez. La terminación de los contratos se consideró un acto de desviación de poder.

La Corte analizó la violación de derechos políticos (art. 23), de la prohibición de la discriminación política (art. 1.1 CADH), y si la respectiva autoridad gozaba de absoluta discrecionalidad para determinar el cese laboral sin motivo alguno.

La Corte IDH volvió a pronunciarse sobre la violación del derecho al trabajo aplicando el artículo 26 de la CADH, y declaró que se había violado el derecho al trabajo, reconocido en dicho artículo 26, en relación con el derecho a la participación política, a la libertad de expresión, al acceso a la justicia, así como

el principio de no discriminación, reconocidos en los artículos 23.1, 13.1, 8.1, 25.1 y 1.1 de la CADH.

Con respecto a las reparaciones, la Corte ordenó al Estado a sancionar a los responsables por la desviación de poder y la publicación y difusión de sus conclusiones.

Observamos que repitió la jurisprudencia de *Lagos del Campo* respecto de los artículos 26 y 13 de la CADH, relativos a las obligaciones estatales en el ámbito laboral. En consecuencia, la autoridad judicial está obligada a analizar los casos de discriminación encubierta en materia laboral y, en consecuencia, a adoptar medidas al respecto.

En el caso *Poblete Vilches vs. Chile*, la Corte IDH analizó los derechos a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal, a la vida privada y a la libertad de expresión.

Este caso se refiere a la muerte —a la edad de 76 años— de un adulto mayor, el señor Vinicio Antonio Poblete Vilches, al que no se le otorgaron servicios de salud básicos necesarios y urgentes. Considerando la situación de vulnerabilidad a la que estaba expuesto, fue ingresado al Hospital Sótero del Río por insuficiencia respiratoria grave. Fue hospitalizado y trasladado a la Unidad de Cuidados Intensivos (UCI), en estado inconsciente fue intervenido, sin el consentimiento de sus hijos; sin embargo, lo dieron de alta sin considerar su deficiente estado de salud.

Por ello, fue nuevamente internado en el hospital, informando a la familia que se trataba de una "simple bronconeumonía"; por tanto, debían ingresarlo a la UCI y conectarlo a un ventilador mecánico. Debido a que no había camas disponibles ni ventiladores, fue llevado a cuidados intermedios, y en atención a que carecía de recursos suficientes para afrontar la difícil situación a la que se encontraba expuesto, falleció días después, el 7 de febrero de 2001.

Es preciso insistir en que en el hospital no se le otorgó el tratamiento de emergencia requerido, lo dieron de alta, lo cual sugiere omisiones derivadas de la falta de atención; además, fue intervenido médicamente sin contar con el consentimiento informado de su familia.

La Corte IDH condeno al Estado de Chile por no garantizar el derecho a la salud y declaró que se había violado el artículo 26 en relación con el artículo 1.1 de la CADH, por no haber cumplido con las medidas básicas ni con las garantías del servicio de salud en la atención de un adulto mayor, sin considerar los niveles aceptados internacionalmente, y por haber existido discriminación en el acceso a dichos servicios. Se refirió a la protección del derecho a la salud en forma directa, señalando que está protegido por el artículo 26 de la CADH.

Cabe considerar que la Corte IDH hace referencia a la jurisprudencia desarrollada en el caso *Acevedo Buendía* sobre la obligación que le incumbe al Estado en el desarrollo progresivo de los DESCA, y que el artículo 26 de la Convención está sujeto a las obligaciones que surgen de los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento. Asimismo, repite la jurisprudencia aplicada en el caso pionero *Lagos del Campo*, respecto al contenido y alcances del artículo 26 de la Convención; además, tuvo la oportunidad de completar los argumentos en relación con esos aspectos

Es preciso señalar que la Corte fijó criterios en atención a situaciones de urgencia médica respecto de personas mayores, expresando que el derecho a la salud es un derecho autónomo protegido por el artículo 26 de la Convención, y que en situaciones de urgencia exige a los Estados velar por una adecuada regulación de los servicios de salud, y la disponibilidad, accesibilidad, calidad, en condiciones de igualdad y sin discriminación. Sostuvo asimismo que las personas mayores gozan de un nivel reforzado de protección en materia de salud, de prevención y de urgencia. Para declarar la responsabilidad del Estado es necesaria la existencia de un nexo causal entre la acción y el daño sufrido.

En todo caso, respecto de la omisión por la falta de atención médica adecuada, consideró que se había vulnerado la integridad personal y, respecto del consentimiento informado, es preciso destacar que las instituciones de salud tienen la obligación de obtenerlo de los pacientes, así como de informar sobre los tratamientos y procedimientos médicos; sin embargo, este consentimiento puede ser otorgado por su familia, o personas autorizadas al efecto, en el caso de que el afectado no se encuentre en condiciones de hacerlo.

La Corte IDH, en el análisis efectuado respecto de la violación del artículo 26 de la CADH, en relación con el derecho a la salud y la violación del principio de no discriminación, expresó que el Estado no garantizó en ningún momento que los servicios de salud cumplieran con los criterios establecidos, ni tampoco con la adopción de medidas básicas y de carácter inmediato en situaciones de urgencia, en perjuicio del señor Poblete.

Se pronunció respecto de las reparaciones en el sentido de ordenar como garantía medidas de no repetición, que consistían en capacitaciones al personal de salud, informes sobre la implementación de los avances realizados en el hospital, fortalecimiento de las instituciones de geriatría, y una protección integral a las personas mayores.

La Corte invocó instrumentos internacionales, de los cuales mencionaremos algunos como: la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 25.1, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 12; el Protocolo de San Salvador, artículo 10, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 25, la Carta Social de las Américas, artículo 17, la Carta Social Europea de 1961, artículo 11, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

El caso *Cuscul Pivaral vs. Guatemala* se refiere a un grupo de personas que vivían con el virus de inmunodeficiencia humana (VIH).

Antes del año 2004 fueron diagnosticadas con el virus, sin embargo, no se les otorgó atención médica adecuada por parte del Estado, falleciendo alrededor de 15 personas que no disponían de recursos y que, además, se encontraban muy distantes de los lugares donde podían ser atendidas, quedando expuestas a falta de cuidados y de grave riesgo, por no contar con recursos suficientes.

En definitiva, la Corte analizó la violación al artículo 26 de la CADH, en relación con el derecho a la salud de las personas con VIH, y lo deriva de la Carta de la OEA, declarando que se había violado los derechos a la vida y a la integridad personal, y que este grupo de personas se encontraba en situación de vulnerabilidad.

Se exigió acreditar el nexo causal respecto de la violación del derecho a la vida, dado que las personas no pudieron acceder a ningún tratamiento por parte del Estado. Hubo omisión por la falta de atención inmediata en materia de salud (contenido mínimo),

La Corte IDH ordenó reparar en el sentido de adoptar mecanismos que garanticen el acceso en general a las prestaciones de salud para toda la población que sufra de VIH, es decir, accesibilidad, disponibilidad y calidad.

La importancia de este caso reside en que ampara la seguridad jurídica en el Sistema Interamericano, interpretando conjuntamente el artículo 26 en relación con los artículos 1.1, 2, 62 y 63 de la CADH.

En el caso *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú* se aborda la falta de respuesta legítima de los tribunales respecto del cese de 164 contratos con organismos nacionales, sufridos por los trabajadores en virtud de los procesos de racionalización efectuados en entidades públicas, en los años noventa.

La Corte señaló la responsabilidad del Estado de Perú, por la violación del artículo 26 de la CADH, la violación del derecho al trabajo, en relación con lo establecido en el artículo 1.1 de la Convención, por la falta de respuesta de los tribunales en relación con los ceses colectivos laborales, y viene en reiterar lo señalado en el caso *Lagos del Campo* sobre el tema de la violación del artículo 26 de la Convención.

Estableció que el derecho al trabajo contiene el derecho a garantizar el derecho de acceso a la justicia y a una tutela judicial realmente efectiva, que abarque el ámbito público y privado de las relaciones laborales.

La Corte, en cuanto a la reparación, ordenó al Estado la creación de un mecanismo para determinar la irregularidad de los ceses en materia laboral.

Se aplicó el principio de complementariedad para descontar los montos que ya habían sido pagados debidamente.

En el caso *Muelle Flores vs. Perú*, de marzo de 2019, se hace referencia a que el señor Muelle no había recibido un beneficioso seguro de salud que le correspondía por decisión judicial, dado

que durante 26 años no se había cumplido ni ejecutado la sentencia que lo estipulaba. Lo anterior se traducía en deficiencias respecto del acceso a tratamientos médicos y de salud adecuados. Se examinaron los problemas del señor Muelle respecto del no acceso a la pensión reconocido en una sentencia, afectando de manera considerable su calidad de vida, dada su condición de discapacidad y de adulto mayor.

La Corte determinó que Perú había incurrido en responsabilidad internacional, violando el artículo 26 de la CADH, en relación con el derecho a la seguridad social, el derecho a la integridad personal y dignidad de la víctima, previstos en los artículos 5.1, 8.1, 11.1, 25.1, y 1.1 de la CADH, por no haber cumplido las sentencias favorables al señor Muelle; sin embargo, no dictó medidas de no repetición al respecto.

En el caso *Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antonio de Jesus y sus familiares vs. Brasil*[10] se determinó la responsabilidad internacional del Estado de Brasil por la violación del derecho a la vida y a la integridad personal de un grupo de personas por la explosión de una fábrica de fuegos artificiales el 11 de diciembre de 1998, entre los que se encontraban mujeres, niños y niñas en situación de extrema pobreza. Murieron 64 personas y 6 sobrevivieron.

La CIDH señaló que el Estado tenía conocimiento del riesgo que significaban esas actividades para la vida, integridad personal y salud de todos los trabajadores, y no cumplió con su deber de inspección y fiscalización. Además, sin contar con medidas de seguridad.

La Corte IDH dictó sentencia en 2020, declaró que el Estado de Brasil había incurrido en responsabilidad internacional y que había violado los derechos a la vida (art. 4), y a la integridad personal (art. 5), además del artículo 26 de la CADH, con relación a las precarias condiciones laborales. La sentencia también se refirió al trabajo infantil prohibido por la Constitución y la legislación de Brasil, violando el artículo 19 de la CADH.

[10] CIDH. *Caso* 12.428. 19 de septiembre de 2018. Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antonio de Jesús y sus Familiares vs. Brasil, *http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2018/12428NdeRes.pdf*

Respecto a la reparación, la Corte ordenó varias medidas: la publicación oficial de la sentencia, reconocimiento de responsabilidad internacional, implementación de inspecciones y pago de indemnizaciones por los daños sufridos.

En el caso *Guzmán Albarracín y otros vs. Ecuador,*[11] el problema se refiere a la violencia y acoso sexual en contra de una menor de 14 años, Paola del Rosario Guzmán Albarracín, por el vicerrector del colegio, que le ofreció ayuda escolar a cambio de que mantuvieran relaciones sexuales, situación que la llevó al suicidio.

La Corte IDH declaró que el Estado de Ecuador incurrió en responsabilidad internacional por la violación de los derechos a la vida (art. 4.1 CADH) a la integridad personal (art. 5.1 CADH) y a la protección de la honra y de la dignidad (art. 11 CADH), y el derecho a la educación (art. 13 del Protocolo de San Salvador, en relación con los arts. 8.1 —garantías judiciales— y 25.1 —protección judicial—, 24 —derecho a la igualdad ante la ley— y 1.1 y 2 —deber de adoptar disposiciones de derecho interno—, todos de la CADH, además del art. 7.b de la Convención de Belém do Pará, que establece la obligación de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer).

El caso *Lemoth Morris y otros vs. Honduras*[12] se refiere a la violación de derechos en perjuicio de los miembros del pueblo indígena miskito, que realizaban buceo para empresas de pesca de langostas en precarias condiciones, provocándoles síndrome de descompresión, discapacidad y enfermedades que causaron la muerte de algunos.

La Comisión señaló que el Estado de Honduras incurrió en responsabilidad internacional, por la violación del derecho a la vida, a la integridad personal, a las garantías judiciales, a los derechos del niño, a la igualdad ante la ley, a la protección judicial

[11] CIDH. Caso 12.678. Caso Guzmán Albarracín y otros vs. Ecuador. 7 de febrero de 2019, *http:/www.oas.org//es/cidh/decisiones/corte/2019/12678NdeRES.pdf*

[12] CIDH. Caso Lemoth Morris y otros vs. Honduras. Opario Lemoth Morris y otros (Buzos Miskitos) vs. Honduras. Informe de Admisibilidad núm. 121/09. Petición 1186- 04, 12 de noviembre de 2009.

y los DESC, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la CADH, y presentó el caso ante la Corte IDH.

