CONSTITUCIÓN Y DERECHOS

DERECHO **PROCESAL CONSTITUCIONAL** Y DERECHO **CONVENCIONAL**

Rubén **Hernández Valle**

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

Colección

Constitución y Derechos





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

Derecho procesal constitucional y derecho convencional

Rubén Hernández Valle

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

Instituto de Estudios Constitucionales
del Estado de Querétaro
México, 2022

Primera edición: diciembre de 2021

Derecho procesal constitucional y derecho convencional

© Rubén Hernández Valle

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: 978-607-7822-79-0

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

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

Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro

Coordinación editorial

Rogelio **Flores Pantoja**
Coordinación

Carolina **Hernández Parra**
María Alejandra **de la Isla Portilla**
Fernanda Sugey **Pacheco Díaz**
María Andrea **Niño Rivera**
Edición

Felipe **Luna**
Formación

Contenido

Capítulo I
La relación entre el derecho procesal constitucional y el derecho convencional

I. La articulación entre el derecho constitucional y el derecho convencional 15
II. Los alcances y consecuencias del control de convencionalidad 17

Capítulo II
Las relaciones entre el derecho constitucional y el derecho internacional en el contexto latinoamericano

I. Introducción 21
II. Las relaciones recíprocas entre el derecho constitucional y el derecho internacional 22
III. La crisis de dos conceptos constitucionales fundamentales por la irrupción del derecho internacional de los derechos humanos. 32
IV. La aplicación de la jurisprudencia de la Corte IDH en América Latina. 40
V. El nuevo concepto de derecho constitucional 47

Capítulo III
La tutela multinivel de los derechos fundamentales en América Latina

I. Introducción 49
II. Los remedios procesales específicos para tutelar los derechos fundamentales en América Latina 49
III. La incorporación de las normas internacionales e interamericanas de protección de los derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte IDH en las legislaciones internas de los países latinoamericanos 58
IV. El control de convencionalidad 61

Capítulo IV
La incorporación de estándares internacionales y supranacionales en el derecho interno

I. Introducción 89
II. El alcance jurídico del diálogo entre los tribunales internacionales de derechos humanos y los tribunales nacionales 89
III. Los fundamentos de la recepción 92
IV. El caso europeo 94
V. El caso americano 96

Capítulo V
El control de convencionalidad sobre las leyes de reforma constitucional en Costa Rica

I. Poder constituyente originario, el poder constituyente derivado y el poder reformador de la Constitución . . 103

II. Los presupuestos jurídicos del control de convencionalidad sobre las leyes de reforma constitucional en el marco de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 111
III. El control de convencionalidad sobre las leyes de reforma constitucional en Costa Rica 126

Capítulo VI
El control de convencionalidad en el ordenamiento jurídico costarricense

I. Introducción. 135
II. Fundamento del control convencional interno. 135
III. La aplicación de la jurisprudencia de la Corte IDH en el ordenamiento costarricense 139
IV. Órganos legitimados para ejercer el control 140
V. Conflicto entre la normativa interna constitucional y la internacional de los derechos humanos 141
VI. El parámetro del control. 143
VII. La materia sujeta al control 146
VIII. Control de convencionalidad e interpretación conforme a la CADH. 150
IX. La inaplicabilidad de las normas convencionales ajenas al derecho internacional de los derechos humanos. . . 153
X. La vinculatoriedad de las resoluciones de la Corte IDH en Costa Rica 155
XI. Mecanismos jurídicos para la ejecución de las resoluciones de la Corte IDH 157
XII. La participación de otros órganos estatales y privados en la ejecución de las resoluciones de la Corte IDH . . 164
XIII. Problemas de la ejecución de las resoluciones de la Corte IDH a nivel gubernativo 166
XIV. El impacto de las resoluciones de la Corte IDH. 169

Capítulo VII
La aplicación del principio *ultra vires* en el derecho internacional de los derechos humanos

I. Introducción 171
II. El principio *ultra vires* en el derecho constitucional en relación con el derecho internacional 176
III. La aplicación del principio *ultra vires* en el derecho internacional de los derechos humanos 180
IV. Conclusión 191

Capítulo VIII
Los principios rectores de la jurisdicción constitucional

I. La validez metodológica de la adaptación de los conceptos procesales generales al derecho procesal constitucional 193
II. El derecho fundamental a la legalidad constitucional . 195
III. Los derechos fundamentales deben interpretarse y aplicarse conforme a los principios *pro homine* y *pro libertatis* 197
IV. El principio de la aplicación de la disposición más favorable al recurrente en la jurisdicción constitucional de la libertad 198
V. Los principios de informalidad, celeridad y gratuidad de los procesos constitucionales 199
VI. Los principios que rigen las nulidades en los procesos constitucionales 201
VII. La eficacia de la cosa juzgada en los procesos constitucionales 203
VIII. Los procedimientos de admisibilidad en los procesos constitucionales 212

Capítulo IX
La prueba en los procesos constitucionales

I. Concepto y función de la prueba 225
II. Los principios de la prueba en los procesos constitucionales 226
III. La prueba en los procesos constitucionales 229
IV. La prueba en los procesos de inconstitucionalidad ... 232
V. La prueba en los procesos de *habeas corpus* 236
VI. La prueba en los procesos de amparo 238
VII. La prueba en los procesos de *habeas data* 242

Capítulo X
Las medidas cautelares en los procesos constitucionales

I. Introducción 243
II. Las características de las medidas cautelares en los procesos constitucionales 243
III. Las medidas cautelares en los diversos procesos constitucionales 253

Capítulo XI
Los efectos de las sentencias en los procesos de inconstitucionalidad

I. La naturaleza jurídica de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad 263
II. Los efectos de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad en los procesos constitucionales *a priori*. 264
III. Los efectos de las sentencias estimatorias en los procesos constitucionales *a posteriori* 266
IV. Los efectos declarativos y retroactivos 268

V. Los efectos retroactivos en procesos penales y sancionatorios 269
VI. Los límites de los efectos retroactivos de las sentencias estimatorias 270
VII. El dimensionamiento de los efectos retroactivos en el tiempo, el espacio o la materia 272
VIII. Los efectos de las sentencias desestimatorias 273

Capítulo XII
La ejecución de las resoluciones en la jurisdicción constitucional

I. Fundamento jurídico de la ejecución de las resoluciones en la jurisdicción constitucional 277
II. Las características particulares de las resoluciones en la jurisdicción constitucional 278
III. Medios de ejecución de las resoluciones en la jurisdicción constitucional 280
IV. Etapas procesales en las que las resoluciones son ejecutables en la jurisdicción constitucional 281
V. Requisitos para la inejecución de las resoluciones en la jurisdicción constitucional 282
VI. Razones que inciden en la inejecutabilidad de las resoluciones en la jurisdicción constitucional. 283
VII. Medidas que podrían reforzar la ejecutabilidad de las resoluciones en la jurisdicción constitucional 286

Capítulo I
La relación entre el derecho procesal constitucional y el derecho convencional

I. La articulación entre el derecho constitucional y el derecho convencional

No es fortuito el hecho de que la mayoría de los cultores del control de convencionalidad esté constituida por los procesalistas constitucionales y no por los internacionalistas. El fenómeno anterior se debe a que existe una íntima relación entre el derecho procesal constitucional y el control de convencionalidad, al grado de que los instrumentos procesales para ejercerlo son los propios del primero.

En efecto, el control interno de convencionalidad se ejercita a través de los instrumentos procesales de la jurisdicción constitucional, particularmente mediante las diversas modalidades del control de constitucionalidad y por medio del recurso de amparo o cualquier otro *nomen juris* que adopte este instituto procesal en los distintos ordenamientos jurídicos latinoamericanos y europeos.

Por ello, resulta importante ahondar sobre la reciente eclosión del control de convencionalidad en el ámbito jurídico latinoamericano, así como su íntima relación con el derecho procesal constitucional y su continua y mutua retroalimentación.

En este libro se pretende desarrollar algunos de los principales aspectos de esa relación y los problemas que se plantean, dentro del ámbito del derecho procesal constitucional, para ejercer el control de convencionalidad al interior de los ordenamientos jurídicos.

Con la eclosión del derecho internacional de los derechos humanos, los derechos fundamentales emanan de dos fuentes: la Constitución y los tratados.

Esta dualidad normativa sobre los derechos fundamentales dentro del mismo ordenamiento jurídico hace necesario establecer mecanismos jurídicos que hagan posible su articulación.

El primer caso es cuando existe una antinomia evidente entre las normas constitucionales y las contenidas en la Convención o en otros tratados sobre derechos humanos. En esta hipótesis se desaplica la norma constitucional; verbigracia, el caso *La Última Tentación de Cristo,* en el que había una clara contradicción entre la Constitución chilena, que autorizaba la censura previa, y el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), que la prohíbe. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) desaplicó la norma constitucional chilena y, además, le ordenó reformarla para hacerla compatible con la Convención.

Dichosamente, en la mayoría de los casos, ambos ordenamientos regulan de manera similar los derechos. Sin embargo, ocurre que determinados derechos reciben más protección en los tratados, con lo cual se plantea el problema acerca de su jerarquía normativa.

La aparente antinomia se resuelve por medio del principio de preferencia de las normas y de las interpretaciones, recogido en el artículo 29 de la Convención Americana, según el cual debe aplicarse la norma o interpretarse en la forma que favorezca mejor a la persona.

Sin embargo, hay casos en los que no es claro que la regulación del tratado respecto de un determinado derecho fundamental sea la mejor opción para el amparado. En tales hipótesis se debe recurrir, ante la imposibilidad de aplicar el principio de preferencia de las normas, a otros mecanismos jurídicos.

Una herramienta importante sobre el particular es la interpretación de la norma constitucional conforme a la Convención. En este caso se logra una armonización entre ambos ordenamientos. Bajo esta óptica, el artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción

Constitucional costarricense le establece a la Sala Constitucional la obligación de "[...] b) Ejercer el control de la constitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público, así como *la conformidad del ordenamiento interno con el Derecho Internacional o Comunitario*, mediante la acción de inconstitucionalidad y demás cuestiones de constitucionalidad" (cursivas añadidas). Evidentemente, la Constitución forma parte del derecho interno, por lo que la norma citada obliga al Tribunal Constitucional costarricense a realizar una interpretación de la Constitución y de la legislación ordinaria conforme a la Convención Americana.

La jurisprudencia de la Corte ha subrayado, en este orden de ideas, la necesidad de que las interpretaciones constitucionales y legislativas internas se adecúen a los principios establecidos por su jurisprudencia.[1] Esta pauta jurisprudencial implica pensar, interpretar y hacer funcionar a todo el derecho interno, de conformidad con las pautas del Pacto de San José. Posteriormente, la Corte sostuvo que el control de convencionalidad opera igualmente en la emisión y aplicación de las normas nacionales.[2]

II. Los alcances y consecuencias del control de convencionalidad

Desde el punto de vista del derecho interno es importante determinar cuáles son los alcances del control de convencionalidad, cuando es ejercido por los órganos internos.

En cuanto a los actos sujetos al control, se consideran incorporadas todas las conductas del Estado, incluidas sus políticas públicas. En consecuencia, desde la Constitución hasta los actos administrativos subjetivos, pasando por las leyes y actos con valor de ley, los actos jurisdiccionales y los electorales, todos los actos estatales están sujetos al contralor de convencionalidad.

---

1 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 209, párr. 233.

2 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, núm. 221, párr. 69.

Los órganos responsables de ejercer este control son todos los entes y órganos públicos, los cuales deben adoptar las medidas necesarias para hacer posible el ejercicio efectivo de los derechos reconocidos en las normas convencionales. Esta obligación dimana directamente del artículo 2 de la Convención.

En relación con la obligación general de los Estados signatarios del Pacto de San José de adecuar la normativa interna a la Convención, la Corte ha sostenido reiteradamente que "En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas".[3]

De ese argumento la Corte deriva la conclusión de que la obligación general de todo Estado de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la Convención implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile)*.[4]

Como consecuencia de lo anterior, cuando exista algún acto incompatible con la Convención o contrario a ella, todos los órganos y entes estatales están obligados, dentro del ámbito de sus competencias, a tomar las medidas necesarias con el fin de que el acto lesivo sea reformado, revocado, derogado o anulado, en su caso.

De conformidad con el artículo 25 de la Convención, los jueces tienen la obligación de proteger de manera efectiva a las personas contra las conductas que violen sus derechos protegidos por la propia Convención. En este orden de ideas, tienen la obligación adicional de ejercer el control de convencionalidad sobre toda la legislación interna.

El parámetro de convencionalidad está integrado no solo por la Convención y demás tratados reconocidos por la Corte como

[3] Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina.* Fondo. Sentencia de 2 de febrero de 1996. Serie C, núm. 26 y *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C, núm. 166.

[4] Corte IDH. *Caso Almonacid Arrellano y otros vs. Chile*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154.

derecho convencional vinculante, sino también por la jurisprudencia de este órgano. Es decir, las normas convencionales deben ser aplicadas por los tribunales internos conforme a la interpretación que de ellas haya realizado la jurisprudencia de la Corte.

Aunque en principio el control de convencionalidad se debe ejercer por todos los funcionarios públicos dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, existe también la obligación de ejercerlo de oficio. En otros términos, cada vez que un órgano estatal tenga noticia de que una conducta interna, provenga de un particular o del Estado, lesione o amenace lesionar algún derecho fundamental garantizado en la Convención en perjuicio de una o varias personas, tiene la obligación ineludible de ejercer el control de convencionalidad de oficio, tomando las medidas correctivas necesarias para evitar la eventual violación o revertir el goce y disfrute del derecho conculcado.

Otra característica es la efectividad del control. Es decir, el control de convencionalidad debe garantizar la no aplicación desde el inicio de las normas o actos incompatibles con el parámetro de convencionalidad. Sin embargo, en los sistemas de control difuso de convencionalidad existe el problema de que, como los precedentes no son vinculantes, las sentencias de inconvencionalidad solo tienen efectos *inter partes* y no *erga omnes*.

Finalmente, la inercia estatal para ejercer el control de convencionalidad podría generar responsabilidad internacional al Estado, dado que este se ha comprometido a garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos fundamentales consagrados en la Convención (art. 1), así como a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades (art. 2).

Capítulo II
Las relaciones entre el derecho constitucional y el derecho internacional en el contexto latinoamericano

I. Introducción

Las complejas relaciones recíprocas entre el derecho constitucional y el derecho internacional que experimentan los ordenamientos jurídicos latinoamericanos contemporáneos hacen necesario replantearse algunos conceptos que tradicionalmente se consideraban pacíficos; verbigracia, la soberanía de los Estados, la pirámide kelseniana en la jerarquización de las fuentes normativas, entre otros conceptos fundamentales de nuestra disciplina que requieren de un nuevo enfoque para ponerlos a la altura de los tiempos y enfrentar los retos que plantea la realidad política y económica en el nuevo contexto internacional.

Ahora bien, el estudio de las nuevas relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno no solo se refiere a la búsqueda de un marco teórico que las explique, sino que también es menester analizar las consecuencias de este nuevo vínculo tanto para la teoría y la práctica del derecho constitucional como para el propio ordenamiento internacional.

Por tanto, se torna necesario analizar en este congreso algunos de esos problemas y analizar cómo se han abordado en el contexto latinoamericano.

II. Las relaciones recíprocas entre el derecho constitucional y el derecho internacional

Como es sabido, el nacimiento del derecho constitucional estuvo condicionado y motivado por la idea de que solo un gobierno sujeto a un derecho objetivado, fundado en el respeto a la soberanía popular y en el que existiera una división de poderes podía garantizar la libertad y los derechos inherentes al ser humano.

Por eso, las grandes luchas y avances de la humanidad han estado jalonadas por el reconocimiento de derechos a favor de los ciudadanos. Desde la Carta Magna en 1215, las diversas cartas inglesas como la Petition of Rights (1628), el Bill of Rights (1689), la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), el Bill of Rights de la Constitución estadounidense (1789), las constituciones europeas y latinoamericanas promulgadas a lo largo del siglo xix, la Constitución mexicana (1917), la Constitución de Weimar (1919), hasta las nuevas constituciones surgidas después de la posguerra en Europa y la eclosión de los nuevos textos constitucionales en América Latina, África y Asia, ha existido una constante constitucionalización de los derechos fundamentales que ha desembocado hoy día en el moderno Estado social y democrático de derecho, el cual se fundamenta sobre la existencia de derechos fundamentales que garantizan la libertad de los ciudadanos en el ámbito privado, político, social, económico y cultural.

Paralelamente a la consolidación de este estatuto de los derechos fundamentales dentro del Estado moderno, se fueron creando mecanismos de protección judicial de esos derechos, comenzando por el Habeas Corpus Act de 1676, el control de constitucionalidad creado jurisprudencialmente en el célebre caso *Marbury vs. Madison* en 1801, pasando por la aparición del recurso de amparo en México a mediados del siglo xix y la creación de la primera Corte Constitucional en Austria, en 1920.

De esa forma, en los albores del siglo xx, el derecho constitucional se fue convirtiendo, poco a poco, en una especie de derecho universal de las democracias, que compartía los valores esenciales de un constitucionalismo liberal de corte social. Sin embargo, la irrupción de los regímenes totalitarios en Alemania,

Italia y Rusia en la primera mitad del siglo xx produjo una seria fractura a esta concepción, pues tales regímenes se basaban en un concepto absoluto y excluyente de la soberanía estatal.

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial, después de haber sido derrotadas las fuerzas totalitarias, se instauró un nuevo orden, el cual se reflejó jurídicamente en la Carta Constitutiva de las Naciones Unidas, la cual, en su artículo 1.3, establece expresamente que uno de sus principales fines es "el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión". Y, en el ámbito de la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, se crearon los modernos sistemas de justicia constitucional existentes hoy día en todos los países latinoamericanos, siguiendo el modelo establecido por los tribunales constitucionales europeos (Italia, 1947; Alemania, 1949, y España, 1978).

Lo decisivo, sin embargo, es que a partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial y la entrada en vigor de la Carta Constitutiva de las Naciones Unidas se dio un giro copernicano, pues ya los derechos fundamentales dejaron de tener fronteras para volverse universales. Es decir, esta internacionalización se produce tanto en los ámbitos regionales europeo, americano y africano como en el universal de las Naciones Unidas.

En este orden de ideas, en 1948 se aprobó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en Bogotá, seguida a los pocos meses por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU). A partir de estos dos instrumentos fundamentales se inició la aprobación de los tratados sobre derechos humanos.

En el ámbito europeo, por ejemplo, se aprobó el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH) en 1950. Por su parte, las Naciones Unidas aprobaron dos tratados de gran relevancia en la materia en 1966: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (PIDESC). Tres años después se aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH,

Pacto de San José) y en 1981 se adoptó la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos.

Lo importante de tales tratados es que le otorgan al ser humano la titularidad de los derechos reconocidos en todos los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, con la legitimación, como verdadero sujeto del derecho internacional, para hacer valer sus derechos fundamentales frente al Estado.

La eclosión de los instrumentos y tratados sobre derechos humanos permitió su avance significativo en dos vertientes: en primer lugar, en la configuración de verdaderas obligaciones jurídicas internacionales de los Estados, de respeto y garantía a los derechos de las personas. Se trata de una nueva concepción del derecho internacional, en donde las obligaciones surgen no para ser cumplidas frente a otros Estados, sino frente a todas las personas bajo su jurisdicción, independientemente de su nacionalidad.

En segundo término, el derecho internacional de los derechos humanos va a permitir a las personas reclamar el incumplimiento de tales obligaciones internacionales de los Estados ante jurisdicciones internacionales de carácter judicial y, en otros casos, ante órganos cuasi-jurisdiccionales.

Desde esta óptica, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha sostenido lúcidamente que los derechos humanos son unos "instrumentos constitucionales de orden público".[1]

Los tratados sobre derechos humanos gozan de una doble naturaleza: por una parte, incluyen normas sobre los derechos de las personas con las correspondientes obligaciones jurídicas de los Estados de respetarlos y, en segundo lugar, regulaciones sobre los procedimientos y los órganos internacionales para su protección internacional.

En el ámbito interamericano, la evolución ha sido más lenta que en Europa. En efecto, luego de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, hubo que esperar

[1] TEDH. *Caso Loizidou vs. Turquía*. Sentencia de 23 de marzo de 1995, núm. 15318/89, párr. 75.

11 años para que, en 1959, se creara la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) mediante una resolución de una Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada en Santiago de Chile.

Esta Comisión, integrada por siete miembros expertos independientes, fue la encargada de llevar a cabo estudios y brindar recomendaciones a los Estados para promover los derechos humanos reconocidos en la Declaración Americana. La Comisión emprendió su tarea haciendo visitas *in loco* y elaborando informes sobre la situación de los derechos humanos en los diversos países latinoamericanos, haciendo, en algunos casos, recomendaciones reparatorias.

Posteriormente, se reconocieron expresamente estas potestades de la Comisión en el Estatuto de 1965. Luego, en la reforma a la Carta de la Organización de los Estados Americanos en 1967, se le otorgó el estatus de órgano principal de la organización.

Sin embargo, el paso más importante en la materia se dio en 1969, cuando en San José se aprobó la CADH. Su modelo fue el Convenio Europeo de Derechos Humanos, aunque contiene algunas diferencias importantes y hace también aportes novedosos. Esta Convención contiene un capítulo sobre los derechos humanos reconocidos y las obligaciones internacionales de los Estados y otro capítulo relativo a dos órganos de protección internacional: la CIDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

La Convención entró en vigor en 1978 y al año siguiente la Corte inició sus labores en su sede en San José, Costa Rica.

La Comisión adquirió relevancia durante la década de los años setenta, cuando proliferaban las dictaduras en parte de Centroamérica y casi en la totalidad de los países de Sudamérica. La Comisión realizó visitas *in situ* y rindió punzantes informes sobre la situación de los derechos humanos en los diferentes países. Con ello se demostró que este mecanismo era muy efectivo para hacerle frente a las groseras y evidentes violaciones de derechos humanos que se producían cotidianamente en la mayoría de los países latinoamericanos.

En el ámbito mundial, bajo el alero de la ONU, a partir de 1966 se fue creando un sistema convencional de protección de las personas, con el PIDCP y su correspondiente Protocolo Facultativo, el cual otorga a las personas el derecho a dirigir comunicaciones contra los Estados parte ante el Comité de Derechos Humanos integrado por expertos independientes. También en ese mismo año de 1966 se había aprobado el PIDESC y, en 2008, se aprobó el Protocolo Facultativo que autoriza también el accionar internacional de las personas.

Paralelamente, se han ido multiplicando los tratados sobre derechos humanos, tales como la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles Inhumanas o Degradantes; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño. Aparte de los cinco comités independientes que corresponden a los tratados antes citados, existen otros órganos con competencia para supervisar a los Estados en la implementación de los respectivos derechos. Tales comités son: el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Todos estos órganos tienen naturaleza cuasijurisdiccional y coadyuvan, junto con la Comisión y la Corte, a la tutela efectiva de los derechos humanos de las personas en el ámbito latinoamericano.

La doble expansión de los derechos humanos a través de un Sistema Universal arbitrado por la ONU y de tres sistemas regionales ha permitido un desarrollo a nivel mundial de los derechos humanos, los cuales se reflejan y fortalecen recíprocamente.

En esta tesitura, por ejemplo, la existencia de las convenciones citadas y el avance innegable del derecho internacional en los últimos años han permitido que la prohibición de la tortura y de toda forma de discriminación se consideren hoy día normas de orden público, de acatamiento obligatorio para todos los países del mundo.

Este fenómeno antes descrito de la universalización de los derechos humanos ha ido en paralelo con la internacionalización de un nuevo derecho constitucional universal, que ha venido a acompañar y reforzar la construcción del nuevo orden internacional. Este nuevo orden constitucional está basado en la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos.

Como es sabido, el nuevo Estado constitucional que surgió a partir de la posguerra profundizó las premisas del original Estado de derecho, tales como la soberanía popular, el principio de la separación de poderes, los poderes limitados por el derecho (principio de legalidad), la constitucionalización de los derechos de carácter social, económico, cultural y ambiental, junto a los tradicionales derechos civiles y políticos, el control de constitucionalidad en sus diversas manifestaciones y la protección judicial de los derechos. De toda esta convergencia de viejas y nuevas instituciones surgió el nuevo Estado social y democrático de derecho, que es un Estado constitucional, dado que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico interno y la jurisdicción constitucional es el celoso guardián de su vigencia.

El nuevo constitucionalismo democrático entra en íntima conexión con el derecho internacional de los derechos humanos, mediante la utilización de diversas técnicas normativas. En algunos casos, las convenciones sobre derechos humanos sirven como criterio interpretativo (Perú); en otros, inclusive, se constitucionalizaron los tratados (Argentina, Colombia, Guatemala), etcétera.

En síntesis, el nuevo derecho constitucional de naturaleza democrática y vocación universal se ha ido configurando, poco a poco, como un derecho constitucional de los derechos, que converge y se refuerza en el orden interno con el derecho internacional de los derechos humanos, hacia la consolidación de un Estado de derechos.

En esta nueva realidad constitucional, los derechos tienen una doble fuente normativa: la constitucional y la internacional. Pero, además, su interpretación y protección también se realiza por una doble fuente judicial: la constitucional y la internacional, por cuanto los derechos están recogidos tanto en el texto

constitucional como en los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos. Su particular estructura jurídica, de carácter principista y elástico, permite su desarrollo y evolución jurisprudencial tanto a nivel nacional como internacional.

Los tribunales constitucionales hoy día realizan interpretaciones de los derechos fundamentales con base en una fuente normativa dual: el derecho constitucional interno y el derecho internacional de los derechos humanos. Este derecho judicial, que surge de tales interpretaciones, se convierte en jurisprudencia vinculante al interior de cada ordenamiento. Los tribunales internacionales, al aplicar los derechos humanos contenidos en los tratados sobre la materia, establecen también interpretaciones que se convierten en fuente de derecho, es decir, en derecho interpretado.

En aplicación de los principios de seguridad jurídica y de igualdad, las personas adquieren el derecho de que las interpretaciones anteriores de los derechos fundamentales, ya sea las realizadas por los tribunales constitucionales nacionales o por los órganos de la jurisdicción internacional, les sean también aplicadas, salvo que el tribunal correspondiente, de manera razonada, cambie de criterio.

Hoy día es pacíficamente aceptado que los tribunales nacionales, especialmente los constitucionales, tienen la obligación de interpretar los derechos fundamentales conforme a la interpretación que de ellos haya realizado la jurisdicción internacional. En el caso interamericano, los tribunales nacionales, a la hora de interpretar la norma convencional o constitucional que consagra un derecho fundamental, tienen la obligación de hacerlo siguiendo las pautas jurisprudenciales de la Corte IDH.

En todo caso, la obligación de los Estados americanos de cumplir, obedecer y ejecutar las sentencias de la Corte IDH dimana de la propia Convención, la cual, en su artículo 62, establece en lo conducente que "1. Todo Estado puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, *declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos*

relativos a la interpretación y aplicación de esta Convención" (cursivas añadidas).

Por tal razón, los tribunales nacionales deben incorporar la jurisprudencia de la Corte IDH y aplicarla en la solución de los procesos internos. Sin embargo, la aplicación de esa jurisprudencia internacional no puede ser necesariamente literal ni formularse de manera acrítica, sino que debe hacerse tomando en cuenta, cuando fuere el caso, las particularidades de cada legislación.

En efecto, el fin perseguido por la incorporación de estándares internacionales y supranacionales en el derecho interno es mantener *una cierta coherencia sustancial de las jurisprudencias* entre los tribunales internacionales de derechos humanos y los tribunales internos, impidiendo de esa forma que se produzcan contradicciones insalvables y buscando, al mismo tiempo, *interpretaciones convergentes que permitan materializar el principio de equivalencia y suficiencia sustancial de los derechos.*

Según este último principio, la eficacia de los derechos humanos debe ser equivalente en todas las jurisdicciones y, para conseguir ese objetivo, deben ser aplicados de manera armónica, de manera tal que se respete su contenido sustancial.

Por ello, los tribunales nacionales deben guiarse por el principio de *armonización,* que no es lo mismo que el de uniformidad, según lo ha precisado el TEDH, dado que cada legislación interna tiene sus propios matices que exigen una adaptación de la doctrina general asentada por los tribunales internacionales.

Esta adaptación se produce por medio de la teoría del "margen de apreciación nacional" desarrollada por el TEDH, y que todavía no ha sido recogida por la Corte IDH.

Según esta doctrina, en todo derecho fundamental se debe distinguir un núcleo "duro" o "fundamental", no reducible ni negociable, y otro segmento, más maleable, donde los Estados pueden introducir variantes de contenido atendiendo razones, por ejemplo, de buenas costumbres, moral pública, interés social, etc., conceptos jurídicos indeterminados que varían de un ordenamiento a otro. Si un tribunal regional de derechos humanos asienta en una causa una tesis recurriendo "al margen de la

apreciación nacional" de un país puntual, tal doctrina, a la medida para ese Estado, no debería obligar a los demás. En otras palabras, la obligación de seguimiento a las interpretaciones formuladas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos obliga a distinguir entre "interpretaciones en lo fundamental" o "esenciales", o "definicionales", e "interpretaciones contingentes" o *ad hoc,* de valor solamente en principio para el caso en donde fueron formuladas.

De acuerdo con el TEDH, los ordenamientos jurídicos internos deben regirse por el principio general de compatibilidad con el derecho convencional, constituido en Europa por el CEDH y la jurisprudencia del TEDH y, en el caso de América Latina, por la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH. En otros términos, de conformidad con este principio, la legislación interna debe interpretarse conforme a la CADH y a la jurisprudencia de la Corte IDH.

No obstante, es importante señalar que el diálogo no puede desarrollarse en un solo sentido, pues en tal caso no existiría diálogo del todo, por lo que los tribunales regionales sobre derechos humanos tienen que tomar en cuenta la jurisprudencia decantada, a lo largo del tiempo, por los tribunales constitucionales de los países signatarios del respectivo tratado. De esa forma, los desarrollos jurisprudenciales de los tribunales constitucionales deben ser tomados en cuenta, conforme al principio de progresividad, por los tribunales regionales respectivos. Como consecuencia de ello se produce un enriquecimiento recíproco entre ambas jurisdicciones.

Por otra parte, debe distinguirse este diálogo jurisprudencial fecundo entre los tribunales internos y los tribunales regionales de derechos humanos, de la competencia y obligación que tienen los tribunales internos de ejecutar las sentencias de los tribunales regionales. En este caso, estamos en presencia de una obligación jurídica concreta, que se circunscribe al cumplimiento de una sentencia específica en cuyo proceso el Estado fue parte y resultó condenado a adoptar medidas específicas como parte de la restitución de los derechos de la víctima. En algunos casos, tales sentencias imponen obligaciones específicas a los propios órganos jurisdiccionales, las cuales deben ser cumplidas sin ninguna

objeción y sin poder invocar válidamente institutos como los de la cosa juzgada material, entre otros, tal y como lo han hecho los tribunales nicaragüenses para no acatar las sentencias de la Corte IDH.

Sin embargo, la interpretación dada por el Tribunal regional en esa sentencia particular tiene efectos *erga omnes* hacia el futuro, no solo para los tribunales internos del país que fue parte en el proceso, sino también para los órganos jurisdiccionales de los restantes países signatarios del respectivo tratado. En el peor de los casos, las interpretaciones de los derechos humanos que haga el respectivo Tribunal regional deben servir, al menos, como auxiliar o criterio interpretativo a ser tomado en cuenta por los tribunales internos.

La tesis dominante hoy día es que las interpretaciones realizadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos tienen efectos generales que van más allá del fallo, tanto respecto del Estado implicado como respecto de terceros Estados. La razón para ello es que los tribunales regionales en la materia realizan no solo una función crucial de protección a la víctima, sino también cumplen con una función preventiva de proteger el interés general de naturaleza colectiva para el sistema de protección de los derechos humanos.

En efecto, los casos concretos sometidos a los tribunales regionales sobre derechos humanos evidencian problemas de carácter general de los instrumentos convencionales, que requieren clarificación, salvaguarda y desarrollo.

Esta segunda función fue puesta de relieve por el TEDH prácticamente desde sus inicios en el caso *Irlanda vs. Reino Unido*, cuando sostuvo que "Las sentencias del Tribunal, de hecho, sirven no solo para decidir los casos planteados ante el Tribunal, sino, más en general, para dilucidar, salvaguardar y desarrollar las normas instituidas por la Convención, contribuyendo así a la observancia por los Estados de los compromisos asumidos por ellos como Partes Contratantes (art. 19)".[2]

[2] TEDH. *Caso Irlanda vs. Reino Unido*. Sentencia de 18 de enero de 1978, núm. 5310/71, párr. 154.

III. La crisis de dos conceptos constitucionales fundamentales por la irrupción del derecho internacional de los derechos humanos

3.1. Planteamiento del problema

El control de convencionalidad ha surgido como consecuencia necesaria de la universalización del derecho constitucional y de la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos, tal y como quedó demostrado en el acápite anterior.

Ambos fenómenos han ido de la mano y se han terminado entrecruzando, con lo cual han dado lugar al surgimiento del control de convencionalidad, tanto a nivel internacional como de los ordenamientos internos.

En esta evolución, algunos conceptos tradicionales del derecho constitucional, como el de la soberanía ilimitada del Estado y la pirámide kelseniana en materia de la jerarquía de las normas en los ordenamientos internos, han sufrido transformaciones sustanciales, a tal punto que se torna necesario desarrollar un nuevo planteamiento sobre ambos institutos jurídicos por parte de la teoría de la Constitución.

En las próximas líneas intentaremos sintetizar la transformación sufrida por ambos conceptos como consecuencia directa de la irrupción en el ámbito jurídico interno del derecho de los derechos humanos y de la internacionalización del derecho constitucional.

3.2. La crisis del concepto de soberanía

Desde hace más de cien años existe un debate interminable entre el monismo y el dualismo jurídico, es decir, sobre si el derecho internacional prevalece sobre el constitucional o viceversa.

Esta polémica continúa sin resolverse, por lo que es necesario buscar nuevas herramientas para afrontarlo y superarlo, pues es un problema que se plantea cotidianamente en todos los ordenamientos jurídicos.

Para ello, pareciera que la única forma de enfrentar exitosamente el problema planteado es mediante la aplicación dos conceptos fundamentales: el pluralismo ordinamental y el acoplamiento de ambos ordenamientos.

Indudablemente, no se puede partir del errado concepto de que el ordenamiento constitucional es independiente del ordenamiento internacional y viceversa. Por el contrario, debemos concebirlos como dos ordenamientos que coexisten en un mundo jurídico caracterizado por el pluralismo ordinamental. Inclusive, dentro del propio Estado, existe una pluralidad de ordenamientos que se complementan, se yuxtaponen o se subordinan entre sí.

En el caso de la relación entre el ordenamiento constitucional y el internacional, aquella no puede ser de subordinación o prevalencia de uno sobre otro, pues cada uno tiene una sustantividad propia y, en principio, un campo de acción independiente del otro. Sin embargo, las necesidades de la vida moderna, con su dinámica cambiante, hacen necesario que cada día se interrelacionen más ambos ordenamientos sin perder su propia naturaleza. Es decir, ambos coexisten dentro de un pluralismo ordinamental sin perder su propia identidad.

Por tanto, es necesario que se produzca un acoplamiento entre ambos, por tratarse de dos ordenamientos interdependientes y complementarios, cuya articulación y ensamble resulta fundamental para el correcto funcionamiento del actual escenario jurídico global y, con él, del Estado constitucional.

Este acoplamiento entre ambos ordenamientos incide directamente sobre el tradicional concepto de soberanía, según el cual el Estado, como organización territorial soberana, es el creador supremo de normas y tiene el monopolio del poder de la coacción física, que es la última ratio de todo poder.

La incorporación del derecho internacional dentro de los ordenamientos internos —especialmente la rama del derecho internacional de los derechos humanos— ha modificado sustancialmente este concepto tradicional de soberanía. En efecto, hoy día no puede sostenerse con absoluta seguridad, como se hacía hasta hace relativamente pocos años, que el Estado de-

tente el monopolio en la creación de las normas supremas del ordenamiento, dado que las normas constitucionales coexisten internamente con las creadas por el derecho internacional, especialmente aquellas recogidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos.

En otros términos, en los ordenamientos constitucionales contemporáneos coexisten tanto normas supremas de origen estatal como de procedencia internacional.

Modernamente, ya la soberanía nacional no es absoluta, sino que se encuentra limitada por los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, especialmente los tratados, de manera que en la actualidad estamos en presencia de una concepción democrática de la soberanía, que técnicamente se denomina soberanía de los derechos, porque limita el poder de los Estados desde una doble fuente: la constitucional y la internacional, con el fin de proteger universalmente a las personas.

Cada Estado, sin embargo, debe buscar los mecanismos para articular este reciente fenómeno normativo.

3.3. La crisis de la pirámide kelseniana

Lo anterior nos conduce directamente al segundo problema planteado, es decir, al quebrantamiento de la tradicional pirámide kelseniana en la jerarquización de las fuentes normativas.

En algunos ordenamientos el problema no se plantea, pues los tratados tienen jerarquía inferior a la Constitución y, en caso de conflicto entre aquellos y esta, prevalecerá siempre la carta política. Sin embargo, estos ordenamientos cada día son menos y existe una marcada tendencia, si bien no a otorgarles la misma jerarquía normativa de la Constitución, por lo menos a que esta sea interpretada a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

El mejor ejemplo de lo anterior lo encontramos en el artículo V del Código Procesal Constitucional peruano, según el cual "El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpre-

tarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte".

En otros términos, en este caso, los tratados sobre derechos humanos sirven como criterio de interpretación obligatorio para los órganos encargados de tutelar los derechos fundamentales de los habitantes.

Un caso excepcional es el de Guatemala, el cual le otorga a los tratados sobre derechos humanos rango superior a la Constitución Política (art. 46). Por tanto, son directamente aplicables para tutelar los derechos de los habitantes en ellos reconocidos, con preferencia sobre la legislación ordinaria e inclusive sobre los derechos fundamentales recogidos a nivel constitucional.

En Colombia, el artículo 93 de la Constitución de 1991 dispone que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación durante los estados de excepción tienen prevalencia sobre el derecho interno. Además, los derechos y deberes consagrados en la Constitución se deben interpretar de conformidad con los tratados ratificados por el Estado colombiano.

La tendencia más generalizada es otorgar a los tratados internacionales sobre derechos humanos rango constitucional; verbigracia, el artículo 75, inciso 22), de la Constitución argentina, luego de su reforma de 1975, que dispone que los tratados sobre derechos humanos tienen rango constitucional.

Por su parte, el artículo 5 de la Constitución chilena vigente establece la obligación del Estado de respetar y promover los derechos humanos garantizados por la Constitución, así como los incluidos en los tratados ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Con ello, prácticamente se les confiere rango constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes en ese país.

El artículo 142 de la Constitución paraguaya implícitamente les otorga rango constitucional a los tratados sobre derechos humanos, al establecer que solo pueden ser denunciados por los procedimientos que rigen la enmienda constitucional.

El artículo 5, párrafo LXXVII, inciso 2, de la Constitución brasileña de 1988 establece que "Los derechos y garantías expresados en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o los tratados internacionales en que sea parte la República de Brasil". Lo anterior significa que los derechos consagrados en estos tratados forman parte de manera implícita de los que tienen carácter fundamental y han sido consagrados expresamente por esta ley suprema, en el supuesto de que los primeros amplíen y complementen a los segundos.

La Constitución venezolana de 1999, en su artículo 23, dispone que los tratados y convenios relativos a los derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por la propia Constitución y las leyes de la República, y son de aplicación directa por los mismos tribunales y demás órganos del poder público.

Finalmente, el artículo 48 de la Constitución costarricense establece que tanto los instrumentos como los tratados sobre derechos humanos forman parte del parámetro de constitucionalidad en los procesos de amparo. La jurisprudencia de la Sala Constitucional ha establecido que, en caso de conflicto entre la norma de un tratado y una disposición constitucional, se aplica la norma convencional.

El aporte más importante de la norma precitada es la incorporación de los instrumentos internacionales al parámetro de constitucionalidad en materia de amparo, por cuanto permite aplicar derechos consagrados en tratados suscritos por el Estado, pero todavía no aprobados o ratificados por el órgano legislativo. Entre estos se encuentran la mayoría de los convenios suscritos con la Organización Internacional del Trabajo, pero que todavía no han recibido aprobación legislativa.

3.4. La superación de la pirámide kelseniana de jerarquía de las fuentes normativas

Con frecuencia se habla de la desconstrucción de la pirámide kelseniana por haber quedado superado el concepto sobre la jerarquización de las fuentes normativas, con el advenimiento e incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en los ordenamientos internos latinoamericanos, casi siempre con rango constitucional e inclusive superior, como es el caso de Guatemala.

La crisis de la pirámide kelseniana se ha profundizado luego de que el control de convencionalidad interno se volviera obligatorio para los países signatarios del Pacto de San José que hayan reconocido la vinculatoriedad de la jurisdicción de la Corte IDH.

En efecto, como es sabido, a partir del hito jurisprudencial de *Almonacid vs. Chile*, el control interno de convencionalidad se ha convertido en obligatorio para los países citados. Recordemos que la Corte dijo, en el párrafo 124 de esa sentencia, lo siguiente:

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

En el párrafo siguiente, es decir, en el 125, la Corte agrega que "En esa misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que 'según el derecho internacional las obligaciones que este impone

deben ser acatadas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno'". Esta regla está codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969.

Esta doctrina fue repetida, sin ulteriores variantes, en los casos *La Cantuta vs. Perú*, de 29 de noviembre de 2006, considerando 173, y en *Boyce vs. Barbados*, de 20 de noviembre de 2007, considerando 78. Sin embargo, en el caso *Aguado Alfaro y otros vs. Perú*, de 24 de noviembre de 2006, en el considerando 126, la Corte precisó mejor su doctrina en la siguiente forma:

> Cuando el Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad, *ex officio,* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el cuadro de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones.

Esta nueva realidad jurídica nos obliga a replantearnos el concepto de jerarquía interna de las fuentes y a buscar una armonización (acoplamiento) entre los conceptos tradicionales del derecho constitucional en la materia y los principios y normas del derecho internacional de los derechos humanos.

El ordenamiento procesal constitucional costarricense ofrece una solución muy plausible y que pareciera resolver el tema de manera satisfactoria.

La solución consiste en incorporar de manera expresa, en el ordenamiento interno, el derecho internacional de los derechos humanos como parte integrante del derecho nacional y, en consecuencia, como parámetro de validez del ordenamiento interno.

Para precisar mejor este acoplamiento entre el derecho constitucional y el internacional sería más conveniente utilizar, en lo sucesivo, el concepto más amplio y genérico de derecho de la Constitución, el cual englobaría no solo al ordenamiento constitucional interno, sino también a las normas y principios del derecho internacional de los derechos humanos, así como a la jurisprudencia de la Corte IDH, que es vinculante para los órganos jurisdiccionales internos de los países signatarios de la Convención.

Esta nueva concepción fue recogida en 1989 por la Ley de la Jurisdicción Constitucional costarricense. En efecto, en sus artículos 1 y 2 se habilita expresamente a la Sala Constitucional para ejercer simultáneamente el control de convencionalidad con el de constitucionalidad, al disponer, en lo conducente que "[...] corresponde a la jurisdicción constitucional garantizar los principios y normas del Derecho Internacional y Comunitario vigentes en la República, así como su uniforme interpretación y aplicación" (art. 1) y "[...] le corresponde específicamente a la jurisdicción constitucional: [...] ejercer el control de constitucionalidad [...], así como la conformidad del ordenamiento interno con el Derecho Internacional o comunitarios, mediante la acción de inconstitucionalidad y demás cuestiones de constitucionalidad" (art. 2).

Asimismo, con fundamento en el artículo 48 de la Constitución, la Sala Constitucional ejerce el control de convencionalidad por medio de los procesos de amparo, dado que los instrumentos y tratados en materia de derechos humanos vigentes en la República forman parte del parámetro de legitimidad en aquellos procesos.

De esa forma se produce la recepción del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho comunitario dentro de los ordenamientos internos, y sus normas y principios se aplican paralelamente con las disposiciones constitucionales, con lo cual se evitan los conflictos entre unos y otras. En otros términos, se ejerce paralelamente un control de constitucionalidad y un control de convencionalidad sobre la legislación ordinaria interna, con lo cual se logra un acoplamiento perfecto entre el derecho constitucional y el derecho internacional.

Cuando la norma convencional otorgue mayor protección que la disposición constitucional se aplica la primera, no porque tenga mayor rango normativo que la segunda, sino en virtud del principio de preferencia de normas recogido en el artículo 29 de la CADH, según el cual "Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados".

Este principio cobija también el denominado "principio de la norma más favorable a la víctima", que ha tenido una aplicación extensa en la jurisprudencia de la Corte IDH; sin embargo, como lo vimos supra, solo la Constitución venezolana lo recoge en su artículo 23 a nivel latinoamericano.

IV. La aplicación de la jurisprudencia de la Corte IDH en América Latina

En la realidad jurisdiccional latinoamericana encontramos casos muy interesantes de interpretación de la legislación conforme no solo a lo establecido en los tratados sobre derechos humanos, sino también de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte IDH.

La Corte Constitucional de Colombia, por ejemplo, desde 1995 adoptó la doctrina del bloque de constitucionalidad, dentro del cual incluye la jurisprudencia de la Corte IDH. A partir de 1999 estableció que las recomendaciones de la CIDH también eran vinculantes para el Estado colombiano.

La Corte Suprema argentina representa el ejemplo más claro de aplicación de la jurisprudencia de la Corte IDH.

En este orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia argentina, en el fallo *Espósito*, admitió el recurso extraordinario deducido contra una sentencia que había declarado extinguida la acción penal por prescripción en una causa abierta por hechos que luego fueron juzgados por la Corte IDH.

La Corte argentina sostuvo que "resultan de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino (68.l CADH), por lo cual también ella, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional" (cdo. 6).

Previo a ello, puntualizó que el rechazo de la apelación tendría como efecto inmediato la confirmación de la declaración de prescripción de la acción penal, en contravención de lo decidido por la Corte Interamericana en su sentencia de 18 de septiembre de 2003 en el caso *Bulacio vs. Argentina,* en el que se declaró la responsabilidad internacional del país.

En el fallo *Arancibia Clavel,* la Corte Suprema de Argentina declaró procedente una queja y el recurso extraordinario que había sido denegado por la Cámara Nacional de Casación Penal, revocando la sentencia de este último tribunal, por cuanto había declarado extinguida la acción penal por prescripción en la causa seguida por el delito de asociación ilícita con fines de persecución y exterminio de los opositores políticos.

Entre otros argumentos, el voto de mayoría estableció que el delito de asociación ilícita perpetrado para perseguir opositores políticos por medio de homicidios, desapariciones forzadas de personas y tormentos reviste carácter de crimen contra la humanidad y, por ende, es imprescriptible, a pesar de lo que indique la legislación interna, pues esta resulta desplazada por el derecho internacional consuetudinario y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

Para aplicar este criterio se basó en la jurisprudencia asentada por la Corte IDH a partir del caso *Velásquez Rodríguez,* según la cual es deber de todo Estado signatario de la Convención Americana organizar el aparato gubernamental, en todas sus estructuras del ejercicio del poder público, de tal manera que sus instituciones sean capaces de asegurar la vigencia de los derechos humanos, lo cual incluye el deber de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención. Desde este punto de vista, la aplicación de las disposiciones de derecho interno sobre prescripción constituye una violación al deber del Estado de perseguir y sancionar

y, consecuentemente, compromete su responsabilidad internacional.[3]

En el fallo *Simón,* la Corte Suprema argentina afrontó el complejo tema de analizar la constitucionalidad de las denominadas leyes de "punto final" y de "obediencia debida". La Corte terminó declarándolas inconstitucionales. Al mismo tiempo, privó de cualquier efecto jurídico, además de dichas leyes, a cualquier acto fundado en ellas que pudiera oponerse al avance de los procesos penales que se instruyan o al juzgamiento y eventual condena de los responsables, u obstaculicen en forma alguna las investigaciones llevadas a cabo por los canales correspondientes y en el ámbito de sus respectivas competencias, por crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio argentino.

En el considerando 24 del fallo, la Corte dijo que las conclusiones a las que llegó la Corte IDH en el caso *Barrios Altos,* citado en el fallo *Arancibia Clavel,* tenían necesariamente que trasladarse de manera imperativa en este caso, si es que las decisiones de la Corte IDH "han de ser interpretadas de buena fe como pautas jurisprudenciales".

En el considerando 26 dijo que la Corte IDH, en el precitado caso *Barrios Altos*, había establecido

> [...] severos límites a la facultad del Congreso para amnistiar, que le impiden incluir hechos como los alcanzados por las leyes de "punto final" y "obediencia debida". Del mismo modo, toda regulación de derecho interno que, invocando razones de "pacificación" disponga el otorgamiento de cualquier forma de amnistía que deje impunes violaciones graves a los derechos humanos perpetradas por el régimen al que la disposición beneficia, es contraria a claras y obligatorias disposiciones de derecho internacional, y debe ser efectivamente suprimida.

En el fallo *Mazzeo,* la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucionales varios decretos ejecutivos expedidos por el

[3] Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú.* Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, núm. 75, cdo. 41 y *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia.* Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C, núm 92, cdo. 106, entre otras.

presidente de la República argentina, mediante los cuales emitió indultos que habían beneficiado a sujetos acusados de delitos de lesa humanidad.

La Corte argentina fundamentó su sentencia en los argumentos vertidos por la Corte IDH en el caso *Almonacid Arellano,* de 26 de septiembre de 2006, argumentando en los siguientes términos:

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

En este orden de ideas, la Suprema Corte mexicana ha establecido que la jurisprudencia de la Corte IDH es vinculante para ella cuando sea emitida en casos en los que el Estado mexicano ha sido parte. En cambio, cuando México no haya sido parte en el proceso internacional, la jurisprudencia de la Corte IDH tiene "un carácter de criterio orientador de todas las decisiones de los jueces mexicanos, pero siempre en aquello que le sea más favorable a la persona".[4]

En Chile, la Corte Suprema ha calificado de obligatorio el derecho internacional de los derechos humanos, a fin de declarar que "es inadmisible la prescripción que pretenda impedir la in-

[4] Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Expediente Varios 912/2010,* ejecutoria de 14 de julio de 2011, párr. 15.

vestigación y sanción de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos".[5]

En Paraguay se ha declarado obligatoria la jurisprudencia de la Corte IDH. En efecto, se ha afirmado que

> [...] el carácter obligatorio de la jurisprudencia de la [Corte IDH] en nuestro medio jurídica es una condición necesaria de la aplicación de los artículos 26 (buena fue en el cumplimiento de los tratados) y 27 (imposibilidad de alegar disposiciones de derecho interno) del Convenio de Viena sobre Derecho de los tratados, ratificado por el Paraguay [...], así como del propio texto constitucional (art. 143) que "acepta el derecho internacional" y se ajusta al principio de "protección internacional de los derechos humanos".[6]

Sentencias similares a las citadas se han producido, luego de 2006, en Bolivia, El Salvador, Guatemala, República Dominicana, entre otros países.

Desgraciadamente, en otras legislaciones latinoamericanas la jurisprudencia de los tribunales internacionales, o inclusive de la misma Corte IDH, ni tienen efectos vinculantes ni condicionan la aplicación de su normativa interna, como son los casos de Nicaragua y Venezuela, por supuestamente oponerse tales resoluciones a los institutos de la cosa juzgada material y a la soberanía del Estado, respectivamente.

Vale citar el caso venezolano con algún detalle, pues revela la tergiversación que se hace de los modernos conceptos de la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos.

En efecto, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia venezolana ha desconocido expresamente los fallos de la Corte IDH y ha declarado que no los vincula en ningún sentido.

En efecto, en la sentencia 1.942, de 15 de julio de 2003, la Sala Constitucional venezolana desconoció el valor obligatorio de las

---

5 Corte Suprema de Justicia de Chile, *Caso Manuel Tomás Rojas Fuentes,* sentencia de 13 de marzo de 2007.

6 Juzgado de Liquidación, *Caso Elizabeth Flores Negri vs. El Rectorado de la Universidad Nacional de Asunción,* sentencia de 31 de julio de 2007.

recomendaciones de la CIDH y de las sentencias de la Corte IDH, sujetándolas a que sus decisiones sean conformes a la Constitución de Venezuela, según lo determine el TSJ/SC.

De conformidad con la sentencia en cuestión, las decisiones de estos órganos internacionales de protección de los derechos humanos no son de obligatorio cumplimiento y carecen de aplicación, o son inaplicables si violan la Constitución o no se hayan agotado los recursos judiciales internos. Lo contrario sería subvertir el orden constitucional y ello atentaría contra la soberanía del Estado. La citada sentencia dijo al respecto:

> A las decisiones de esos organismos se les dará cumplimiento en el país, conforme a lo que establezcan la Constitución y las leyes, siempre que ellas no contraríen lo establecido en el artículo 7 de la vigente Constitución, el cual reza: "*La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución*" siempre que se ajusten a las competencias orgánicas, señaladas en los Convenios y Tratados. Debido a ello, a pesar del respeto del Poder Judicial hacia los fallos o dictámenes de esos organismos, estos no pueden violar la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como no pueden infringir la normativa de los Tratados y Convenios, que rigen esos amparos u otras decisiones [...]. La Sala considera que, por encima del Tribunal Supremo de Justicia y a los efectos del artículo 7 constitucional, no existe órgano jurisdiccional alguno, a menos que la Constitución o la ley así lo señale, y que aun en este último supuesto, la decisión que se contradiga con las normas constitucionales venezolanas, carece de aplicación en el país, y así se declara.[7]

Posteriormente, la Sala Constitucional venezolana declaró inejecutable la sentencia de 1 de septiembre de 2011 de la Corte IDH en el caso *López Mendoza vs. Venezuela,* con base en los siguientes argumentos:

> En conclusión, aun si se pretendiera otorgar un sentido literal y restrictivo al artículo 23 de la Convención Interamericana, impidiendo la inhabilitación de un ciudadano para el ejercicio de

[7] Sentencia 1942-2003.

cargos públicos por razones de corrupción, limitando la posibilidad de sanción a una sentencia judicial; podemos advertir que tal Tratado no es el único que forma parte integrante del sistema constitucional venezolano según el artículo 23 de nuestra Carta Fundamental. La prevalencia de las normas que privilegien el interés general y el bien común sobre los intereses particulares dentro de un Estado social de derecho y de justicia obligan al Estado venezolano y a sus instituciones a aplicar preferentemente las Convenciones Interamericana y de la ONU contra la corrupción y las propias normas constitucionales internas, que reconocen a la Contraloría General de la República como un órgano integrante de un Poder Público (Poder Ciudadano) competente para la aplicación de sanciones de naturaleza administrativa, como lo es la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos por hechos de corrupción en perjuicio de los intereses colectivos y difusos del pueblo venezolano.

Finalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos persiste en desviar la teleología de la Convención Americana y sus propias competencias, emitiendo órdenes directas a órganos del Poder Público venezolano (Asamblea Nacional y Consejo Nacional Electoral), usurpando funciones cual si fuera una potencia colonial y pretendiendo imponer a un país soberano e independiente criterios políticos e ideológicos absolutamente incompatibles con nuestro sistema constitucional.

En virtud de las consideraciones anteriores, esta Sala Constitucional declara inejecutable el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 1 de septiembre de 2011, en el que se condenó al Estado Venezolano, a través "*de los órganos competentes, y particularmente del Consejo Nacional Electoral (CNE),*" a asegurar "*que las sanciones de inhabilitación no constituyan impedimento para la postulación del señor López Mendoza en el evento de que desee inscribirse como candidato en procesos electorales";* anuló las Resoluciones del 24 de agosto de 2005 y 26 de septiembre de 2005, dictadas por el Contralor General de la República, por las que inhabilitaron al referido ciudadano al ejercicio de funciones públicas por el periodo de 3 y 6 años, respectivamente; se condenó a la República Bolivariana de Venezuela al pago de costas y a las adecuación del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal.[8]

[8] Sentencia de 17 de octubre 2011.

V. El nuevo concepto de derecho constitucional

El análisis realizado nos permite concluir que existe un diálogo fecundo y recíproco entre los tribunales internos y los que ejercen jurisdicción internacional sobre derechos humanos en la actualidad.

Esta convergencia entre ambos derechos ha permitido construir, de manera paulatina, un nuevo concepto de derecho constitucional basado en la preeminencia de los derechos fundamentales, al que se denomina "derecho constitucional de los derechos".

Como consecuencia directa de este nuevo fenómeno jurídico, se torna necesario revisar el contenido de algunos de los institutos constitucionales tradicionales, tales como la soberanía del Estado y la aplicación de la pirámide kelseniana en la jerarquización de las fuentes normativas.

Las legislaciones latinoamericanas han evolucionado rápidamente hacia la recepción en sus ordenamientos internos del derecho internacional de los derechos humanos, con lo cual se ha enriquecido notablemente la jurisprudencia de sus tribunales constitucionales.

Finalmente, esta doble protección jurisdiccional —nacional e internacional— de la que gozamos los habitantes de la mayoría de los países latinoamericanos ha consolidado la vigencia y protección de los derechos fundamentales en nuestros países mediante la introducción de nuevas técnicas procesales.

Capítulo III
La tutela multinivel de los derechos fundamentales en América Latina

I. Introducción

Con la globalización del derecho internacional de los derechos humanos, los tribunales internacionales regionales cobran cada día mayor importancia en la tutela de los derechos fundamentales.

América Latina no es ajena a este fenómeno y, conforme la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se ha ido consolidando, la tutela multinivel de los derechos fundamentales se ha ido también incrementando. Sin embargo, la irrupción de la Corte IDH y su jurisprudencia en el ámbito latinoamericano presenta algunos problemas jurídicos interesantes que intentaremos analizar en la presente exposición.

Antes de analizar la incidencia y efectos del control de convencionalidad que arbitra la Corte IDH sobre las legislaciones nacionales, es necesario recordar cómo funciona la tutela de los derechos fundamentales en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos.

II. Los remedios procesales específicos para tutelar los derechos fundamentales en América Latina

Los medios procesales específicos para proteger los derechos fundamentales en América Latina abarcan una amplia gama de

recursos judiciales. Todos ellos tienen en común la función de tutelar los derechos fundamentales de manera directa y, generalmente, con efectos reparadores, dado que en esta materia no es suficiente la anulación del acto lesivo, sino que, además, se requiere la efectiva restitución del afectado en el goce del derecho conculcado.

2.1. El recurso de *habeas corpus*

En primer término tenemos el recurso de *habeas corpus,* de origen anglosajón, que protege la libertad y la seguridad personales.

En Chile, sin embargo, la tutela de la libertad y la seguridad personales se realiza por medio del recurso de amparo. En otros ordenamientos, como Nicaragua y Guatemala, se le denomina recurso de exhibición personal, poniendo el acento en el sentido original del recurso, que exigía la presentación personal del amparado.

En algunos países solo procede contra autoridades públicas, en tanto que en otras legislaciones se incluyen también las conductas de los particulares.

2.2. El recurso de amparo y sus modalidades en América Latina

En América latina encontramos varias versiones del amparo. Entre ellas cabe hacer ligera mención al amparo mexicano; al derecho de tutela colombiano; al recurso de amparo en Argentina; al amparo venezolano y al amparo costarricense, que representan los prototipos más importantes de este instituto procesal en nuestro continente.

2.2.1. El amparo mexicano

Aunque es bien sabido que el recurso de amparo es el aporte fundamental de los mexicanos al derecho procesal constitucional,

en su versión de tutela de los derechos fundamentales, el juicio de amparo mexicano presenta hoy día una variada gama de funciones. Por ello distinguiremos, al menos de manera sucinta, los diferentes tipos de amparo existentes actualmente en su legislación.

Su primera manifestación es el denominado "amparo de la libertad", el que se utiliza como un medio judicial de protección de los derechos constitucionales. En esta modalidad, el amparo de libertad juega el doble papel de *writ de habeas corpus* y de recurso de amparo propiamente dicho en favor de los demás derechos constitucionales.

El segundo aspecto es el amparo judicial, que se utiliza para alegar una aplicación indebida de la ley por parte del juez. Se trata, en el fondo, de un instituto similar a la casación francesa.

La tercera modalidad es el amparo administrativo, mediante el cual se desarrollan los recursos contencioso-administrativos contra los actos administrativos violatorios de la Constitución o de las leyes.

El cuarto aspecto es el denominado amparo social agrario, establecido para tutelar específicamente los derechos individuales y colectivos de los campesinos sujetos al régimen de la reforma agraria, particularmente referidos a la propiedad rural.

Finalmente, la última modalidad la constituye el amparo contra leyes, el cual se utiliza para impugnar, por vía de acción, las leyes que violan la Constitución, sin necesidad de que exista previamente un acto administrativo o judicial de aplicación, razón por la que procede también contra las leyes autoaplicativas (Fix Zamudio).

2.2.2. El modelo colombiano

En la Constitución colombiana de 1991 se introdujo la figura del recurso de tutela como un medio para la protección de los derechos fundamentales. Sin embargo, el propio texto constitucional autoriza que la ley establezca otros medios diferentes y complementarios de tutela, de manera tal que la acción de tutela solo

procede cuando no existan otros recursos o remedios de defensa judiciales que protejan también los derechos fundamentales.

A pesar de lo indicado, la acción de tutela procede a pesar de que existen otros remedios procesales, como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irreparable.

Es importante señalar que la Corte Constitucional declaró inaplicable la norma del decreto legislativo que autorizaba la acción de tutela contra las providencias judiciales.

Las sentencias de tutela que dicten los tribunales ordinarios son susceptibles de apelación y, eventualmente, pueden ser conocidas por la Corte Constitucional, la cual goza de completa discrecionalidad para establecer cuáles asuntos habrán de ser revisados por ella.

2.2.3. El recurso de amparo argentino

El recurso de amparo argentino es importante por dos razones: primero, porque fue el primero que se estableció en un ordenamiento en donde existe un control difuso de constitucionalidad, lo que permite que todos los jueces sean, en principio, competentes para conocer los recursos de amparo. Este modelo se ha extendido a varios países del continente americano.

En segundo lugar, por vía jurisprudencial, en el célebre caso de *Samuel Kot,* la Corte Suprema admitió el amparo contra particulares, lo que marcó un hito fundamental en materia de tutela de los derechos fundamentales en América Latina. Para su época, esta decisión pretoriana de la Corte Suprema argentina constituyó toda una revolución jurídica, imitada luego por otros países.

2.2.4. El amparo en Venezuela

El amparo tiene una connotación sui géneris en la legislación venezolana, en la cual se lo configura como "un derecho a ser amparado" (Brewer-Carías).

Este derecho fundamental a ser amparado se materializa a través de diversas acciones y recursos judiciales, incluso por medio de una acción autónoma de amparo, la cual se puede ejercer ante cualquier tribunal de primera instancia con competencia afín al derecho constitucional violado, pero que, en caso de no existir tal tribunal en la localidad respectiva, puede ejercerse ante cualquier juzgado o tribunal, sea cual sea su jerarquía.

El recurso de amparo en Venezuela protege los derechos constitucionales y aquellos otros que sean inherentes a la persona humana, frente a cualquier perturbación, ya sea que provenga de los órganos públicos o de los particulares.

La acción autónoma de amparo no exige el agotamiento previo de las vías judiciales ordinarias como en la mayoría de las legislaciones, sino que la misma puede intentarse directamente contra actos administrativos o conductas omisivas de la Administración, cuando la vía contencioso-administrativa no constituya un medio efectivo de protección constitucional.

2.2.5. El recurso de amparo en Costa Rica

En Costa Rica, el de amparo es un recurso inicial, pues procede contra toda actuación u omisión de las autoridades administrativas, sin que haya necesidad de agotar previamente la vía administrativa.

El amparo no procede contra resoluciones judiciales y el que se intente contra leyes se convierte en una acción de inconstitucionalidad y se tramita como tal.

El amparo costarricense tutela la violación o amenaza de violación de derechos fundamentales, consagrados en la Constitución o en tratados internacionales vigentes en la República. También procede contra actos de sujetos privados, siempre y cuando estos actúen en el ejercicio de potestades públicas o se encuentren, de hecho o de derecho, en una situación de poder respecto del recurrente y no existan acciones administrativas o jurisdiccionales que tutelen los derechos lesionados o que, existiendo, sean muy lentas para lograr su efectiva protección.

2.3. Los institutos de tutela brasileños

La legislación brasileña ofrece una rica gama de recursos judiciales directos para tutelar los derechos fundamentales.

2.3.1. El mandado de segurança

En primer término cabe citar el *mandado de segurança*, que es un recurso de protección específica de los derechos constitucionales, a excepción de la libertad personal, la cual se encuentra tutelada por el *habeas corpus*.

En principio, el *mandado de segurança* solo procede contra los actos administrativos. Excepcionalmente, es posible interponerlo contra disposiciones legislativas o resoluciones judiciales.

El citado recurso no procede contra leyes en abstracto, es decir, cuando no hubieran sido aplicadas a los afectados, sino de manera exclusiva contra sus actos de aplicación, especialmente por las autoridades administrativas (Cavalcanti).

En cuanto a las resoluciones judiciales, por vía jurisprudencial se ha establecido que, en circunstancias muy excepcionales, como la inexistencia contra la resolución respectiva de un recurso eficaz con efecto suspensivo que pueda evitar la comisión de perjuicios de difícil reparación, procede el *mandado de segurança* contra ellas.

Asimismo, procede contra las autoridades públicas o un agente de una persona jurídica en ejercicio de atribuciones del poder público. Este recurso puede intentarse ante cualquier tribunal según su competencia; sin embargo, no es admisible cuando existan otros recursos administrativos o judiciales que pueden amparar el derecho vulnerado.