III. Sistema Europeo

En el ámbito europeo, en el Consejo de Europa,[13] el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)[14] es el instrumento que protege los derechos civiles y políticos; en cambio, para la protección de los derechos económicos y sociales se dictó la Carta Social Europea (CSE),[15] de 18 de octubre de 1961 (revisada). Por tanto, cabe señalar que para la protección de los derechos económicos y sociales y su conexión con los derechos que el CEDH contempla, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)[16] los trata como derechos civiles, o los interpreta con referencia a las obligaciones positivas de los Estados.

---

13 Consejo de Europa: organización internacional de ámbito regional destinada a promover, mediante la cooperación de los Estados de Europa, la configuración de un espacio político y jurídico común en el continente, sustentado sobre los valores de la democracia, los derechos humanos y el imperio de la ley. Constituida por el Tratado de Londres el 5 de mayo de 1949, el Consejo de Europa consta de 47 países miembros.

14 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH): adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950. Entró en vigor el 3 de septiembre de 1953. Fue elaborado con la finalidad de salvaguardar los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas de los Estados europeos miembros del acuerdo. El Convenio Europeo está inspirado expresamente en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual fue proclamada por la Asamblea General de las Organización de las Naciones Unidas (ONU) el 10 de diciembre de 1948.

15 Carta Social Europea: texto aprobado en Turín el 18 de octubre de 1961, en el marco del Consejo de Europa. Entró en vigor inicialmente el 26 de febrero de 1965 (aprobado en 1961 y revisado en 1996).

16 Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH): Constituido en 1959, es un tribunal internacional competente para conocer de demandas individuales o estatales basadas en violaciones de derechos civiles y políticos enunciados en el CEDH. Supervisa que los Estados cumplan con los tratados europeos sobre derechos humanos y sus protocolos adicionales. El Tribunal Europeo forma parte del Consejo de Europa. Su sede se encuentra en Estrasburgo, Francia.

Así lo demuestra la sentencia dictada el 7 de enero de 2010 en el caso *Rantsev vs. Chipre y Rusia*, en el que el Tribunal señaló que se había violado el artículo 4 del Convenio Europeo. El caso se refiere a la muerte de una artista de nacionalidad rusa que fue contratada en Chipre para trabajar en un cabaret. La realidad era muy distinta, pues fue explotada sexualmente, y el TEDH consideró que la trata de personas con el objeto de realizar explotación sexual, en la actualidad, constituiría un tipo de esclavitud moderna que estaría contemplada en el artículo 4 del CEDH, y se refiere a la obligación positiva de los Estados respecto a la protección de la trata de personas y de la consecuente explotación, adoptando medidas legislativas, administrativas, de protección y de investigación.

El TEDH se pronunció respecto del incumplimiento de ambos Estados —Chipre y Rusia— por no haber adoptado ninguna medida de protección, poniendo en peligro su vida. En consecuencia, el TEDH, en relación con el caso *Rantsev*, condenó en su sentencia por trata de mujeres.

Observamos que el TEDH se expresa a través de su jurisprudencia y se pronuncia sobre los derechos económicos y sociales, a pesar de que no los regula, relacionándolos y derivándolos de derechos que sí están recogidos en el CEDH.

En relación con la Carta Social Europea, el órgano que interpreta la Carta es el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), que protege en forma efectiva los derechos sociales. Su trabajo se relaciona con el sistema de informes y de reclamaciones colectivas, y adopta finalmente conclusiones.

La jurisprudencia desarrollada por el CEDS ha adquirido gran relevancia, por la contribución a la defensa de los derechos humanos y los progresos respecto de las decisiones adoptadas, y conclusiones sobre temas como la indivisibilidad de todos los derechos humanos, el derecho a la protección de la salud, los derechos sindicales, entre otros.

IV. Conclusiones

En lo relativo al objetivo de este trabajo, podemos concluir que, como no existe una normativa general que permita dar solución,

en el marco del funcionamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a las violaciones de los DESCA, se está iniciando la aplicación directa del artículo 26 de la CADH. Por otra parte, es necesario verificar y respaldar el efectivo cumplimiento de las sentencias y de las reparaciones para aumentar la legitimidad, y lograr que los Estados se involucren activamente. Es de la mayor relevancia mejorar el diálogo con las instituciones estatales, así como el diálogo entre la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por otro lado, en el Sistema Interamericano la redacción del artículo 26 de la CADH es confusa, debido a los debates que surgieron en su redacción, por tanto, consideramos que se debe propiciar una interpretación evolutiva.

De los diversos pronunciamientos judiciales se desprende que se ha generado una nueva dimensión y precedentes para los futuros asuntos que se presenten y, en todo caso, en la actualidad la evolución de la jurisprudencia ha corroborado que representan un avance de gran trascendencia.

En el Sistema Europeo la protección de los DESC se realiza por vía indirecta, utilizando en muchos casos la existencia de obligaciones positivas de los Estados, entre otras.

Bibliografía

Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, "Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales", en Abramovich Víctor; García Añón, María José y Courtis, Christian (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso,* México, Editorial Doctrina Jurídica Comparada, 2003.

Abramovich, Víctor y Rossi, Julieta, "La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", *Revista Estudios Socio-Jurídicos,* año IX, vol. 9, núm. especial, Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, pp. 34-53.

Arango, Rodolfo, *El concepto de los derechos sociales fundamentales,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

Burgorgue-Larsen, Laurence y Úbeda de Torres, Amaya, especialmente el cap. 24, escrito por la primera autora: "Economic and social rights", *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary,* Nueva York, Oxford University Press, 2011, pp. 613-639.

Cavallaro, James L. y Brewer, Stephanie Erin, "La función del litigio interamericano en la promoción de la justicia social", *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, núm. 8, 2008, pp. 85-99.

Centro de Derechos Económicos y Sociales, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Orville H. Schell, Jr. Center for International Human Rights, Yale Law School, 2003.

García Añón, María José, "Derechos sociales e igualdad", en Abramovich, Víctor; Gracía Añón, María José y Courtis, Christian (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso,* México, Editorial Doctrina Jurídica Comparada, 2003.

González, Andrade Sebastián, *La violación de los derechos sociales como forma de persecución bajo la definición de refugiado,* Quito, PUCE, 2008.

Guastini, Riccardo, "La constitucionalización del ordenamiento jurídico, el caso italiano", en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, cit. por Morales, Juan Pablo, "Democracia sustancial: sus elementos y conflictos en la práctica", *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, Serie Justicia y Derechos Humanos.

López Medina, Eduardo, *El derecho de los jueces,* Bogotá, Legis, 2006.

Melish, Tara, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: manual para la presentación de casos*, New Haven, Orville H. Schell-Jr. Center for International Human Rights-Yale Law School, 2003.

Morales Antoniazzi, Mariela; Ronconi, Liliana y Clérico, Laura (coords.), *Interamericanización de los DESCA. El caso*

Cuscul Pivaral de la Corte IDH, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020.

Morales Antoniazzi, Mariela y Clérico, Laura (coords.), *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019.

Pelayo Möller, Carlos María, "El 'mínimo vital' como estándar para la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales", *Revista Metodhos*, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, núm. 3, 2012, pp. 31-51.

Piovesan, Flávia; Morales Antoniazzi, Mariela y Cortez da Cunha Cruz, Julia, "La protección de derechos sociales en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", en Morales Antoniazzi, Mariela; Ronconi, Liliana y Clérico, Laura (coords.), *Interamericanización de los DESCA: el caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019.

Rossi, Julieta, "Punto de inflexión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre DESCA. El camino de la justiciabilidad directa: de 'Lagos del Campo' a 'Asociación Lhaka Honhat'", *Revista Pensar en Derecho*, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho UBA, 2020, *http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/16/punto-de-inflexion-en-la-jurisprudencia-de-la-cidh-sobre-desca.pdf*

Rossi, Julieta y Filippini, Leonardo, "El derecho internacional en la justiciabilidad de los derechos sociales", *Latinoamérica. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 2008, *http://www.palermo.edu/derecho/pdf/publicaciones/Paper-Rossi-Filippini.pdf*

La argumentación jurídica frente a la interpretación y ponderación de los tribunales constitucionales

José Gregorio de Jesús Ferreras

Sumario. I. Introducción. II. Carácter principal de la interpretación. III. Principios de interpretación constitucional. IV. Argumentación, ponderación y conceptos. V. Conclusión. Bibliografía.

I. Introducción

El presente trabajo tiene como finalidad establecer cuáles son los criterios que debe utilizar un letrado cuando está argumentando ante los tribunales constitucionales, y cómo los jueces a la hora de ponderar tienen que interpretar los principios, de manera que no se vulnere la principalía de cada uno.

La argumentación es una herramienta básica para introducir en el tribunal la idea clara que se solicita, y para que el juez constitucional pueda llegar al punto de ponderar de manera equilibrada, tiene que hacer un ejercicio interpretativo en cuanto a los derechos, principios y valores a los cuales se ven sometidos los jueces.

Y por esta razón y otras, estableceremos cómo los diferentes autores tratan la interpretación, la argumentación y la ponderación, así como los diferentes métodos utilizados por el juez para establecer jerarquía entre principios a la hora de ponderar.

La ponderación, como ejercicio jurídico que hace el juez a la hora de decidir y comparar los derechos, depende básicamente de cómo se aplica la acción y de manera principal de la argumentación aplicada por el letrado. A todo esto le agregamos la interpretación que se utiliza, si es estricta o flexible.

II. Carácter principal de la interpretación

2.1. Origen del problema interpretativo

El problema de la interpretación y ponderación por parte de los tribunales constitucionales se presenta como consecuencia de que, en muchos casos, las acciones no son completas, claras y coherentes.

Una situación que se presenta es la poca comprensión de lo que quiere expresar el letrado a la hora de hacer el ejercicio jurídico. Entre los problemas más comunes se encuentran la redundancia, lo que significa que en un orden jurídico hay dos o más normas que prescriben las mismas soluciones para las mismas cosas (pueden estar en una misma ley o en diferentes leyes).

Los problemas lingüísticos que surgen en los escritos incoados ante los tribunales constitucionales comúnmente son los siguientes:

1. *La indeterminación semántica:* se presenta cuando las partes instanciadas no precisa u omite el alcance de sus pretensiones que utiliza en el cuerpo de su demanda.
2. *La indeterminación normativa:* aparece cuando no hay precepto legal que determine con precisión la norma aplicable al caso, dejando al aplicador de la ley que haga la respectiva determinación, con el auxilio de las motivaciones que buscan orientar la interpretación.
3. *La composición deóntica:* en este rubro se agrupan todos aquellos defectos provenientes de la imprecisión lógica al determinar la estructura de las normas y no dejar duda en el sentido del "deber ser" prescrito por el legislador.

4. *La ambigüedad y la vaguedad:* se presentan cuando los conceptos jurídicos se manejan en una ley o en un código, de manera indefinida o contradictoria.

Un caso jurídico carece de objeto porque el derecho no lo contempla. Las incoherencias existen cuando el aplicador no sabe qué hacer conforme a derecho.

Entre las tantas lagunas con las que se topan los magistrados a la hora de ponderar e interpretar encontramos las: *a)* normativas, que se presenta cuando existe un supuesto de hecho para el que no haya consecuencia jurídica; *b)* técnicas, que se presentan cuando falta una norma que es *conditio sine qua non* de la eficacia de otra norma; *c)* axiológicas (ideológica o deontológica), que se presentan cuando un supuesto de hecho está regulado de forma "insatisfecha", ya que "falta una norma justa" en el motivo que quiera darle sentido el intérprete; *d)* institucionales, que se presentan como complejo de instituciones, cuando desaparece una institución esencial para el funcionamiento del Estado.

2.2. La interpretación y principios rectores

El estudio de los principios, sobre los que discurre la interpretación de la Constitución o normas que integran el bloque de constitucionalidad, tiene esa vocación totalizante, aspira a la universalidad, pues busca trascender en el tiempo y en el espacio, de modo que pretende estar presente en todo ordenamiento jurídico.