En la Constitución de 1988 se introdujo el *mandado de segurança* colectivo, el cual puede ser ejercido por los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional o por organiza-

ciones sindicales, entidades de clases o asociaciones legalmente constituidas y en funcionamiento por los menos durante un año, en defensa de los intereses de sus miembros o asociados. Esta nueva modalidad procesal es un medio de protección de intereses colectivos.

2.3.2. El mandado de injunçao

Este nuevo remedio procesal para la protección de los derechos fundamentales se otorga siempre que, por falta de norma reglamentaria, se torne difícil o imposible el ejercicio de tales derechos, así como de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía del pueblo o a la ciudadanía. En consecuencia, este recurso tiene por objeto, frente a la omisión legislativa o reglamentaria, obtener una orden de un juez en la cual se impone la obligación de hacer o cumplir un determinado acto, cuya violación constituye un atentado a un derecho constitucional. Cuando la omisión normativa proviene de las más altas autoridades de la República, el recurso lo conoce el Supremo Tribunal Federal; cuando proviene de otras autoridades menores, los competentes son los tribunales superiores ordinarios.

La esencia de este recurso es que, de acogerse, la respectiva sentencia estimatoria se limita a ordenar que se conceda el derecho consagrado en la Constitución y cuya falta de reglamentación lo hace inviable.

2.3.3. El habeas data

El *habeas data* es una institución novedosa que recién consagra la Constitución brasileña de 1988 y luego se ha extendido a casi todos los países latinoamericanos.

Este recurso garantiza tres aspectos: *i)* el derecho de acceso a los registros oficiales; *ii)* el derecho de rectificación de los mismos, y *iii)* el derecho de eliminación de tales registros, digitalizados o no.

El recurso se plantea normalmente ante los tribunales ordinarios y, en algunos ordenamientos, ante el tribunal constitucional o ante la Corte Suprema de Justicia.

En síntesis, tiene como finalidad asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona recurrente que consten en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público y, en segundo término, su rectificación o eliminación, cuando ello no sea posible mediante los procedimientos administrativos y judiciales ordinarios.

2.4. Las diversas modalidades de control de constitucionalidad de las leyes

Esta es la figura procesal originaria y más venerable de la jurisdicción constitucional, con la cual se inauguró, en nuestro continente, la protección de los derechos fundamentales.

Como es sabido, arranca en Estados Unidos por vía jurisprudencial a principios del siglo xix y posteriormente se expande por todo el orbe. Hoy día es prácticamente aceptado en todos los ordenamientos jurídicos, aunque existen diversas modalidades para ejercitar el control.

El sistema estadounidense, denominado difuso, se caracteriza porque el control constitucional está confiado a todos los tribunales de justicia y porque sus resoluciones estimatorias, en principio, tienen efectos retroactivos. También presenta la peculiaridad de que solo puede plantearse la inconstitucionalidad dentro de un caso judicial concreto donde la norma cuestionada tenga importancia para la resolución del caso de que se trate.

El sistema concentrado o austriaco, por el contrario, concentra la competencia del control en un órgano especializado, cuyas decisiones, en principio, tienen efectos prospectivos. La legitimación para ejercerlo está otorgada directamente a determinados órganos estatales por vía de acción.

En los sistemas mixtos —especialmente Alemania, Italia y España—, el control es ejercido por tribunales especializados, pero las cuestiones de constitucionalidad son planteadas por los

jueces en casos concretos, sin perjuicio de que algunos órganos estatales también estén legitimados para tal efecto. En principio, sus resoluciones estimatorias tienen efectos retroactivos.

En Costa Rica se utiliza este modelo, además del control en vía incidental, tanto a nivel judicial como en los procedimientos tendentes al agotamiento de la vía administrativa. Sin embargo, cuando la acción se plantea en un caso concreto, no lo decide el juez ordinario que conoce del asunto, sino que la resolución le corresponde a la Sala Constitucional, que es un órgano especializado en materia de jurisdicción constitucional que forma parte del poder judicial.

En algunos países latinoamericanos, como Guatemala, Venezuela y Colombia, coexiste un sistema mixto, en el que el control de constitucionalidad se ejerce, de manera concomitante, por los jueces ordinarios y por una jurisdicción especializada. Por tanto, el control se ejerce tanto en vía incidental como en vía concentrada. Sin embargo, como en la vía incidental las resoluciones son de inaplicabilidad y no de anulación, el órgano judicial que decrete la inaplicabilidad de una norma debe remitir el asunto al Tribunal Constitucional para que este determine si anula o no la norma inaplicada con efectos *erga omnes*. De esa forma se logra, en la gran mayoría de los casos, uniformar la jurisprudencia.

En todos estos casos se trata de un control de constitucionalidad *a posteriori*.

También existe el control de constitucionalidad *a priori* sobre tratados y, en algunos supuestos, sobre proyectos de leyes ordinarias. En el primer caso, los dictámenes del órgano constitucional tienen efectos vinculantes y, en el segundo, salvo que se detecten vicios procedimentales insubsanables, lo decidido por el Tribunal Constitucional no vincula al Parlamento.

Adicionalmente, debe mencionarse que en algunas legislaciones, como las de Colombia, Panamá y Venezuela, existe la acción popular de inconstitucionalidad. En otras, hay legitimación directa en materia ambiental o cuando se es titular de un interés difuso, que la jurisprudencia ha extendido a materias como la salud, la tributaria, la electoral, etcétera.

III. La incorporación de las normas internacionales e interamericanas de protección de los derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte IDH en las legislaciones internas de los países latinoamericanos

3.1. La incorporación de las normas internacionales e interamericanas de protección de los derechos humanos en las legislaciones internas

El grado de incorporación de las normas internacionales e interamericanas de protección de derechos humanos varía en cada ordenamiento.

En la mayoría de los países, los tratados sobre derechos humanos tienen rango normativo inferior a la Constitución, por lo que se incorporan al ordenamiento jurídico interno como una norma más sin ningún privilegio para su aplicación judicial.

En Guatemala se da una situación muy particular, pues los tratados relativos a derechos humanos, por mandato constitucional expreso, tienen rango superior a la Constitución. Por tanto, son directamente aplicables para tutelar los derechos de los habitantes en ellos reconocidos, con preferencia sobre la legislación ordinaria e inclusive sobre los derechos fundamentales reconocidos a nivel constitucional.

En el ordenamiento costarricense, los instrumentos y tratados sobre derechos humanos forman parte del parámetro de constitucionalidad en materia de amparo, y la jurisprudencia constitucional ha establecido que, en caso de conflicto entre la norma de un tratado y una disposición constitucional, se aplica la norma más favorable al recurrente.

Es conveniente subrayar que, al hablar de instrumentos internacionales, la Constitución costarricense ha ensanchado la incorporación de derechos humanos dentro de su ordenamiento a los contenidos en aquellos tratados que, aunque suscritos por el poder ejecutivo, no han sido aprobados por la Asamblea Le-

gislativa ni ratificados posteriormente por aquel, verbigracia, los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en materia de derechos sindicales y laborales que fueron suscritos por el ejecutivo, pero que todavía no han recibido la correspondiente aprobación legislativa.

En otras legislaciones, como la peruana, el contenido y el alcance de los derechos fundamentales debe interpretarse en armonía con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y demás tratados sobre derechos humanos.

En otros términos, en este caso, los tratados sobre derechos humanos sirven como criterio de interpretación obligatorio para los órganos encargados de tutelar los derechos fundamentales de los habitantes.

En Colombia, la Constitución de 1991 establece que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción prevalecen sobre el derecho interno. Los derechos y deberes consagrados en la Constitución se deben interpretar de conformidad con los tratados ratificados por el Estado colombiano.

En la Constitución argentina, luego de la reforma de 1994, los tratados de derechos humanos tienen jerarquía constitucional.

La Constitución chilena, en su texto vigente, establece la obligación del Estado de respetar y promover los derechos humanos garantizados por la Constitución, así como los incluidos en los tratados ratificados por Chile que se encuentren vigentes.

La Constitución paraguaya de 1992 otorga implícitamente rango constitucional a los tratados sobre derechos humanos, al establecer que solo pueden ser denunciados por los procedimientos que rigen para la enmienda constitucional.

Finalmente, la Constitución de Venezuela de 1999 dispone que los tratados y convenciones relativos a los derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por la propia Constitución y las leyes de la Repúbli-

ca, y son de aplicación directa por los tribunales y demás órganos del poder público.

Esta es la disposición constitucional más completa en la materia, pues resuelve algunos de los problemas que surgen en la praxis cuando se analiza la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno.

Se puede concluir que existe una importante tendencia en los países latinoamericanos, cada vez más acentuada, de otorgar a los tratados internacionales sobre derechos humanos una jerarquía superior a las leyes y a equiparar su jerarquía normativa a las disposiciones constitucionales.

3.2. El valor jurídico de la jurisprudencia de la Corte IDH en las legislaciones internas

En las sentencias de los tribunales internos se citan con frecuencia las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), pero sin que su criterio sea vinculante, aunque normalmente se respetan sus lineamientos jurídicos debido a su autoridad científica. Igual sucede con la jurisprudencia de la Corte IDH y, en menor grado, con los criterios de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

La legislación peruana establece la obligación de sus jueces de interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales a la luz de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que Perú es parte. Es decir, en este ordenamiento, las sentencias de los tribunales internacionales y, especialmente la jurisprudencia de la Corte IDH, sirven como instrumento interpretativo para los órganos titulares de la jurisdicción constitucional.

Otros tribunales, como la Sala Constitucional costarricense, consideran vinculante la jurisprudencia de la Corte IDH, ya sea en el ejercicio de su competencia consultiva o contenciosa; verbigracia, una opinión consultiva de la Corte IDH que estableció que la colegiatura obligatoria para ejercer la profesión de perio-

dista era incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, Pacto de San José) a finales de los años ochenta, fue aplicada literalmente por la Sala Constitucional para declarar inconstitucional la Ley del Colegio de Periodistas que establecía esa obligatoriedad.

Asimismo, la Corte Constitucional de Colombia, desde 1995, incorporó la doctrina del bloque de constitucionalidad, dentro del cual incluye la jurisprudencia de la Corte IDH. A partir de 1999 estableció que las recomendaciones de la CIDH eran vinculantes para el Estado colombiano.

Finalmente, en otras legislaciones la jurisprudencia de los tribunales internacionales, o inclusive de la misma Corte IDH, no tienen efectos vinculantes ni condicionan la aplicación de su normativa interna, como es el caso de Nicaragua y Venezuela, por supuestamente oponerse tales resoluciones a los institutos de la cosa juzgada material y a la soberanía del Estado.

En resumen, no existe homogeneidad en las legislaciones latinoamericanas para reconocerle carácter vinculante a las resoluciones y la jurisprudencia de la Corte IDH.

IV. El control de convencionalidad

4.1. Los hitos jurisprudenciales

A pesar de lo dicho en el acápite anterior, en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile,* de 26 de septiembre de 2006, la Corte IDH marcó un hito importante en la tutela de los derechos fundamentales en América Latina. En efecto, esa sentencia definió, en el marco del Pacto de San José, el denominado control de convencionalidad, a practicarse en lo sucesivo por los jueces nacionales.

Efectivamente, en el párrafo 124 de la sentencia se dijo lo siguiente:

> La Corte es consciente que los jueces y tribunales están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes del ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado

> ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el poder judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana.

En el párrafo siguiente, es decir, en el 125, agrega que en esa misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que "según el derecho internacional las obligaciones que este impone deben ser acatadas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno". Esta regla está codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969 (Convención de Viena).

Esta doctrina fue repetida, sin ulteriores variantes, en los casos *La Cantuta vs. Perú,* de 29 de noviembre de 2006, considerando 173, y en *Boyce vs. Barbados,* de 20 de noviembre de 2007, considerando 78. Sin embargo, en el caso de *Aguado Alfaro y otros vs. Perú,* de 24 de noviembre de 2006, en el considerando 126, la Corte precisó mejor su doctrina de la siguiente forma:

> Cuando el Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad, *ex officio,* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el cuadro de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones.

Esta doctrina asentada por la Corte IDH nos obliga a analizar todos los problemas y consecuencias jurídicas que derivan de ella, lo cual haremos en los siguientes acápites.

4.2. Fundamentos jurídicos del control

De la jurisprudencia de la Corte IDH se concluye que los fundamentos jurídicos del control de convencionalidad provienen del derecho internacional: *a)* el efecto útil de las obligaciones internacionales que deben cumplirse de buena fe, y *b)* la imposibilidad de invocar el derecho interno para incumplirlas (art. 27 Convención de Viena).

Como ha establecido reiteradamente la jurisprudencia de todos los tribunales internacionales, las obligaciones internacionales deben cumplirse de buena fe, lo que la doctrina denomina el "efecto útil" de los tratados internacionales.

Asimismo, el artículo 27 de la Convención de Viena y el principio del *non stoppel* prohíben que un país se sustraiga de las obligaciones internacionales contraídas alegando que disposiciones de derecho interno le impiden cumplir tales obligaciones.

Este último principio, sin embargo, tiene una excepción según el texto del artículo 47 del mismo Tratado, según el cual, un Estado puede alegar su derecho interno para eximirse del cumplimiento de un tratado, si su consentimiento al elaborarlo estaba viciado por una violación evidente, en materia de competencia para celebrar el tratado, y ello afectara a una norma fundamental de ese derecho interno.

4.3. Órganos legitimados para ejercer el control

En primer lugar, la propia Corte IDH ejerce el control de convencionalidad cada vez que desaplica normas internas en sus resoluciones. A este control se le denomina "control convencional en sede institucional".

El control también puede ser ejercido por los órganos jurisdiccionales de los países signatarios de la Convención.

4.3.1. El control de convencionalidad ejercido por la Corte IDH

4.3.1.1. Los alcances del control

En primer lugar, tenemos el problema de si la Corte tiene facultades o no para interpretar y aplicar las normas del derecho interno de un Estado. La jurisprudencia de la Corte había señalado inicialmente que los órganos del Sistema Interamericano solo tenían competencia para determinar si una ley o norma interna de un Estado es contraria a la Convención o a otros tratados interamericanos de derechos humanos aplicables, por lo que no pueden declarar que la misma viola los procedimientos de adopción de dicha ley o norma, o la Constitución del Estado en cuestión.[1] Esa incompatibilidad no implica anulación, con efectos *erga omnes,* de la normativa nacional.

Sin embargo, en épocas recientes, la posición de la Corte sobre este tema se ha flexibilizado, especialmente a partir de la sentencia del caso *La Última Tentación de Cristo vs. Chile,* en la que estableció que la norma constitucional chilena que autorizaba la censura previa era *per se* contraria a la Convención, independientemente de que fuera aplicada. Se trata, en palabras de la Corte, de normas de aplicación inmediata, o sea, aquellas que afectan a los individuos por su sola vigencia.[2]

La Corte ha ejercido control sobre normas constitucionales en el caso de *La Última Tentación de Cristo* y de Trinidad y Tobago. También ha establecido la inconvencionalidad de proyectos de reforma constitucional (Opinión Consultiva CR) y ha declarado contrarias a la Convención normas legales.[3]

---

1 Corte IDH. OC-13/93. Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículos 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva de 16 de julio de 1993. Serie A, núm. 13, párr. 29.

2 Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, núm. 73.

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

Asimismo, en el caso *La Cantuta vs. Perú* anuló leyes de amnistía con efectos *erga omnes,* actuando como si fuera un tribunal constitucional.

Es posible que en el futuro la jurisprudencia de la Corte IDH se oriente hacia este sentido, declarando sin ambages la superioridad del derecho internacional sobre el derecho interno y anulando disposiciones internas con efectos *erga omnes.*

4.3.1.2. Competencia de la Corte en razón de la persona

La competencia en razón de la persona hace alusión a la legitimación procesal activa y a la legitimación procesal pasiva, así como al papel que juegan las personas físicas y jurídicas en el procedimiento ante la Corte.

i) Legitimación activa

Ante la CIDH están legitimados para incoar denuncias personas físicas, grupos de personas y organizaciones no gubernamentales. Respecto de la Corte, la Convención solo la autoriza a conocer casos que le sean remitidos por la Comisión o por los Estados parte de aquel instrumento.

Los Estados miembros pueden ser parte en los procesos ante la Corte en diversas hipótesis: primero, cuando han sido parte en los asuntos ventilados ante la Comisión como Estado demandado; segundo, cuando haya actuado como Estado demandante o Estado demandado en el caso de una petición interestatal.

Sin embargo, en esta última hipótesis, los Estados solo pueden ser parte sobre la base del principio de reciprocidad, es decir, que ambos Estados hayan reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte para que el Tribunal conozca del caso. No obstante, el principio de reciprocidad no es aplicable cuando el Estado decide demandarse a sí mismo, dado que el Estado puede utilizar este procedimiento para un caso específico.

En la praxis solo existe un caso de autodemanda tramitado ante la Corte, y fue el proceso de *Viviana Gallardo vs. Costa Rica.* Los demás asuntos le han sido sometidos directamente por la Comisión.

ii) Legitimación pasiva

Al igual que sucede con cualquier otro tribunal internacional, la competencia de la Corte solo puede ser ejercitada respecto de aquellos Estados que hayan aceptado expresamente su jurisdicción.

La competencia de la Corte es opcional. Así tenemos, por ejemplo, el caso de Estados Unidos, que ratificó la Convención, pero hizo la reserva expresa de no someterse a su jurisdicción.

Por tanto, el reconocimiento de la jurisdicción contenciosa es optativo para los Estados signatarios de la Convención. Aquel puede realizarse al momento de la ratificación o adhesión de la Convención o en cualquier otro momento posterior. El reconocimiento puede formularse en forma general o por convención especial, es decir, para un caso concreto.

La Convención establece que la declaratoria general del reconocimiento de la jurisdicción contenciosa de la Corte puede realizarse de manera incondicional o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos (art. 62.2 CADH).

La condicionalidad en la aceptación de la Corte se puede dar particularmente para casos específicos y por plazo determinado.

La jurisprudencia de dicho órgano se ha decantado en el sentido de que las limitaciones contempladas en el precitado artículo 62.2 de la Convención son taxativas, por lo no pueden invocarse otras diferentes a las establecidas en esa disposición convencional.[4] Esta postura jurisprudencial se reafirmó en relación con la "reserva" que pretendió introducir Trinidad y Tobago en su declaración de reconocimiento de la jurisdicción de la Corte respecto a la aplicación obligatoria de la pena de muerte.[5]

---

4 Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Competencia. Sentencia de 24 septiembre de 1999. Serie C, núm. 54, párr. 36.

5 Corte IDH. *Caso Hilaire, Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de septiembre del 2001. Serie C, párrs. 80-88.

La Corte ha señalado que cuando un Estado reconoce su competencia contenciosa de manera incondicional, esa declaración no puede ser retirada. Para desvincularse de las obligaciones derivadas de dicho reconocimiento es necesario que denuncie la Convención.[6]

También ha reivindicado su competencia para resolver todas las cuestiones relativas a la validez y al alcance de las declaraciones realizadas por los Estados parte de la Convención, reconociendo su competencia contenciosa.[7]

iii) El papel de las personas físicas y jurídicas en el procedimiento ante la Corte

La Convención no autoriza la participación directa de los particulares en los procedimientos ante la Corte; sin embargo, desde el inicio de sus funciones, primero de manera pretoriana y luego por medio de normas reglamentarias, la Corte ha ensanchado la participación activa de los particulares en sus distintos procedimientos.

Siguiendo la praxis asentada por el TEDH, la Corte IDH admitió, desde su primer caso, que los abogados de las víctimas actuaran como asesores de la Comisión. Aunque no tenían participación directa en el debate, por lo menos formaban parte de la delegación oficial de la Comisión.

En la segunda etapa, a través de una reforma al Reglamento de la Corte, se autorizó a los familiares de las víctimas y a sus representantes a participar de manera independiente en la etapa de reparaciones, de forma que quedaron legitimados para someter sus propias consideraciones legales, pruebas y reclamos de compensación por daños y perjuicios y otras reparaciones.

Con las últimas reformas de los reglamentos tanto de la Comisión como de la Corte, se amplió la participación de las vícti-

6 Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Competencia. Sentencia de 24 septiembre de 1999. Serie C, núm. 55, párrs. 49 y 50.

7 Corte IDH. Caso *Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de septiembre del 2001, Serie C, núm. 81, párrs. 69-71.

mas y sus representantes en la decisión sobre el sometimiento del caso ante la Corte. Asimismo, se les reconoció legitimación para actuar de manera independiente en el trámite ante dicho Tribunal.

En efecto, la Comisión, al notificar el informe preliminar, tiene la obligación de otorgar la oportunidad a las víctimas para que presenten dentro de un mes su posición acerca de si el asunto se debe o no someter a la Corte. Dentro de ese plazo, los interesados pueden ofrecer información adicional sobre la posición de la víctima y sus familiares; los fundamentos con base en los cuales consideran que el caso debe ser remitido a la Corte; la prueba documental, testimonial o pericial disponible, y las pretensiones en materia de reparaciones y costas.[8]

Si la Comisión decide someter el caso ante la Corte, si el peticionario lo solicita, se le nombra como uno de los delegados para representarla ante el Tribunal.

Por otra parte, el Reglamento vigente de la Corte autoriza a los peticionarios a presentar sus solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma. Una vez admitida la demanda, esta le es notificada a la Corte a través de su secretario, al mismo tiempo que al Estado demandado. Los peticionarios tienen dos meses de plazo —improrrogables— para presentar sus solicitudes, argumentos y pruebas.

El Reglamento no se refiere a los alcances de los argumentos que los peticionarios pueden presentar ante la Corte. En su jurisprudencia, esta ha precisado que los peticionarios no pueden alegar hechos diferentes a los establecidos en la demanda, salvo que se tratare de hechos sobrevinientes.[9] En la misma sentencia se precisó que los peticionarios pueden invocar la violación de otros derechos humanos no incluidos en la demanda, pero tales violaciones deben referirse necesariamente a los hechos de la demanda.

---

8 Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala.* Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C, núm. 105, párr. 10.

9 Corte IDH. *Caso de los "Cinco Pensionistas" vs. Perú.* Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 febrero 2003. Serie C, núm. 98, párrs. 153 y 154.

Los peticionarios también están autorizados a solicitar medidas provisionales de la Corte en caso de necesidad y urgencia y cuando, concomitantemente, exista riesgo de daño irreparable a la víctima, siempre y cuando el caso se encuentre en conocimiento de aquella.

Finalmente, la praxis de la Corte ha sido amplia en aceptar la figura anglosajona del *amicus curiae.* Bajo esta figura procesal, los individuos y las organizaciones privadas de la sociedad civil pueden presentar observaciones en relación con un caso en el que pueden demostrar interés, aunque no sean parte del proceso. Las observaciones pueden presentarse a favor de la posición sostenida por una de las partes, o bien de manera genérica, para colaborar con la interpretación que realice la Corte. No existen regulaciones formales sobre el funcionamiento de los *amicus curiae,* por lo que hay gran flexibilidad respecto de los plazos y del formato para ejercer esta especie de coadyuvancia.

El problema fundamental en esta materia estriba en que no existe legitimación procesal directa de los ciudadanos para plantear sus demandas ante la Corte, lo cual limita sustancialmente su acceso a la justicia supranacional. Por ello, en la praxis la mayoría de los asuntos que conoce la Corte se refiere a temas de índole penal o que afectan a grandes núcleos de población, como los indígenas. Son muy escasos los procesos en los que se dilucida la violación de derechos fundamentales de contenido económico o de otros derechos que no se refieren estrictamente a la materia penal o política.

Para no ampliar la legitimación procesal activa se han esgrimido dos tipos de argumentos: el primero, que dado que la Corte IDH no es un Tribunal de tiempo completo, está sobrecargada de trabajo en la actualidad, por lo que la eventual extensión de la legitimación procesal activa implicaría su total descalabro; el segundo, que dada la naturaleza de los latinoamericanos, tan proclives al litigio, la Corte se llenaría de numerosos casos intrascendentes, lo que le restaría tiempo para conocer aquellos verdaderamente importantes.

Ambas críticas no dejan de ser ciertas; sin embargo, es claro que una justicia plena en materia de derechos humanos reclama

que exista una legitimación procesal activa amplia y sin restricciones formales, como ocurre actualmente en el Sistema Europeo.

4.3.1.3. La ejecución de las sentencias de la Corte

i) Los efectos de las sentencias de la Corte en los tribunales nacionales

Los efectos de las resoluciones de la Corte IDH varían sustancialmente en las distintas legislaciones latinoamericanas.

En algunas legislaciones, como ocurre en Perú y Colombia, existen normas expresas para la ejecución de las sentencias de la Corte IDH. La legislación peruana es más amplia, pues permite que sus sentencias se ejecuten por medio del mismo tribunal que dictó la sentencia anulada por aquella. En Colombia, en cambio, solo está regulado el pago de indemnizaciones cuando se haya dictado una sentencia condenatoria de la Corte IDH contra el Estado.

La segunda categoría está constituida por aquellas legislaciones en las que no existe ninguna norma específica de ejecución, pero en la praxis se ejecutan las sentencias de la Corte IDH acudiendo a la legislación ordinaria, inclusive al procedimiento de reforma constitucional; verbigracia, cuando la Corte IDH condenó a Chile por consagrar la censura previa en materia de libertad de prensa en la Constitución, el gobierno de ese país, una vez notificada la sentencia, procedió de inmediato a reformar el texto constitucional respectivo para eliminar su incompatibilidad con el artículo 13 del Pacto de San José.

Finalmente, tenemos una tercera categoría de ordenamientos en los que se considera que las sentencias de la Corte IDH no son ejecutables dentro de su territorio, por oponerse supuestamente a la institución de la cosa juzgada y a la soberanía nacional, por ejemplo, Nicaragua y Venezuela, respectivamente.

En el caso venezolano, a diferencia de lo que ocurre en Chile, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha des-

conocido expresamente los fallos de la Corte IDH y ha declarado que no los vincula en ningún sentido.

En efecto, en la sentencia 1942, de 15 de julio de 2003, la Sala Constitucional venezolana desconoció el valor obligatorio de las recomendaciones de la CIDH y de las sentencias de la Corte IDH, sujetándolas a que sus decisiones fueran conformes a la Constitución de Venezuela, según lo determine el TSJ/SC.

De conformidad con la sentencia en cuestión, las decisiones de estos órganos internacionales de protección de los derechos humanos no son de obligatorio cumplimiento y carecen de aplicación o son inaplicables si violan la Constitución o no se hayan agotado los recursos judiciales internos. Lo contrario sería subvertir el orden constitucional y ello atentaría contra la soberanía del Estado.

La citada sentencia dijo al respecto:

> A las decisiones de esos organismos se les dará cumplimiento en el país, conforme a lo que establezcan la Constitución y las leyes, siempre que ellas no contraríen lo establecido en el artículo 7 de la vigente Constitución, el cual reza: "*La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución*", siempre que se ajusten a las competencias orgánicas, señaladas en los Convenios y Tratados. Debido a ello, a pesar del respeto del Poder Judicial hacia los fallos o dictámenes de esos organismos, estos no pueden violar la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como no pueden infringir la normativa de los Tratados y Convenios, que rigen esos amparos u otras decisiones.... La Sala considera que, por encima del Tribunal Supremo de Justicia y a los efectos del artículo 7 constitucional, no existe órgano jurisdiccional alguno, a menos que la Constitución o la ley así lo señale, y que aun en este último supuesto, la decisión que se contradiga con las normas constitucionales venezolanas, carece de aplicación en el país, y así se declara".[10]

Recientemente, la Sala Constitucional venezolana declaró inejecutable la sentencia de 1 de septiembre de 2011 dictada por

[10] Sentencia 1942-2003.

la Corte IDH en el caso *López Mendoza vs. Venezuela,* con base en los siguientes argumentos:

> En conclusión, aún si se pretendiera otorgar un sentido literal y restrictivo al artículo 23 de la Convención Interamericana, impidiendo la inhabilitación de un ciudadano para el ejercicio de cargos públicos por razones de corrupción, limitando la posibilidad de sanción a una sentencia judicial; podemos advertir que tal Tratado no es el único que forma parte integrante del sistema constitucional venezolano según el artículo 23 de nuestra Carta Fundamental. La prevalencia de las normas que privilegien el interés general y el bien común sobre los intereses particulares dentro de un Estado social de derecho y de justicia obligan al Estado venezolano y a sus instituciones a aplicar preferentemente las Convenciones Interamericana y de la ONU contra la corrupción y las propias normas constitucionales internas, que reconocen a la Contraloría general de la República como un órgano integrante de un Poder Público (Poder Ciudadano) competente para la aplicación de sanciones de naturaleza administrativa, como lo es la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos por hechos de corrupción en perjuicio de los intereses colectivos y difusos del pueblo venezolano.
>
> Finalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos persiste en desviar la teleología de la Convención Americana y sus propias competencias, emitiendo órdenes directas a órganos del Poder Público venezolano (Asamblea Nacional y Consejo Nacional Electoral), usurpando funciones cual si fuera una potencia colonial y pretendiendo imponer a un país soberano e independiente criterios políticos e ideológicos absolutamente incompatibles con nuestro sistema constitucional.
>
> En virtud de las consideraciones anteriores, esta Sala Constitucional declara inejecutable el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 1 de septiembre de 2011, en el que se condenó al Estado Venezolano, a través "*de los órganos competentes, y particularmente del Consejo Nacional Electoral (CNE),*" a asegurar "*que las sanciones de inhabilitación no constituyan impedimento para la postulación del señor López Mendoza en el evento de que desee inscribirse como candidato en procesos electorales";* anuló las Resoluciones del 24 de agosto de 2005 y 26 de septiembre de 2005, dictadas por el Contralor General de la República, por las que inhabilitaron al referido ciudadano al ejercicio de funciones públicas por el periodo de 3 y 6 años, respectivamente; se condenó a la República

Bolivariana de Venezuela al pago de costas y a las adecuación del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal.[11]

En Nicaragua, las sentencias de la Corte IDH no se ejecutan, pues la jerarquía judicial considera que se viola el principio de la cosa juzgada material.

El somero análisis que hemos realizado de la jurisprudencia constitucional de algunos países latinoamericanos en cuanto a la aplicación directa de los fallos de la Corte IDH nos permite extraer algunas conclusiones importantes:

No existe uniformidad en cuanto a la aceptación plena de la obligatoriedad de los fallos de la Corte IDH por parte de los tribunales nacionales latinoamericanos.

El grado de acatamiento varía de un país a otro, en lo que incide, de manera radical, la cultura y el desarrollo jurídico de cada ordenamiento en particular. Verbigracia, en los países con honda tradición democrática y con gobiernos respetuosos de los derechos humanos —como es el caso de Costa Rica— se admite sin reservas la obligatoriedad de las sentencias de la Corte IDH.

En cambio, en aquellos otros que están regidos por gobiernos autoritarios o de vocación autoritaria —tales son los casos de Venezuela y Nicaragua, respectivamente— se utilizan todo tipo de subterfugios jurídicos, como la invocación del instituto jurídico de la cosa juzgada material o el político-jurídico de la soberanía nacional, para desconocer la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte.

Pareciera que la solución definitiva a estos problemas consistiría en aprobar un Protocolo sobre ejecución de sentencias y efectos vinculantes de las sentencias de la CIDH en las legislaciones nacionales de los países signatarios que aceptan plenamente su jurisdicción.

Con la reciente jurisprudencia de la Corte en el sentido de que los tribunales de cada país signatario están obligados a ejer-

[11] Sentencia de 17 de octubre de 2011.

cer un control de convencionalidad sobre su legislación interna se hace más acuciante la aprobación de este Protocolo.

4.3.2. El control de convencionalidad en el ámbito nacional

El control de convencionalidad en sede nacional es ejercitado, en principio, por todos los órganos encargados del control de constitucionalidad.

En los países en los que existe simultáneamente un control difuso y concentrado, o bien, en aquellos ordenamientos que solo arbitran un control difuso, el tema no ofrece mayores complicaciones.

El problema se plantea en aquellos ordenamientos en los que existen jueces que no están habilitados para ejercer el control de constitucionalidad, pues este se reserva de manera exclusiva a la Corte Suprema de Justicia o bien, a un Tribunal Constitucional ubicado dentro o fuera de la órbita del poder judicial.

La solución, en estos casos, pasa porque el asunto sea remitido al órgano encargado del control de constitucionalidad, mediante una consulta judicial de constitucionalidad en los ordenamientos donde exista.

Sin embargo, el problema subsiste en aquellos ordenamientos en los que no hay un mecanismo procesal para que un tribunal ordinario consulte la constitucionalidad de las normas ante el órgano encargado de ejercer el control. En estos casos habría que considerar, de manera pretoriana, que los tribunales ordinarios están legitimados para ejercer un control difuso de convencionalidad, o bien, que se arbitre un procedimiento *ad hoc* para efectuar la consulta de convencionalidad. De esa manera se cumpliría con el efecto útil de la jurisprudencia de la Corte IDH en esta materia.