La interpretación constitucional debe abarcar la Constitución en sus dos partes fundamentales, la dogmática y la orgánica, cada una con sus particularidades y objeto; pero con conciencia de la unidad de la Constitución, la primera en tanto regula derechos de los que los sujetos o individuos titulares, y la segunda, por cuanto se refiere a la organización, estructura, funciones y fundamento del Estado.

El criterio argumentativo traza un puente para que las fuentes del derecho se desplacen por la Constitución sin colisionar con esta, y las mismas, como herramientas, hacen que la perspectiva argumentativa constituya parte fundamental.

2.3. Concepto de principio de interpretación constitucional

Extraemos de la tesis del jurista y filósofo del derecho español Pérez Luño,[1] en esta materia específica, que los principios constituyen las directrices o pautas fundamentales que orientan la actividad hermenéutica o labor de interpretación; no son el producto de la invención o preferencias contingentes de los operadores jurídicos, sino referentes básicos que, de modo necesario, encauzan y orientan la interpretación del sistema constitucional. Al profundizar la definición dada, podemos decir que los principios son los que dirigen las pautas o líneas necesarias que orientan, de modo determinante y conforme a la razón, la interpretación constitucional, al borde de las definiciones subjetivas de cualquier naturaleza del intérprete. Así se confirma lo que hemos sostenido: la vocación universal, totalizante y trascendente de todo principio, al margen de toda concepción de aquel que la realiza, ya sea ideológica, religiosa, cultural, filosófica o jurídica.

III. Principios de interpretación constitucional

3.1. Principio de la unidad de la Constitución

El intérprete debe tomar en cuenta que la Constitución es un conjunto concordante, armónico y coherente, eliminando las contradicciones que se puedan suscitar; de ahí que el asunto no sea solo una cuestión lógico-axiomática, sino además axiológica,[2] donde la interpretación de cada norma, en particular, debe ser compatible con los principios y los valores fundamentales contenidos en la Carta Magna y en el que es un valor así considerado, sin que sea degradado en la escala de los mismos; cuando deba ceder, ceda ante otro que razonablemente permita dar la mejor solución a la cuestión a ser dilucidada. Por eso, hay que entender

[1] Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 6a. ed., Madrid, Tecnos, 1999, p. 283.

[2] *Ibidem*, p. 283.

este principio no como si su aplicación permitiere la superioridad jerárquica de unos preceptos sobre otros,[3] sino en el sentido que le otorga Madison en *The Federalist*, citado por Jorge Prats y Hoyos, con relación a la interpretación de la Constitución, al sostener: "cuando diversas partes del texto no pueden ser vistas en forma coincidente, la menos importante debe ceder a la parte más importante; el medio debe ser sacrificado al fin, más que el fin a los medios".

3.2. Principio de la concordancia práctica

Este principio está íntimamente relacionado con el principio de la unidad de la Constitución. Los bienes y los derechos constitucionalmente protegidos o establecidos deben ser ejercidos y aplicados de manera concordante, amparados de manera armoniosa, de modo que, cuando así lo exija la razonabilidad, un bien o derecho ceda ante otro; pero conservando su identidad y, más que su identidad, su valor, lo que se obtiene estableciendo los límites mínimos para su ejercicio y fijando su contenido esencial.

El intérprete de la Constitución frente al conflicto entre bienes o derechos constitucionalmente protegidos, en cada caso concreto, tiene que establecer prioridades, hacer el juicio de valor necesario para, conforme a la razón, establecer lo que la misma Constitución, de manera específica, generalmente no establece; aquel de cuál derecho o valor constitucional debe primar sobre otro u otros.

3.3. Principio de la corrección funcional

Este principio es el que obliga al órgano titular de la interpretación a no rebasar los límites de su competencia.[4] La funcionalidad o corrección funcional opera en dos planos diferentes: primero,

[3] Álvarez Conde, Enrique, *Curso de Derecho Constitucional*, 3a. ed., Madrid, Tecnos, 2000.

[4] Álvarez Conde, Enrique, *op. cit*., p. 174.

en un plano extrínseco,[5] la labor del intérprete le impone resolver los conflictos de competencia entre los órganos del Estado, de modo que no se pervierta el esquema de las funciones constitucionalmente establecidas; y, al mismo tiempo, se proyecta en el plano intrínseco[6] del intérprete, para impedirle rebasar el marco de sus funciones.

El intérprete de la Constitución tampoco puede asumir las funciones que no le son atribuidas por la ley fundamental o por la ley adjetiva, por ser de la capacidad competencial de otros órganos o poderes públicos, sin incurrir en la subversión del orden constitucional; por eso, algunos autores critican y no admiten la acción de inconstitucionalidad por omisión, porque con esta el Tribunal Constitucional usurpa funciones exclusivas del poder legislativo, asumiendo la función de legislar, al establecer lo normativamente no previsto. Así, se señala que controlar la inactividad del legislador pone en peligro el principio de la separación de poderes y que, bajo el principio de la supremacía de la Constitución, en la práctica, se produce una subrepticia consagración de la supremacía del Tribunal Constitucional.[7]

3.4. Principio de la eficacia integradora

La doctrina y la jurisprudencia constitucional consideran que existe una estrecha relación entre este principio —el de la unidad de la Constitución— y el de la concordancia práctica, y lo definen como aquel que ordena que la solución de los problemas jurídico-constitucionales se debe realizar dando preeminencia a los criterios que garanticen la integración política y social, reforzando la unidad política del Estado y de todos sus componentes. Este principio exige que la interpretación de la Constitución sea la vía racional, con el fin de alcanzar soluciones plurales, pero integradoras de los conflictos. Es lograr la unidad en la diversidad,

5 Pérez Luño, Antonio Enrique, *op. cit*., p. 283.

6 *Ibidem,* p. 284.

7 *Cfr.* Ruiz Miguel, Carlos, "Crítica a la llamada inconstitucionalidad por omisión", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 2, 2004, p. 174.

entendemos nosotros, y que solo se puede obtener si la interpretación de la norma constitucional y otras normas equivalentes se realiza de modo coherente y, por tanto, racional. Ello vuelve a destacar el rol preponderante del principio de razonabilidad en la aplicación de los demás principios que regulan y orientan la hermenéutica de la Constitución.

3.5. Principio de la fuerza normativa de la Constitución

Se define como aquel que ordena que en la solución de los problemas jurídico-constitucionales deben prevalecer las soluciones interpretativas que garanticen la eficacia óptima de la Constitución, al permitir su actualización y permanencia; por eso, Pérez Luño señala que este principio está íntimamente relacionado con aquel de la eficacia o de máxima efectividad de la Constitución.[8]

Para la interpretación de la Constitución, teniendo en cuenta su fuerza normativa, Hoyos, tomándolas de la doctrina y la jurisprudencia de Argentina, indica siete reglas que no deben ser ignoradas en su labor por el intérprete:

a) el fin de la Constitución es garantizar la libertad y la dignidad humana;
b) su interpretación se debe hacer con criterio amplio, liberal y práctico;
c) debe ser interpretada con sentido común y general, salvo que sea claro el sentido técnico-legal de la norma;
d) debe ser interpretada en su conjunto o como un todo;
e) hay que tomar en cuenta las situaciones sociales, económicas y políticas que existen al momento de la interpretación;
f) los privilegios y las excepciones se deben interpretar con criterio restrictivo, y
g) presumir la constitucionalidad de los actos públicos, siempre que puedan ser armonizados con la ley fundamental.

[8] Pérez Luño, Antonio Enrique, *op. cit.*, p. 284.

3.6. Principio de la máxima efectividad

Según la doctrina, este principio se define como aquel que dirige o encausa la interpretación hacia las opciones hermenéuticas que optimizan la eficiencia de las normas constitucionales, sin distorsionar su contenido.[9] De acuerdo con el principio de máxima efectividad, ante varias interpretaciones posibles, se debe optar por la que confiera mayor eficacia a la norma constitucional;[10] entonces, parte de la doctrina incide de modo especial en la interpretación de los derechos fundamentales. Autores como Arturo Hoyos lo designan como principio *favor libertatis*; otros, como Jorge Prats y Pérez Luño, lo designan como el principio *in dubio pro libertatis*. Para Arturo Hoyos, este principio es utilizado por la jurisprudencia constitucional panameña, y la doctrina en general considera que establece una opción a favor de la libertad individual como valor esencial del régimen democrático, como forma de gobierno, prevista en nuestros ordenamientos constitucionales.

El principio en cuestión establece una opción a favor de la libertad individual, pues consideramos que, de ser así, restringe o limita el fin perseguido por el principio comentado, cuando esa finalidad, como él mismo dice, es optimizar la efectividad constitucional, criterio que no es el que resulta de la tesis planteada, sobre todo por la jurisprudencia de diversos países en la materia, como la argentina, la alemana, la española y la panameña. Así, la opción del intérprete, orientado por este principio, va más allá de la libertad individual como derecho fundamental del individuo, para abarcar todos los derechos fundamentales, siendo la libertad individual uno de ellos. Por eso, la jurisprudencia constitucional española[11] lo concibe en el sentido de que la extensión de los derechos fundamentales, como derechos inherentes a la personalidad, exigen que las limitaciones a su ejercicio sean admisibles en la medida en que sean estrictamente indispensables, y para la Corte Suprema de Argentina significa que el fin último de la

9 *Idem*.

10 Jorge Prats, Eduardo, *Derecho constitucional*, Santo Domingo, Gaceta Judicial, 2003, vol. I, p. 260.

11 *Ibidem*, p. 261.

Constitución es la protección de los derechos constitucionales, como regla máxima de interpretación.

3.7. Principio de la Constitución como orden de valores

Este principio ha sido desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, junto a la del Consejo Constitucional francés, con la diferencia de que, mientras para los alemanes se trata de un orden de valores objetivos e independientes a la Constitución e incorporados a ella, de modo que la interpretación de la misma se debe hacer en compatibilidad con ese orden de valores,[12] para el sistema francés esos valores, más que tales, son principios que permiten hacer efectivos las libertades y los derechos constitucionalmente establecidos; pero apoyados en normas y principios de carácter constitucional; contrario a la tesis alemana, según la cual esos valores son independientes de la Constitución.[13]

3.8. Principio de razonabilidad

El principio de razonabilidad a partir de las consideraciones doctrinales, el cual es aplicable a la interpretación de toda norma, incluida la Constitución, podemos decir que es aquel que exige que al interpretar la norma se haga con espíritu de justicia, en función del interés colectivo, que aun protegiendo el interés particular, exige que toda limitación a los bienes y derechos que así resulte sea adecuada, en relación con los fines constitucionalmente legítimos, lo menos perjudicial a esos bienes y derechos, y que las ventajas superen los sacrificios, tanto respecto a los titulares de los derechos como para los ciudadanos en general, dentro del marco de los valores constitucionales.

La aplicación de este principio, de acuerdo con Asís Roig, implica la unión de tres principios derivados o subprincipios; pero nosotros preferimos denominarlos como los elementos constitu-

[12] *Ibidem,* pp. 256 y 257.

[13] *Ibidem,* p. 260.

tivos del mismo, los cuales son: la idoneidad, que significa que la limitación de los bienes y derechos afectados sean adecuados con un fin constitucionalmente legítimo; la necesidad, que implica que esa limitación idónea sea lo menos perjudicial a los derechos y bienes así limitados; y la ponderación o proporcionalidad (razonabilidad en sentido estricto), que exige que de la limitación idónea y necesaria de los derechos que así resulte, las ventajas sean superiores a los sacrificios, tanto respecto a los individuos como a la colectividad.

3.9. Principio de continuidad de la jurisprudencia constitucional

Este principio procura garantizar la seguridad jurídica en la interpretación constitucional, de modo que las sentencias dictadas en materia de interpretación de la Constitución y su aplicación constituyan entonces un elemento del bloque de constitucionalidad.

La aplicación de este principio obliga el análisis de la cosa juzgada constitucionalmente y determinar cuándo la misma tiene un carácter absoluto o relativo, pues de ese carácter depende que una decisión jurisdiccional o sentencia tenga la categoría de una norma o elemento del bloque de constitucionalidad y se imponga con carácter vinculante a todos, incluso al Estado, ya que la cuestión es controvertida, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina.