El control se puede ejercer a petición de parte, pero también de oficio, antes de dictar sentencia.

En los casos en los que normas internas impidan el control de convencionalidad, el juez podría declararlas contrarias a la

CADH y no aplicar las normas constitucionales o legales que niegan ese control.

Por otra parte, con frecuencia se producen conflictos entre la Constitución y los tratados sobre derechos humanos, pues estos protegen mejor los derechos fundamentales de los ciudadanos que la primera, o bien, consagran derechos que aquella no contempla; verbigracia, en numerosas constituciones latinoamericanas no está consagrado el derecho de rectificación y respuesta, el cual se encuentra reconocido por el artículo 14 del Pacto de San José.

En algunas legislaciones en las que se predica la prevalencia del derecho constitucional sobre el internacional, el conflicto se resuelve mediante la aplicación del principio de preferencia de normas.

Por tanto, lo que ocurre en materia de derechos humanos es que, en virtud del principio *pro homine,* el juez constitucional está obligado a aplicar la normativa nacional o internacional más beneficiosa para la persona, sin que ello implique, desde el punto de vista jurídico, reconocerle mayor jerarquía normativa a los tratados respecto de la Constitución.

En efecto, conforme al principio *pro homine,* todo derecho fundamental debe interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más favorezca al ser humano. Este principio deriva de la posición básica que los derechos fundamentales ocupan como elemento estructural del ordenamiento y como valor fundamental del Estado de derecho.

De esa forma, el sistema de libertad que garantizan los derechos fundamentales deja fuera del alcance de la acción del Estado, ya sea por medio de la ley, de la actividad administrativa o de los tribunales de justicia, una esfera intangible de libertad, la cual no puede ser tocada por ninguna autoridad, porque es el hombre, no la sociedad, quien tiene dignidad y, en consecuencia, corresponde a él la titularidad de los derechos fundamentales.

El ser humano es alfa y la omega de las normas jurídicas, por lo que estas, y especialmente las que consagran derechos fundamentales, deben interpretarse en la forma que más le favorezcan.

El citado principio, junto con el de *pro libertatis,* constituyen el meollo de la doctrina de los derechos humanos y significa que el derecho debe interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más favorezca al ser humano.

Los tribunales constitucionales aplican este principio en su jurisprudencia en relación con los derechos humanos contemplados en los instrumentos internacionales vigentes en cada país en esa materia. En efecto, los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes, al integrarse al ordenamiento jurídico al más alto nivel, valga decir, al nivel constitucional, lo complementan en lo que favorezca a la persona.

Este principio, conocido como el de preferencia de normas, se encuentra recogido en el artículo 29, inciso b), de la CADH, al señalar que "Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados [...]".

Este principio cobija también el denominado "principio de primacía de la norma más favorable a la víctima", que ha tenido una aplicación extensa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Solo la Constitución venezolana lo recoge expresamente en su artículo 23.

4.4. La materia sujeta al control

En una opinión consultiva de Costa Rica sobre un proyecto de reforma constitucional, la Corte estableció que el término "ley" debe interpretarse como sinónimo de cualquier norma del ordenamiento interno, por lo que, dentro de ellas, están incluidas también las de rango constitucional.

En dos de los hitos jurisprudenciales citados —*Almonacid Arellano* y *Trabajadores Cesados del Congreso*—, la Corte habla escuetamente de normas jurídicas internas o simplemente de normas internas, con lo cual ratifica su doctrina asentada en la citada opinión consultiva.

En consecuencia, todas las normas internas están sujetas al control de convencionalidad (Constitución, leyes, sentencias, decretos, etc.), al igual que la jurisprudencia de los tribunales supremos o constitucionales cuando son vinculantes.

El tema cobra importancia cuando el control de convencionalidad se realice a nivel interno, pues podría ocurrir perfectamente que una norma infraconstitucional sea contraria a la Constitución pero compatible con la CADH.

En este caso, a pesar de que la norma infraconstitucional está exenta de vicios de inconstitucionalidad, puede ser objeto del control de convencionalidad.

4.5. El parámetro del control

El parámetro del control hace alusión a las disposiciones jurídicas que aplica la Corte en la resolución de los casos sometidos a su competencia o, como dice el artículo 63.2 de la Convención, la Corte "tiene competencia para conocer cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención".

Una interpretación literal de esta disposición convencional nos llevaría a la conclusión de que la Corte no puede aplicar otras normas de derecho internacional para resolver los casos sometidos a su jurisdicción; sin embargo, hay que matizar esta interpretación gramatical de la Convención y concluir que la Corte tiene competencia para utilizar otras normas del derecho internacional o del derecho internacional de los derechos humanos para informar la interpretación de las normas contenidas en tal instrumento, así como para aplicar otros tratados interamericanos que le otorguen competencia para supervisar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados al ratificarlos.

Respecto del primer tema, la jurisprudencia de la Corte ha señalado que ese Tribunal puede utilizar otros tratados internacionales de derechos humanos, como parte de un "*corpus iuris*

internacional", con el fin de fijar el contenido y los alcances de las disposiciones de la Convención Americana.[12]

En otros casos, la Corte ha utilizado disposiciones internacionales no vinculantes, como el Protocolo de las Naciones Unidas para la Investigación Legal de las Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias, también denominado Protocolo de Minnesota, para determinar el alcance la obligación del Estado de realizar una investigación seria, imparcial y efectiva a la luz de la CADH.[13]

En cuanto a la segunda excepción, existen al menos tres tratados interamericanos de derechos humanos que otorgan competencia a la Comisión y a la Corte para supervisar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados al ratificarlos. Se trata, en primer lugar, del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, denominado también "Protocolo de San Salvador"; luego está la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y, en tercer lugar, la Convención Americana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como la "Convención de Belém do Pará".

Adicionalmente debe citarse el caso de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la cual, aunque no dispone específicamente que la Corte es competente para supervisar el respeto de los derechos por ella garantizados, lo cierto es que la jurisprudencia de la Corte ha establecido que ella es competente para encontrar violaciones específicas de sus disposiciones y otorgar reparación.[14]

Otro aspecto que conviene analizar es si la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, conocida como la "Declaración Americana", puede ser aplicada por la Corte.

---

12 Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales) y otros vs. Guatemala.* Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, núm. 63, párr. 194.

13 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú.* Fondo. Sentencia de 30 mayo de 1999. Serie C, núm. 52, párr. 139.

14 Corte IDH. *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala.* Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C, núm. 37, párr. 136.

El tema no ha sido objeto de discusión por la Corte hasta el momento; sin embargo, nos parece que la respuesta es positiva a la luz de lo establecido en el artículo 29 de la Convención, el cual regula las normas de interpretación que deben utilizar los órganos del Sistema Interamericano para determinar el alcance de los derechos contenidos en la Convención. Según este artículo, "Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza".

La aplicación de la Declaración Americana cobra especial relevancia si se toma en cuenta que su aplicación permitiría garantizar la justiciabilidad de ciertos derechos económicos, sociales y culturales que se encuentran reconocidos en ella y que, en cambio, no son objeto de tutela por parte de la Convención.

La Corte, desde sus inicios, ha establecido la praxis de citar y utilizar jurisprudencia de tribunales internacionales y de órganos internacionales de supervisión para informar la interpretación de la Convención.

En este orden de ideas, merece mención especial la jurisprudencia del TEDH y del Comité de Derechos Humanos creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Aunque evidentemente esa jurisprudencia no es vinculante para la Corte, lo cierto es que constituye una fuente importante de interpretación de la Convención para ella.

Hay un problema adicional que es necesario resolver y es el relativo al margen de apreciación nacional. Este problema se plantea cuando, en un caso concreto, la jurisprudencia de la Corte IDH define un artículo del Pacto de San José y admite en esa interpretación el uso de la doctrina del margen nacional, la cual distingue en todo derecho un núcleo duro no reducible ni negociable, y otro contenido, más maleable, en el que los Estados miembros pueden introducir variantes de contenido, atendiendo a conceptos jurídicos indeterminados, tales como buenas costumbres, moral pública, interés social, etc. En estos casos, la Corte diferencia entre el núcleo duro de la norma que no es negociable y su contenido contingente.

La jurisprudencia de la Corte solo obliga a los Estados signatarios respecto de la interpretación que haga del núcleo duro de la norma que tutela el derecho fundamental acusado como violado, por cuanto la determinación de su contenido contingente solo es vinculante para el país demandado en el caso concreto donde se realizó la respectiva interpretación.

Finalmente, está abierto el tema de si tratados, como los Convenios de la OIT, que reconocen derechos fundamentales en materia de trabajo, pueden ser aplicados por la Corte. Hasta el momento el problema ni siquiera se ha planteado.

4.6. Los efectos del control

Confrontación normativa que conduce a la inaplicación. Aunque en el fondo tiene efectos anulatorios *ex tunc,* se asimila a la técnica procesal estadounidense de la desaplicación al caso concreto sin efectos *erga omnes.*

4.6.1. La naturaleza jurídica de las sentencias en asuntos contenciosos

Dentro del ámbito del derecho procesal general, las sentencias acostumbran distinguirse en declarativas y constitutivas. Las primeras tienen como finalidad y contenido la calificación jurídica de una determinada situación en relación con normas vigentes, es decir, son sentencias que constan la existencia de hechos o situaciones jurídicos preexistentes.

Las constitutivas tienen como finalidad modificar las situaciones de derecho existentes, creando, modificando o extinguiendo una determinada relación o situación jurídica.

Dentro de esta segunda categoría pueden encuadrarse las sentencias de la Corte IDH en los casos contenciosos, de conformidad con lo señalado en el artículo 63 del Pacto de San José, según el cual, "Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad con-

culcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada".

En efecto, cuando la Corte constata que se produjo una violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención, modifica una situación jurídica preexistente, ya sea anulando una sentencia o estableciendo la obligación del Estado de reparar el daño irrogado a la víctima. Inclusive, la sentencia de la Corte puede establecerle al Estado demandado la obligación de modificar su ordenamiento interno con el fin de hacerlo compatible con la Convención; verbigracia, la sentencia contra Chile en la que se obligó a ese país a modificar su Constitución Política para eliminar la censura previa como contenido de la libertad de expresión.

4.6.2. Los efectos de las sentencias estimatorias

Los efectos de las sentencias estimatorias en estos casos son variados, los cuales conviene analizar con algún detalle.

4.6.2.1. Efectos secundarios

Las sentencias estimatorias de la CIDH están íntimamente relacionadas con el objeto de la resolución o de la norma sometidos a control, por lo que el principio procesal de "congruencia entre lo pedido y lo resuelto" exige que la Corte, al declarar cuáles disposiciones normativas son incompatibles con la Convención, no exceda los límites de la impugnación.

Sin embargo, lo cierto es que a la Corte IDH también le corresponde declarar cuáles son las normas o actos cuya incompatibilidad con la Convención se deriva como consecuencia necesaria de la declaratoria realizada, dado que es ilógico que en el ordenamiento interno del país demandado subsistan normas secundarias o del mismo rango de otras que han sido previamente eliminadas de él por ser contrarias a la Convención. La coherencia del sistema exige, en suma, que las sentencias estimatorias

de inconvencionalidad surtan también efectos secundarios o reflejos.

Las hipótesis más frecuentes de incompatibilidad por conexión son las siguientes:

i) Las disposiciones que resultarían inaplicables una vez que ha sido declarada incompatible la norma objeto del juicio. Esta hipótesis se produce en el caso de disposiciones promulgadas para actuar y ejecutar las normas contenidas en la ley que fue objeto del juicio ante la Corte, por ejemplo, cuando se declara incompatible una norma que autorizaba expropiaciones. En tal caso, las respectivas normas procedimentales devienen totalmente inútiles, por lo que deben eliminarse del ordenamiento junto con la norma impugnada.

ii) Las disposiciones cuyo contenido coincida con el de la norma o normas que fueron objeto de la declaratoria de incompatibilidad. Esta segunda hipótesis hace referencia a aquellas disposiciones cuyo contenido, total o parcialmente, coincide con el de las normas declaradas incompatibles con la Convención. Por ejemplo, si la sentencia de la Corte IDH declara incompatible un principio tributario contenido en una ley del impuesto sobre los bienes inmuebles, las leyes en materia de renta o de valor agregado que contengan el mismo principio serán también incompatibles con la Convención.

iii) Las disposiciones que resultan sin fundamento normativo como consecuencia de la declaratoria de incompatibilidad de la norma objeto del juicio y las demás normas o actos que se encuentren en relación inescindible con ellas por conexidad. El primer caso se presenta cuando la norma declarada incompatible haya servido de fundamento jurídico a otras normas, por ejemplo, un reglamento fundado sobre una ley declarada incompatible con la Convención deviene también ilegítimo por carecer de fundamento jurídico válido, según el principio de regularidad jurídica. En esta hipótesis se produce un vicio de incompatibilidad sobreviviente. La segunda posibilidad se produce respecto de los actos de ejecución de la norma declarada incompatible, los cuales carecerían de fundamento normativo válido para mantenerse vigentes en el ordenamiento, por ejemplo, todos

los acuerdos de nombramiento realizados con base en una ley declarada incompatible, los que estarían sujetos a una invalidez sobreviviente.

iv) Cuando la Corte Interamericana determina, al examinar el caso concreto sometido a su jurisdicción, que alguna o algunas normas no impugnadas o cuestionadas por el recurrente son también incompatibles con la Convención. En esta hipótesis, como tales normas no forman procesalmente parte del proceso ante la Corte, esta se ve compelida a realizar la declaratoria de incompatibilidad por conexidad o consecuencia.

4.6.2.2. Los efectos constitutivos y prospectivos de las resoluciones de la Corte en los procesos contenciosos

En general, las resoluciones estimativas que realiza la Corte tienen efectos prospectivos, dado que las sentencias y normas del país demandado declaradas incompatibles con la Convención mantienen su validez y vigencia hasta que no se produzca la respectiva declaratoria de incompatibilidad.

Sin embargo, en el caso concreto donde se planteó la incompatibilidad, la sentencia surte efectos retroactivos o de inaplicabilidad, pues de lo contrario no sería posible satisfacer las pretensiones de las víctimas.

La sentencia estimatoria de incompatibilidad declara la existencia de un vicio de la norma o de la resolución judicial impugnada y declara su inaplicabilidad al caso dentro del cual se planteó, además de derogarlos hacia el futuro con eficacia *erga omnes*.

4.6.2.3. Los efectos retroactivos de la sentencia estimatoria en procesos penales y procedimientos administrativos sancionatorios

La sentencia de la Corte que declare una incompatibilidad de una norma del país demandado con la Convención tiene efectos retroactivos a favor del imputado y del condenado en virtud de un proceso penal o de un procedimiento sancionatorio administrativo.

Este principio se conoce como el de la hiperretroactividad, es decir, de una norma que tiene efecto retroactivo para favorecer a personas condenadas o imputadas en procesos penales o procedimientos sancionatorios administrativos.

En este orden de ideas, una persona que descuenta una pena de prisión y posteriormente una sentencia estimatoria declara que la norma que tipifica el delito es incompatible con la Convención, aquella recobra inmediatamente su libertad.

Si ya la persona condenada hubiera descontado la pena, en tal hipótesis queda abierta la posibilidad de exigirle al Estado responsabilidad por funcionamiento anormal del órgano legislativo.

En relación con los procedimientos administrativos sancionatorios, de carácter laboral, es evidente que habría que distinguir entre los que concluyen con amonestación, advertencia o suspensión sin goce de salario y aquellos otros que establecen la destitución del servidor.

Respecto de los primeros, los efectos de la sentencia serían los de eliminar cualquier antecedente del trabajador; en la segunda hipótesis, en cambio, además del derecho al pago de las indemnizaciones correspondientes, surge la duda fundada de si no procedería también la restitución del funcionario a su puesto.

Es claro que, en ambos casos, corresponderá al juez ordinario determinar los efectos concretos de la sentencia estimatoria de incompatibilidad.

4.6.2.4. El dimensionamiento de los efectos de la sentencia en el tiempo, en el espacio o la materia

Los tribunales internacionales tienen la facultad de dimensionar los efectos de sus sentencias estimatorias de incompatibilidad en el espacio, el tiempo o la materia. Para ello, pueden dictar las reglas que fueren necesarias para evitar que se produzcan graves dislocaciones de la seguridad, la justicia o la paz sociales.

Esta facultad de que disponen los tribunales internacionales de atemperar el efecto de sus sentencias estimatorias evita que

posteriormente el juez ordinario del país demandado desaplique la sentencia, alegando la existencia de derechos adquiridos. De esa forma, los tribunales internacionales conservan el monopolio de establecer los efectos concretos, en cada caso, de sus sentencias.

Con suma frecuencia es necesario que los tribunales internacionales dimensionen los efectos de sus sentencias estimatorias en el tiempo. Por ejemplo, el efecto de la declaratoria de incompatibilidad de un tributo con la Convención puede ser modulado hacia el futuro, pues si se le otorgare efecto retroactivo, podría colocar a las finanzas del país condenado al borde de la quiebra, al verse obligado a devolver cuantiosas sumas de dinero que no posee.

También el efecto puede modularse en el espacio; verbigracia, una declaratoria de incompatibilidad que surta efectos solo en determinados lugares del territorio del país condenado, como sería el caso de que se declarase incompatible con la Convención una ley que establecía un impuesto a la exportación del plátano solo en algunas de las municipalidades y no en todas en las que se cultiva esa fruta.

Finalmente, el dimensionamiento puede darse también respecto de la materia; verbigracia, si un principio contenido en una ley de pensiones fuese declarado incompatible con la Convención, la Corte IDH podría dimensionar sus efectos en el sentido de que la declaratoria solo afectaría a quienes pertenezcan a un determinado régimen y no a los otros existentes.

4.7. Control de constitucionalidad y control convencional e interpretación conforme a la Convención

Esta pauta interpretativa deriva del carácter de orden normativo superior que tiene la CADH respecto de los ordenamientos constitucionales internos.

Según este principio, la Corte IDH y los tribunales internos deben abstenerse de hacer declaratorias de nulidad cuando la

norma impugnada es susceptible de ser interpretada en armonía con la CADH.

De ahí se derivan dos corolarios importantes: primero, que existe una presunción de convencionalidad de la legislación interna en el sentido de que la Corte y los tribunales internos solo deben hacer declaratorias de inconvencionalidad, absolutas o parciales, cuando exista más de una duda razonable sobre la contradicción de la norma interna y la Convención o la jurisprudencia de la Corte; segundo, que cuando sea posible realizar una interpretación de la norma impugnada que se compagine con la Convención o con la jurisprudencia de la Corte, el juez debe seguir este camino.

De ahí deriva el uso de las denominadas sentencias interpretativas, las cuales no declaran la incompatibilidad de la norma impugnada con el Pacto de San José o la jurisprudencia de la Corte, pero sí establecen cómo debe interpretarse la norma interna para no incurrir en contradicción con el bloque de convencionalidad.

Esta técnica interpretativa, sin embargo, y bajo determinadas circunstancias, podría suplantar al legislador ordinario, puesto que por esta vía la Corte y los tribunales internos podrían, so pretexto de interpretar la legislación ordinaria conforme a la Convención, introducir normas *ex novo* en el ordenamiento jurídico.

Por ello, un jurista alemán ha sugerido una serie de presupuestos y límites del principio de interpretación conforme a la Constitución, que son también aplicables en el caso del Pacto de San José y la jurisprudencia de la Corte IDH, que enumeramos de inmediato:

a) toda interpretación conforme a la Convención presupone, como algo evidente, que la norma en cuestión es susceptible de interpretación en general. Las normas con un contenido unívoco son, o bien compatibles, o bien incompatibles con la Convención; en estos casos no se puede llegar a la interpretación conforme a la Convención que se sitúa entre ambos extremos;
b) la interpretación conforme a la Convención "no juega ningún papel, si la decisión depende exclusivamente de la aplicación de la propia Convención";

c) no tiene sentido una interpretación conforme a la Convención, si una norma la viola en cualquier interpretación imaginable, y
d) las normas convencionales no deben ser interpretadas según la máxima de que la legislación interna tiene que subsistir. Ello supondría una interpretación de la CADH conforme al ordenamiento interno (Simon).

En el caso del ordenamiento costarricense, este criterio toma una relevancia especial, pues el artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece que el objeto de esa jurisdicción es, entre otros, "garantizar los principios y normas del derecho internacional o comunitario vigentes en la República, así como su uniforme interpretación y aplicación".

En el artículo 2, cuando se habla de los procesos constitucionales que regula la ley, se establece que la acción de inconstitucionalidad y demás cuestiones de constitucionalidad —consulta legislativa de constitucionalidad y consulta judicial de constitucionalidad— tienen como objeto ejercer el control de constitucionalidad sobre las normas de cualquier naturaleza y sobre los actos sujetos al derecho público, así como la conformidad del ordenamiento interno con el derecho internacional o comunitario.

En consecuencia, el juez constitucional costarricense no solo aplica el principio interpretativo conforme a la Constitución, sino que en la interpretación de las normas constitucionales e infraconstitucionales aplica también el principio conforme al derecho internacional y comunitario vigente en la República.

En este sentido, la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha resuelto un problema jurídico muy interesante. En efecto, el hecho de pertenecer a una tribu de aborígenes no es considerado por la Constitución costarricense como una de las categorías que otorgan la nacionalidad por nacimiento, como ocurre en otras legislaciones.

Sin embargo, la Sala Constitucional, mediante interpretación armónica de la Constitución, del Convenio 169 de la OIT y los principios del derecho internacional de los derechos humanos —especialmente los principios *pro homine* y *pro libertatis*— llegó

a la conclusión de que nuestros aborígenes eran costarricenses por nacimiento (voto 1786-93).

Por consiguiente, consideró que a tales personas no les eran aplicables las normas relativas a la obtención de la nacionalidad por naturalización, como había sido la praxis del Registro Civil hasta entonces. En criterio de la Sala, los aborígenes que demuestren esa condición tienen derecho a inscribirse como costarricenses por nacimiento.

Esta sentencia constituye un ejemplo concreto de la forma en que funcionaría el control de conformidad convencional en las legislaciones internas.

Capítulo IV
La incorporación de estándares internacionales y supranacionales en el derecho interno

I. Introducción

El denominado diálogo jurisprudencial entre los tribunales internacionales de derechos humanos y los tribunales nacionales o de derecho interno, especialmente con los tribunales supremos de orden constitucional y con las diferentes salas de casación, es un fenómeno relativamente reciente en América Latina.

II. El alcance jurídico del diálogo entre los tribunales internacionales de derechos humanos y los tribunales nacionales

El fin perseguido por la incorporación de estándares internacionales y supranacionales en el derecho interno es mantener *una cierta coherencia sustancial de las jurisprudencias* entre los tribunales internacionales de derechos humanos y los tribunales internos, impidiendo de esa forma que se produzcan contradicciones insalvables y buscando, al mismo tiempo, *interpretaciones convergentes que permitan materializar el principio de equivalencia y suficiencia sustancial de los derechos.*

Según este último principio, la eficacia de los derechos humanos debe ser equivalente en todas las jurisdicciones y, para

conseguir ese objetivo, deben ser aplicados de manera armónica, de manera tal que se respete su contenido sustancial.

Por ello, los tribunales nacionales deben guiarse por el principio de *armonización*, que no es lo mismo que uniformidad, según lo ha precisado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), dado que cada legislación interna tiene sus propios matices que exigen una adaptación de la doctrina general asentada por los tribunales internacionales.

Esta adaptación se produce por medio de la teoría del "margen de apreciación nacional" desarrollada por el TEDH, y que todavía no ha sido recogida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Según esta doctrina, en todo derecho fundamental se debe distinguir un núcleo "duro" o "fundamental", no reducible ni negociable, y otro segmento, más maleable, donde los Estados pueden introducir variantes de contenido atendiendo razones, por ejemplo: de buenas costumbres, moral pública, interés social, etc., conceptos jurídicos indeterminados que varían de un ordenamiento a otro. Si un tribunal regional de derechos humanos asienta en una causa una tesis recurriendo "al margen de la apreciación nacional" de un país puntual, tal doctrina, a la medida para ese Estado, no debería obligar a los demás. En otras palabras, la obligación de seguimiento a las interpretaciones formuladas por los tribunales internacionales de derechos humanos obliga a distinguir entre "interpretaciones en lo fundamental" o "esenciales", o "definicionales", e "interpretaciones contingentes" o *ad hoc,* de valor solamente en principio para el caso en donde fueron formuladas.

De acuerdo con el TEDH, los ordenamientos jurídicos internos deben regirse por el principio general de compatibilidad con el derecho convencional, constituido en Europa por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y la jurisprudencia del TEDH y, en el caso de América Latina, por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y la jurisprudencia de la Corte IDH. En otros términos, de conformidad con este principio, la legislación interna debe interpretarse conforme a la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH.

No obstante, es importante señalar que el diálogo no puede desarrollarse en un solo sentido, pues en tal caso no existiría diálogo del todo, por lo que los tribunales regionales sobre derechos humanos tienen que tomar en cuenta la jurisprudencia decantada, a lo largo del tiempo, por los tribunales constitucionales de los países signatarios del respectivo tratado. De esa forma, los desarrollos jurisprudenciales de los tribunales constitucionales deben ser tomados en cuenta, conforme al principio de progresividad, por los tribunales regionales respectivos. Como consecuencia de ello se produce un enriquecimiento recíproco entre ambas jurisdicciones.

Por otra parte, debe distinguirse este diálogo jurisprudencial fecundo entre los tribunales internos y los tribunales regionales de derechos humanos, de la competencia y obligación que tienen los primeros de ejecutar las sentencias de los segundos. En este caso estamos en presencia de una obligación jurídica concreta, que se circunscribe al cumplimiento de una sentencia específica en cuyo proceso el Estado fue parte y resultó condenado a adoptar medidas específicas como parte de la restitución de los derechos de la víctima. En algunos casos, tales sentencias imponen obligaciones específicas a los propios órganos jurisdiccionales, las cuales deben ser cumplidas sin ninguna objeción y sin poder invocar válidamente institutos como los de la cosa juzgada material, etc., tal y como lo han hecho los tribunales nicaragüenses para no acatar las sentencias de la Corte IDH.

Sin embargo, la interpretación dada por el Tribunal regional en esa sentencia particular tiene efectos *erga omnes* hacia el futuro, no solo para los tribunales internos del país que fueron parte en el proceso, sino también para los órganos jurisdiccionales de los restantes países signatarios del respectivo tratado. En el peor de los casos, las interpretaciones de los derechos humanos que haga el respectivo Tribunal regional deben servir, al menos, como auxiliar o criterio interpretativo a ser tomado en cuenta por los tribunales internos.

Sin embargo, la tesis dominante hoy día es que las interpretaciones realizadas por los tribunales internacionales de derechos humanos tienen efectos generales que van más allá del fallo, tanto respecto del Estado implicado como de terceros Estados.

La razón para ello es que los tribunales regionales en la materia no solo realizan una función crucial de protección a la víctima, sino también cumplen con una función preventiva de proteger el interés general de naturaleza colectiva para el sistema de protección de los derechos humanos.

En efecto, los casos concretos sometidos a los tribunales regionales sobre derechos humanos evidencian problemas de carácter general de los instrumentos convencionales, que requieren clarificación, salvaguarda y desarrollo.

Esta segunda función fue puesta de relieve por el TEDH prácticamente desde sus inicios en el caso *Irlanda vs. Reino Unido*, cuando sostuvo que "Las sentencias del Tribunal, de hecho, sirven no solo para decidir los casos planteados ante el Tribunal, sino, más en general, para dilucidar, salvaguardar y desarrollar las normas instituidas por la Convención, contribuyendo así a la observancia por los Estados de los compromisos asumidos por ellos como Partes Contratantes (art. 19)".[1]

III. Los fundamentos de la recepción

Hoy día existe una importante relación entre los tribunales constitucionales y los internacionales que tutelan los derechos humanos. Dado que tanto las sentencias como la jurisprudencia de los tribunales constitucionales son recurribles ante los tribunales internacionales de derechos humanos, es claro que estos últimos han terminado siendo, en última instancia, los contralores de la regularidad jurídica de las resoluciones de los órganos internos de los países signatarios del respectivo Tratado.

En este orden de ideas, el TEDH ha calificado al CEDH como un instrumento constitucional que es esencial para el orden público europeo, a fin de asegurar el respeto de los compromisos de los Estados parte.[2]

---

1 TEDH. *Caso Irlanda vs. Reino Unido*. Sentencia de 18 de enero de 1978, núm. 5310/71, párr. 154.

2 TEDH. *Caso Loizidou vs. Turquía*. Sentencia de 23 de marzo de 1995, núm. 15318/89, párrs. 75 y 93.

Por otro lado, los tribunales constitucionales son los intermediarios naturales de los tribunales internacionales de derechos humanos, dado el carácter supremo que tiene la interpretación de los derechos en ambas jurisdicciones. Además, a los primeros les corresponde explicar, aplicar y divulgar la jurisprudencia internacional sobre los derechos humanos en la jurisdicción interna.

Un ejemplo concreto explicará mejor esta relación de supremacía de los tribunales internacionales sobre los internos: el TEDH dedujo del artículo 8, apartados 2 y 11, del CEDH, el principio de proporcionalidad. Este principio, como es sabido, ha tenido gran influencia en todos los tribunales constitucionales del mundo, a partir de su recepción por el Tribunal Constitucional alemán, que lo terminó de precisar desde el punto de vista dogmático.

En el caso de las sentencias internacionales, estas son obligatorias por el texto mismo de los tratados. De allí que también la eficacia de sus interpretaciones de las normas sobre derechos humanos, que gozan de gran flexibilidad, termine teniendo el valor de "norma interpretada". Esta eficacia de la "norma interpretada" tiene un efecto armonizador sobre los ordenamientos jurídicos nacionales.

En consecuencia, la jurisprudencia de los tribunales internacionales, por cuanto desarrolla los propios tratados sobre derechos humanos y actualiza los contenidos de los derechos que evolucionan con las sociedades democráticas, debe gozar de la misma obligatoriedad que tienen sus sentencias.

En la praxis se produce un enriquecimiento recíproco entre ambas jurisdicciones. No se trata de construir un resultado unificador por sí mismo, sino del resultado de la evolución de un pluralismo constitucional. Se trata de que ambas jurisdicciones se retroalimenten recíprocamente, pero en el entendido, como lo ha subrayado el TEDH, de que ante una norma escrita, esta debe ser aplicada en los términos en los que la jurisdicción competente la ha interpretado.[3]

[3] TEDH. *Caso Kruslin vs. Francia*. Sentencia de 24 de abril de 1999, núm. 11801/85, párrs. 906-911.

En este sentido, por ejemplo, la Corte Constitucional italiana le ha otorgado, sin reserva alguna, pleno valor a la interpretación de las normas del CEDH hecha por el TEDH.[4]

IV. El caso europeo

El TEDH, desde su creación en 1959, ha dictado una gran cantidad de sentencias y producido una importante línea jurisprudencial.

En el Sistema Europeo, el diálogo del TEDH con los tribunales nacionales se ha producido no solo con los tribunales constitucionales, sino también con las salas de casación.

El TEDH ha considerado que su jurisprudencia es válida no solo para los casos expresamente decididos, sino que tales resoluciones también despliegan efectos generales, incluso para Estados que no estuvieron implicados en el proceso.

Ello ha permitido que los tribunales nacionales hayan comenzado a recibir la jurisprudencia asentada por los tribunales internacionales, dando lugar a un diálogo fecundo entre ambas jurisdicciones.

En Italia, por ejemplo, la Corte Constitucional, en materia de inviolabilidad parlamentaria (art. 68 de la Constitución italiana), se planteó la posibilidad de intervención procesal de un tercero que se había considerado ofendido por las expresiones de un parlamentario. En un juicio anterior, el citado Tribunal había negado la posibilidad de intervención procesal a terceros, lo cual trajo como consecuencia que Italia fuera condenada por el TEDH por violación del derecho a un juicio equitativo que consagra el artículo 6.1 del CEDH.[5] Como consecuencia de esta sentencia del TEDH, la Corte Constitucional italiana aplicó el nuevo criterio interpretativo de la jurisprudencia de aquel, por considerar que

[4] Corte Constitucional italiana, sentencias números 348 y 349, de 24 de octubre del 2007, párr. 4.6.

[5] TEDH. *Caso Cordova vs. Italia*. Sentencia de 30 de enero de 2003, núm. 40877/98.

la mencionada prohibición de participación procesal de los terceros interesados era violatoria al artículo 6 del CEDH, tal y como lo había afirmado el TEDH en la precitada sentencia *Cordova vs. Italia.*

La misma Corte italiana acogió la jurisprudencia asentada por el TEDH con relación al derecho a la defensa procesal del rebelde y la garantía de un juicio con celeridad. El Tribunal italiano, con base en la jurisprudencia establecida por el TEDH en los casos *Colozza vs. Italia* y *F.C.B. vs. Italia y otros,* le dio una lectura garantista al derecho a un juicio justo (art. 6 CEDH), estableciendo que, si bien el proceso debe ser sustanciado en plazos breves, el mismo debe ser igualmente justo para respetar los derechos de los imputados.[6] En suma, el Tribunal italiano interpretó el artículo 111 de la Constitución italiana a la luz de la jurisprudencia del TEDH sobre el contenido del artículo 6 del CEDH.

La Corte de Casación italiana reiteradamente ha reconocido como obligatorias y de aplicación directa las normas contenidas en el CEDH, aplicándolas en la forma en que han sido interpretadas por el TEDH.[7]

En Alemania, el Tribunal Constitucional ha establecido con carácter general que los jueces nacionales están obligados a ajustarse a las sentencias del TEDH, ya que "el texto del Convenio y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sirven, a nivel de derecho constitucional, como guía para la interpretación de los contenidos y fines de los derechos fundamentales y de los principios constitucionales de la Ley Fundamental".[8]

Finalmente, en España, la recepción de la jurisprudencia del TEDH ha sido relativamente fácil, pues el artículo 10.2 de la Constitución española establece que las normas relativas a los derechos deben interpretarse de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados.

---

6 Corte Constitucional italiana, sentencia del 4 diciembre de 2009.

7 Tribunal de Casación italiano, sentencia de 12 de mayo de 1993, sentencia de 3 de octubre del 2006, entre otras.

8 Tribunal Constitucional Federal alemán, caso *Gürgülü,* sentencia de 14 de octubre de 2004.

La aplicación de esta norma ha conducido al Tribunal Constitucional español a desarrollar la tesis conforme a la cual los tratados sobre derechos humanos son "fuente interpretativa" de los derechos reconocidos en la Constitución, lo que evidentemente ha facilitado la recepción de la jurisprudencia del TEDH.[9]

Los ejemplos de estos tres países, cuya sensibilidad jurídica es bastante cercana a la nuestra, demuestran cómo la jurisprudencia del TEDH ha ido calando, poco a poco, en los principales tribunales constitucionales del mundo. Esta recepción de la jurisprudencia del TEDH se ha extendido también a otros países como Letonia, Polonia, etcétera.

V. El caso americano

En las sentencias de los tribunales internos latinoamericanos se citan con frecuencia las sentencias del TEDH, pero sin que su criterio sea vinculante, aunque normalmente se respetan sus lineamientos jurídicos debido a su autoridad científica. Igual sucede con la jurisprudencia de la Corte IDH y, en menor grado, con los criterios de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

La legislación peruana establece la obligación de sus jueces de interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales a la luz de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales de derechos humanos constituidos según tratados de los que Perú es parte. Es decir, en este ordenamiento las sentencias de los tribunales internacionales, y especialmente la jurisprudencia de la Corte IDH, sirve como instrumento interpretativo para los órganos titulares de la jurisdicción constitucional.

Otros tribunales, como la Sala Constitucional costarricense, consideran vinculante la jurisprudencia de la Corte IDH, ya sea en el ejercicio de su competencia consultiva o contenciosa; verbigracia, una opinión consultiva de la Corte IDH que estableció que la colegiatura obligatoria para ejercer la profesión de periodista

[9] Sentencia núm. 236, de 7 de noviembre de 2007, y sentencia núm. 63/2010, de 18 de octubre de 2010.

era incompatible con la Convención Americana a finales de los años ochenta, fue aplicada literalmente por la Sala Constitucional para declarar inconstitucional la Ley del Colegio de Periodistas que establecía esa obligatoriedad.

Los artículos 1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional confieren a la Sala Constitucional costarricense la potestad para "garantizar los principios del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación" y "ejercer la conformidad del ordenamiento interno con el Derecho Internacional o Comunitario", respectivamente.

Asimismo, la Corte Constitucional de Colombia, desde 1995, adoptó la doctrina del bloque de constitucionalidad, dentro del cual incluye la jurisprudencia de la Corte IDH. A partir de 1999 estableció que las recomendaciones de la CIDH eran vinculantes para el Estado colombiano.

La Corte Suprema argentina representa el ejemplo más claro de aplicación de la jurisprudencia interamericana.

En este orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia argentina, en el fallo *Espósito,* admitió el recurso extraordinario deducido contra una sentencia que había declarado extinguida la acción penal por prescripción en una causa abierta por hechos que luego fueron juzgados por el Tribunal interamericano.

La Corte argentina sostuvo que "resultan de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino (68.1 CADH), por lo cual también ella, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional" (cdo. 6).

Previo a ello, puntualizó que el rechazo de la apelación tendría como efecto inmediato la confirmación de la declaración de prescripción de la acción penal, en contravención a lo decidido por la Corte Interamericana en su sentencia de 18 de septiembre de 2003 en el caso *Bulacio vs. Argentina,* en el que se declaró la responsabilidad internacional del país.

En el fallo *Arancibia Clavel*, la Corte Suprema de Argentina declaró procedente una queja y el recurso extraordinario que había sido denegado por la Cámara Nacional de Casación Penal, revocando la sentencia de este último tribunal, por cuanto había

declarado extinguida la acción penal por prescripción en la causa seguida por el delito de asociación ilícita con fines de persecución y exterminio de los opositores políticos.

Entre otros argumentos, el voto de mayoría estableció que el delito de asociación ilícita perpetrado para perseguir opositores políticos por medio de homicidios, desapariciones forzadas de personas y tormentos reviste el carácter de crimen contra la humanidad y, por ende, es imprescriptible a pesar de lo que indique la legislación interna, pues esta resulta desplazada por el derecho internacional consuetudinario y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

Para aplicar este criterio, se basó en la jurisprudencia asentada por la Corte IDH a partir del caso *Velásquez Rodríguez,* según la cual es deber de todo Estado signatario de la Convención Americana organizar el aparato gubernamental, en todas sus estructuras del ejercicio del poder público, de tal manera que sus instituciones sean capaces de asegurar la vigencia de los derechos humanos, lo cual incluye el deber de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención. Desde este punto de vista, la aplicación de las disposiciones de derecho interno sobre prescripción constituye una violación al deber del Estado de perseguir y sancionar y, consecuentemente, compromete su responsabilidad internacional.[10]

En el fallo *Simón*, la Corte Suprema argentina afrontó el complejo tema de analizar la constitucionalidad de las denominadas leyes de "punto final" y de "obediencia debida". La Corte terminó declarándolas inconstitucionales. Al mismo tiempo, privó de cualquier efecto jurídico, además de dichas leyes, a cualquier acto fundado en ellas que pudiera oponerse al avance de los procesos penales que se instruyan, o al juzgamiento y eventual condena de los responsables, u obstaculice en forma alguna las investigaciones llevadas a cabo por los canales correspondientes y en

[10] Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú.* Fondo. Sentencia de 14 marzo de 2001. Serie C, núm. 75, cdo. 41, y *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia.* Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C, núm. 92, cdo. 106, entre otras.

el ámbito de sus respectivas competencias, por crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio argentino.

En el considerando 24 del fallo, la Corte argentina dijo que las conclusiones a las que llegó la Corte IDH en el caso *Barrios Altos,* citado en el fallo *Arancibia Clavel,* tenían necesariamente que trasladarse de manera imperativa en este caso, si es que las decisiones del Tribunal interamericano "han de ser interpretadas de buena fe como pautas jurisprudenciales".

En el considerando 26 dijo que la Corte IDH, en el precitado caso *Barrios Altos,* había establecido

> [...] severos límites a la facultad del Congreso para amnistiar, que le impiden incluir hechos como los alcanzados por las leyes de "punto final" y "obediencia debida". Del mismo modo, toda regulación de derecho interno que, invocando razones de "pacificación" disponga el otorgamiento de cualquier forma de amnistía que deje impunes violaciones graves a los derechos humanos perpetradas por el régimen al que la disposición beneficia, es contraria a claras y obligatorias disposiciones de derecho internacional, y debe ser efectivamente suprimida.

En el fallo *Mazzeo,* la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucionales varios decretos ejecutivos expedidos por el presidente de la República argentina, mediante los cuales emitió indultos que habían beneficiado a sujetos acusados de delitos de lesa humanidad.

La Corte argentina fundamentó su sentencia en los argumentos vertidos por la Corte IDH en el caso *Almonacid Arellano*, de 26 de septiembre de 2006, argumentando en los siguientes términos:

> La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde su ini-

> cio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solo el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana (párr. 124).

Ahora bien, a partir de la sentencia *Almonacid vs. Chile*, de 26 de septiembre de 2006, la jurisprudencia de la Corte IDH se volvió obligatoria para todos los tribunales internos de los países que admiten su jurisdicción plena.

En efecto, en el precitado caso *Almonacid Arellano vs. Chile,* la Corte IDH marcó un hito importante en la tutela de los derechos fundamentales en América Latina. En esa sentencia definió, dentro del marco del Pacto de San José, el denominado control de convencionalidad a practicarse en lo sucesivo por los jueces nacionales. En el párrafo 124 de la sentencia se dijo lo siguiente:

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

En el párrafo siguiente, es decir, en el 125, la Corte agrega que "En esa misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que "según el derecho internacional las obligaciones que este impone deben ser acatadas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno [...]". Esta regla está codificada

en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969.

Esta doctrina fue repetida, sin ulteriores variantes, en los casos *La Cantuta vs. Perú*, de 29 de noviembre de 2006, considerando 173, y en *Boyce vs. Barbados*, de 20 de noviembre de 2007, considerando 78. Sin embargo, en el caso *Aguado Alfaro y otros,* conocido como *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú,* de 24 de noviembre de 2006, en el considerando 126, la Corte precisó mejor su doctrina en la siguiente forma:

> Cuando el Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad, *ex officio,* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el cuadro de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones.[11]

En este sentido, la Suprema Corte mexicana ha establecido que la jurisprudencia de la Corte IDH es vinculante para ella cuando sea emitida en casos en los que el Estado mexicano ha sido parte. En cambio, cuando México no haya sido parte en el proceso internacional, la jurisprudencia interamericana tiene "un carácter de criterio orientador de todas las decisiones de los jueces mexicanos, pero siempre en aquello que le sea más favorable a la persona".[12]

En Chile, la Corte Suprema ha calificado de obligatorio el derecho internacional de los derechos humanos, a fin de declarar

---

[11] Corte IDH. *Caso Aguado Alfaro y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 noviembre de 2006. Serie C, núm. 158, cdo. 126.

[12] Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Expediente Varios 912/2010,* ejecutoria de 14 de julio de 2011, párr. 15.

que "es inadmisible la prescripción que pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos".[13]

En Paraguay se ha declarado obligatoria la jurisprudencia de la Corte IDH. En efecto, se ha afirmado que

> [...] el carácter obligatorio de la jurisprudencia de la [Corte IDH] en nuestro medio [jurídico] es una condición necesaria de la aplicación de los artículos 26 (buena fue en el cumplimiento de los tratados) y 27 (imposibilidad de alegar disposiciones de derecho interno) del Convenio de Viena sobre Derecho de los tratados, ratificado por el Paraguay [...], así como del propio texto constitucional (art. 143) que "acepta el derecho internacional" y se ajusta al principio de "protección internacional de los derechos humanos".[14]

Sentencias similares a las citadas se han producido, luego de 2006, en Bolivia, El Salvador, Guatemala, República Dominicana, entre otros países.

Desgraciadamente, en otras legislaciones latinoamericanas la jurisprudencia de los tribunales internacionales, o inclusive de la misma Corte IDH, ni tienen efectos vinculantes ni condicionan la aplicación de su normativa interna, como es el caso de Nicaragua y Venezuela, por supuestamente oponerse tales resoluciones a los institutos de la cosa juzgada material y a la soberanía del Estado, respectivamente.

---

13 Corte Suprema de Justicia de Chile, *Caso Manuel Tomás Rojas Fuentes,* sentencia de 13 de marzo de 2007.

14 Juzgado de Liquidación, *Caso Elizabeth Flores Negri vs. El Rectorado de la Universidad Nacional de Asunción,* sentencia de 31 de julio de 2007.

Capítulo V
El control de convencionalidad sobre las leyes de reforma constitucional en Costa Rica

I. Poder constituyente originario, el poder constituyente derivado y el poder reformador de la Constitución

1.1. El poder constituyente originario

El poder constituyente originario o fundacional aparece cuando surge un Estado a la vida jurídica, o bien, cuando se rompe el orden constitucional por un hecho ilegítimo respecto del ordenamiento jurídico vigente (p. ej., un golpe de Estado, una revolución, etcétera).

En tales hipótesis, al no existir ningún ordenamiento vigente, surge el poder constituyente fundacional u originario. Su ejercicio pasa a manos del gobierno *de facto* que detenta el poder en esos momentos y, posteriormente, a la Convención o Asamblea Constituyente que se elija para redactar y aprobar el nuevo texto constitucional.

Esta modalidad del poder constituyente es ilimitada, autónoma e incondicional, pues se caracteriza por su libertad total. En suma, su ejercicio es jurídicamente ilimitado. Como decía el abate Sieyès, el poder constituyente lo puede todo.

1.2. El poder constituyente derivado

Cuando el poder constituyente originario se juridifica y se somete a límites que él mismo establece en la Constitución para su ejercicio, se transforma en un poder constituyente derivado.

Debemos recordar que el Estado constitucional moderno es un Estado de derecho, lo que implica la juridificación de la democracia constitucional y, por consiguiente, la necesidad de concebir jurídicamente a la propia soberanía.

De esa forma, el pueblo, que es el único soberano, se autolimita por medio de la Constitución. Sin embargo, como dice un jurista español:

> [...] la única autolimitación del poder constituyente que resulta compatible con la conservación de su carácter soberano es la autolimitación procedimental y no la autolimitación material. Es decir, la juridificación de la soberanía popular comporta, inexcusablemente, el establecimiento de unas reglas sobre la formación de la voluntad soberana, pero no sobre el contenido de esa voluntad, porque el soberano constitucionalizado ha de tener la facultad de cambiar, radicalmente, en cualquier momento, la Constitución, o dicho en otras palabras, el pueblo tiene que conservar la libertad de decidir, jurídicamente, su propio destino.[1]

En consecuencia, el poder constituyente derivado se ejerce por medio de una Convención o Asamblea Constituyente para introducir reformas generales a la carta política, por lo que tiene su origen directo e inmediato en la voluntad popular.

De lo anterior se deduce que dicho poder es limitado, en principio, en todo lo relativo a su estructura (órgano titular para ejercerlo), al procedimiento para su integración (elección de los miembros de la respectiva Convención o Asamblea) y a su funcionamiento (reglas procedimentales que debe aplicar durante su actuación).

---

[1] Aragón Reyes, Manuel, *Constitución y democracia,* Madrid, 1989, Tecnos, p. 34.

Sin embargo, el órgano encargado de la reforma general de la Constitución, en cuanto titular del poder constituyente derivado, no está sujeto a ninguna norma jurídica, expresa o implícita, de manera que, frente a su ejercicio, no es posible, desde el punto de vista jurídico, oponerle cláusulas pétreas implícitas o expresas.

En efecto, sin más restricciones que las procedimentales originales, puede disponer de su propia Constitución sin sujeción a ningún límite competencial, dado que, de esa forma, el pueblo de manera pacífica —o sea, jurídicamente— adopta en cada momento histórico el orden político, social y económico que más convenga a sus intereses.

1.3. El poder reformador de la Constitución

El poder reformador de la Constitución, que se ejercita por medio del procedimiento de reforma parcial de la Constitución, es jurídicamente distinto del poder constituyente derivado, el cual se articula a través del procedimiento de reforma general.

En efecto, el poder reformador de la Constitución presenta las mismas características de los poderes constituidos, por lo que esa potestad no es jurídicamente ilimitada, sino parcial y reglamentada, debiendo desenvolverse dentro del marco que le fija la propia Constitución.

De lo anterior se concluye que el órgano encargado de reformar parcialmente la Constitución, al igual que cualquier órgano estatal, se encuentra condicionado y limitado por las normas constitucionales y legales que consagran y regulan su ejercicio, es decir, el órgano encargado de la revisión constitucional está subordinado al orden establecido en cuanto a su estructura, procedimiento para su integración, organización, funcionamiento y ejercicio competencial.

El fundamento doctrinario para su limitación es su condición de órgano constituido, puesto que el poder reformador de la Constitución, al encontrar su razón de ser en la propia norma fundamental, ni lógica ni jurídicamente podría destruir el fundamento de su propia competencia.

El concepto universalmente aceptado de la soberanía popular se opone a que un órgano estatal sea titular de un poder ilimitado, ya que solo el pueblo es soberano. En otras palabras, el pueblo es la fuente político-jurídica del poder estatal.

Siempre dentro de ese mismo orden de ideas, en el Estado moderno se da la separación, perfectamente natural y jurídica, entre la voluntad del soberano, que es exterior a cualquier organización estática de poder y por su propia naturaleza reacia a someterse a ninguna voluntad que no sea la suya propia, y la competencia del órgano estatal. En esta tesitura, un autor francés ha dicho con gran precisión que "los elegidos son los representantes de la Nación soberana, pero, en ningún caso, los representantes soberanos de la Nación".[2]

De lo anterior se deduce que el ejercicio del poder reformador de la Constitución está sujeto a un límite concreto en cuanto a la materia objeto de la reforma.

Este límite se da en razón de la competencia e impide que el órgano parlamentario pueda, por vía de la reforma parcial, introducir cambios radicales en el régimen político, social y económico que garantiza la Constitución y, con mayor razón, limitar o restringir el régimen jurídico de los derechos fundamentales, lo cual es competencia exclusiva de una Asamblea Constituyente a través del procedimiento de reforma general.

En consecuencia, el órgano legislativo, por medio del procedimiento de las reformas parciales, solo puede modificar la carta política en todos aquellos aspectos que no interfieran con las decisiones políticas fundamentales del constituyente, ya sea originario o derivado. En otros términos, el poder reformador de la Constitución está sujeto a límites competenciales, que son fundamentalmente tres: el régimen jurídico de los derechos fundamentales; la forma de Estado, y la forma de gobierno.

Entre tales decisiones políticas fundamentales se encuentra, en primer lugar, el régimen jurídico de los derechos fundamentales, pues la justificación del Estado democrático radica justamen-

[2] Esmein, Adhémar, *Eléments de Droit Constitutionnel*, París, Libraire de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, 1896, p. 400.

te en la necesidad de tutelar y hacer posible que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos en forma libérrima. De ahí que el ejercicio de tales derechos solo consienta aquellas limitaciones que sean estrictamente necesarias para resguardar el bienestar de la colectividad.

Los principios políticos, económicos y sociales fundamentales y el régimen de los derechos fundamentales aprobados por el constituyente originario (asamblea constituyente) o por el constituyente derivado (asamblea constituyente convocada al efecto para la reforma general de la Constitución) solo pueden ser reformados por estos mismos órganos, nunca por el Parlamento en el ejercicio de las potestades que le confieren las normas constitucionales que regulan el procedimiento de reformas parciales a la Constitución, por ser el órgano legislativo un poder constituido sujeto a limitaciones competenciales.

El segundo límite competencial es la forma de Estado, es decir, mediante una reforma parcial de la Constitución un Estado no puede pasar de unitario a federal, o viceversa, pues tal decisión incide sobre los fundamentos políticos de aquel.

De igual manera, por medio del ejercicio del poder reformador no se puede modificar la forma de gobierno; verbigracia, pasar de un régimen presidencialista de gobierno a uno parlamentario, o al contrario.

1.4. La distinción entre la reforma general y la reforma parcial de la Constitución

Algunos ordenamientos constitucionales —como el español y el costarricense— tienen consagrados procedimientos diversos para la reforma parcial y la general de la Constitución, lo cual coincide en el ejercicio del poder constituyente derivado y en el poder reformador de la Constitución.

Los artículos 167 y 168 de la Constitución española establecen dicha distinción, en tanto que los numerales 195 y 196 lo hacen en la carta política costarricense. Por tanto, es importante establecer las consecuencias jurídicas que derivan de uno y otro

procedimiento antes de precisar los límites del poder reformador de la Constitución.

La reforma parcial o total de la Constitución Política no se refiere a la cantidad de normas reformadas, sino que apunta a un aspecto cualitativo, no cuantitativo. De este modo, si una reforma implica la variación de aspectos esenciales de la vida política o socioeconómica de la nación, o la restricción de derechos políticos y garantías de tutela de los derechos fundamentales, entre otros, aun cuando lo sea de una sola norma constitucional o de uno de sus incisos, no podría el órgano legislativo, a través del procedimiento de reforma parcial a la Constitución, aprobar la reforma sin violentar el propio texto constitucional.

La distinción entre reforma parcial y general, a pesar de su nombre, no puede ser cuantitativa, sino cualitativa, porque, de lo contrario, por vía de la primera podría reformarse o irse reformando todas y cada una de las normas constitucionales, inclusive aquellas que definen la fuente del propio poder legislativo que las promulga, lo cual sería una *contradictio in absurdum,* porque implicaría la posibilidad de que el órgano legislativo se despojara de su propia competencia constitucional e, incluso, alterara la fuente misma del poder constituyente, es decir, la titularidad de la soberanía.

Por otra parte, una constituyente convocada para realizar una reforma general de la Constitución podría acordar no reformar nada y promulgar el mismo texto o uno idéntico del llamado a revisar. La distinción, por tanto, repetimos, no es de cantidad sino de calidad, y puede formularse en términos generales de la siguiente forma: solo pueden adoptarse por la vía de la reforma parcial aquellos cambios constitucionales que no afecten principios o valores fundamentales del ordenamiento, o que —y esto último por exigencias del derecho internacional de los derechos humanos— no disminuyan el régimen jurídico de los derechos y libertades fundamentales reconocidos o implicados en la Constitución.

Se trata, entonces, de proteger la Constitución como un conjunto de normas básicas y fundamentales del ordenamiento jurídico, cuya superioridad implica que su modificación sustancial

debe ser el producto de un acuerdo que abarque un amplio espectro político, de tal forma que su extensa aceptación haga presumir su durabilidad.

El principio de rigidez constitucional no tiene otro objeto que procurar que el Estado que recoge el modelo ideológico de la sociedad, así como las convicciones y valores comúnmente compartidos, no sean fácilmente variados, a fin de preservar el sistema político, social y económico adoptado por el pueblo a través de la promulgación de la Constitución Política por medio de una asamblea constituyente.

1.5. Reforma general y reforma parcial de la Constitución en el ordenamiento costarricense

En Costa Rica se llega a las mismas conclusiones que en España, por cuanto no tendría ningún sentido lógico-jurídico la existencia de dos procedimientos diferentes para reformar la Constitución.

Las asambleas constituyentes solo surgen cuando se crea un nuevo Estado o cuando existen cambios de consenso en la sociedad civil subyacente; por tanto, es necesario concluir que el constituyente originario de 1949 creó dos procedimientos de reforma constitucional diversos con el fin de establecerle límites implícitos a este poder reformador ejercido por la Asamblea Legislativa conforme al procedimiento del artículo 195 de la Constitución, dado que, en principio, las asambleas constituyentes, originarias o derivadas, no están sujetas a ningún límite competencial.

Los límites del poder reformador de la Constitución, en el ordenamiento costarricense, son la forma de Estado, la forma de gobierno y el régimen de los derechos fundamentales. En otros términos, la asamblea legislativa no podría, mediante el procedimiento de reforma parcial, transformar al país en una monarquía; tampoco podría cambiar la forma de gobierno presidencialista a parlamentaria, porque ello implicaría una transformación radical del principio de división de poderes, pero, sobre todo, no podría restringir el régimen de los derechos fundamentales, en virtud de que la Constitución, en un sistema democrático como el cos-

tarricense, fue creada para proteger la libertad de los ciudadanos, no para mancillarla.

En consecuencia, en Costa Rica, el régimen de los derechos fundamentales está fuera de la competencia de reforma parcial de la Constitución que tiene la Asamblea Legislativa en virtud del referido artículo 195, salvo dos excepciones: la primera, cuando la reforma venga a reforzar dicho régimen, ya sea porque otorga mayores derechos, como ocurrió cuando se disminuyó la edad para ser elector de 20 a 18 años; cuando se reformó el artículo 46 de la carta política para elevar a rango constitucional los derechos de los consumidores, o cuando se le introdujo un nuevo párrafo al artículo 50 constitucional para garantizarle a los ciudadanos el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

Otro ejemplo sobre el particular lo constituyó la reforma del artículo 10 de la Constitución para crear la Sala Constitucional, la cual ha venido a garantizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales de los habitantes de la República y se ha convertido, a lo largo de los últimos 25 años, en la principal garantía institucional con que contamos los costarricenses para su salvaguarda.

En todos los casos anteriores se reforzó el régimen de los derechos fundamentales de los costarricenses, por lo que las respectivas reformas parciales de la Constitución fueron válidas.

La segunda excepción se da cuando se reforma el régimen de los derechos fundamentales para armonizar el ejercicio de algunos derechos, o bien, porque existen potestades del Estado que hacen necesaria la restricción en el ejercicio de un determinado derecho fundamental; por ejemplo, cuando en 1992 se reformó el artículo 24 constitucional con el fin de autorizar las intervenciones telefónicas. Dicha reforma se realizó para armonizar el ejercicio del derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones con los derechos a la tutela judicial efectiva y a la seguridad personal, que son también de linaje constitucional, además de hacer efectivo el ejercicio de la potestad atribuida al poder ejecutivo por el numeral 140, inciso 6, de la Constitución para garantizar el orden, la seguridad y la vida de los habitantes de la República.

En efecto, la autorización de las intervenciones telefónicas se justificó en la necesidad, como indiqué anteriormente, de armonizar el ejercicio de varios derechos fundamentales, así como de garantizar el efectivo ejercicio de la potestad fundamental del poder ejecutivo de mantener el orden y la tranquilidad de la nación y tomar las providencias necesarias para resguardar las libertades públicas.

Conforme al principio hermenéutico en materia de derechos fundamentales, denominado *pro libertatis*, aquellos deben interpretarse del modo más amplio posible, de forma tal que se interprete extensivamente todo lo que favorezca la libertad y restrictivamente todo lo que la limite. Además, de acuerdo con el principio *pro homine*, el derecho debe interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más favorezca al ser humano.

En efecto, como destaca la doctrina alemana, "Las libertades fijan límites al Estado; le dicen lo que deben dejar de hacer. Las libertades son ante todo no mandatos de acción, sino barreras a la acción pública". Por ello, en caso de duda, siempre se deberá favorecer la cláusula de la libertad, pues los derechos fundamentales han sido justamente consagrados para protegerla, no para limitarla.

II. Los presupuestos jurídicos del control de convencionalidad sobre las leyes de reforma constitucional en el marco de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

2.1. Los alcances del control de convencionalidad según la jurisprudencia de la Corte Interamericana

El término "control de convencionalidad" fue utilizado por primera vez por el exjuez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Sergio García Ramírez, en un voto concurrente, al manifestar que

> No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte solo a uno de sus órganos, entregar a estos la representa-

> ción del Estado en el juicio —sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto— y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del "control de convencionalidad" que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.[3]

Posteriormente, en otro voto salvado concurrente, precisó mejor el concepto de "control de convencionalidad", al indicar que

> Se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados —disposiciones de alcance general— a la luz de normas, principios y valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan "la constitucionalidad, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la 'convencionalidad' de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder político —y, eventualmente, de otros agentes sociales— al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejecución de su soberanía.[4]

Cuatro años después, el pleno de la Corte hizo suya la tesis del juez García Ramírez. Basado en esta doctrina, en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile,* el Tribunal interamericano marcó un hito importante en la tutela de los derechos fundamentales en América Latina. En efecto, esa sentencia definió en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

---

[3] Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 noviembre de 2003. Serie C, núm. 101, párr. 27.

[4] Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 septiembre de 2004. Serie C, núm. 114. Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 3.

(CADH, Pacto de San José) el denominado control de convencionalidad, a practicarse en lo sucesivo por los jueces nacionales.[5]

En este orden de ideas, la sentencia señaló, en el párrafo 124, lo siguiente:

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

En el párrafo siguiente, es decir, en el 125, la Corte agregó que: "En esa misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que 'según el derecho internacional las obligaciones que este impone deben ser acatadas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno'". Esta regla está codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969.

Esta doctrina fue repetida, sin ulteriores variantes, en los casos *La Cantuta vs. Perú,* de 29 de noviembre de 2006, considerando 173, y *Boyce vs. Barbados,* de 20 de noviembre de 2007, considerando 78; sin embargo, en el caso *Aguado Alfaro y otros vs. Perú,* la Corte precisó mejor su doctrina de la siguiente forma:

---

[5] Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 septiembre de 2006. Serie C, núm. 154, párrs. 123-125.

> Cuando el Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad, *ex officio,* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el cuadro de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones.[6]

Esta doctrina asentada por la Corte IDH en las citadas sentencias hizo obligatorio el control de convencionalidad en los ordenamientos internos de los países signatarios del Pacto de San José, dado que su artículo 2 establece, en lo conducente, que "los Estados Partes se comprometen, 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 garantías".

En relación con esta obligación convencional, la Corte ha dicho que "[...] recuerda que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene por fin proporcionar al individuo medios de protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente frente al Estado (sus órganos, sus agentes, y todos aquellos que actúan en su nombre)".[7]

La jurisprudencia de la Corte ha sostenido que

> Tampoco pueden los Estados dejar de tomar las medidas legislativas 'o de cualquier otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades', en los términos del artículo 2 del Pacto de San José. Estas medidas son las necesarias para 'garan-

[6] Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 158, párr. 126.

[7] Corte IDH. *Caso "Masacre de Mapiripan" vs. Colombia*. Sentencia de 15 septiembre de 2005. Serie C, núm. 134.

> tizar el libre y pleno ejercicio' de dichos derechos y libertades, en los términos del artículo 1.1 de la misma.[8]

Asimismo, que "El no adoptar estas medidas contraviene además de las normas convencionales que consagran los respectivos derechos, el artículo 2 de la Convención".[9]

Entre las medidas de "otro carácter" debe necesariamente incluirse la obligación de los tribunales de justicia, de los países signatarios de la Convención, de ejercer el control de convencionalidad sobre la legislación interna. Se trata, por consiguiente, de una obligación impuesta a todos los órganos jurisdiccionales de los Estados signatarios del Pacto de San José.

La jurisprudencia de la Corte ha precisado sobre el particular que

> Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos los jueces, están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana.[10]

---

8 Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 29 septiembre de 1999. Serie C, núm. 56, párr. 166.

9 Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C, núm. 69, párr. 176.

10 Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 220, párr. 225.

2.2. El significado del concepto "ley" en la CADH y su repercusión en el control de convencionalidad sobre las normas constitucionales

En primer lugar se presenta el problema de si la Corte tiene facultades o no para interpretar y aplicar las normas del derecho interno de un Estado. La jurisprudencia de la Corte había señalado inicialmente que los órganos del Sistema Interamericano solo tenían competencia para determinar si una ley o norma interna de un Estado era contraria a la Convención o a otros tratados interamericanos de derechos humanos aplicables.

En palabras de la Corte,

> Esto no significa que la Comisión tenga atribuciones para pronunciarse sobre la forma como se adopta una norma jurídica en el ordenamiento interno. Esa es función de los órganos competentes del Estado. Lo que la Comisión debe verificar, en un caso concreto, es si lo dispuesto por la norma contradice la Convención y si no la contradice el ordenamiento jurídico interno del Estado. La atribución otorgada a la Comisión para "formular recomendaciones [...] a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas a favor de los derechos humanos, dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales" (art. 41.b) o el compromiso de los Estados de adoptar las medidas legislativas necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades garantizados por la Convención "con arreglo a sus procedimientos constitucionales" (art. 2), no le dan a la Comisión facultad para calificar el cumplimiento del Estado de los preceptos constitucionales en la elaboración de las normas internas.[11]

Por tanto, esa eventual incompatibilidad no implicaba anulación, con efectos *erga omnes,* de la normativa nacional; sin embargo, la Corte comenzó a flexibilizar su posición en esta materia, especialmente a partir de la sentencia del caso *La Última*

[11] Corte IDH. OC-13/93. Opinión Consultiva sobre Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículos 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva de 16 de julio de 1993. Serie A, núm. 13, párr. 29.

Tentación de Cristo vs. Chile, en la que estableció que la norma constitucional chilena que autorizaba la censura previa era *per se* contraria a la Convención, independientemente de que fuera aplicada. En palabras de la Corte, se trata de normas de aplicación inmediata, o sea, aquellas que afectan a los individuos por su sola vigencia.[12]

Por otra parte, ya la jurisprudencia de la Corte había establecido desde mediados de los años ochenta que "siempre que un convenio internacional se refiera a leyes internas sin calificar en forma alguna esa expresión o sin que de su contexto resulte un sentido más restrictivo, la referencia es para toda la legislación nacional y para todas las normas jurídicas de cualquier naturaleza, incluyendo disposiciones constitucionales".[13]

En consecuencia, hoy día es pacíficamente aceptado por la jurisprudencia de la Corte que ella y los tribunales internos pueden ejercer el control de convencionalidad sobre las normas de rango constitucional, lo cual autoriza expresamente a que las leyes de reforma constitucional puedan ser objeto del control de convencionalidad, tanto por parte de la Corte como por los tribunales internos de los países signatarios de la Convención.