3.10. Principio de validez del argumento de autoridad

La doctrina y la jurisprudencia constitucional panameñas definen este principio como aquel por el cual, para la interpretación de la Constitución, se pueden tomar en cuenta las opiniones de los juristas en la materia para discernir el sentido de una norma constitucional.

La doctrina señalada considera, sin embargo, que este principio no es determinante; así, la Corte Suprema de Justicia de

Panamá, en sus sentencias de 3 de julio del 1991 y de 5 de abril del 1990, de acuerdo con Arturo Hoyos, ha tomado en cuenta, en el plano del derecho constitucional y del derecho procesal constitucional, las opiniones de juristas de ese país, como César Quintero, Jorge Fábregas, Carlos Bolívar Predreschi y del mismo Arturo Hoyos. La doctrina, al plantear este principio, señala que el mismo "no es determinante", pero no explica el contenido de tal expresión.

Haciendo un resumen significativo y tomando estos principales principios de la manera en que se debe interpretar la Constitución y a lo que tienen que estar atados los jueces a la hora de ponderar, se desprende la siguiente acepción tomada del jurista Guazzarotti:

La interpretación de orientación convencional surge, casi en ciernes, de la interpretación conforme a la Constitución, tomando un camino no muy alejado del que sigue la interpretación conforme al derecho comunitario (en relación con la legislación europea no *auto-ejecutable*).[14] Son técnicas que permiten al juez común entrar en contacto con jurisdicciones externas, que operan según principios y lógicas de funcionamiento que no son del todo superponibles a los del ordenamiento jurídico nacional.[15]

A todo esto, para que podamos demostrar cómo funciona la argumentación frente a la ponderación e interpretación de los tribunales constitucionales, he llegado a la conclusión de que tenemos que basarnos en una regla que consiste en establecimiento y desarrollo de cada uno de los principios que conforman el derecho constitucional, lo que se sujeta básicamente a uno de ellos, que es la racionalidad, y esto para que, llegada la hora de que el máximo tribunal dicte una sentencia jurisprudencial, lo haga a través de la aplicación de la norma, sin alejarse de los

---

[14] La oración núm. 190 de 2000. Sobre este punto véase Barbera, Augusto, "*Constitución de la República Italiana*", en *Enc. dir., Anales,* Milán, Giuffrè, vol. VIII, 2015, p. 323.

[15] *Cfr*. Guazzarotti, Andrea, "*Interpretación conforme al CEDH, proporcionalidad y adecuación: el derecho de propiedad*", en D'Amico, Marilisa y Randazzo, Barbara (eds.), *Interpretación conforme y técnicas argumentativas*, Actas de la conferencia de Milán celebrada el 6 y 7 de junio de 2008, Turín, Giappichelli, 2009, p. 162.

principios rectores a la hora de interpretarlos conjuntamente con los hechos, el derecho y la jurisprudencia.

En el proceso decisorio, la argumentación debe contener una exhaustiva tesis de nivel descriptivo y prescriptivo, para que este llegue al razonamiento del juez o jueces apoderados. La misma tampoco tiene un carácter cerrado, ya que existen diversas áreas del razonamiento del juez, constituidas básicamente por valoraciones de carácter axiológico y por elecciones discrecionales entre alternativas con una validez,[16] en las cuales no es posible detectar una forma lógica de razonamiento deductivo: esas áreas se encuentran ubicadas tanto dentro del procedimiento que lleva a la decisión como dentro del razonamiento justificativo que constituye la motivación. En este sentido, el objetivo que la teoría de la argumentación confronta con mayor eficacia es el modelo silogístico del juicio y de la motivación.

3.11. Los métodos de interpretación de los principios

Debemos tener cuidado y no confundir los principios de interpretación de la Constitución con los métodos orientados a esos fines. El jurista dominicano Eduardo Jorge Prats Ramírez establece que los métodos son los medios o instrumentos utilizados en la actividad interpretativa;[17] son las vías posibles, y los principios son los vectores que orientan los caminos que recorre el intérprete, conduciéndolo y dirigiéndolo. De este modo, los métodos están permeados o informados por los principios para dotarlos de la eficacia necesaria en la concreción de la norma interpretada. Todo lo anterior implica que entre los fines perseguidos por el operador, principalmente está aquel de precisar, en el orden práctico, el contenido de la norma, por lo general abstracta y vaga, para dotarla de su función integradora en el ordenamiento

[16] *Cfr.,* al respecto, Perelman, Chaïm, "Justice et justification. Le raisonnement juridique. Désaccord et rationalité des décisions", *Droit, morale et philosophie,* París, Biblioteca General de Derecho y Jurisprudencia, 1976, pp. 33 y ss.; 92 y ss., 103 y ss.

[17] Jorge Prats, Eduardo, *op. cit*., p. 254.

constitucional, como garantía del control de aplicación efectiva de la Constitución, para dar la solución correcta de y desde la Constitución y garantizar la defensa total del sistema constitucional. Los métodos de interpretación serían disfuncionales si ellos no son orientados por los principios en la materia.

3.12. La concurrencia de métodos y principios

En la enseñanza, y de manera específica en los métodos tradicionales propios del derecho privado, se cuestiona su validez de aplicación, en lo que a la interpretación de la Constitución se refiere. Así, se habla de que son insuficientes y por eso aparecen nuevos métodos de interpretación más específicos y efectivos a la hermenéutica constitucional; pero se arriba también, con relación a los últimos, a la misma conclusión, la inexistencia de esos métodos nuevos y a los fines perseguidos.

La interpretación jurídica y, en igual sentido, la interpretación constitucional, no son el resultado de la aplicación de un método único, sino del conglomerado de manera necesaria de distintos métodos entre sí.

El desconocimiento de estas afluencias necesarias, y en la forma indicada, explica el porqué de las conclusiones no satisfactorias a las que a veces se llega en la doctrina al abordar la cuestión; posición que refleja una especie de tabú en la Constitución que hay que romper.

Es por esa razón que la misma es producto de una errada formulación del problema, que se basa en pretender, por una parte, que cada método independientemente considerado es autosuficiente, ignorando y excluyendo también principios al respecto, producto de concepciones radicales y, por otro lado, ignorar que la Carta Magna, no obstante su carácter fundante como norma superior, es un conjunto de disposiciones que, en cuanto normas, son normas jurídicas, cuya génesis de origen y superior, siempre que ella no se desnaturalice, no le otorga un carácter especial y diferente a la de toda norma jurídica en general, a los fines de su interpretación.

IV. Argumentación, ponderación y conceptos

4.1. La argumentación y la teoría de la ponderación de Robert Alexy

Podemos considerar a la filosofía del derecho como un conjunto de respuestas, con cierto grado de interpretaciones, a una serie de cuestiones íntimamente relacionadas con el derecho. Cuando nos trasladamos a la historia, vemos que el derecho ha tomado un camino tripartito: primero, si es justa o injusta; segundo, si es válida o inválida, y tercero, si es eficaz o ineficaz. Estas acepciones han dado lugar a las corrientes del derecho conocidas como escuelas, entre las que podemos mencionar: la iusnaturalista, la positivista, la histórica, la sociológica y la realista.

"La ley es dura, pero es la ley", así reza el aforismo jurídico, y cuando se dice que la ley es igual para todos y que las herramientas del derecho están ahí para reclamar ante los tribunales, hasta cierto punto se ve fácil, pero nos preguntamos: ¿por qué hay buenas y malas decisiones judiciales? ¿Qué establece las condiciones para que un juez sea bueno o no? Bueno, el punto está en su capacidad para argumentar y ponderar, es decir, su aptitud para emanar correctas razones a favor y en contra de una forma de aplicar el derecho.

La teoría de la argumentación intenta situarse en un punto medio que parte de la posibilidad de un análisis racional de los procesos de argumentación, pero también reconoce las limitaciones que este análisis representa en el mundo del derecho. En todo caso, parece incuestionable que la justificación de las decisiones jurídicas, su racionalidad, representa una pieza clave de todo discurso práctico, como señala Toulmin, "si no hay un debate racional, se pasa a un debate de quién a quién". Robert Alexy, en su teoría de la fórmula del peso, establece que los conflictos deben ser resueltos implantando las reglas, si es que las hay.

La ponderación moral no puede realizarse tan solo con la finalidad de obtener soluciones a los conflictos morales, sino por la ponderación de los derechos constitucionales, si bien esta

ponderación incluye argumentos morales acerca de la intensidad de la violación dada. Tener solo una teoría moral no es suficiente, un buen abogado debe aplicar principios jurídicos, lo que no puede hacerse sin optimización. De esta manera, ponderar no es tomar cualquier decisión que uno prefiera: para todo existe una estructura racional de la ponderación, y esta estructura puede transformar cualquier conflicto en un problema matemático, dentro de la certeza del derecho. De acuerdo con una teoría adecuada de los derechos constitucionales, los conflictos ya no son trágicos.

4.2. Fórmula para aplicar el principio de proporcionalidad

Robert Alexy ha sido quien con mayor claridad y precisión ha expuesto la estructura de ponderación, y para esto él mismo ha creado un mecanismo interesante.

Para Alexy, se debe tener en cuenta tres elementos: la ley de la ponderación; la fórmula de peso, y las cargas de argumentación.

Con esta teoría aplicada por Robert Alexy, estamos frente a una formulación de variables que tienen que ser despejadas. El autor, con una asignación de valores, establece cómo debe el juez ejercer la ponderación a la hora de valorar cada situación, principio o derecho.

4.3. La ley de la ponderación

Este tema es especialmente extraído de la obra de Robert Alexy, ya que es uno de los autores que trata la ponderación y sus fundamentos, con el cual llegamos a una concertación y comprensión de todos y cada uno de los elementos necesarios para poder obtener una ponderación positiva.

Robert Alexy establece que “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”.

A su vez, dicho autor, siguiendo esta ley, divide la ponderación en tres pasos: en el primer paso se define el grado de la no satisfacción de uno de los principios; luego se define la importancia de la satisfacción que juega en sentido contrario y, finalmente, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.[18]

El derecho de uno termina cuando comienza el derecho del otro, la segunda variable es el llamado "peso abstracto". La variable del peso abstracto se basa en que, a pesar de que a veces los principios que entran en colisión tengan la misma jerarquía en razón de la fuente del derecho en que aparecen, en este caso los derechos fundamentales que están en la Constitución tienen la misma jerarquía normativa. En ocasiones uno puede tener una mayor importancia en abstracto, para poder ejercer la libertad, es necesario tener vida.[19]

Existe una tercera variable: la afectación de los principios en colisión pueden tener un distinto grado de certeza, y mayor o menor deberá ser el peso que se reconozca al respectivo principio. Por ejemplo, la afectación del derecho a la salud y a la vida deberá considerarse como intensa, si existe certeza de que morirá si no ingresa en el hospital.

La jerarquización de principios para llegar a una mayor comprensión de estos ha sido uno de los objetivos principales de Robert Alexy, que sin lugar a dudas explica la relevancia de cada principio, la funcionalidad de los mismos y la importancia de encasillarlos a la hora de colisionar.

La ponderación se convierte en una ley, ya que es el resultado del conflicto. La respuesta definitiva a las pretensiones de la parte es la decisión tomada por el tercero imparcial que toma los elementos proporcionados por los letrados.

---

18 *Cfr*. Alexy, Robert, "Ponderación, control de constitucionalidad y representación", trad. de René González de la Vega, *La Ley*, Buenos Aires, 9 de octubre de 2008, pp. 1 y 2.

19 *Cfr*. Alexy, Robert, "Discourse Theory and Fundamental Rights", en Menéndez, Agustín J. y Eriksen, Erik O. (eds.), *Fundamental Rights through Discourse. On Robert Alexy's Legal Theory, European and Theoretical Perspectives*, Oslo-Ámsterdam, Springer, 2004, pp. 40-44.

4.4. La fórmula del peso, según Robert Alexy

En el subtítulo anterior señalamos que el filósofo Alexy establece cómo debe aplicarse la fórmula de peso; ahora la presentamos para una mayor comprensión.

Esta fórmula expresa que el peso del principio Pi, en relación con el principio Pj, en las circunstancias del caso concreto, resulta del cociente entre el producto de la afectación del principio Pi, en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, por una parte, y el producto de la afectación del principio Pj, en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, por otra.[20]

Alexy otorga valores numéricos de acuerdo con los tres grados de escala tríadica: leve, medio, e intenso.