2.3. La aplicación del principio de preferencia cuando exista conflicto entre el derecho internacional de los derechos humanos y las normas y principios constitucionales

Con alguna frecuencia se producen conflictos entre la Constitución y los tratados sobre derechos humanos, pues los últimos protegen mejor los derechos fundamentales de los ciudadanos que la primera, o bien, consagran derechos que aquella no contempla; verbigracia, en numerosas constituciones latinoamerica-

[12] Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, núm. 73.

[13] Corte IDH. OC-4/84. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión consultiva de 19 de enero de 1984. Serie A, núm. 4, párr. 14.

nas no está consagrado el derecho de rectificación y respuesta, el cual se encuentra reconocido por el artículo 14 del Pacto de San José.

En algunas legislaciones, en las que se predica la prevalencia del derecho constitucional sobre el internacional, el conflicto se resuelve mediante la aplicación del principio de preferencia de normas.

Por tanto, lo que ocurre en materia de derechos humanos es que, en virtud del principio *pro homine,* el juez constitucional está obligado a aplicar la normativa nacional o internacional más beneficiosa para la persona, sin que ello implique, desde el punto de vista jurídico, reconocerle mayor jerarquía normativa a los tratados respecto de la Constitución.

En efecto, conforme al principio *pro homine,* todo derecho fundamental debe interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más favorezca al ser humano. Este principio deriva de la posición básica que los derechos fundamentales ocupan como elemento estructural del ordenamiento y como valor fundamental del Estado de derecho.

De esa forma, el sistema de libertad que garantizan los derechos fundamentales deja fuera del alcance de la acción del Estado, ya sea por medio de la ley, de la actividad administrativa o de los tribunales de justicia, una esfera intangible de libertad, la cual no puede ser tocada por ninguna autoridad, porque es el hombre, no la sociedad, quien tiene dignidad y, en consecuencia, corresponde a él la titularidad de los derechos fundamentales.

El ser humano es el alfa y la omega de las normas jurídicas, por lo que estas, y especialmente las que consagran derechos fundamentales, deben interpretarse en la forma que más le favorezcan.

El citado principio, junto con el de *pro libertatis,* constituye el meollo de la doctrina de los derechos humanos y significa que el derecho debe interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más beneficie al ser humano.

Los tribunales constitucionales aplican este principio en su jurisprudencia en relación con los derechos humanos contemplados en los instrumentos internacionales vigentes en cada país en

esa materia. En efecto, los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes, al integrarse al ordenamiento jurídico de más alto nivel, valga decir, al nivel constitucional, lo complementan en lo que favorezca a la persona.

Este principio, conocido como el de preferencia de normas, se encuentra recogido en el artículo 29, inciso b), de la CADH, al señalar que: "Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados".

Este principio cobija también el denominado "principio de primacía de la norma más favorable a la víctima", que ha tenido una aplicación extensa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Solo la Constitución venezolana lo recoge expresamente en su artículo 23.

2.4. El parámetro del control de convencionalidad

El parámetro del control hace alusión a las disposiciones jurídicas que aplica la Corte en la resolución de los casos sometidos a su competencia o, como dice el artículo 63.2 de la Convención, la Corte "[...] tiene competencia para conocer cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención".

Una interpretación literal de esta disposición convencional nos llevaría a la conclusión de que la Corte no puede aplicar otras normas de derecho internacional para resolver los casos sometidos a su jurisdicción; sin embargo, hay que matizar esta interpretación gramatical de la Convención y concluir que ese órgano tiene competencia para utilizar otras normas del derecho internacional o del derecho internacional de los derechos humanos para informar la interpretación de las normas contenidas en la Convención, así como para aplicar otros tratados interamericanos que le otorguen competencia para supervisar el

cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados al ratificarlos.

Respecto del primer tema, la jurisprudencia de la Corte ha señalado que ese Tribunal puede utilizar otros tratados internacionales de derechos humanos como parte de un "*corpus iuris* internacional", con el fin de fijar el contenido y los alcances de las disposiciones de la CADH.[14]

En otros casos, la Corte ha utilizado disposiciones internacionales no vinculantes, como el Protocolo de las Naciones Unidas para la Investigación Legal de las Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias, también denominado Protocolo de Minnesota, para determinar el alcance de la obligación del Estado de realizar una investigación seria, imparcial y efectiva a la luz de la CADH.[15]

En cuanto a la segunda excepción existen, al menos, tres tratados interamericanos de derechos humanos que otorgan competencia a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y a la Corte IDH para supervisar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados al ratificarlos. Se trata, en primer lugar, del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también denominado "Protocolo de San Salvador"; luego está la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y, en tercer lugar, la Convención Americana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como la "Convención de Belém do Pará".

Adicionalmente, debe citarse el caso de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la cual, aunque no dispone específicamente que la Corte es competente para supervisar el respeto de los derechos por ella garantizados, lo cierto es que la jurisprudencia de la Corte ha establecido que ella es

[14] Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala.* Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999., Serie C, núm. 63, párr. 194.

[15] Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú.* Fondo. Sentencia de 30 mayo de 1999. Serie C, núm. 52, párr. 139.

competente para encontrar violaciones específicas de sus disposiciones y otorgar reparación.[16]

Otro aspecto que conviene analizar es si la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, conocida como la "Declaración Americana", puede ser aplicada por la Corte.

El tema no ha sido objeto de discusión en la Corte hasta el momento; sin embargo, nos parece que la respuesta es positiva a la luz de lo establecido en el artículo 29 de la CADH, el cual regula las normas de interpretación que deben utilizar los órganos del Sistema Interamericano para determinar el alcance de los derechos contenidos en la Convención. Según este artículo, "Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza".

La aplicación de la Declaración Americana cobra especial relevancia si se toma en cuenta que su aplicación permitiría garantizar la justiciabilidad de ciertos derechos económicos, sociales y culturales que se encuentran reconocidos en ella y que, en cambio, no son objeto de tutela por parte de la Convención.

Desde sus inicios, la Corte ha establecido la praxis de citar y utilizar jurisprudencia de tribunales y órganos internacionales de supervisión para informar la interpretación de la Convención.

En este orden de ideas, merece mención la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y del Comité de Derechos Humanos creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Aunque evidentemente esa jurisprudencia no es vinculante para la Corte, lo cierto es que constituye una fuente importante de interpretación de la Convención para ella.

Finalmente, está abierto el tema de si tratados como los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que reconocen derechos fundamentales en materia de trabajo, pue-

[16] Corte IDH. *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C, núm. 37, párr. 136.

den ser aplicados por la Corte. Hasta el momento el problema ni siquiera se ha planteado.

2.5. Control de convencionalidad e interpretación conforme a la Convención

Esta pauta interpretativa deriva del carácter de orden normativo superior que tiene la CADH respecto de los ordenamientos internos.

Según este principio, la Corte IDH y los tribunales internos deben abstenerse de hacer declaratorias de incompatibilidad cuando la norma impugnada es susceptible de ser interpretada en armonía con la CADH.

En palabras de un juez actual de la Corte,

> No se trata simplemente de una imposición de la norma internacional sobre la nacional, sino de un proceso interpretativo de armonización, que implica, incluso en algunas ocasiones, dejar de aplicar la primera, al resultar de mayor alcance protector la norma nacional, conforme al principio *pro persona* y también derivado de la obligación de respetar los derechos y libertades previstos en los tratados internacionales.[17]

En el ámbito europeo se ha afirmado que

> En este proceso de armonización es un elemento esencial el uso que las jurisdicciones internas hacen del canon europeo y muy especialmente de las sentencias del Tribunal Europeo como herramientas hermenéuticas. La utilización de la jurisprudencia del TEDH como instrumento interpretativo de sus propios catálogos internos de derechos y libertades se debe, en unos casos, a la existencia de una norma interna que prevea la necesidad de interpretación conforme con el estándar europeo [...] En otros casos, en cambio, se deberá al cumplimiento de la obligación general derivada del artículo 1

[17] Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional,* Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 698 y 699.

CEDH de compatibilidad con el estándar europeo compuesto por el CEDH como por la jurisprudencia del TEDH.[18]

Del principio de interpretación conforme a la Convención se derivan dos corolarios importantes: el primero, que existe una presunción de convencionalidad de la legislación interna en el sentido de que la Corte y los tribunales internos solo deben hacer declaratorias de inconvencionalidad, absolutas o parciales, cuando exista más de una duda razonable sobre la contradicción de la norma interna y la Convención o la jurisprudencia de la Corte; el segundo, que cuando sea posible realizar una interpretación de la norma impugnada que se compagine con la Convención o con la jurisprudencia de la Corte, el juez debe seguir este camino.

De ahí deriva el uso de las denominadas sentencias interpretativas, las cuales no declaran la incompatibilidad de la norma impugnada con el Pacto de San José o la jurisprudencia de la Corte IDH, pero sí establecen cómo debe interpretarse la norma interna para no incurrir en contradicción con el bloque de convencionalidad.

Sin embargo, esta técnica interpretativa, en determinadas circunstancias, podría suplantar al legislador ordinario, puesto que por esta vía la Corte IDH y los tribunales internos podrían, so pretexto de interpretar la legislación ordinaria conforme a la Convención, introducir normas *ex novo* en el ordenamiento jurídico.

Por ello, la doctrina alemana ha sugerido una serie de presupuestos y límites del principio de interpretación conforme a la Constitución, que enumeramos a continuación:

a) Toda interpretación conforme a la Constitución presupone, como algo evidente, que la ley en cuestión es susceptible de interpretación en general. Las leyes con un contenido unívoco son, o bien compatibles, o bien incompatibles con la carta fundamental; en estos casos no se

[18] Queralt Jiménez, Argelia, "Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales", *Teoría y Realidad Constitucional,* Madrid, UNED, núm. 20, 2007, p. 439.

puede llegar a la interpretación conforme a la Constitución que se sitúa entre ambos extremos.

b) La interpretación conforme a la Constitución "no juega ningún papel, si la decisión depende exclusivamente de la aplicación de la propia Constitución".

c) No tiene sentido una interpretación conforme a la Constitución, si una norma la viola en cualquier interpretación imaginable.

d) Las normas constitucionales no deben ser interpretadas según la máxima de que la ley ordinaria tiene que subsistir. Ello supondría una interpretación de la Constitución conforme a la ley.

2.6. El control de convencionalidad sobre las normas constitucionales por medio de las opiniones consultivas

Mediante la opinión consultiva (OC) 4/84, la Corte resolvió una consulta realizada por Costa Rica acerca de un proyecto de reforma constitucional en materia de naturalización. En la resolución citada se precisó que

> Debe tenerse presente que según el artículo 64.1, la Corte sería competente para responder una solicitud de opinión consultiva, formulada por un Estado miembro de la OEA que involucrara el problema de la compatibilidad entre un proyecto de ley que tenga pendiente y la Convención [...] Cualquier intento por entender el significado del artículo 64.2 en el sentido de que se refiere solamente a leyes vigentes, esto es, a leyes cuyo proceso de formación se haya perfeccionado, tendría como consecuencia que los Estados no podrían solicitar, según esa disposición, opiniones consultivas de la Corte sobre proyectos legislativos. Los Estados estarían obligados a cumplir todo el procedimiento de derecho interno para la formación de las leyes, antes de poder solicitar la opinión de la Corte sobre su compatibilidad con la Convención u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.[19]

[19] Corte IDH. OC-4/84..., *cit.*, párrs. 16 y 18.

A partir de esta resolución quedó claro que la Corte IDH es competente para ejercer el control de convencionalidad sobre proyectos de reforma constitucional, es decir, puede ejercer el control de convencionalidad *a priori*.

2.7. El control de convencionalidad sobre las normas constitucionales en vía contenciosa

La jurisprudencia de la Corte ha establecido la posibilidad de que el control de convencionalidad sea ejercitado por ese órgano jurisdiccional en relación con las normas constitucionales vigentes.

La Constitución chilena de 1980, en su artículo 19, inciso 12, establecía un "sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica".

La Corte determinó que tal norma constitucional violaba el artículo 13 de la CADH, por lo que, de conformidad con los artículos 1 y 2 de la misma, el Gobierno chileno estaba obligado a modificar su ordenamiento jurídico con el fin de suprimir la censura previa para las exhibiciones cinematográficas.

La Corte sostuvo que

> Respecto al artículo 13 de la Convención, la Corte considera que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico con el fin de suprimir la censura previa, para permitir la exhibición cinematográfica y la publicidad de la película *La Última Tentación de Cristo,* ya que está obligado a respetar el derecho a la libertad de expresión y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción.[20]

Como consecuencia directa de este fallo, el Gobierno de Chile reformó el citado texto constitucional para adaptarlo al artículo 13 de la Convención, eliminando la censura previa en materia de publicidad y exhibición cinematográficas.

---

[20] Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile..., cit.*, párr. 97.

Este caso representa un ejemplo concreto de cómo la Corte IDH ejerce el control de convencionalidad sobre las normas constitucionales vigentes en los países miembros. En este caso concreto, fue claro que el mandato de la Corte era en el sentido de reformar expresamente la Constitución, pues una interpretación conforme a la CADH era imposible de realizar.

III. El control de convencionalidad sobre las leyes de reforma constitucional en Costa Rica

3.1. Fundamentos jurídicos del control convencional judicial en Costa Rica

El control de convencionalidad, en su primera faceta, es la incorporación de los tratados en el parámetro de constitucionalidad para controlar la legitimidad de la legislación ordinaria.

En el caso específico del ordenamiento constitucional costarricense, los tratados internacionales pueden servir como parte del parámetro del juicio de constitucionalidad, de conformidad con el artículo 7 de la carta política, el cual establece que los tratados, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente promulgados, tienen rango superior a las leyes.

En este orden de ideas, el artículo 73, inciso d), de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (LJC) señala que cabrá la acción de inconstitucionalidad "Cuando alguna ley o disposición general infrinja el artículo 7, párrafo primero, de la Constitución, por oponerse a un tratado público o convenio internacional".

Técnicamente, el enfrentamiento entre un tratado y una ley en el ordenamiento constitucional costarricense plantea un problema de inconstitucionalidad indirecta, pues al promulgarse la ley violatoria de un tratado se está desconociendo expresamente lo estipulado en el artículo 7 de la Constitución, que le confiere al tratado rango superior a la ley.

No se trata simplemente del conflicto entre normas de diferente jerarquía, ni de la derogatoria implícita que se produce por imperio de la ley nueva respecto de otra anterior, sino de cuestio-

nes de distinta naturaleza, que consiste en examinar y resolver si la ley tiene validez constitucional, o si, por el contrario, se dictó en violación a lo que dispone el artículo 7, párrafo primero, de la Constitución, es decir, porque la Asamblea Legislativa no debe o no puede dictar disposiciones que se opongan a un tratado o convenio internacional, porque estos, al tener jerarquía superior a las leyes, no son susceptibles de ser modificados en virtud de normas legislativas.

Los jueces no pueden dejar de cumplir el mandato legislativo contenido en las leyes que se encuentren en tal situación, pues estas son obligatorias desde el día de su vigencia, por lo que lógicamente deben aplicarlas, sin que les sea permitido examinar su validez constitucional ni resolver si deben darle preferencia al tratado o al convenio internacional respecto de la ley ordinaria, ya que con ello estarían enfrentándose al citado mandato de la Asamblea Legislativa.

En síntesis, lo que se plantea en estos casos es un problema de ejercicio ilegítimo de la potestad legislativa, con el consiguiente vicio de inconstitucionalidad que afecta a la ley desde su origen. Por ello, el único órgano competente para realizar tal declaración es la Sala Constitucional, al tenor de lo que establece el artículo 10 de la Constitución.

Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala ha considerado —a nuestro criterio en forma equivocada y contrariamente a los claros principios jurídicos indicados líneas arriba— que

> De esta manera, la antinomia entre ley y tratado, a partir de la reforma de los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución [...] y, sobre todo, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se resuelve, en primer lugar y en lo posible, con la derogación automática de la primera en cuanto se oponga al segundo, sin perjuicio de que también pueda serlo mediante la declaración de inconstitucionalidad de la ley.[21]

En todo caso, el artículo 73, inciso d), de la LJC erige a los tratados como parte integrante del parámetro de constituciona-

[21] Voto 282-90.

lidad, no solo respecto de las leyes, sino también de las demás disposiciones generales, con lo cual los reglamentos también están sujetos al control convencional en el ordenamiento costarricense.

Existe otra posibilidad para que los tratados puedan servir como parámetro del juicio de constitucional, pero estrictamente por vicios de carácter formal.

En efecto, tratados como el Convenio 144 de la OIT establecen la obligación del poder ejecutivo de consultar al órgano tripartito que se cree al efecto —en Costa Rica, el Consejo Superior de Trabajo— antes de enviar los convenios y recomendaciones suscritos con la OIT a la asamblea legislativa para su trámite correspondiente.

Cabría válidamente preguntarse si un convenio de la OIT que es aprobado por la asamblea legislativa sin que el poder ejecutivo lo haya consultado previamente al Consejo Superior de Trabajo estaría viciado de inconstitucionalidad.

El tema es interesante y permanece abierto, puesto que habría también que considerar si la citada disposición contenida en el Convenio 144 de la OIT, que establece la consulta obligatoria, sería contraria a los artículos constitucionales que consagran las potestades del poder ejecutivo para convocar a sesiones extraordinarias o ejercer la iniciativa en la formación de la ley, pues las mismas revisten una evidente naturaleza política y, por consiguiente, son de ejercicio discrecional.

El control de convencionalidad en sede nacional debe ser ejercitado, en principio, por todos los órganos jurisdiccionales. Como es sabido, cada país tiene su propio modelo.

Aunque el antecedente más lejano lo constituyen el artículo 7 de la Constitución y posteriormente el artículo 6 de la Ley General de la Administración Pública, que establecen que los tratados internacionales tienen mayor rango normativo que las leyes, lo cierto es que esa ley no contemplaba ningún mecanismo procesal para ejercer el control de convencionalidad.

Por ello, puede afirmarse que en Costa Rica el control de convencionalidad existe desde 1989, a partir de la entrada en vigor

de la LJC, con lo cual nos adelantamos 17 años a la jurisprudencia de la Corte IDH que lo hizo obligatorio para todos los países signatarios de la Convención.

En efecto, los artículos 1 y 2 de la LJC habilitan expresamente a la Sala para ejercer el control de convencionalidad, especialmente a través de los asuntos de constitucionalidad, al disponer, en lo conducente, que corresponde a la jurisdicción constitucional "garantizar los principios y normas del derecho internacional y comunitario vigentes en la República, sí como su uniforme interpretación y aplicación" y que "Le corresponde específicamente a la jurisdicción constitucional: [...] b) Ejercer el control de constitucionalidad [...], así como la conformidad del ordenamiento interno con el Derecho Internacional o comunitario, mediante la acción de inconstitucionalidad y demás cuestiones de constitucionalidad", respectivamente.

De la interpretación armónica de ambas normas se deduce que la Sala Constitucional ejerce simultáneamente un control de constitucionalidad y de convencionalidad sobre la legislación interna por mandato expreso de la ley, sobre todo a través de los diferentes mecanismos procesales del control de constitucionalidad. En otros términos, al conocer sobre la inconstitucionalidad de un acto o norma infraconstitucional, tiene que ejercer el control desde el punto de vista tanto constitucional como convencional.

Asimismo, con fundamento en el artículo 48 de la Constitución, la Sala ejerce el control de convencionalidad por medio de los procesos de amparo, dado que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos vigentes en la República forman parte del parámetro de legitimidad del recurso de amparo.

Por un lado, es evidente que la Constitución forma parte integrante del derecho interno, pues, como es sabido, representa la norma suprema del ordenamiento interno en la tradicional pirámide kelseniana. Por el otro, si la Sala Constitucional debe necesariamente establecer la conformidad del ordenamiento interno con el derecho internacional o el comunitario, es necesario concluir que la Constitución está también sometida al control de convencionalidad. Por tanto, las normas y principios constitu-

cionales están sujetos al control de convencionalidad que ejerce la misma Sala Constitucional por medio de los diferentes procesos de control de constitucionalidad.

Procesalmente existen dos mecanismos para ejercer el control de convencionalidad sobre las leyes de reforma constitucional: *a)* la consulta legislativa de constitucionalidad, y *b)* los diversos mecanismos procesales utilizados para ejercer el control de constitucionalidad.

3.2. El control preventivo de convencionalidad sobre las leyes de reforma constitucional

El sistema de control preventivo de constitucionalidad costarricense fue tomado del ordenamiento francés, aunque presenta algunos matices *sui generis* respecto de su modelo.

El ordenamiento procesal constitucional de Costa Rica tiene la particularidad de que los vicios procedimentales que detecte la Sala Constitucional son vinculantes para la asamblea legislativa, la cual tiene que retrotraer el proyecto al momento procesal en que se presentó el vicio. Este aspecto le otorga a dicho control preventivo la naturaleza de jurisdiccional, a diferencia del francés, que constituye un control judicial de carácter consultivo.

Las leyes de reforma constitucional deben ser objeto de la consulta preceptiva de constitucionalidad que realiza la asamblea legislativa en materia de control preventivo constitucional, según el artículo 96, inciso a), de la LJC.

Obsérvese que el control de constitucionalidad, en este caso, se circunscribe a los vicios procedimentales, por lo que la Sala no puede declarar la inconstitucionalidad de la ley de reforma constitucional por vicios sustanciales. En la terminología constitucional estadounidense tales asuntos se consideran *political issues*.

En el caso del control preventivo de convencionalidad respecto de las leyes de reforma constitucional, el asunto varía radicalmente. En efecto, los artículos 1 y 2 de la LJC empoderan a la Sala Constitucional con amplias facultades para "garantizar los principios y normas del Derecho Internacional y comunitario

vigentes en la República, así como su uniforme interpretación y aplicación" y determinar "la conformidad del ordenamiento interno con el Derecho Internacional o comunitario, mediante la acción de inconstitucionalidad y demás cuestiones de constitucionalidad".

Por ello, en caso de conflicto entre una norma constitucional y una disposición contenida en algún tratado sobre derechos humanos incluido dentro del parámetro de validez de la jurisdicción interamericana de derechos humanos, según la determinación realizada por la Corte IDH, se aplica el principio de preferencia de normas consagrado en el artículo 29 de la CADH. Esta aplicación, como es obvio deducirlo, se haría en aquellos casos en los que se debe resolver un caso concreto, por ejemplo, en un recurso de amparo.

Sin embargo, cuando se trata de un proyecto de ley de reforma constitucional en el que no existe un proceso ni un procedimiento administrativo en el que debe aplicarse la norma constitucional impugnada, la Sala Constitucional tiene amplios poderes para decretar la inconvencionalidad de la norma consultada, ya no por razones procedimentales, sino también por su contenido material.

En este supuesto, la Sala, en primer lugar, intentaría una interpretación de la norma impugnada conforme a la Convención. En el caso del ordenamiento costarricense, este criterio toma una relevancia especial por lo establecido en los precitados artículos 1 y 2 de la LJC.

En consecuencia, el juez constitucional costarricense no solo aplica el principio interpretativo conforme a la Constitución, sino que en la interpretación de las normas constitucionales e infraconstitucionales aplica también el principio conforme al derecho internacional y comunitario vigente en la República.

En este sentido, la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha resuelto un problema jurídico muy interesante. En efecto, el hecho de pertenecer a una tribu de aborígenes no es considerado por la Constitución costarricense como una de las categorías que otorgan la nacionalidad por nacimiento, como ocurre en otras legislaciones; sin embargo, la Sala Constitucional, mediante la

aplicación directa del Convenio 169 de la OIT y los principios del derecho internacional de los derechos humanos —especialmente los principios *pro homine* y *pro libertatis*—, llegó a la conclusión de que los aborígenes del país eran costarricenses por nacimiento, a pesar del silencio de la Constitución Política al respecto.[22]

Por consiguiente, consideró que a tales personas no les eran aplicables las normas relativas a la obtención de la nacionalidad por naturalización, como había sido la praxis del Registro Civil hasta entonces. A criterio de la Sala, los aborígenes que demuestren esa condición tienen derecho a inscribirse como costarricenses por nacimiento.

Esta sentencia constituye un ejemplo concreto de la forma en que funciona el control de conformidad convencional en las legislaciones internas.

En caso de no ser posible una interpretación conforme a la CADH, la Sala establecería claramente la incompatibilidad normativa correspondiente y dictaminaría que la norma sometida a su examen tiene que ser reformada para hacerla compatible con el derecho internacional de los derechos humanos.

Evidentemente, lo resuelto por la Sala en esta materia sería vinculante para el poder reformador de la Constitución, valga decir, para la Asamblea Legislativa, la cual quedaría obligada a actuar en el sentido indicado por el citado Tribunal.

3.3. El control *a posteriori* de convencionalidad sobre las leyes de reforma constitucional

El artículo 73, inciso ch), de la LJC consagra el control *a posteriori* sobre las leyes de reforma constitucional al disponer que "Cabrá la acción de inconstitucionalidad [...] ch) Cuando se apruebe una reforma constitucional con violación de normas de procedimiento".

Por ello, el control *a posteriori* de convencionalidad de las normas constitucionales se debe realizar por medio de los di-

[22] Voto 1786-93.

versos mecanismos procesales utilizados para ejercer el control de constitucionalidad y, por tanto, se pueden utilizar la consulta judicial de constitucionalidad, la acción de inconstitucionalidad en sus dos modalidades de acción directa (legitimación directa de determinados órganos estatales, titularidad de intereses difusos o que interesan a la colectividad en su conjunto) y de vía incidental (procesos judiciales o procedimientos administrativos tendentes al agotamiento de la vía administrativa).

La Sala, por medio de alguno de esos mecanismos de control de constitucionalidad, podría declarar la inconvencionalidad de las normas y principios constitucionales impugnados, así como de la jurisprudencia de la misma Sala que haya interpretado el alcance de tales normas y principios.

Lógicamente, la Sala debería intentar realizar, *prima facie,* una interpretación conforme a la Convención. De no ser ello posible, entonces tendría que realizar la respectiva declaratoria de inconvencionalidad de la norma constitucional o de la jurisprudencia impugnada.

En tal hipótesis, la Asamblea Legislativa quedaría obligada a reformar la Constitución para adaptarla a la Convención o al tratado que sirvió como parámetro de convencionalidad en el caso concreto; lo anterior de conformidad con lo estipulado en los artículos 1 y 2 de la Convención.

Si se tratare de la declaratoria de inconvencionalidad de su propia jurisprudencia, ello implicaría que esta perdería el carácter vinculante que tiene conforme al artículo 13 de la LJC, tanto para ella misma como para los demás operadores jurídicos.

Capítulo VI
El control de convencionalidad en el ordenamiento jurídico costarricense

I. Introducción

El control convencional es uno de los temas de mayor discusión hoy día en el ámbito del derecho procesal constitucional; sin embargo, existe en Costa Rica desde la promulgación de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (LJC) en octubre de 1989.

Nuestro sistema, como veremos, tiene algunas características sui géneris en relación con otros ordenamientos, lo que ha permitido, en la praxis, que la Sala Constitucional realice cotidianamente el control de convencionalidad utilizando diversas técnicas procesales.

II. Fundamento del control convencional interno

2.1. El fundamento jurisprudencial de la Corte IDH

En el caso *Almonacid Arellano vs. Chile,* de 26 de septiembre de 2006, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) dijo que

> En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos [CADH]. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener

> en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana.

A partir de este hito jurisprudencial, tanto la CADH como la jurisprudencia emitida por la Corte IDH sobre ella son de acatamiento obligatorio para todos los países signatarios del Pacto de San José y que hayan suscrito también la obligatoriedad de su jurisdicción, como es justamente el caso de Costa Rica.

2.2. Fundamentos jurídicos del control convencional judicial en Costa Rica

El control de convencionalidad, en su primera faceta, es la incorporación de los tratados en el parámetro de constitucionalidad para controlar la legitimidad de la legislación ordinaria.

En el caso específico del ordenamiento constitucional costarricense, los tratados internacionales pueden servir como parte del parámetro del juicio de constitucionalidad, de conformidad con el artículo 7 de la carta política, el cual establece que los tratados, los convenios internacionales y los concordatos debidamente promulgados tienen rango superior a las leyes.

En este orden de ideas, el artículo 73, inciso d), de la LJC señala que cabe la acción de inconstitucionalidad "Cuando alguna ley o disposición general infrinja el artículo 7, párrafo primero, de la Constitución, por oponerse a un tratado público o convenio internacional".

Técnicamente, el enfrentamiento entre un tratado y una ley en el ordenamiento constitucional costarricense plantea un problema de inconstitucionalidad indirecta, pues al promulgarse la ley violatoria de un tratado se está desconociendo expresamente lo estipulado en el artículo 7 de la Constitución, que le confiere al tratado rango superior a la ley.

No se trata simplemente del conflicto entre normas de diferente jerarquía, ni de la derogatoria implícita que se produce por imperio de la ley nueva respecto de otra anterior, sino de cuestiones de distinta naturaleza, que consisten en examinar y resolver

si la ley tiene validez constitucional o si, por el contrario, se dictó en violación de lo que dispone el artículo 7, párrafo primero de la Constitución, es decir, porque la Asamblea Legislativa no debe o no puede dictar disposiciones que se opongan a un tratado o convenio internacional, puesto que estos, al tener jerarquía superior a las leyes, no son susceptibles de ser modificados en virtud de normas legislativas.

Los jueces no pueden dejar de cumplir el mandato legislativo contenido en las leyes que se encuentren en tal situación, pues estas son obligatorias desde el día de su vigencia, por lo que lógicamente deben aplicarlas sin que les sea permitido examinar su validez constitucional ni resolver si deben darle preferencia al tratado o al convenio internacional respecto de la ley ordinaria, ya que con ello estarían enfrentándose al citado mandato de la Asamblea Legislativa.

En síntesis, lo que se plantea en estos casos es un problema de ejercicio ilegítimo de la potestad legislativa, con el consiguiente vicio de inconstitucionalidad que afecta la ley desde su origen. Por ello, el único órgano competente para realizar tal declaración es la Sala Constitucional al tenor de lo que establece el artículo 10 de la Constitución.

Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala ha considerado —a nuestro criterio, en forma equivocada y contrariamente a los claros principios jurídicos indicados líneas arriba— que

> De esta manera, la antinomia entre ley y tratado, a partir de la reforma de los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución [...] y, sobre todo, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se resuelve, en primer lugar y en lo posible, con la derogación automática de la primera en cuanto se oponga al segundo, sin perjuicio de que también pueda serlo mediante la declaración de inconstitucionalidad de la ley.[1]

En todo caso, el artículo 73, inciso d), de la LJC erige a los tratados como parte integrante del parámetro de constitucionalidad, no solo respecto de las leyes, sino también de las demás dis-

[1] Voto 282-90.

posiciones generales, con lo cual los reglamentos también están sujetos al control convencional en nuestro ordenamiento.

Existe otra posibilidad para que los tratados puedan servir como parámetro del juicio de constitucional, pero estrictamente por vicios de carácter formal.

En efecto, tratados como el Convenio 144 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) establecen la obligación del poder ejecutivo de consultar al órgano tripartito que se cree al efecto —en Costa Rica, el Consejo Superior de Trabajo— antes de enviar los convenios y recomendaciones suscritas con la OIT a la Asamblea Legislativa para su trámite correspondiente.

Cabría válidamente preguntarse si un convenio de la OIT que es aprobado por la Asamblea Legislativa sin que el poder ejecutivo lo haya consultado previamente al Consejo Superior de Trabajo, no estaría viciado de inconstitucionalidad.

El tema es interesante y permanece abierto, puesto que habría también que considerar si la citada disposición contenida en el Convenio 144 de la OIT, que establece la consulta obligatoria, no sería contraria a los artículos constitucionales que consagran las potestades del poder ejecutivo para convocar a sesiones extraordinarias o ejercer la iniciativa en la formación de la ley, pues las mismas revisten una evidente naturaleza política y, por consiguiente, son de ejercicio discrecional.

El control de convencionalidad en sede nacional debe ser ejercitado, en principio, por todos los órganos jurisdiccionales. Como es sabido, cada país tiene su propio modelo.

Aunque el antecedente más lejano lo constituye el artículo 6 de la Ley General de la Administración Pública, que establece que los tratados internacionales tienen mayor rango normativo que las leyes, lo cierto es que esa ley no contempla ningún mecanismo procesal para ejercer el control de convencionalidad. Por ello, puede afirmarse que en Costa Rica el control de convencionalidad existe desde 1989, a partir de la entrada en vigor de la LJC, con lo cual nos adelantamos 17 años a la jurisprudencia de la Corte IDH que lo hizo obligatorio para todos los países signatarios de la Convención.