¿Es realmente eficaz una fórmula para la ponderación? Nuestro criterio personal es que sí, y también que no, ya que cada caso tiene su propio génesis y sus propios elementos. La ponderación con base en la jerarquización de derechos puede fallar a la hora de obviar algún elemento constitutivo de la acción. Es así que los jueces deben estar atados a lo planteado por los abogados en estrado y a lo plasmado en los escritos.

4.5. Las cargas de argumentación

Esto se aplica cuando se da un empate entre los valores que resultan de la fórmula de peso. En la *Teoría de los derechos fundamentales* se da la carga argumentativa a favor de la libertad jurídica y la igualdad jurídica; ningún principio opuesto a estas podría prevalecer sobre ellas, a menos que se argumenten "ra-

[20] Alexy asigna estos números siguiendo una secuencia geométrica *Ibidem*, pp. 49 y 50) y, en inglés, distingue las magnitudes como *serious* (s), *medium* (m) y *light* (l). Pero más tarde propone una "escala triádica doble": ll (1), lm (2), ls (3), ml (4), mm (5), ms (6), sl (7), sm (8), ss (9), para cubrir más posiciones entre "muy leve" y "extremadamente seria". La idea se presenta como una demostración de que es posible introducir mayores refinamientos en la escala (*ibidem*, p. 51).

zones más fuertes".[21] Lo anterior quiere decir que en la balanza equitativa el juez está atado íntimamente a los principios rectores de la libertad jurídica y la igualdad, y de ahí se desprende que el letrado tiene que argumentar de manera precisa cuáles derechos están siendo conculcados, y el magistrado concatena la verdad procesal, la verdad jurídica y el hecho, siendo esto el lazo causal.

En el *Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales,* Robert Alexy establece que en los casos de empate la decisión que se enjuicia aparece como "no desproporcionada" y, por ende, debe ser declarada constitucional. Tomando en cuenta que los empates jugarían a favor del acto que se enjuicia, jugarían a favor del legislador y del principio democrático en que se funda la competencia del Parlamento.[22]

Alexy tiene dos posturas de las cuales surge una contradicción, pero esta solo se presentaría cuando exista una colisión entre la libertad jurídica o la igualdad jurídica y otro principio diferente a ellas.

Diversas son las significaciones que se dan del concepto de lo que es un principio, pero en este estudio nos centraremos en aquellas que interesan de modo directo al tema que tratamos. Primero, definimos el principio como la razón fundamental sobre la cual se procede discurriendo en cualquier materia; también se define como las primeras proposiciones o verdades fundamentales en las que se funda el estudio de las ciencias.

De acuerdo con esas concepciones, los principios son los fundamentos racionales sobre los que se basa el análisis o estudio de todo objeto que interese al discurso de la razón para llegar a conclusiones válidas sobre él mismo. Ese objeto se puede referir al campo de la filosofía, pero también al de las ciencias. No vamos a entrar en la discusión respecto de si el derecho es o no ciencia, puesto que partiremos del presupuesto de que las ciencias jurídicas son una realidad o, al menos, de que el fenómeno jurídico

[21] *Cfr*. Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018.

[22] *Idem*.

es objeto de análisis racional y, como tal, tiene, a la vez, un objeto sobre el cual discurrir y que interesa a los principios, en el sentido en que retenemos la definición dada; pero sin desechar aquella del campo filosófico, en la medida en que lo jurídico interesa a este campo por su vocación totalizante; en una palabra, a la teoría del derecho.[23]

V. Conclusión

Queda a costas del letrado poder edificar y motivar al juez con cada método argumentativo posible, no dejando así la responsabilidad que tiene este de probar y llevar al juez al punto de poder interpretar con un criterio de respeto a los principios rectores. Por ello, bien reza el aforismo jurídico *Actori incumbit probatio.*

Por virtud de este latinismo, que también es un principio jurídico, el actor tiene la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la obligación, y si no la produce, pierde el pleito, aunque el demandado no pruebe nada.

A través de la argumentación jurídica es como logramos la formación de criterios que va a considerar el juez a la hora de interpretar el derecho, y tomar la decisión en el caso que se trate. Se extrae que los elementos argüidos por cualquier letrado vendrán conjuntamente con las pruebas.

Bibliografía

Alexy, Robert, "Discourse Theory and Fundamental Rights", en Menéndez, Agustín J. y Eriksen, Erik O. (eds.), *Fundamental Rights through Discourse. On Robert Alexy's Legal Theory, European and Theoretical Perspectives*, Oslo-Ámsterdam, Springer, 2004

Alexy, Robert, *La doble naturaleza del derecho,* Madrid, Trotta, 2016, p. 45.

[23] Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Alexy, Robert, "Ponderación, control de constitucionalidad y representación", trad. de René González de la Vega, *La Ley*, Buenos Aires, 9 de octubre de 2008.

Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018.

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Alonso Espinosa, Francisco José, "La doctrina de la argumentación insuficiente del 'daño directo' como ratio de la desestimación de la acción individual de responsabilidad civil contra el administrador (notas críticas)", *Revista Lex Mercatoria*, núm. 14, 2020.

Álvarez Conde, Enrique, *Curso de Derecho Constitucional*, 3a. ed., Madrid, Tecnos, 2000.

Barbera, Augusto, "Constitución de la República Italiana", en *Enc. dir., Anales,* Milán, Giuffrè, vol. VIII, 2015.

Chalen Escalante, Enrique y Rodríguez Bazurto, Liseth Lilibeth, *Argumentación jurídica sobre los daños y perjuicios civiles en el proceso penal*, Quevedo, Universidad Técnica Estatal de Quevedo, 2015.

Flores, María Sandra, *Interpretación constitucional*, Córdoba, Editorial Mediterránea, 2006, pp. 141 y 142.

Guazzarotti, Andrea, "Interpretación conforme al CEDH, proporcionalidad y adecuación: el derecho de propiedad", en D'Amico, Marilisa y Randazzo, Barbara (eds.), *Interpretación conforme y técnicas argumentativas*, Actas de la conferencia de Milán celebrada el 6 y 7 de junio de 2008, Turín, Giappichelli, 2009.

Ibáñez, Perfecto Andrés y Alexy, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, IIJ-UNAM, 2006.

Jorge Prats, Eduardo, *Derecho constitucional*, Santo Domingo, Gaceta Judicial, 2003, vol. I.

Mariscal Rivera, Moisés Pablo, "Aplicación del test proporcionalidad en la argumentación de las resoluciones judiciales en

el ámbito del derecho civil", *Revista de Derecho*, Universidad Nacional del Altiplano de Puno, 2019.

Masapanta, Christian y Guerrero, Estefanía, *La ponderación como método de interpretación idóneo para la protección de derechos constitucionales*, Universidades de Especialidades Espíritu Santo, 13 de enero de 2019.

Moreso, José Juan y Vilajosana Josep María, *Introducción a la teoría del derecho,* Madrid, Marcial Pons, 2004.

Perelman, Chaïm, "Justice et justification. Le raisonnement juridique. Désaccord et rationalité des décisions", *Droit, morale et philosophie,* París, Biblioteca General de Derecho y Jurisprudencia, 1976.

Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 6a. ed., Madrid, Tecnos, 1999.

Pina, Rafael de y Castillo Larrañaga, José, *Instituciones de derecho procesal civil*, 29a. ed., México, Porrúa, 2007.

Ruiz Miguel, Carlos, "Crítica a la llamada inconstitucionalidad por omisión", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 2, 2004.

Taruffo, Michele, *La motivación de la sentencia Civil*, trad. de Lorenzo Córdova Vianello, México, TEPJF, 2006.

Tavares, Froilán J. R. y Tavares, Margarita, *Elementos de derecho procesal civil dominicano*, 8a. ed., Santo Domingo, Tiempo, 1995.

Vásquez Correa, Domingo Rafael; Acota de los Santos, Hermógenes y Gil, Domingo, *Interpretación constitucional*, Santo Domingo, Escuela Nacional de la Judicatura, 2020.

La legitimación de los jueces constitucionales en México: el nombramiento de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Francisco Ramos Quiroz

Sumario: I. Introducción. II. El nombramiento de los ministros de la Corte en el siglo xix. III. La Constitución de 1917 y la Corte independiente. IV. El sometimiento de la Corte y la contrarreforma de 1928. V. La reforma constitucional de 1994 y el avance en la legitimidad de los jueces constitucionales. Bibliografía.

I. Introducción

El presente trabajo se enmarca en el contexto de las discusiones teóricas sobre la legitimación de los jueces constitucionales que, a diferencia de los poderes legislativos o parlamentos, no gozan de una legitimidad democrática, sino que encuentran esta a través de otros elementos, como la aceptación de sus resoluciones y la forma en que estas son percibidas por la comunidad, o en otros aspectos más formales relacionados con el respeto de los principios establecidos en la propia Constitución, como son la independencia judicial y la imparcialidad. Justo ahí surge el tema del presente trabajo, que se encamina al análisis de la forma en que son nombrados los jueces constitucionales en México, pues este es un elemento muy importante que influye directamente en el quehacer de los mismos y también tiene impacto en la forma en que estos se perciben por la sociedad.

Un primer elemento que resulta indispensable precisar es que, en el caso mexicano, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Corte) es considerada el tribunal constitucional desde hace algunos años. Un tribunal constitucional, en palabras de Louis Favoreu, es: "una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de este como de los poderes públicos".[1] Aunque el propio Favoreu destaca la existencia de tribunales constitucionales en sentido material, que son aquellos que realizan las mismas funciones, pero pertenecen al poder judicial, que es justamente el caso de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pues, además de algunas otras funciones, su tarea principal es conocer y resolver los asuntos relacionados con la restauración del imperio de la Constitución cuando esta ha sido vulnerada, aunque forma parte y es la cabeza del Poder Judicial de la Federación.

Para justificar aún más el carácter de tribunal constitucional de la Corte mexicana, también podemos acudir al concepto de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, quien define los tribunales constitucionales de una manera más amplia, al entenderlos como: "los altos órganos judiciales o jurisdiccionales situados dentro o fuera del poder judicial, independientemente de su denominación, cuya función material esencialmente consista en la resolución de los litigios o conflictos derivados de la interpretación o aplicación directa de la normativa constitucional".[2] De modo que, en el caso mexicano, la Corte forma parte del poder judicial, pero su función material consiste en resolver los conflictos relacionados con la aplicación directa de la norma constitucional, por lo que es, sin lugar a dudas, un tribunal constitucional.

El presente trabajo se divide en cuatro partes: una primera destinada al estudio de las formas de nombramiento de los ministros de la Suprema Corte de Justicia durante el siglo XIX, a manera de antecedente y para identificar cuáles fueron las prin-

1 Favoreu, Louis, *Los tribunales constitucionales*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 13.

2 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "*Los tribunales constitucionales y la Suprema Corte de Justicia*", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, 2001, p. 243.

cipales discusiones al respecto, pues fueron varios los sistemas aplicados, desde el nombramiento realizado por los legisladores hasta la elección directa de los ministros por voto popular. Posteriormente se analiza la forma en que quedó integrada la Corte en la Constitución de 1917, cuando el espíritu del Constituyente se impuso y se obtuvo como resultado una Corte fuerte e independiente. En tercer lugar, se revisa la reforma constitucional de 1928 que modificó sobremanera la estructura de la Corte y, de forma específica, la sometió completamente al poder ejecutivo. Finalmente, se estudia brevemente la reforma de 1994, que concretó la transformación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en un tribunal constitucional y con la cual se avanzó en la forma de nombrar a sus miembros, pues se estableció un mecanismo en el que participan tanto el poder ejecutivo como el legislativo, a través del Senado, que, si bien aún presenta áreas de oportunidad, no deja de ser un gran avance en la materia.

II. El nombramiento de los ministros de la Corte en el siglo xix

El siglo xix mexicano estuvo marcado en su mayor parte por la inestabilidad política que derivó en el establecimiento de varias constituciones que tuvieron vigencia por periodos muy breves. Si bien durante las primeras experiencias constitucionales la Corte Suprema de Justicia no realizaba mayores atribuciones en materia de justicia constitucional, por lo que sus integrantes aún no se podrían considerar jueces constitucionales *stricto sensu*, resulta importante revisar brevemente cómo operó el nombramiento de sus miembros en esos contextos, pues algunas de las discusiones que se presentaron siguieron vigentes y ello nos ayudará a entender el contexto en que se llegó a la Constitución que todavía nos rige y que se elaboró a principios del siglo pasado.