En efecto, los artículos 1 y 2 de la LJC habilitan expresamente a la Sala para ejercer el control de convencionalidad, especialmente a través de los asuntos de constitucionalidad, al disponer, en lo conducente que corresponde a la jurisdicción constitucional, "garantizar los principios y normas del Derecho Internacional y comunitario vigentes en la República, así como su uniforme interpretación y aplicación" y que "Le corresponde específicamente a la jurisdicción constitucional: [...] *b)* Ejercer el control de constitucionalidad [...], así como la conformidad del ordenamiento interno con el Derecho Internacional o comunitario, mediante la acción de inconstitucionalidad y demás cuestiones de constitucionalidad", respectivamente.

De la interpretación armónica de ambas normas se deduce que la Sala Constitucional en Costa Rica ejerce simultáneamente un control de constitucionalidad y de convencionalidad sobre la legislación interna por mandato expreso de la ley.

Asimismo, con fundamento en el artículo 48 de la Constitución, la Sala ejerce el control de convencionalidad por medio de los procesos de amparo, dado que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos vigentes en la república forman parte del parámetro de legitimidad del recurso de amparo.

III. La aplicación de la jurisprudencia de la Corte IDH en el ordenamiento costarricense

En el caso costarricense, aunque la Sala Constitucional aplica con frecuencia jurisprudencia de la Corte IDH, no la cita expresamente. En sus resoluciones, la Sala utiliza expresiones tales como "conforme lo ha establecido la jurisprudencia internacional sobre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos" o "la jurisprudencia de los tribunales especializados en Derechos Humanos", y otras semejantes.

La jurisprudencia de la Sala Constitucional ha señalado que:

> Debe advertirse que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José Costa Rica), la fuer-

> za de su decisión al interpretar la Convención y enjuiciar las leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá —en principio— el mismo valor de la norma interpretada.[2]

IV. Órganos legitimados para ejercer el control

4.1. Mecanismo procesal para ejercer el control

Dado que en Costa Rica el control de convencionalidad, en principio, está concentrado en la Sala Constitucional, se plantea el problema de cómo podrían los demás tribunales ejercer ese control.

Pareciera que en el ordenamiento costarricense la solución sería que el asunto sea remitido a la Sala por el órgano judicial correspondiente, mediante el instituto de la consulta judicial de constitucionalidad, pues no existe en aquel un control difuso de constitucionalidad.

4.2. El control de convencionalidad a nivel administrativo

Un ulterior problema sería el de establecer si los órganos administrativos están o no legitimados para ejercer el control de convencionalidad.

Si se produjere una contraposición entre la norma convencional y la norma infraconstitucional, la solución sería que se aplique la norma convencional y, concomitantemente, se desaplique, para el caso concreto, la disposición legal o reglamentaria que contradice aquella, con fundamento en el principio de jerarquía normativa establecido en el numeral 6 de la Constitución Política.

Una segunda hipótesis se daría cuando el asunto se encuentre en el procedimiento de agotamiento de la vía administrativa. En este caso, aplicando pretorianamente las disposiciones relativas

[2] Voto 2313-95.

a la consulta judicial de constitucionalidad, el órgano administrativo se abstendría de resolver por el fondo y consultaría el caso a la Sala Constitucional.

Finalmente estaría el caso del procedimiento legislativo. En esta hipótesis, el control de convencionalidad se ejercería por medio de la consulta legislativa de constitucionalidad.

V. Conflicto entre la normativa interna constitucional y la internacional de los derechos humanos

5.1. La tesis de la Sala Constitucional

La jurisprudencia de la Sala Constitucional ha sostenido sobre el particular que "Debe decirse que los instrumentos internacionales en Derechos Humanos vigentes en la República, conforme a la reforma del artículo 48 constitucional al integrarse al ordenamiento jurídico al más alto nivel, valga a decir, a nivel constitucional, lo complementan en lo que favorezca a la persona".[3]

No obstante lo anterior, la Sala Constitucional, llevando hasta sus últimas consecuencias el principio constitucional en examen, ha llegado a sostener la equivocada tesis de que "los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, privan por sobre la Constitución".[4]

5.2. Principio de preferencia

La afirmación de que los tratados prevalecen sobre la Constitución no es recibida en Costa Rica, donde, en virtud de lo estipulado en los artículos 7 y 10 de la propia Constitución, se deriva claramente el principio de que los tratados están ubicados, den-

[3] Voto 5759-93.

[4] Voto 3435-92.

tro de la jerarquía de las fuentes, en un plano intermedio entre la Constitución y las leyes.

Por tanto, lo que ocurre en materia de derechos humanos es que, sobre la base del principio *pro homine,* el juez constitucional costarricense está obligado a aplicar la normativa nacional o internacional más beneficiosa para la persona, sin que ello implique, desde el punto de vista jurídico, reconocerle mayor jerarquía normativa a los tratados respecto de la Constitución.

En efecto, conforme a dicho principio, todo derecho fundamental debe interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más favorezca al ser humano. Este principio deriva de la posición básica que los derechos fundamentales ocupan como elemento estructural del ordenamiento y como valor fundamental del Estado de derecho.

De esta forma, el sistema de libertad que garantizan los derechos fundamentales deja fuera del alcance de la acción del Estado, ya sea por medio de la ley, de la actividad administrativa o de los tribunales de justicia, una esfera intangible de libertad, la cual no puede ser tocada por ninguna autoridad, porque es el hombre, no la sociedad, quien tiene dignidad y, en consecuencia, corresponde a él la titularidad de los derechos fundamentales.

El ser humano es el alfa y la omega de las normas jurídicas, por lo que estas, y especialmente las que consagran derechos fundamentales, deben interpretarse en la forma que más le favorezcan.

El citado principio, junto con el de *pro libertatis,* constituyen el meollo de la doctrina de los derechos humanos y significa que el derecho debe interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más favorezca al ser humano.

Los tribunales constitucionales aplican este principio en su jurisprudencia en relación con los derechos humanos contemplados en los instrumentos internacionales vigentes en cada Estado en esa materia. En efecto, estos instrumentos, al integrarse al ordenamiento jurídico de más alto nivel, valga decir, al nivel constitucional, lo complementan en lo que favorezca a la persona.

Este principio, conocido como el de preferencia de normas, se encuentra recogido en el artículo 29, inciso b), de la CADH

al señalar que "Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] *b)* Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados".

Este principio cobija también el denominado "principio de primacía de la norma más favorable a la víctima", que ha tenido una aplicación extensa en la jurisprudencia de la Corte IDH.

VI. El parámetro del control

6.1. Concepto

El parámetro del control hace alusión a las disposiciones jurídicas que debería aplicar la Sala Constitucional en la resolución de los casos sometidos a su jurisdicción en el ejercicio de su competencia de control convencional.

6.2. El *corpus iuris* internacional sirve para interpretar la CADH

La jurisprudencia de la Corte IDH ha señalado que ese Tribunal puede utilizar otros tratados internacionales de derechos humanos, como parte de un "*corpus iuris* internacional", con el fin de fijar el contenido y los alcances de las disposiciones de la CADH.[5]

6.3. Diversos tratados sobre derechos humanos que sirven de parámetro al control de convencionalidad

En otros casos, la Corte IDH ha utilizado disposiciones internacionales no vinculantes, como el Protocolo de las Naciones Uni-

[5] Corte IDH. *Caso "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala.* Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, núm. 63, párr. 194.

das para la Investigación Legal de las Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias, también denominado "Protocolo de Minnesota", para determinar el alcance de la obligación del Estado de realizar una investigación seria, imparcial y efectiva bajo la CADH.[6]

Por otra parte, existen al menos tres tratados interamericanos de derechos humanos que otorgan competencia a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y a la Corte IDH para supervisar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados al ratificarlos. Se trata, en primer lugar, del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también denominado "Protocolo de San Salvador"; luego está la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y, en tercer lugar, la Convención Americana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como "Convención de Belém do Pará".

Adicionalmente debe citarse el caso de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la cual, aunque no dispone específicamente que la Corte sea competente para supervisar el respeto de los derechos por ella garantizados, lo cierto es que la jurisprudencia de la Corte ha establecido que es competente para encontrar violaciones específicas de sus disposiciones y otorgar reparación.[7]

6.4. La Declaración Americana como parte del parámetro de convencionalidad

Otro aspecto que conviene analizar es si la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, conocida como la "Declaración Americana", puede ser aplicada por la Sala Constitucional al ejercer el control de convencionalidad.

---

6 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 mayo de 1999. Serie C, núm. 52, párr. 139.

7 Corte IDH. *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala.* Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C, núm. 37, párr. 136.

El tema no ha sido objeto de discusión en la Corte IDH hasta el momento; sin embargo, nos parece que la respuesta es positiva a la luz de lo establecido en el artículo 29 de la CADH, el cual regula las normas de interpretación que deben utilizar los órganos del Sistema Interamericano para determinar el alcance de los derechos en ella contenidos. Según este artículo, "ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de [...] *d)* excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza".

La aplicación de la Declaración Americana cobra especial relevancia si se toma en cuenta que su aplicación permitiría garantizar la justiciabilidad de ciertos derechos económicos, sociales y culturales que se encuentran reconocidos en ella y que, en cambio, no son objeto de tutela por parte de la Convención.

6.5. La aplicación de la jurisprudencia de tribunales y órganos internacionales

La Corte IDH, desde sus inicios, ha establecido la praxis de citar y utilizar jurisprudencia de tribunales y órganos internacionales de supervisión para informar la interpretación de la CADH.

En este orden de ideas, merece mención especial la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Comité de Derechos Humanos creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Aunque evidentemente esa jurisprudencia no es vinculante para la Corte IDH, lo cierto es que constituye una fuente importante de interpretación de la CADH para ella. La Sala Constitucional se enfrentaría al mismo tema.

6.6. La aplicación directa de otros tratados sobre derechos humanos

Finalmente, está abierto el tema de si tratados como los convenios de la OIT, que reconocen derechos fundamentales en materia de trabajo, pueden ser aplicados directamente por la Sala Constitucional cuando ejerce el control de convencionalidad.

La Sala Constitucional ya lo ha hecho en varias ocasiones, pues recordemos que el artículo 48 de la Constitución establece que forman parte del parámetro de constitucionalidad de este recurso no solo los tratados aprobados y ratificados por el país, sino también los instrumentos internacionales suscritos, aunque no aprobados ni ratificados. En esta última categoría se incluyen justamente algunos de los principales convenios de la OIT.

Asimismo, ha aplicado con frecuencia la Convención sobre los Derechos del Niño y diversos tratados en materia ambiental.

VII. La materia sujeta al control

7.1. Alcance de la materia sujeta a control

En una opinión consultiva de Costa Rica sobre un proyecto de reforma constitucional, la Corte IDH estableció que el término "ley" debe interpretarse como sinónimo de cualquier norma del ordenamiento interno, por lo que, entre ellas, están incluidas también las de rango constitucional, así como los proyectos de reforma constitucional.[8]

7.2. Normas y actos públicos sujetos a control

En dos de los hitos jurisprudenciales —*Almonacid Arellano* y *Trabajadores Cesados del Congreso*—, la Corte IDH habla escuetamente de normas jurídicas internas o simplemente de normas y actos internos, con lo cual ratifica y amplía su doctrina asentada en la citada opinión consultiva.

En consecuencia, todas las normas y actos públicos internos están sujetos al control de convencionalidad (Constitución, leyes, sentencias, decretos, actos legislativos, etc.), así como la jurisprudencia de los tribunales supremos o constitucionales cuando sea vinculante.

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

7.3. La inconvencionalidad de la jurisprudencia de la Sala Constitucional

En el caso costarricense, perfectamente podría darse el caso de que se planteare una acción de convencionalidad contra la jurisprudencia de la propia Sala Constitucional por considerarse contraria a alguna disposición convencional en materia de derechos humanos. El tema es sumamente interesante y queda abierto a discusión futura.

7.4. Caso de normas infraconstitucionales, constitucionalmente legítimas, pero inconvencionales

Otro tema que cobra importancia es cuando una norma infraconstitucional es compatible con la Constitución, pero contraria a la CADH.

En este caso, a pesar de que la norma infraconstitucional está exenta de vicios de inconstitucionalidad, puede ser objeto del control de convencionalidad, es decir, la Sala anularía la norma impugnada, a pesar de ser constitucionalmente válida, por contener un vicio de inconvencionalidad.

7.5. El amparo convencional contra actos jurisdiccionales

Finalmente, se plantea el problema más álgido en nuestra legislación respecto al control interno de convencionalidad. Me refiero a la posibilidad de que, por vía jurisprudencial, al igual que ocurrió en su oportunidad con el amparo electoral, se establezca un amparo de convencionalidad contra las resoluciones jurisdiccionales.

En efecto, la jurisprudencia de la Corte IDH ha establecido que el control de convencionalidad interno se debe ejercer tanto respecto de las normas como de los actos administrativos y jurisdiccionales. En consecuencia, aunque en Costa Rica existe

una prohibición expresa para someter los actos jurisdiccionales al control de constitucionalidad, ya sea por vía de amparo o por medio de la acción de inconstitucionalidad, lo cierto es que tales actos no están exentos del control de convencionalidad.

En este orden de ideas, el artículo 48 de la Constitución abre la posibilidad de que el amparo se pueda ejercitar contra cualquier acto sujeto al derecho público. La prohibición del amparo contra resoluciones jurisdiccionales deriva del artículo 30 de la LJC.

En diversas ocasiones se ha planteado la inconstitucionalidad de esta norma y la Sala Constitucional invariablemente las ha rechazado. Las razones invocadas para su rechazo han sido poco felices desde el punto de vista jurídico, aunque muy entendibles desde la óptica del funcionamiento de la Sala, pues el día en que se permita el amparo contra resoluciones jurisdiccionales, ese mismo día habría que cerrarla por la eclosión de casos que recibiría cotidianamente. Además, ningún desahucio ni remate se celebraría si previamente la Sala Constitucional no se hubiera pronunciado sobre la constitucionalidad del proceso seguido en la vía civil ordinaria.

A pesar de los inconvenientes prácticos que podría acarrear para la Sala Constitucional admitir jurisprudencialmente el amparo contra resoluciones jurisdiccionales, lo cierto es que existen sólidas bases jurídicas para ello.

En primer lugar, recordemos que el artículo 25.1 de la CADH refuerza esta conclusión, al señalar: "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 en la Constitución, la ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales".

El artículo 2, incisos a) y b), obligan a los Estados firmantes a "garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga el recurso" y "a desarrollar las posibilidades de recurso judicial", respectivamente.

La jurisprudencia de la Corte IDH ha sido explícita en el sentido de que no basta con que la legislación interna prevea la existencia de recursos si estos no resultan efectivos para combatir la violación de los derechos protegidos en la Convención.[9]

También ha sostenido que la garantía de un recurso efectivo para combatir la violación de los derechos protegidos por la Convención "constituye uno de los pilares básicos, no solo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención".[10]

Asimismo, ha dicho que el artículo 25.1 de la CADH incorpora el principio de efectividad de los instrumentos o mecanismos procesales de protección destinados a garantizar tales derechos. Como ya ha señalado el Tribunal,

> según la Convención los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso (art. 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su protección.[11]

De lo anterior se concluye que el recurso de amparo debe ser un recurso eficaz que tutele todas las posibles violaciones de los derechos fundamentales. En este sentido, está empíricamente demostrado que los jueces son los funcionarios públicos más proclives a violar los derechos fundamentales de los habitantes, pues, en el ejercicio de sus delicadas funciones, con bastante frecuencia incurren en errores judiciales que violentan los derechos fundamentales de los litigantes, la mayoría de las veces, de manera involuntaria.

---

9 Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C, núm. 94.

10 Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 junio de 2003. Serie C, núm. 99.

11 Corte IDH. *Caso Las Palmeras vs. Colombia.* Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C, núm. 67.

Es claro, entonces, que los actos jurisdiccionales no puedan estar exentos del control de convencionalidad en nuestro ordenamiento. De lo contrario se violaría groseramente la CADH y la jurisprudencia vinculante de la Corte.

Por ello, no habría ningún obstáculo jurídico para que la Sala, en lo sucesivo y por medio del recurso de amparo, ejerza el control de convencionalidad sobre los actos jurisdiccionales.

VIII. Control de convencionalidad e interpretación conforme a la CADH

8.1. Fundamento y concepto

Esta pauta interpretativa deriva del carácter de orden normativo superior que tiene la CADH respecto de los ordenamientos internos.

Según este principio, la Corte IDH y los tribunales internos deben abstenerse de hacer declaratorias de incompatibilidad cuando la norma impugnada es susceptible de ser interpretada en armonía con la CADH.

8.2. Corolarios

De ahí se derivan dos corolarios importantes: primero, que existe una presunción de convencionalidad de la legislación interna en el sentido de que la Corte y los tribunales internos solo deben hacer declaratorias de inconvencionalidad, absolutas o parciales, cuando exista más de una duda razonable sobre la contradicción de la norma interna y la CADH o la jurisprudencia de la Corte IDH; segundo, que cuando sea posible realizar una interpretación de la norma impugnada que se compagine con la CADH o con la jurisprudencia de la Corte IDH, el juez debe seguir este camino.

8.3. Las sentencias interpretativas

De ahí deriva el uso de las denominadas sentencias interpretativas, las cuales no declaran la incompatibilidad de la norma im-

pugnada con el Pacto de San José o la jurisprudencia de la Corte, pero sí establecen cómo debe interpretarse la norma interna para no incurrir en contradicción con el bloque de convencionalidad.

Sin embargo, esta técnica interpretativa, bajo determinadas circunstancias, podría suplantar al legislador ordinario, puesto que por esta vía la Corte y los tribunales internos podrían, so pretexto de interpretar la legislación ordinaria conforme a la Convención, introducir normas *ex novo* en el ordenamiento jurídico.

Por ello, un jurista alemán ha sugerido una serie de presupuestos y límites del principio de interpretación conforme a la Constitución, que enumeramos a continuación:

a) Toda interpretación conforme a la Constitución presupone, como algo evidente, que la ley en cuestión es susceptible de interpretación en general. Las leyes con un contenido unívoco son, o bien compatibles, o bien incompatibles con la Constitución. En estos casos no se puede llegar a la interpretación conforme a la Constitución que se sitúa entre ambos extremos.
b) La interpretación conforme a la Constitución "no juega ningún papel, si la decisión depende exclusivamente de la aplicación de la propia Constitución".
c) No tiene sentido una interpretación conforme a la Constitución, si una norma la viola en cualquier interpretación imaginable.
d) Las normas constitucionales no deben ser interpretadas según la máxima de que la ley ordinaria tiene que subsistir. Ello supondría una interpretación de la Constitución conforme a la ley (Simon).

8.4. La aplicación del principio conforme a la Convención en el ordenamiento costarricense

En el caso del ordenamiento costarricense, este criterio toma una relevancia especial, pues el artículo 1 de la LJC establece que el objeto de esa jurisdicción es, entre otros, "garantizar los principios y normas del derecho internacional o comunitario vigentes en la República, así como su uniforme interpretación y aplicación".

En el artículo 2, cuando se habla de los procesos constitucionales que regula la ley, se establece que la acción de inconstitucionalidad y demás cuestiones de constitucionalidad —consulta legislativa de constitucionalidad y consulta judicial de constitucionalidad— tienen como objeto ejercer el control de constitucionalidad sobre las normas de cualquier naturaleza y sobre los actos sujetos al derecho público, así como la conformidad del ordenamiento interno con el derecho internacional o comunitario.

En consecuencia, el juez constitucional costarricense no solo aplica el principio interpretativo conforme a la Constitución, sino que, en la interpretación de las normas constitucionales e infraconstitucionales, aplica también el principio conforme al derecho internacional y comunitario vigente en la república.

8.5. La jurisprudencia de la Sala Constitucional en la materia

En este orden de ideas, la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha resuelto un problema jurídico muy interesante. En efecto, el hecho de pertenecer a una tribu de aborígenes no es considerado por la Constitución costarricense como una de las categorías que otorgan la nacionalidad por nacimiento, como ocurre en otras legislaciones; sin embargo, la Sala Constitucional, mediante la aplicación directa del Convenio 169 de la OIT y los principios del derecho internacional de los derechos humanos —especialmente el *pro homine* y el *pro libertatis*—, llegó a la conclusión de que los aborígenes del país eran costarricenses por nacimiento, a pesar del silencio de la Constitución Política al respecto.[12]

Por consiguiente, consideró que a tales personas no les eran aplicables las normas relativas a la obtención de la nacionalidad por naturalización, como había sido la praxis del Registro Civil hasta entonces. A criterio de la Sala, los aborígenes que demuestren esa condición tienen derecho a inscribirse como costarricenses por nacimiento.

[12] Voto 1786-93

Esta sentencia constituye un ejemplo concreto de la forma en que funcionaría el control de conformidad convencional en las legislaciones internas.

IX. La inaplicabilidad de las normas convencionales ajenas al derecho internacional de los derechos humanos

Debe aclararse que las técnicas que se analizan a continuación se aplican exclusivamente cuando hablamos de tratados ajenos al derecho internacional de los derechos humanos, porque cuando estos entran en conflicto con la Constitución, como indicamos en su oportunidad, se aplica el principio de preferencia de normas.

El artículo 7 de la Constitución señala que los tratados, convenios internacionales y concordatos debidamente promulgados tienen autoridad superior a las leyes, de donde se deduce que están normativamente supeditados a la Constitución Política. Por tanto, es jurídicamente posible la fiscalización de los tratados internacionales por vicios de inconstitucionalidad.

El artículo 73, inciso e), de la LJC establece que la acción de inconstitucionalidad procede, respecto de los tratados, cuando en su suscripción, aprobación o ratificación, o en su contenido o efectos se haya infringido alguna norma o principio constitucional o, en su caso, del Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa.

El control de constitucionalidad sobre los tratados es amplio, pues permite controlar no solo el *iter* legislativo seguido para su aprobación, sino también todo el proceso de negociación y los efectos que produzca su aplicación en el ordenamiento interno.

En esta hipótesis, la declaratoria se hace solamente para efecto de que se interpreten y apliquen en armonía con la Constitución o, si su contradicción con ella resultare insalvable, se ordene su desaplicación y, eventualmente, el poder ejecutivo proceda a su denuncia.

La jurisprudencia de la Sala, en un caso concreto, desaplicó el tratado de extradición con Estados Unidos dentro de un proceso de *habeas corpus*. Para ello, sostuvo la siguiente tesis:

> El artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional prevé la posibilidad de que se declaren inconstitucionales las normas o actos que pueden no serlo en sí mismos, cuando lo son por sus efectos o por su interpretación o aplicación por las autoridades públicas; esta disposición la Sala la considera aplicable también a los casos como el presente, en que un tratado bilateral es interpretado y aplicado por una de las partes de una manera tal que pervierte los fines para los que ese tratado se suscribió [...]. Lo único que la Sala objeta es, específicamente, la aplicación a esos casos del Tratado de Extradición con los Estados Unidos de América, en vista de que este, se repite, por obra de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de ese país, ha dejado de garantizar que sea el único medio civilizado para entregar los delincuentes, al considerar que el Tratado no se viola con actos de tal perversidad como el secuestro de personas en otro país y perpetrado, amparado o aprovechado por las autoridades públicas [...]. La Sala, como custodia del orden constitucional y de los derechos fundamentales de las personas que viven en el territorio de Costa Rica, debe declarar la inaplicabilidad del Tratado de Extradición al caso concreto, con las consecuencias que se dirán [...].[13]

La disposición de la precitada LJC es muy valiosa, pues tiene como finalidad que el derecho internacional, reconocido por el Estado costarricense, se armonice con lo estatuido en la carta política. Esta norma, en sustancia, garantiza la vigencia plena del principio de supremacía constitucional. Sin embargo, hay que acotar que la inaplicabilidad de un tratado conlleva responsabilidad internacional para el Estado costarricense, de conformidad con el principio del estoppel y el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, según el cual, "Una parte no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para no cumplir un tratado".

En otros términos, si el Estado costarricense, por medio de cualquiera de sus órganos —incluida la Sala Constitucional—, decide desaplicar un tratado vigente con otro u otros países u organismos internacionales, queda sujeta a las eventuales responsabilidades internacionales derivadas de ese acto.

La última técnica procesal que puede utilizar la Sala Constitucional cuando encuentra una incompatibilidad insalvable entre

[13] Voto 123-93.

el texto constitucional y un tratado es exhortar al poder ejecutivo a que proceda a su renegociación o eventual denuncia.

Se trata de aquellos casos en los que ni es posible realizar una interpretación conforme a Constitución, ni desaplicarlo para el caso concreto, dadas las consecuencias desfavorables que tendría ese acto para el Estado, en virtud de la responsabilidad internacional que podría generar, por ejemplo, el Tratado de Libre Comercio con Centroamérica y Estados Unidos.

Si cuando la Sala conoció, por medio de una consulta legislativa, de la posible inconstitucionalidad de ese tratado hubiera efectivamente detectado que contenía cláusulas completamente incompatibles con el ordenamiento constitucional, no le hubiera quedado más opción al máximo intérprete de la Constitución que exhortar al poder ejecutivo a plantear su renegociación, porque se trataba de un tratado que todavía no había entrado en vigor.

En cambio, en la hipótesis de que se estuviere en presencia de un tratado que ya estuviere vigente, el exhorto estaría dirigido a su denuncia. Desde luego, el poder ejecutivo, en ejercicio de sus competencias discrecionales en la materia, podría acatar o no lo señalado por la Sala Constitucional. Es decir, en este caso, la resolución de la Sala no le sería vinculante, sino que se trataría jurídicamente de una recomendación, aunque con un alto contenido moral, en atención a la autoridad de la que emana.

X. La vinculatoriedad de las resoluciones de la Corte IDH en Costa Rica

El artículo 7 de la Constitución Política establece que los tratados internacionales, una vez aprobados por la Asamblea Legislativa, tienen rango superior a las leyes. Esta norma es también recogida por el numeral 7 de la Ley General de la Administración Pública al establecer la jerarquía de las fuentes en el ámbito administrativo.

La jurisprudencia de la Sala Constitucional ha señalado que los tratados en materia de derechos humanos tienen rango superior a la Constitución cuando se trate de tutelar los derechos

fundamentales consagrados en ellos. La anterior conclusión se fundamenta en el principio de preferencia de normas consagrado en el numeral 29 de la CADH.[14]

Con fundamento en diversas resoluciones de la misma Corte IDH, esa obligación se extiende también a su jurisprudencia, al indicar que

> [...] el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana.[15]

Costa Rica es signatario de la Convención de Viena en materia de tratados, por lo que le son aplicables sus artículos 26 y 27, según los cuales, los tratados entre las partes deben ser ejecutados de buena fe y ningún Estado puede invocar disposiciones de derecho interno para incumplir sus obligaciones de derecho internacional (principio de estoppel), respectivamente.

Tales normas obligan al Estado costarricense a ejecutar las sentencias de los tribunales internacionales en general.

Por otra parte, los artículos 1, 2, 68.1 y 68.2 de la CADH obligan al Estado costarricense a cumplir y ejecutar dentro de su territorio las sentencias de la Corte IDH.

En efecto, el artículo 68.2 del Pacto de San José dispone que la indemnización compensatoria "podrá ejecutarse en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado".

Finalmente, el artículo 27 de la Ley 6889 de 1981 (Convenio Sede entre el Gobierno de la República de Costa Rica y la

[14] Voto 3435-92.

[15] Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154, párr. 123.

Corte Interamericana de Derechos Humanos) establece que "las resoluciones de la Corte, y en su caso, de su Presidente, una vez comunicadas a las autoridades administrativas o judiciales correspondientes de la República, *tendrán la fuerza ejecutiva y ejecutoria que las dictadas por los tribunales costarricenses*" (cursivas añadidas).

El problema a resolver es, entonces, cómo pueden ser ejecutadas las sentencias de la Corte IDH en el ordenamiento jurídico costarricense.

XI. Mecanismos jurídicos para la ejecución de las resoluciones de la Corte IDH

11.1. A nivel administrativo

Si las sentencias del Tribunal interamericano son vinculantes para todos los operadores jurídicos, es claro que deben también aplicarse directamente en sede administrativa sin necesidad de que exista un mecanismo procesal para ello.

Estimamos que los funcionarios administrativos, al igual que los judiciales, deben considerar modificada la normativa interpretada por la Corte en lo conducente y proceder directamente con la desaplicación simultánea de las regulaciones legales o reglamentarias que se le opongan; lo anterior con fundamento en lo estipulado en el artículo 2 del Código Civil, según el cual, "carecerán de validez las disposiciones que contradigan a otra de rango superior".

Como las sentencias de la Corte IDH tienen al menos rango constitucional según su propia jurisprudencia, y rango supraconstitucional según la Sala Constitucional, es claro que cualquier norma interna que se oponga a una resolución de la Corte IDH sería inconvencional y, por tanto, el funcionario administrativo estaría obligado a desaplicarla.

Además, en sede administrativa también procede lo estipulado en el numeral 7 de la Ley General de la Administración Pública, por lo que los funcionarios administrativos deberán consi-

derar que la resolución de la Corte que deben ejecutar modificó o integró, en su caso, la normativa interna sometida al control de convencionalidad de aquella.

11.2. A nivel legislativo

La Asamblea Legislativa está obligada a reformar cualquier texto constitucional o legal que la Corte IDH declare contrario a la CADH o a su jurisprudencia, según lo exige el artículo 2 de la citada Convención.

En tales condiciones, la Asamblea Legislativa no puede legislar en forma contraria o diversa al contenido de la jurisprudencia de la Corte IDH, pues el precitado numeral es claro en disponer que "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".

En este orden de ideas, la jurisprudencia de la Corte IDH ha precisado que "en el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas".[16]

Asimismo, ha indicado que "la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma (la Convención), para garantizar los derechos en ella reconocidos, lo cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effect utile)*".[17]

En la Asamblea Legislativa existe una Comisión Permanente Especial de Derechos Humanos, que se encuentra regulada por el artículo 85, inciso j), del Reglamento Interno de la Asamblea

[16] Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina.* Fondo. Sentencia de 2 de febrero de 1996. Serie C, núm. 26, párr. 68.

[17] Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú.* Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 febrero de 2001. Serie C, núm. 74, párr. 171.

Legislativa y está integrada por siete miembros, cuyo objeto es conocer, estudiar, dictaminar y denunciar los asuntos relacionados con la violación de los derechos humanos.

Cuando la Comisión determina que se debe legislar en tutela de uno o varios derechos humanos, prepara el respectivo proyecto de ley y lo presenta a la corriente legislativa, de manera que sea conocido y dictaminado por una Comisión Permanente Ordinaria, que usualmente es la de Asuntos Jurídicos, o bien, la de Asuntos Sociales, dependiendo de la naturaleza de la materia a la que se refiera el proyecto. El presidente de la Asamblea decide de manera discrecional qué Comisión Permanente es la encargada de conocer y dictaminar el proyecto.

11.3. A nivel judicial

La jurisprudencia de la Corte IDH ha establecido que las autoridades, especialmente los jueces, para poder cumplir con la sentencia interamericana, tienen la obligación *de aplicar directamente las consideraciones que la fundamentan*. En este sentido, las *rationes decidendi* que fundamentan los puntos resolutivos de las sentencias resultan indispensables para su adecuado cumplimiento y lograr el debido, efectivo e íntegro cumplimiento de la misma.[18]

En consecuencia, la ejecución de las sentencias de la Corte IDH incluye no lo indicado en el "Por Tanto", sino también lo expresado en los considerandos o fundamentos de la sentencia.

Recordemos que el artículo 68.2 del Pacto de San José dispone que la indemnización compensatoria "se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado".

Para la ejecución de las sentencias de la Corte IDH no existe ningún instituto procesal específico en el ordenamiento costarricense, salvo para las que ordenen indemnizaciones compen-

[18] Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 febrero de 2011, párrs. 246, 253 y punto resolutivo 11.

satorias, en cuyo caso se recurre al procedimiento de ejecución de sentencias contra el Estado, regulado por el Título VIII del Código Procesal Contencioso-Administrativo (CPCA).

El artículo 155.2 de dicho ordenamiento dispone que "En la fase de ejecución de la sentencia, el juez ejecutor tendrá todos los poderes y deberes necesarios para su plena efectividad y eficacia", mientras que su numeral 161.2 establece que "Si la Administración Pública persiste en el incumplimiento de la sentencia, o su contenido o naturaleza así lo exigen, el juez ejecutor podrá adoptar, por su cuenta, las conductas que sean necesarias y equivalentes para su pleno cumplimiento". Es decir, el juez ejecutor en la vía contencioso-administrativa cuenta con amplios poderes de ejecución de las sentencias dictadas por la Corte IDH en materia de indemnizaciones compensatorias.

A nuestro criterio, y tratándose de estas sentencias, los tribunales ordinarios pueden ejecutar directamente las resoluciones de Corte IDH, dado que no existe un procedimiento específico para hacerlo, salvo que se trate de sentencias que establecen indemnizaciones compensatorias.