En términos generales, la justicia ha sido un tema de suma importancia en cualquier sociedad, desde la Antigüedad hasta nuestros días. El propio san Agustín, desde el siglo v d. C. se refirió a la misma de manera contundente, al asentar que "Sin la virtud de la justicia, ¿qué son los reinos sino unos execrables

latrocinios?".[3] De tal modo, en el México recién independizado hubo mucha discusión sobre la forma en que deberían nombrarse los ministros de la entonces Corte Suprema de Justicia, prevista en el primer texto constitucional, promulgado en 1824, bajo el título de Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos. En dicha Constitución, al igual que en todas las que le siguieron, se establecieron tres poderes bajo la fórmula clásica de ejecutivo, legislativo y judicial. Con relación al poder judicial, en 1824 se previó que el nombramiento de los miembros de la Corte se realizaría por parte de las legislaturas de los estados,[4] mismas que mediante votación prepararían una lista y la enviarían al Congreso general para validar los votos y declarar ganadores a los que obtuvieran la mayoría de entre las listas de todos los estados de la República.

En 1835 el sistema federal dejó de tener vigencia y fue sustituido por un régimen centralista que estuvo regulado en un primer momento por la Siete Leyes Constitucionales de 1836.[5] En esta nueva experiencia constitucional operó un cambio importante en el proceso de selección de los ministros, pues, de ser electos en 1824 por las legislaturas de los estados, en la Quinta Ley Constitucional de 1836 se estableció que el sistema de nombramiento de los miembros de la Corte Suprema sería mediante participación de los tres poderes centrales, quienes prepararían ternas que enviarían al Congreso, el cual elegiría a tres de los individuos propuestos, para luego mandar dicha terna a las juntas departamentales, que eran una especie de legislador local, en donde se elegía por medio de su votación al nuevo miembro de la Corte Suprema de Justicia.

Luego de la Revolución de Ayutla, se expidió la Constitución Federal de 1857, siendo la más longeva del siglo XIX, pues estuvo vigente hasta que México vivió la Revolución mexicana, que daría origen a un nuevo pacto social. La Constitución de 1857 es-

[3] San Agustín, *La ciudad de Dios*, México, Porrúa, 2008, p. 97.

[4] Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, art. 127.

[5] Posteriormente hubo otro documento constitucional de corte centralista en 1843, denominado Bases Orgánicas de la República Mexicana, que estuvo vigente hasta 1847.

tableció una novedad con relación a todas sus antecesoras, pues, por primera y única ocasión, el nombramiento de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se realizaría a través de elección popular indirecta en primer grado, pues en ese sentido el artículo 92 del texto constitucional establecía: "Cada uno de los individuos de la Suprema Corte de Justicia durará en su encargo seis años, y su elección será indirecta en primer grado, en los términos que disponga la ley".

Durante las discusiones en el Congreso Constituyente de 1856-1857 se escucharon diferentes voces, ya que había dudas sobre la pertinencia de establecer la elección indirecta de los ministros de la Corte; no obstante, también se escucharon voces a favor; por ejemplo, encontramos una de las participaciones del diputado Francisco Zarco, quien refirió lo siguiente en la sesión de 23 de octubre de 1856: "No hay que temer que, aprobado el artículo, la Corte sea invadida por leguleyos y charlatanes y queden excluidos los jurisconsultos. No, el pueblo elegirá entre los abogados más dignos y más honrados, entre los hombres íntegros, que son la gloria de nuestro foro por su rectitud y su fama inmaculada. No hay que desconfiar tanto del pueblo".[6] A pesar de las opiniones en contra, la elección popular logró la mayoría y los diputados optaron por aprobar el nombramiento de ministros por vía de elección popular.

El sistema de elección de los ministros de la Corte establecido en esta Constitución no quedó libre de críticas por parte de algunos intelectuales, entre los que podemos citar a Emilio Rabasa, quien se refirió a la forma de nombrar ministros mediante sufragio de la siguiente forma: "La teoría la reprueba, porque la elección popular no es para hacer buenos nombramientos, sino para llevar a los poderes públicos funcionarios que representen la voluntad de las mayorías, y los magistrados no pueden, sin prostituir la justicia, ser representantes de nadie, ni expresar ni seguir voluntad ajena ni propia".[7] No obstante, este peculiar sis-

[6] Zarco, Francisco, *Crónica del Congreso extraordinario constituyente 1856-1857,* México, El Colegio de México, 1957, p. 713.

[7] Rabasa, Emilio, *La Constitución y la dictadura, estudio sobre la organización política de México*, México, Porrúa, 2006, p. 196.

tema para elegir a los ministros de la Corte se mantuvo vigente hasta principios del siglo xx, pues el artículo 92 de la Constitución de 1857 no sufrió reformas.

III. La Constitución de 1917 y la Corte independiente

La Revolución mexicana de 1910 trajo como resultado un nuevo texto constitucional, mismo que sigue vigente y en cuyas discusiones se abonó, con especial relevancia, lo relativo al poder judicial, concretamente la forma de elección de sus miembros, pues la experiencia previa del nombramiento por voto de la ciudadanía parecía haber mostrado funestos resultados y las críticas eran constantes, al haber una opinión generalizada en el sentido de que la judicatura estaba completamente supeditada al poder ejecutivo. Así lo refirió Francisco I. Madero en el Plan de San Luis, con el que inició formalmente la Revolución:

> Tanto el poder Legislativo como el Judicial, están completamente supeditados al Ejecutivo; la división de poderes, la soberanía de los Estados, la libertad de los Ayuntamientos, y los derechos del ciudadano, solo existen escritos en nuestra Carta Magna [...] la justicia, en vez de impartir su protección al débil, solo sirve para legalizar los despojos que comete el fuerte; los jueces, en vez de ser los representantes de la justicia, son agentes del Ejecutivo, cuyos intereses sirven fielmente.[8]

La crítica al poder judicial resulta muy significativa si tomamos en cuenta que durante los movimientos del siglo xix era normal que la judicatura fuera respetada, ya que, regularmente, los conflictos eran contra los poderes legislativo y ejecutivo, pero en esta ocasión se incluyó al judicial, respecto del cual había un descontento en varios sectores de la sociedad, pues se le consideraba una institución al servicio del presidente de la República, lo cual desembocaría en una nueva forma de nombramiento de sus miembros, completamente diferente.

[8] "Plan de San Luis Potosí", en Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-2005*, México, Porrúa, 2005, pp. 732 y 733.

Durante el desarrollo de la Revolución mexicana, el propio Venustiano Carranza se pronunció a favor de un poder judicial independiente, inclusive, esta idea había sido parte de su programa desde sus primeras experiencias políticas en Coahuila,[9] donde fue gobernador, pero ya durante el movimiento revolucionario llegó a referirse a la necesidad de lograr una verdadera independencia del poder judicial, tanto federal como en los estados, por lo que en las Adiciones al Plan de Guadalupe,[10] de finales de 1914, en el artículo 2 hizo referencia a la necesidad de sentar las: "[...] bases para un nuevo sistema de organización del poder Judicial independiente, tanto en la federación como en los estados [...]".[11] De este modo, la problemática no había sido ajena al movimiento.

Una vez que el Ejército Constitucionalista triunfó en los campos de batalla, Venustiano Carranza convocó a un Congreso Constituyente, mismo que se reunió a finales de 1916. En esta nueva etapa había retos importantes, mismos que tuvieron que ser atendidos por el Constituyente de 1916-1917, entre los cuales figuró el de establecer un poder judicial de la Federación con un alto grado de independencia respecto del poder ejecutivo, pues todavía pesaba en la memoria de los constituyentes la experiencia del porfiriato[12] y la idea de una sujeción absoluta de la judicatura a los intereses del presidente de la República.

El Congreso Constituyente se reunió en Querétaro y comenzó sus labores el 21 de noviembre de 1916. Venustiano Carranza entregó al Congreso el 1 de diciembre su proyecto de Constitución, mismo que debería ser discutido en los meses siguientes.

---

9 Krauze, Enrique, *Puente entre siglos. Venustiano Carranza*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987, p. 16.

10 El Plan de Guadalupe, de 26 de marzo de 1913, fue el documento con el que inició formalmente la segunda etapa de la Revolución mexicana, esto es, la etapa constitucionalista, luego del asesinato del presidente Madero.

11 Adiciones al Plan de Guadalupe presentadas en Veracruz el 12 de diciembre de 1914, art. 2, *http://www.constitucion1917.gob.mx/work/models/Constitucion1917/Resource/494/1/images/rev_const-47.pdf*

12 El término "porfiriato" hace referencia al periodo al frente del poder ejecutivo del general Porfirio Díaz, mismo que se prolongó de 1876 a 1911, siendo el periodo presidencial más largo en la historia de México y que terminó con el inicio de la Revolución mexicana.

Por lo que respecta al poder judicial, se estableció en el proyecto presentado por Carranza que la Suprema Corte de Justicia se integraría por nueve ministros, que durarían cuatro años en el cargo, siendo nombrados por el Congreso de la Unión en funciones de colegio electoral.[13] Estos son los ejes sobre los cuales tendría que desarrollarse la discusión respecto del poder judicial.

Al interior del Congreso, el tema de la judicatura se encomendó a la Segunda Comisión de Constitución, que estaba integrada por los diputados Paulino Machorro y Narváez, Heriberto Jara, Agustín Garza González, Arturo Méndez e Hilario Medina.[14] Esta comisión, que presentaba equilibrio entre moderados y jacobinos,[15] realizó algunos cambios al proyecto presentado por Carranza, por lo que aumentó el número de ministros, de nueve a 11, siendo la siguiente la razón expresada por la Segunda Comisión: "El número de ministros de la Corte se fijó en once, por parecer este número el más conveniente para conciliar las necesidades de la resolución por un número de magistrados que no sea exiguo, con las consideraciones de economía y de expedición en el despacho [...]".[16]

Por otra parte, a diferencia de los cuatro años de duración en el cargo de ministro de la Suprema Corte de Justicia que propuso Carranza, en el nuevo proyecto de la Segunda Comisión se incorporó el principio de inamovilidad del poder judicial, según el cual, a partir de 1921, los ministros de la Suprema Corte, magistrados de circuito y los jueces de distrito no podrían ser removidos mientras observaran buena conducta y, solamente en caso contrario, debería llevarse a cabo el juicio de responsabilidad respectivo a fin de poder destituirlos. Con este nuevo principio de inamovilidad judicial se buscaba integrar un órgano judicial más fuerte e independiente, pues a partir de su creación durarían cuatro años,

13 "Proyecto de Constitución presentado por el Primer Jefe al Congreso Constituyente", en Tena Ramírez, Felipe, *op. cit.*, pp. 789 y 790.

14 AA. VV., *Diario de los Debates del Congreso Constituyente 1916-1917*, México, INEHRM-IIJ-UNAM-SEP, 2014, t. I, p. 915.

15 Hernández Martínez, María del Pilar, *El poder judicial federal en México. Dimensión histórica e institucional en los debates de 1917*, México, Poder Judicial de la Federación, 2016, p. 8.

16 AA. VV., *op. cit.*, t. II, p. 570.

es decir, de 1917 a 1921, y, a partir de esta fecha, los ministros nombrados serían inamovibles. Las razones que argumentó la comisión fueron, por un lado, que el principio de inamovilidad del poder judicial garantiza su independencia, así como una buena administración de justicia y, por otro, que los próximos cuatro años serían un periodo de prueba para los ministros y así poder llegar a nombrar un poder judicial completamente inamovible.[17]

De modo que la discusión sobre la propuesta de artículos de la Constitución relativos al poder judicial giraría en torno a dos temas principales: la inamovilidad de los ministros de la Corte y la forma de nombramiento de sus integrantes, con especial referencia en la participación del poder ejecutivo en el mismo. Sobre el primero de los temas, el Congreso fue bastante crítico con el proyecto presentado, por ejemplo, el diputado José M. Truchuelo se refirió a la inamovilidad del poder judicial, sobre la cual cuestionó: "¿cómo puede establecerse en México la inamovilidad judicial cuando no tenemos ni siquiera un colegio de abogados que nos indique cuáles son los verdaderos jurisconsultos; cuando no tenemos ni jurisprudencia establecida, cuando no hay absolutamente ninguna carrera judicial, cuando la jurisprudencia de Querétaro es distinta a la jurisprudencia de Guadalajara y a la de cualquier otro estado de la República, cuando no hay ni siquiera uniformidad?".[18] En lugar de la inamovilidad judicial, el diputado Truchuelo propuso aumentar la duración de los ministros de la Corte de cuatro a ocho años.