En efecto, la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha establecido que

> [...] debe advertirse que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), *la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá —de principio— el mismo valor de la norma interpretada.*[19]

Luego, según el artículo 13 de la LJC, las resoluciones y jurisprudencia de la Sala Constitucional son vinculantes *erga omnes*. Por tanto, lo estipulado en las resoluciones de la Corte es de acatamiento obligatorio para todos los operadores jurídicos del país, es decir, en Costa Rica son vinculantes todas las resoluciones del Tribunal interamericano, ya sea que las emita en asuntos con-

[19] Voto 2313-95.

tenciosos o en el ejercicio de su competencia consultiva, según lo ha establecido la jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional.

Por otra parte, el artículo 7 de la Ley General de la Administración Pública establece que

1. Las normas no escritas —como la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del Derecho— servirán para interpretar, integrar o delimitar el campo de aplicación del ordenamiento jurídico y tendrán el rango de la norma que interpreten, integren o delimiten.
2. Cuando se trate de suplir la ausencia, y no la insuficiencia, de las disposiciones que regulan una materia, dichas fuentes tendrán rango de ley.

De lo dicho se concluye que las resoluciones de la Corte IDH, tanto las dictadas en sede contenciosa como las emitidas por la vía de las opiniones consultivas, modifican la legislación interna que dicho órgano consideró o interpretó como contraria a la CADH, dado que esas resoluciones son vinculantes para Costa Rica. Por ejemplo, en la OC-24/17, la Corte interpretó que varias disposiciones del Código de Familia costarricense son inconvencionales porque prohíben el matrimonio igualitario. En consecuencia, debe considerarse que dicha resolución constituye un mecanismo jurídico idóneo para interpretar e integrar la normativa relativa a la institución del matrimonio contenida en el Código de Familia, por cuanto esa resolución, junto con la jurisprudencia anterior en la que se fundamentó, son normas no escritas al amparo de lo establecido en el artículo 7 de la Ley General de la Administración Pública.

En efecto, si bien es cierto que el Código de Familia solo prevé el matrimonio heterosexual, luego de la resolución de la Corte IDH, aquel Código debe considerarse integrado por lo establecido en esa resolución, en el sentido de que todas las reglas del matrimonio heterosexual deben también aplicarse a los matrimonios que se celebren entre personas del mismo sexo.

En otros términos, los contenidos jurídicos relativos al matrimonio entre personas del mismo sexo desarrollados por la resolución precitada de la Corte IDH se incorporaron automá-

ticamente al Código de Familia en el capítulo relativo al matrimonio.

Con esta interpretación se lograría una ejecución fluida y sin traumas de las resoluciones de la Corte IDH, puesto que no habría que reformar la legislación ordinaria, siendo que la interpretación dada por la jurisprudencia de la Corte a la legislación interna se consideraría automáticamente incorporada a ella, ya sea porque reformó la normativa existente o porque la integró con nuevas disposiciones en cuanto normas no escritas.

Conviene enfatizar que todos los tribunales costarricenses deben aplicar necesariamente la jurisprudencia de la Corte IDH, lo que implica que no solo deben tomar en consideración las resoluciones emitidas en casos en los que Costa Rica haya sido parte, sino también la jurisprudencia que se deriva de aquellos casos en los que otros países signatarios de la Convención han sido las partes del respectivo proceso o consulta. Es decir, la jurisprudencia de la Corte IDH es vinculante *erga omnes* en el ordenamiento jurídico costarricense para todos los operadores jurídicos.

Los tribunales internos, en materia de interpretación de los derechos humanos, siguen dos criterios hermenéuticos fundamentales: el principio *pro homine* y el principio *pro libertatis*. Según el primero, los derechos humanos deben interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más favorezca al ser humano; el segundo, por su parte, implica que los derechos humanos deben interpretarse del modo más amplio posible, es decir, extensivamente a todo lo que favorezca a la libertad y restrictivamente a todo lo que la limite.

El otro principio hermenéutico que siguen los tribunales internos en materia de interpretación de los derechos humanos es el denominado principio de interpretación conforme a la Convención, según el cual, los tribunales se deben abstener de formular declaratorias de incompatibilidad entre la normativa interna y el derecho internacional de los derechos humanos, cuando la primera sea susceptible de ser interpretada en armonía con los respectivos tratados.

Por otra parte, es claro que las decisiones de la Corte IDH prevalecen sobre las decisiones internas de los tribunales, inclu-

sive de la jurisprudencia de la Sala Constitucional, que es vinculante *erga omnes* en el ordenamiento costarricense; verbigracia, en el caso de la fecundación *in vitro* (FIV), la Corte dictaminó que la jurisprudencia de la Sala Constitucional era contraria a la CADH.[20]

Por tanto, la Sala Constitucional, en lo sucesivo, no podría declarar inconstitucional una ley o acto administrativo tendentes a implementar la citada sentencia de la Corte, pues su jurisprudencia en esa materia forma parte del ordenamiento jurídico costarricense al menos con rango constitucional.

El principal responsable de velar porque prevalezca lo estipulado por la CADH y demás instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos es la Sala Constitucional, ya que, como vimos líneas arriba, los artículos 1 y 2 de la LJC le otorga la competencia para

> [...] garantizar los principios y normas del Derecho Internacional y comunitario vigentes en la República, así como su uniforme interpretación y aplicación [y para] ejercer el control de constitucionalidad [...], así como la conformidad del ordenamiento interno con el Derecho Internacional o comunitario, mediante la acción de inconstitucionalidad y demás cuestiones de constitucionalidad.

La Sala Constitucional mantiene un diálogo constante con la jurisprudencia de la Corte IDH. Numerosas tesis jurisprudenciales del Tribunal regional han sido acogidas plenamente por la jurisprudencia del máximo intérprete constitucional de Costa Rica. Para enumerar solo algunas materias, baste con citar el principio de que la regulación de los derechos fundamentales debe hacerse mediante ley formal emanada del Parlamento; que los derechos fundamentales solo están sujetos a determinadas restricciones, es decir, aquellas necesarias para la vigencia de los valores democráticos y constitucionales, por lo que toda limitación debe ser necesaria, útil, razonable y oportuna; que toda persona tiene acceso a la justicia sin importar su condición económica o so-

[20] Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C, núm. 257, párr. 317.

cial; que los procesos judiciales deben reconocer los factores de desigualdad real; el derecho fundamental a ser juzgado por un tribunal imparcial; que el derecho de recurrir las resoluciones judiciales constituye un contenido esencial de la garantía del debido proceso, etcétera.

XII. La participación de otros órganos estatales y privados en la ejecución de las resoluciones de la Corte IDH

12.1. La participación de la Defensoría de los Habitantes en la ejecución de las sentencias de la Corte IDH

La Defensoría de los Habitantes de la República es el órgano encargado de proteger los derechos y los intereses de los habitantes. Este órgano vela porque el funcionamiento del sector público se ajuste a la moral, la justicia, la Constitución Política, las leyes, los convenios, los tratados, los pactos suscritos por el Gobierno y los principios generales del derecho. Además, debe promocionar y divulgar los derechos de los habitantes.

La Defensoría de los Habitantes de la República está adscrita al poder legislativo y desempeña sus actividades con independencia funcional, administrativa y de criterio. La Asamblea Legislativa evalúa anualmente el funcionamiento de la institución, mediante el informe presentado por ese funcionario, el cual se conoce y discute en el Pleno legislativo.

El Defensor de los Habitantes de la República es nombrado por la mayoría absoluta de los diputados integrantes de la Asamblea Legislativa por un periodo de cuatro años. Puede ser defensor el costarricense que se encuentre en el ejercicio de sus derechos civiles y políticos; que sea mayor de 30 años, y con solvencia moral y profesional de prestigio reconocidos.

Sin perjuicio de las potestades constitucionales y legales de los órganos jurisdiccionales del poder judicial, la Defensoría de los Habitantes de la República puede iniciar, de oficio o a petición de parte, cualquier investigación que conduzca al esclarecimiento

de las actuaciones materiales, de los actos u omisiones de la actividad administrativa del sector público. Sin embargo, no puede intervenir, en forma alguna, respecto de las resoluciones del Tribunal Supremo de Elecciones en materia electoral.

La Defensoría de los Habitantes de la República, por iniciativa propia o a solicitud del interesado, podrá interponer cualquier tipo de acciones jurisdiccionales o administrativas previstas en el ordenamiento jurídico. Su intervención no sustituye los actos, las actuaciones materiales ni las omisiones de la actividad administrativa del sector público, sino que sus competencias son, para todos los efectos, de control de legalidad.

La Defensoría tiene una oficina especializada en materia de derechos humanos que es muy proactiva. En la praxis, sus principales funciones se producen en el ámbito de promoción y tutela de los derechos humanos; sin embargo, carece de poder decisorio, por lo que su actividad pro derechos humanos a veces resulta inocua, al no poder ejecutar medidas concretas para su promoción y tutela efectiva.

En cuanto a las resoluciones de la Corte IDH, la Defensoría de los Habitantes presiona invariablemente para que sean ejecutadas por los órganos competentes, ya sea a nivel legislativo, administrativo o jurisdiccional. Inclusive, en algunos casos, ha redactado los respectivos proyectos de ley y los ha presentado a la corriente legislativa para su conocimiento y eventual aprobación.

12.2. La participación de las organizaciones no gubernamentales en la ejecución de las sentencias de la Corte IDH

Existe una pluralidad de organizaciones no gubernamentales (ONG) que aboga por el fortalecimiento, promoción, tutela y respeto de los derechos humanos en Costa Rica. Algunas de ellas, sobre todo las que se ocupan de la igualdad de sexos y de la protección de la mujer agredida, son las más beligerantes y constantemente realizan marchas y actividades masivas en defensa de tales derechos.

Jurídicamente se constituyen y funcionaban bajo el alero de la Ley de Asociaciones Civiles, es decir, se trata de organizaciones sin fines de lucro que sobreviven gracias a las contribuciones de sus afiliados y a las donaciones que reciben de terceros.

Sin embargo, al igual que la Defensoría de los Habitantes, carecen de competencia legal para implementar reformas al ordenamiento jurídico existente.

Por tanto, puede concluirse que funcionan más bien como grupos de presión hacia los poderes públicos, de manera que estos se ven constreñidos a aceptar algunas de las recomendaciones y, en otros casos, exigencias que les plantean estas ONG en materia de derechos humanos.

XIII. Problemas de la ejecución de las resoluciones de la Corte IDH a nivel gubernativo

13.1. El cumplimiento de los diferentes órganos estatales y sus problemas

Costa Rica ha sido parte demandada en cuatro procesos ante la Corte IDH: *Herrera Ulloa* (2005); *Artavia Murillo* (2012); *Monge* (2017), y *Amrhein Pinto* (2018).

El Estado ganó el último caso porque las víctimas no agotaron los recursos internos contra la sentencia penal condenatoria previo a plantear la denuncia ante la CIDH.

En el primer caso, Costa Rica fue obligada a reformar el Código de Procedimientos Penales a fin de introducir la doble instancia en materia penal. La Asamblea Legislativa aprobó la respectiva reforma con base en un proyecto de ley preparado por la Corte Suprema de Justicia.

En el segundo caso, la Corte resolvió que el Gobierno de Costa Rica tenía que promulgar legislación para regular la FIV. El poder ejecutivo promulgó un decreto ejecutivo para cumplir con este mandato; sin embargo, la Sala Constitucional anuló el decreto por considerar que la regulación de los derechos fundamentales es materia reservada a la ley.

En una segunda resolución de cumplimiento de la Corte IDH, esta anuló la sentencia de la Sala Constitucional e indicó que el decreto del poder ejecutivo mantenía su vigencia.

En la OC-4/84, la Corte estableció que el Gobierno de Costa Rica tenía que reformar el artículo 14, inciso 4), de la Constitución Política, a fin de cambiar la expresión "mujer extranjera" por "persona extranjera", porque era contrario a la CADH autorizar el otorgamiento de la nacionalidad costarricense solo a la mujer extranjera casada con un costarricense. En opinión de la Corte, los hombres extranjeros casados con una mujer costarricense también tenían el derecho de optar por la nacionalidad de dicho país.

La Asamblea Legislativa aprobó la reforma constitucional en el sentido indicado por la opinión consultiva.

Otro cumplimiento total del Gobierno de Costa Rica se dio respecto de la OC-5/85. En este caso, Costa Rica le preguntó a la Corte si la obligación legal de exigir la colegiatura obligatoria al Colegio de Periodistas para ejercer la profesión de periodista era o no contraria a la CADH. La Corte dispuso que, efectivamente, la colegiatura obligatoria para ejercer el periodismo era violatoria de la libertad de comunicación.

Inmediatamente, la Sala Constitucional declaró inconstitucional la respectiva norma legal, basada exclusivamente en el criterio emitido por la Corte en su OC-5/85.

Hay en la actualidad una importante resolución de la Corte que todavía no ha sido cumplida por las autoridades costarricenses: me refiero a la OC-24/17, la cual es vinculante para el país y se refiere al derecho fundamental de los homosexuales para casarse con personas del mismo sexo.

El Tribunal Electoral —que es el órgano gubernamental encargado de registrar los matrimonios en el país— ha denegado la inscripción de varios matrimonios realizados entre homosexuales. El argumento para ello ha sido que existe un caso pendiente de resolución ante la Sala Constitucional en el que se alega la inconvencionalidad del artículo 14 del Código de Familia, que es la norma legal que prohíbe en nuestro ordenamiento el matrimonio entre personas del mismo sexo.

La Asamblea Legislativa, por su parte, ha sido renuente a reformar dicho artículo con base en el mismo argumento del Tribunal Supremo de Elecciones, es decir, en que la última palabra en la materia la tiene la Sala Constitucional.

Por tanto, para el cumplimiento de tal resolución de la Corte, la autoridad espera la resolución de la Sala Constitucional sobre la eventual inconvencionalidad del artículo 14 del Código de Familia.

Salvo los dos casos indicados —es decir, el de la FIV y el del matrimonio entre personas del mismo sexo—, el Gobierno de Costa Rica ha cumplido invariablemente con las resoluciones de la Corte IDH, promulgando la legislación pertinente, tomando las medidas administrativas necesarias para ejecutarlas o pagando las respectivas indemnizaciones a las víctimas.

En efecto, todas las víctimas han podido cobrar directamente al poder ejecutivo los montos acordados por la Corte a su favor por concepto de indemnización por daños y perjuicios, sin necesidad de acudir a los procedimientos de ejecución de las sentencias contra el Estado, conforme lo establece el artículo 68.2 de la CADH.

13.2. La necesidad de la existencia de un Protocolo común de ejecución de las sentencias de la Corte IDH en el Sistema Interamericano

La ausencia de una normativa específica para ejecutar las sentencias de la Corte IDH no es privativa de Costa Rica, sino más bien de casi todos los países signatarios de la CADH, a excepción de Colombia y Perú, que han promulgado legislación parcial sobre la ejecución de las sentencias de la Corte IDH. Los países restantes utilizan el mecanismo del *exequatur* para ejecutarlas.

Por ello, consideramos necesario que la Organización de los Estados Americanos apruebe, a la mayor brevedad posible, un Protocolo sobre los mecanismos de ejecución de las sentencias de la Corte IDH y sus efectos, aplicable por los órganos judiciales, administrativos y legislativos de los países signatarios de la Convención.

Solo de esa forma se logrará conferirle plena eficacia a las sentencias de la Corte IDH, pues algunos países ya no podrían invocar el argumento de la cosa juzgada interna o el de la soberanía para impedir su ejecución. Tampoco los tribunales supremos internos ni las cortes constitucionales podrían interpretar el contenido y la forma en que deben ser ejecutadas las sentencias de la Corte a su antojo, lo cual ha permitido, en la praxis, que varias sentencias no hayan podido ejecutarse y se hayan convertido en letra muerta.

XIV. El impacto de las resoluciones de la Corte IDH

Las resoluciones de la Corte IDH han tenido un gran impacto en Costa Rica, especialmente la referida a la FIV y al matrimonio entre homosexuales.

La primera resolución encontró oposición entre grupos conservadores de corte religioso en la Asamblea Legislativa, quienes trataron de aprobar una ley prohibiendo la FIV; sin embargo, fracasaron en su intento.

Al mismo tiempo, las autoridades de la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS) tuvieron que invertir importantes cantidades de dinero para contratar médicos especializados en esa materia, así como adicionar las instalaciones médicas para prestar el servicio.

No obstante, la resolución de la Corte IDH que ha tenido mayor impacto ha sido la OC-24/17, referida al matrimonio entre personas del mismo sexo.

Dicha resolución, emitida en noviembre de 2017 y notificada a inicios de enero de 2018 al Gobierno de Costa Rica, en cuatro semanas cambió la intención de voto en las elecciones presidenciales a celebrarse el 4 de febrero de 2018. En efecto, el partido de los religiosos conservadores, que en la legislatura anterior solo había elegido un diputado, se catapultó en dos semanas del 2% en la intención de voto al 25%. Por su parte, el partido oficial, que asumió la defensa de la sentencia y que andaba en una inten-

ción de voto cercana a 5% a inicios de enero de 2018, ascendió en 3 semanas a 18%. Por tanto, en la primera vuelta, el partido de los religiosos conservadores obtuvo el 27% y el partido oficial el 23% de los votos válidos, respectivamente. El partido religioso conservador dijo en la campaña de la segunda ronda que, si ganaban las elecciones, una de sus primeras medidas sería retirar a Costa Rica de la competencia de la Corte IDH.

En segunda vuelta, el partido oficialista ganó 70% de los votos válidamente emitidos y obtuvo la presidencia de la República.

Podemos asegurar, sin ninguna duda, que de no haberse dictado y comunicado la OC-24/17 en plena campaña política, ninguno de los dos partidos que se enfrentaron en la segunda ronda habría llegado a ella. Por tanto, se puede concluir que dicha OC fue la verdadera triunfadora en las últimas elecciones presidenciales en Costa Rica.

Capítulo VII
La aplicación del principio *ultra vires* en el derecho internacional de los derechos humanos

I. Introducción

La opinión consultiva (OC) 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) estableció que el matrimonio entre personas del mismo sexo era obligatorio en el ordenamiento jurídico costarricense, a pesar de que el artículo 52 de su Constitución, al señalar que el matrimonio es la base esencial de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges, claramente se refiere a personas de diferente sexo. Esa fue la clara intención no solo de los constituyentes de 1949, sino también del contexto social y cultural en que fue dictada esa norma constitucional.

En Costa Rica, tanto por mandato legal expreso como por la jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional, las resoluciones de la Corte IDH son de acatamiento obligatorio para los operadores jurídicos costarricenses, incluidos los tribunales de justicia.

En efecto, el artículo 27 de la Ley 6889 de 1981 (Convenio Sede entre el Gobierno de la República de Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos) establece que "[...] las resoluciones de la Corte, y en su caso, de su presidente, una vez comunicadas a las autoridades administrativas o judiciales correspondientes de la República, *tendrán la fuerza ejecutiva y ejecutoria que las dictadas por los tribunales costarricenses*".

El artículo 7 de la Constitución Política dispone que los tratados internacionales, una vez aprobados por la Asamblea Legislativa, tienen rango superior a las leyes. Esta norma es también recogida por el numeral 7 de la Ley General de la Administración Pública al consagrar la jerarquía de las fuentes en el ámbito administrativo.

Por resoluciones de la misma Corte Interamericana, el principio de la jerarquía de los tratados internacionales sobre las leyes se extiende también a su jurisprudencia, al indicar que "[...] el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo hay hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana".[1]

En este orden de ideas, la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha establecido que "[...] debe advertirse que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH] es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá —de principio— el mismo valor de la norma interpretada [...]".[2]

Luego, según el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (LJC), las resoluciones y jurisprudencia de la Sala Constitucional son vinculantes *erga omnes*. Por tanto, lo estipulado en las resoluciones de la Corte es de acatamiento obligatorio para todos los operadores jurídicos del país. Es decir, en Costa Rica son vinculantes todas las resoluciones de la Corte IDH, ya sean las que emita en asuntos contenciosos o en el ejercicio de su competencia consultiva, según lo ha establecido la jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional.

---

1 Corte IDH. *Caso Almonacid vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 septiembre de 2006. Serie C, núm. 154, párr. 123.

2 Voto 2313-95.

Costa Rica es signataria de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, por lo que le son aplicables sus artículos 26 y 27, según los cuales los tratados entre las partes deben ser ejecutados de buena fe y ningún Estado puede invocar disposiciones de derecho interno para incumplir sus obligaciones de derecho internacional (principio de estoppel), respectivamente.

Tales normas obligan al Estado costarricense a ejecutar las sentencias de los tribunales internacionales en general.

La jurisprudencia de la Corte IDH ha establecido que las autoridades, y especialmente los jueces, tienen la obligación, para poder cumplir con la sentencia interamericana, "de aplicar directamente las consideraciones que la fundamentan". En este sentido las *rationes decidendi* que fundamentan los puntos resolutivos de las sentencias resultan indispensables para su adecuado cumplimiento y lograr el debido, efectivo e íntegro cumplimiento de la misma.[3]

En consecuencia, la ejecución de las sentencias de la Corte IDH no solo incluye lo indicado en ellas, sino también lo expresado en sus considerandos o fundamentos.

A nuestro criterio, y tratándose de las sentencias de la Corte Interamericana, los tribunales ordinarios pueden ejecutar directamente las resoluciones de aquella, dado que no existe un procedimiento específico para hacerlo, salvo que se trate de sentencias que establezcan indemnizaciones compensatorias, las cuales deben ejecutarse conforme al capítulo de Ejecución contra Sentencias consagrado en el Código Procesal Contencioso-Administrativo.

Por otra parte, el artículo 7 de la Ley General de la Administración Pública establece que

> 1. Las normas no escritas —como la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del Derecho— servirán para interpretar,

[3] Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay.* Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 febrero de 2011. Serie C, núm. 221, párrs. 246, 253 y punto resolutivo 11.

integrar o delimitar el campo de aplicación del ordenamiento jurídico y tendrán el rango de la norma que interpreten, integran o delimitan.

2. Cuando se trate de suplir la ausencia, y no la insuficiencia, de las disposiciones que regulan una materia, dichas fuentes tendrán rango de ley.

De lo dicho se concluye que las resoluciones de la Corte IDH —tanto las dictadas en sede contenciosa como las emitidas por la vía de las opiniones consultivas— modifican la legislación interna que el Tribunal interamericano consideró o interpretó como contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), dado que dichas resoluciones son vinculantes para Costa Rica. Por ejemplo, interpretó, en la opinión OC-24/17, que varias disposiciones del Código de Familia costarricense son inconvencionales porque prohíben el matrimonio igualitario. En consecuencia, debe considerarse que la precitada resolución constituye un mecanismo jurídico idóneo para interpretar e integrar la normativa relativa a la institución del matrimonio contenida en el Código de Familia, por cuanto esa resolución, junto con la jurisprudencia anterior en la que se fundamentó, son normas no escritas al amparo de lo establecido en el artículo 7 de la Ley General de la Administración Pública.

En efecto, dado que el Código de Familia solo prevé el matrimonio heterosexual, luego de la precitada resolución de la Corte, aquel Código debe considerarse integrado por lo establecido en tal resolución, en el sentido de que todas las reglas del matrimonio heterosexual deben aplicarse también a los matrimonios que se celebren entre personas del mismo sexo.

En otros términos, los contenidos jurídicos relativos al matrimonio entre personas del mismo sexo desarrollados por la resolución precitada de la Corte IDH se incorporaron automáticamente al Código de Familia, en el capítulo relativo al matrimonio.

Por otra parte, es claro que las decisiones de la Corte IDH prevalecen sobre las decisiones de los tribunales internos, inclusive sobre la jurisprudencia de la Sala Constitucional, que es vinculante con efectos *erga omnes* en el ordenamiento de Costa

Rica; verbigracia, la fecundación *in vitro* (FIV), materia respecto a la cual la Corte IDH dictaminó que la jurisprudencia de la Sala Constitucional era contraria a la CADH.[4]

Por tanto, la Sala Constitucional, en lo sucesivo, no podría declarar inconstitucional una ley o acto administrativo tendentes a implementar la citada sentencia de la Corte IDH, pues la jurisprudencia de esta, en esa materia, forma parte del ordenamiento jurídico costarricense al menos con rango constitucional.

El principal responsable de velar porque prevalezca lo estipulado por la CADH y demás instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos es la Sala Constitucional, pues los artículos 1 y 2 de la LJC le otorga a ese Tribunal la competencia para "[...] garantizar los principios y normas del Derecho Internacional y comunitario vigentes en la República, así como su uniforme interpretación y aplicación [...]" y señala que "[...] Le corresponde específicamente a la jurisdicción constitucional: [...] b) Ejercer el control de constitucionalidad [...], así como la conformidad del ordenamiento interno con el Derecho Internacional o comunitario, mediante la acción de inconstitucionalidad y demás cuestiones de constitucionalidad [...]", respectivamente.

Sin embargo, algunos juristas nacionales consideran que las sentencias de la Corte IDH, en cuanto contradicen expresamente normas constitucionales, no son ejecutables en el país, por lo que, a su criterio, la Sala Constitucional tiene la obligación de anularlas. Este planteamiento se fundamenta, sin decirlo, en que las resoluciones de la Corte IDH pueden ser anuladas en aplicación del principio *ultra vires.*

Por tanto, resulta necesario analizar la aplicación del principio *ultra vires,* tanto en las relaciones entre el derecho internacional y el constitucional como entre este último y el derecho internacional de los derechos humanos, para determinar si este instituto jurídico es aplicable o no en esta materia.

---

[4] Corte IDH. Caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C. núm. 257, párr. 317.

II. El principio *ultra vires* en el derecho constitucional en relación con el derecho internacional

2.1. Concepto y alcances del principio *ultra vires*

El *ultra vires* es el principio jurídico que considera nulos los actos de las entidades públicas o privadas que rebasan el límite de la ley, y cuyo objetivo es prevenir que una autoridad administrativa o de derecho privado o público actúe más allá de su competencia o autoridad.

En el ámbito internacional, este principio se traduce en que se consideran nulos los actos de los organismos internacionales que exceden la competencia delegada en ellos por el Estado en el tratado constitutivo. Por tanto, un acto de un organismo internacional no solo extiende su lesividad a la infracción directa de los tratados constitutivos, sino también, de manera mediata, a la norma constitucional que impide a los órganos internacionales ejercer competencias no cedidas expresamente en el respectivo tratado constitutivo, en virtud del principio de soberanía de los Estados.

En efecto, guiándose por la teoría general de las nulidades de los tratados internacionales, una resolución que fuera dictada por un organismo internacional excediéndose en su competencia, lógicamente debería considerarse nula.

Esta sería una solución atractiva; no obstante, el problema radica en que, en caso de que el tratado internacional que se considere el documento fundacional del organismo internacional no prevea ningún mecanismo de apelación, entonces surgiría una serie de cuestiones.

En principio, ¿quién estaría autorizado para declarar la nulidad de un acto de un órgano internacional que se excediera en su competencia? Generalmente, los órganos internacionales están facultados para decidir sobre su propia competencia, por lo que no podría ejercerse ningún tipo de control externo sobre sus actos.

Evidentemente, en el caso hipotético que planteamos, el Estado que demandara la nulidad exigiría a un órgano imparcial que solucione la controversia. La misma situación se presentaría si se le otorga al Estado afectado la facultad, dentro del ámbito de su derecho interno, de negarse a cumplir con una resolución que considera que fue dictada por el organismo internacional excediéndose en sus funciones.

Pero, por otro lado, es necesario que los Estados dispongan de recursos legales adecuados para que puedan defenderse de un acto que no fue previsto en el tratado constitutivo del organismo internacional. Por ejemplo, recordemos que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 reconoce como motivo de nulidad de los tratados los actos *ultra vires* de los representantes (art. 47).

Por tanto, lo ideal es que los organismos internacionales cuenten con un sistema de revisión de sus actos, que pueden ser cámaras de apelación, o bien, que se ejerza el control a través de órganos externos, por ejemplo, tribunales especializados.

En el ámbito interno, algunos ordenamientos prevén la posibilidad de controlar internamente los actos de los organismos internacionales para hacerlos compatibles con la Constitución; verbigracia, en Francia los tratados internacionales se someten al control previo de constitucionalidad que realiza el Consejo Constitucional, para evitar que contengan cláusulas contrarias a la Constitución. De ser así, nos encontramos en un caso de conflicto insalvable que no puede remediarse mediante una interpretación conforme a la Constitución; el tratado no puede formar parte del ordenamiento jurídico interno.

En el ordenamiento interno de Costa Rica existe un control semejante: cuando exista una contradicción insalvable entre el texto del tratado y el derecho de la Constitución, el poder ejecutivo tiene la obligación de renegociarlo para eliminar las cláusulas inconstitucionales.

Como veremos infra, en Venezuela las sentencias de la Corte IDH tienen que pasar el filtro de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, con el fin de determinar si se ajustan o no a su ordenamiento constitucional.

2.2. La experiencia del Tribunal Constitucional alemán

El Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfG, por sus siglas en alemán) ha sentado una rica jurisprudencia en esta materia. Inclusive, recientemente dictó una importante sentencia que incluso incursiona en el tema de la violación de derechos fundamentales por actos de los órganos de la Unión Europea.

La jurisprudencia del BVerfG ha reconocido que su competencia para el control subsidiario sobre la aplicabilidad del derecho comunitario derivado, previa decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), se limitaba a los actos *ultra vires* que implicasen una infracción cualificada de la Ley Fundamental de Alemania. El BVerfG afirmó que el concepto de infracción constitucional cualificada se relacionaba directamente con la eficacia del contenido nuclear de los principios que definen la identidad de la Ley Fundamental: los que, sustraídos a cualquier reforma constitucional, se encuentran en el artículo 79.3.[5]

La caracterización realizada de la decisión del Banco Central Europeo (BCE) como acto *ultra vires* supone, por tanto, circunscribir su lesividad no solo a la infracción directa de los tratados constitutivos y mediatamente a la norma constitucional (art. 23) que impide a los órganos de Unión Europea ejercer competencias no cedidas expresamente mediante ley por el Parlamento alemán.[6]

El BVerfG califica a la decisión del BCE, salvo lo que determine el TJUE en respuesta a la cuestión prejudicial planteada, como un acto *ultra vires* por la satisfacción de las dos condiciones que definen tales actos:[7] *a)* que suponga una "infracción competencial manifiesta" de los tratados constitutivos, y *b)* que además genere un "desplazamiento estructural significativo" del orden competencial de los Estados miembros, lo que eleva al acto infractor, en la lógica del BVerfG, al carácter de infracción cuali-

5 BVerfGE. Maastricht 89, 155 (171 y 172).

6 BVerfGEE. Eurokontrol I 58, 1 (37); 68, 1 —Atomwaffenstationierung— (98 y 99).

7 BVerfGE. 126, 286 —Ultra vires Kontrolle Mangoldt— (303 y 304).

ficada de los principios fundamentales plasmados en el artículo 79.3 de la Ley Fundamental.

En este orden de ideas, en la sentencia de 5 de mayo de 2020, el BVerfG sostuvo que la decisión impugnada del BCE supone una infracción manifiesta de las competencias de los Estados, dado el carácter condicionado del programa de adquisición de deuda pública. En efecto, la decisión del BCE condicionaba la activación de las compras de deuda pública a corto plazo en el mercado secundario a que los Estados se comprometieran a asumir el programa de reformas previsto, bien en el Mecanismo Europeo de Estabilidad o en el Programa de Facilidad Europeo.

Para el BVerfG, estos mecanismos, aprobados por los Estados miembros, constituyen una clara expresión del ejercicio de la competencia sobre política económica, estableciendo condiciones y límites de la financiación de los propios Estados.

Para el BVerfG, el hecho de que el BCE haya condicionado justamente su programa de compras a la adhesión a tales mecanismos constituye una clara evidencia de que el BCE ha querido inmiscuirse en la competencia sobre la política económica de los Estados.

En conclusión, el BVerfG llega al convencimiento de que la decisión impugnada constituye, en primer lugar, una infracción competencial manifiesta de la política económica que corresponde a los Estados.

La decisión del BVerfG determina también, siempre salvo lo que determine el TJUE en respuesta a la cuestión prejudicial, que el programa de adquisición de deuda pública aprobado por el BCE implica un desplazamiento estructural significativo de las competencias de los Estados miembros, satisfaciendo así el segundo de los requisitos para que un acto de derecho comunitario derivado tenga la consideración de *ultra vires* y, consecuentemente, caiga en el ámbito del control del BVerfG.

Asimismo, según el BVerfG, la infracción competencial manifiesta del BCE es susceptible de poner en riesgo la eficacia del contenido nuclear de los principios fundamentales que en el artículo 79.3 de la Ley Fundamental definen la soberanía del Estado

alemán; particularmente el del principio democrático, en el que, en último extremo, se condensan tales principios. La jurisprudencia del BVerfG tuvo ya la ocasión de afirmar reiteradamente que la facultad del Parlamento federal para definir soberanamente la política presupuestaria forma parte inescindible del principio democrático.[8]

Según el BVerfG, la decisión del BCE constituye una manifiesta intromisión en tal competencia, ya que, a su juicio, el programa de adquisición de deuda pública puede conducir a una redistribución presupuestaria y a un ajuste financiero entre los Estados