Sobre el nombramiento de los miembros de la Corte, el mismo diputado se manifestó en el sentido de que esta, en vez de ser llevada a cabo por las cámaras de diputados y senadores, fuera por voto popular y que el número de magistrados fuera de uno por cada entidad federativa. Por su parte, el diputado Fernando Lizardi respondió a Truchuelo, argumentando que al ser un número tan grande de ministros la Corte sería una asamblea política y los tribunales, en cambio, deben ser poco numerosos para perder el carácter político.[19]

---

17 *Idem*.

18 *Ibidem*, pp. 705 y 706.

19 *Ibidem*, pp. 707 y 708.

El diputado Rafael Martínez de Escobar resaltó la importancia del poder judicial y señaló que, a pesar de que la función de la Corte es eminentemente política, el origen de esta no debía serlo, por lo que, con una postura muy crítica y radical, se manifestó en contra de la elección popular y de la intervención del ejecutivo en el nombramiento. Propuso imitar en ese sentido a otras naciones como Bolivia, en donde los ministros se nombraban por parte de la Cámara de Diputados, a partir de una terna del Senado. De manera enfática manifestó su inconformidad por la participación del ejecutivo en el nombramiento de los ministros de la Corte, al señalar que, si no se garantizaba la independencia, se estaría haciendo un gobierno dictatorial.[20]

El presidente de la Segunda Comisión de Constitución, el diputado Paulino Machorro y Narváez, salió en defensa del proyecto y señaló que la función del magistrado es diversa de la del diputado o senador, en virtud de que el magistrado no representa a nadie, pues únicamente se elige a quien se considera poseedor de ciertas cualidades para ejercer el cargo. Sobre la elección popular de los ministros de la Suprema Corte, señaló que los electores, al no tener conocimiento de las personas, acudirían a pedir el consejo a otros, por lo que en las poblaciones pequeñas, que son la mayoría de los votos, el consejo lo darían los tinterillos,[21] siendo estos los que elegirían en realidad a los ministros.[22] Sobre la participación del ejecutivo en el nombramiento de los ministros, explicó que con ello se favorecía la búsqueda del equilibrio de un poder con otro, además de que podría ser útil que el ejecutivo presentara alguna candidatura, sin que el Congreso estuviera obligado a votarla.[23]

El proyecto se retiró para ser corregido y una vez que se volvió a presentar se llevó a cabo la votación sobre los artículos dis-

20 *Ibidem*, pp. 720 y 721.

21 El término "tinterillo" se utilizaba para referirse de forma peyorativa a aquellas personas que se dedicaban a resolver asuntos jurídicos o litigios, pero sin haber realizado los estudios correspondientes o que, habiéndolos realizado, no contaban con el título respectivo.

22 AA. VV., *op. cit*., t. II, p. 728.

23 *Ibidem*, pp. 728 y 729.

cutidos que guardaban relación con el poder judicial, los cuales fueron aprobados la noche del domingo 21 de enero de 1917, por una mayoría casi absoluta de los participantes, pues, en lo general, los artículos relativos a la judicatura se aprobaron por los 150 diputados presentes.

El 5 de febrero de 1917 fue promulgada la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, iniciando con ello una nueva etapa en nuestra historia constitucional. Sobre la organización del poder judicial, el nuevo texto estableció en su artículo 94 que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se compondrá de 11 ministros y funcionará siempre en pleno, y los ministros designados a partir de 1923 solo podrán ser removidos cuando observen mala conducta previo el juicio de responsabilidad respectivo.[24] Así, los ministros electos a partir de 1917 durarían dos años en el cargo, es decir, hasta 1919; posteriormente, los que resultaran electos para el periodo siguiente durarían cuatro años. Esto era hasta 1923 y, a partir de esa fecha, los nuevos ministros designados serían inamovibles.

Con relación a la forma de nombramiento de los ministros de la Corte, el artículo 96 de la Constitución estableció que serán electos por el Congreso de la Unión en funciones de Colegio Electoral, realizándose la elección en escrutinio secreto y por mayoría absoluta de votos de entre los candidatos previamente propuestos por las legislaturas de los estados, siendo propuesto uno por cada estado de la federación,[25] de modo que se optó por una elección indirecta a cargo del Congreso de la Unión.

Es de destacarse que se eliminó totalmente la intervención del ejecutivo, pues, como pudo observarse en los debates del Congreso Constituyente, la mayoría de diputados se mostraban reacios a la participación del presidente de la República en el nombramiento de los miembros del alto tribunal. De esta forma, el nuevo orden constitucional estableció una Suprema Corte electa por el Congreso de la Unión a propuesta de las legislaturas

[24] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que reforma la de 5 de febrero de 1857, *Diario Oficial de la Federación*, Cuarta Época, t. V, núm. 30, 5 de febrero de 1917, p. 156.

[25] *Idem*.

de los estados, sin participación alguna del ejecutivo. En conclusión, se estableció una Corte fuerte e independiente.

IV. El sometimiento de la Corte y la contrarreforma de 1928

En poco más de 10 años, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 sufrió una modificación en lo que a la Suprema Corte de Justicia respecta, que bien podría entenderse como una auténtica contrarreforma, pues dio marcha atrás a los avances que se habían logrado en la materia y, por el contrario, trajo como resultado una Corte completamente subordinada al poder ejecutivo, inclusive de una forma más marcada que en las experiencias del siglo xix.

La propuesta fue presentada por Álvaro Obregón en 1928 y entre los cambios que se proponían en el proyecto figuraban: *i)* aumentar el número de ministros de la Suprema Corte a 16; *ii)* modificar el funcionamiento de dicho órgano que, conforme a la Constitución, únicamente funcionaba en pleno, pues mediante el proyecto se estableció que la Corte funcionara en pleno y en salas; *iii)* propuso que los nombramientos de los ministros fueran hechos por el presidente de la República con la aprobación del Senado; *iv)* otro cambio importante era la facultad que se otorgaba al presidente de la República de pedir ante la Cámara de Diputados la destitución de los ministros de la Corte por mala conducta.

En la exposición de motivos del proyecto, Obregón se refirió a la frecuencia con que ciudadanos que habían observado buena conducta, al momento de llegar a ocupar un puesto público, cambian su manera de actuar tras los halagos y oportunidades que dichos puestos llevan aparejados. Además, señalaba que esto era facilitado cuando los funcionarios estaban asegurados por una impunidad previa, refiriéndose a la inamovilidad. Para fundamentar su propuesta de otorgar facultades al ejecutivo para solicitar a las cámaras la destitución de algún ministro de la Suprema Corte, Obregón argumentó que cuando un funcionario sabe que si no sirve con honestidad y eficiencia y puede sufrir el castigo

siendo despojado del cargo, ello constituye una garantía para su mejor funcionamiento.[26]

En torno a la participación del ejecutivo en la elección de los ministros, señalaba que cuando los hombres actúan en grupo pierden gran parte de su noción de responsabilidad y que, a la hora de debatir, suelen regirse más por su pasión que por la inteligencia, por lo cual resultaba difícil, por parte del Congreso de la Unión, realizar una buena elección de los ministros de la Corte. En cambio, afirmaba que la designación hecha por el presidente pone la garantía del vivo sentimiento de su responsabilidad y, en cierto modo, se solidariza con la conducta del funcionario.[27]

Con relación a la forma de trabajar de la Corte, que de acuerdo con la Constitución debía ser únicamente en pleno, el expresidente Obregón se refirió a la lamentable deficiencia en la organización de la justicia que significaba la incapacidad física de la Suprema Corte para resolver todos sus asuntos, pues debía trabajar siempre en pleno. En atención a ello, propuso que se dividiera en salas y trabajara, de acuerdo con sus diferentes funciones, en pleno y en salas. Trabajaría en salas cuando fungiera como órgano revisor de sentencias de los tribunales inferiores y en pleno cuando funcionara como poder político. También se propuso el aumento en el número de ministros, de 11 que establecía la Constitución a 16 que señalaba el proyecto. Con este aumento se podrían integrar cada una de las salas con cinco ministros y el presidente de la Suprema Corte no integraría ninguna. En ese sentido, las salas conocerían de diferentes materias, destinándose una a lo civil, otra a lo penal y una más a lo administrativo.

Dentro de los trabajos de la Cámara de Diputados en torno a la reforma se llevó a cabo el debate respectivo y el diputado Alberto Oviedo Mota se pronunció en contra de la inamovilidad de los ministros y totalmente a favor del proyecto, por lo que

[26] Proyecto de reformas constitucionales presentado por Álvaro Obregón de 18 de abril de 1928, *Diario de los Debates de la XXXII Legislatura*, 14 de mayo de 1928, p. 5.

[27] *Idem*.

equiparó la inamovilidad con las aguas estancadas de un pantano que entre menos se mueven más se corrompen.[28]

Vicente Lombardo Toledano participó en el debate y se pronunció en contra de la facultad del ejecutivo de nombrar a los ministros de la Corte, pues, en su opinión, el señalamiento hecho en el proyecto sobre que es el Senado el órgano al cual compete decir si acepta o no el nombramiento hecho por el presidente es solo un paliativo del fondo mismo de las cosas, pues, en realidad, aunque el Senado se negara a aceptar el nombramiento, el ejecutivo podría realizar otro nombramiento, y si de nuevo era rechazado por el Senado, ese candidato a ministro pasaría automáticamente a ocupar el cargo con el carácter de provisional hasta que en un próximo periodo de sesiones se volviera a realizar el procedimiento. Por ello, Lombardo Toledano expresó: "El presidente de la República, pues, nombra a los ministros de la Corte y esto significa un rompimiento de la teoría de la organización constitucional en México y al propio tiempo un rompimiento no solo de la teoría sino de la realidad desde el punto de vista del funcionamiento democrático".[29]

El diputado Antonio Díaz Soto y Gama respondió a Lombardo Toledano y manifestó que la reforma significaba la forma de mejorar la administración de justicia. Sobre la inamovilidad se manifestó en el sentido de que la inamovilidad quiere decir impunidad, y el remedio sería que en esos casos el presidente llevara al funcionario ante el jurado de conciencia formado por los representantes del pueblo.[30]

El proyecto fue aprobado por las cámaras y luego de haber cumplido con los requisitos establecidos por la Constitución, tales como lograr la aceptación de la mayoría de las legislaturas de los estados, se ordenó su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*, en donde apareció el 20 de agosto de 1928.[31]

---

28 *Diario de los Debates de la XXXII Legislatura*, Cámara de Diputados, México, 18 de mayo de 1928, p. 9.

29 *Ibidem*, p. 11.

30 *Ibidem*, p. 19.

31 Sobre esta reforma puede verse Zaraus López, Héctor L., Álvaro Obregón y la reforma a la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el año de 1928, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2016.

Finalmente, el proyecto de Obregón había prosperado y, con ello, operaba un importante cambio en la administración de justicia federal y, más específicamente, en la Suprema Corte de Justicia. En ese sentido, el texto constitucional se modificó para aumentar el número de ministros a 16 y se estableció el sistema de salas, por lo que ahora la Corte trabajaría de dos formas: en tribunal pleno, es decir, todos los ministros reunidos, y en salas, mismas que estarían integradas por cinco ministros. Mediante este cambio se buscaba la plena efectividad del alto tribunal, cuya carga de trabajo era bastante.

Uno de los aspectos más importantes de esta reforma constitucional fue el sistema para designar a los ministros de la Suprema Corte. Ahora sería el poder ejecutivo el encargado de nombrar a los miembros de la Corte y el Senado únicamente debería manifestar su aprobación. Además, el artículo 111 estableció la facultad del presidente de la República para pedir a la Cámara de Diputados la destitución de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con lo que esta quedó aún más subordinada al poder ejecutivo, pues, además de que este era el encargado de nombrar a sus integrantes, podía también solicitar a la Cámara de Diputados la destitución por mala conducta de alguno de sus miembros, aunque no se definió en qué consistía la mala conducta, además de resultar inadecuado que el titular de un poder pudiera solicitar discrecionalmente la destitución de los integrantes de otro poder, sin que se estableciera reciprocidad al respecto. Algo que llama la atención de este procedimiento de destitución es que, de acuerdo con el artículo, bastaba que las cámaras, primero la de diputados y luego la de senadores, nombraran por mayoría de votos justificada la petición del ejecutivo, sin que para esto existieran pruebas de por medio, inclusive, el mismo proyecto establecía que ambas cámaras funcionarían como jurado de conciencia.[32]

Por último, podemos señalar que con la reforma constitucional de 1928 se sentaron las bases para el funcionamiento de una Suprema Corte de Justicia subordinada al poder ejecutivo, toda

[32] Proyecto de reformas constitucionales presentado por Álvaro Obregón..., *cit*.

vez que este era el que nombraba a sus integrantes y, además, mediante un procedimiento bastante sencillo, podía solicitar la destitución de los mismos. A pesar de que en los años posteriores operaron otros cambios en relación con la Suprema Corte, el sistema establecido con la reforma obregonista de 1928 no cambió radicalmente, sino hasta la reforma constitucional de 1994.

V. La reforma constitucional de 1994 y el avance en la legitimidad de los jueces constitucionales

En México, el momento más importante en el proceso de transformación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en un tribunal constitucional ocurrió a finales del siglo pasado, mediante la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que se aprobó el 31 de diciembre de 1994. Dicha reforma fue propuesta por el recién electo presidente de la República, Ernesto Zedillo Ponce de León, y en la iniciativa este hacía alusión a la necesidad de contar con mejores instrumentos tendentes a asegurar la plena vigencia de la Constitución, a fin de fortalecer el Estado de derecho, y reconocía la necesidad de fortalecer el carácter de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como órgano responsable de velar por la constitucionalidad de los actos de la autoridad pública, por lo que expresó: "Consolidar a la Suprema Corte como tribunal de constitucionalidad exige otorgar mayor fuerza a sus decisiones, exige ampliar su competencia para emitir declaraciones sobre la constitucionalidad de leyes que produzcan efectos generales, para dirimir controversias entre los tres niveles de gobierno y para fungir como garante del federalismo".[33] Con relación a la organización de la Corte, se expresó la necesidad de revisar las reglas de su integración a efecto de facilitar la deliberación colectiva, así como delimitar sus funciones adminis-

[33] Archivo Histórico del Senado de la República, *Iniciativa de decreto por el que se reforman y adicionan diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos presentado por el presidente de la República Ernesto Zedillo Ponce de León*, año 1, Periodo Ordinario, Ramo Público, Comisiones Unidas de Justicia, Puntos Constitucionales y Estudios Legislativos, Sección 1ª, núm. 21, p. 3.

trativas.[34] Para ello, se propuso reducir el número de ministros de 16 a 11 y la creación de un órgano nuevo denominado Consejo de la Judicatura Federal, que se encargaría de las funciones administrativas que había venido desempeñando la Suprema Corte de Justicia.

En términos generales, la reforma al poder judicial descansaba en la idea de fortalecer la Suprema Corte de Justicia y buscar, como se expresaba literalmente en la propuesta, "llevar a sus últimas consecuencias el principio de la supremacía constitucional",[35] De esta suerte, una de las partes medulares de la reforma era la ampliación de las facultades de la Suprema Corte de Justicia para conocer de las controversias suscitadas entre la federación, estados y municipios mediante la figura jurídica denominada controversias constitucionales; así como el establecimiento de las acciones de inconstitucionalidad, ambos instrumentos para convertir a la Suprema Corte de Justicia en el órgano encargado de velar por la constitucionalidad de los actos de la autoridad.

De manera contundente, se señaló la intención de convertir a la Suprema Corte de Justicia en un tribunal constitucional, de tal suerte que en la iniciativa se afirmaba: "Adicionalmente a las reformas constitucionales de carácter orgánico y estructural descritas en el apartado anterior, la iniciativa propone llevar a cabo una profunda modificación al sistema de competencias de la Suprema Corte de Justicia para otorgarle de manera amplia y definitiva, el carácter de tribunal constitucional".[36] La reforma fue aprobada en los términos propuestos y se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de 1994.[37]

Respecto a la forma de nombrar a los ministros de la Suprema Corte operó un cambio bastante importante, pues recordemos que en el texto original del artículo 96 de la Constitución de 1917 se estableció que los ministros serían nombrados por el Congreso de la Unión en funciones de colegio electoral; posteriormente, en

34 *Idem*.

35 *Ibidem*, p. 5.

36 *Ibidem*, p. 11.

37 *Diario Oficial de la Federación*, 31 de diciembre de 1994, t. CDXCV, núm. 22, primera sección, p. 3.

1928, el sistema fue modificado y se determinó que los ministros serían nombrados por el presidente de la República con la aprobación del Senado, sistema que operó hasta esta reforma constitucional de 1994, donde se estableció que los ministros serían designados por el Senado, de entre una terna que le presentaría el presidente de la República.[38] Es decir, ya no sería el titular del ejecutivo el encargado de nombrarlos, sino que ahora este únicamente enviaría la terna al Senado para que se realice el nombramiento.

De esta forma, se dio paso a un proceso donde el poder legislativo, a través del Senado, tuviera una mayor participación y de tal suerte no fuera un solo poder el encargado de la designación. Al respecto, es importante recordar lo señalado por Hans Kelsen sobre el nombramiento de los integrantes de los tribunales constitucionales: "Entre los modos de designación particularmente típicos, no se podría pregonar sin reservas ni la simple elección por el Parlamento ni el nombramiento exclusivo por el jefe de Estado o por el Gobierno. Posiblemente se les podría combinar, haciendo, por ejemplo, elegir los jueces al Parlamento a propuesta del Gobierno, quien podría designar varios candidatos para cada puesto o inversamente".[39] De modo que esta reforma constitucional parece haber acercado un poco más a la Corte mexicana con los tribunales constitucionales, al menos en lo que a la forma del nombramiento de sus miembros respecta.

Con lo anterior, se dejaron en el pasado los nombramientos de los integrantes de la Corte realizados exclusivamente por un poder, lo cual significó un gran avance en la materia, pero a 26 años de la reforma todavía es necesario reflexionar sobre la forma de elección de los ministros, sobre todo en un momento donde se ha vuelto a hacer presente en México la figura de un presidente fuerte, con un control absoluto del legislativo, por lo que es necesario seguir perfeccionando el mecanismo de elección de los jueces constitucionales que involucre y dé mayor participación a las instituciones educativas, a los gremios organizados y, en general, brinde mayor transparencia en el proceso.

38 *Ibidem*, p. 4.

39 Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, México, IIJ-UNAM, 1974, p. 493.

Tres elementos sobre los que se podría empezar a reflexionar para una posible mejora en el procedimiento para el nombramiento de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación serían los siguientes:

a) *Eliminación del sistema de terna*. Reformar la Constitución para eliminar el mecanismo de terna propuesta por el presidente de la República, con la finalidad de obligar al titular del ejecutivo a brindar una mayor justificación de las razones que lo mueven para proponer a un candidato. Adicionalmente, esto ayudaría a mejorar la independencia judicial, pues disminuiría el cabildeo que suele llevarse a cabo por los integrantes de la terna, que en muchos casos se torna en una competencia abierta por buscar el apoyo del Senado.
b) *Reglamentar el proceso de selección en el Senado*. El segundo elemento implicaría establecer una reglamentación que abone a la transparencia sobre la decisión que toma el Senado de la República, lo cual podría abrir el proceso a una mayor participación pública, obligando al legislador, en todo momento, a dar cuentas claras sobre las razones que lo motivan a decidirse o no por un candidato.
c) *Permitir una mayor participación social*. Si bien la elección se realiza entre dos poderes, como son el ejecutivo y legislativo a través del Senado, valdría la pena buscar implementar mecanismos de participación a través de las universidades, colegios de abogados y, en general, de la sociedad organizada, ello con la finalidad de conocer sus opiniones, enriquecer las propuestas de candidatos y, en general, aumentar el nivel del debate necesario para el nombramiento de los integrantes del máximo tribunal en México.

Es innegable que, a la fecha, hemos avanzado en cuanto a la forma de nombrar a nuestros jueces constitucionales, lo cual abona de manera importante a la legitimación de estos, pero resulta necesario seguir mejorando el mecanismo para nombrarlos, lo cual no es un camino fácil, pero debemos reflexionar al respecto, pues estos cambios necesariamente requieren una mayor participación ciudadana e institucional, todo ello en beneficio de la justicia federal y del cumplimiento mismo de la Constitución.

Bibliografía

Adiciones al Plan de Guadalupe de 12 de diciembre de 1914.

Archivo Histórico del Senado de la República, *Iniciativa de decreto por el que se reforman y adicionan diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos presentado por el presidente de la República Ernesto Zedillo Ponce de León*, año 1, Periodo Ordinario, Ramo Público, Comisiones Unidas de Justicia, Puntos Constitucionales y Estudios Legislativos, Sección 1ª, núm. 21.

AA. VV., *Diario de los Debates del Congreso Constituyente 1916-1917*, 4a. reproducción facsimilar de la edición de 1960, México, INEHRM-IIJ-UNAM-SEP, 2014, tt. I y II.

Constitución Federal de 1857.

Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que reforma la de 5 de febrero de 1857, *Diario Oficial de la Federación*, Cuarta Época, t. V, núm. 30, 5 de febrero de 1917.

Diario de los Debates de la XXXII Legislatura, 14 de mayo de 1928.

Diario de los Debates de la XXXII Legislatura, Cámara de Diputados, 18 de mayo de 1928.

Diario Oficial de la Federación, 31 de diciembre de 1994, t. CDXCV, núm. 22, primera sección.

Favoreu, Louis, *Los tribunales constitucionales*, Barcelona, Ariel, 1994.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Los tribunales constitucionales y la Suprema Corte de Justicia", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, 2001.

Hernández Martínez, María del Pilar, *El poder judicial federal en México. Dimensión histórica e institucional en los debates de 1917*, México, Poder Judicial de la Federación, 2016.

Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, México, IIJ-UNAM, 1974.

Krauze, Enrique, *Puente entre siglos. Venustiano Carranza*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987.

Plan de Guadalupe de 26 de marzo de 1913.

Plan de San Luis Potosí de 05 de octubre de 1910.

Proyecto de Constitución presentado por el primer jefe al Congreso Constituyente.

Proyecto de reformas constitucionales presentado por Álvaro Obregón de 18 de abril de 1928.

Quinta Ley Constitucional de 1836.

Rabasa, Emilio, *La Constitución y la dictadura, estudio sobre la organización política de México*, México, Porrúa, 2006.

San Agustín, *La ciudad de Dios*, México, Porrúa, 2008.

Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-2005*, México, Porrúa, 2005.

Zaraus López, Héctor L., *Álvaro Obregón y la reforma a la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el año de 1928*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2016.

Zarco, Francisco, *Crónica del Congreso extraordinario constituyente* 1856-1857, México, El Colegio de México, 1957.

LA TUTELA DEI DIRITTI UMANI TRA GIURISDIZIONI INTERNE E SOVRANAZIONALI: PROFILI TEORICI, SOSTANZIALI E PROCESSUALI.

SCRITTI SCELTI A PARTIRE DAL CAF 2021

Il volume costituisce la raccolta selezionata degli scritti di alcuni dei partecipanti all'edizione speciale del *Corso di Alta formazione in Giustizia costituzionale e tutela giurisdizionale "Alessandro Pizzorusso"* svoltosi presso l'Università di Pisa, per la prima volta telematicamente, dal 11 al 22 gennaio 2021.

La ratio dei numerosi lavori scientifici selezionati e qui presentati si fonda sulla volontà, per un verso, di valorizzare le ricerche scientifiche portate avanti dai diversi Autori nei loro Paesi di provenienza e, per altro verso, di rafforzare la necessità di un continuo confronto tra realtà ordinamentali anche molto eterogenee tra loro.

L'ulteriore obiettivo è, dunque, quello di interrogarsi intorno al filo rosso costituito dal tema della tutela dei diritti nel rapporto tra giurisdizioni interne e sovranazionali, per comprendere le molteplici problematiche e le interessanti declinazioni emerse dai contributi.

ISBN 978-607-7822-85-1

QUERÉTARO
JUNTOS, ADELANTE.

PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE
QUERÉTARO

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO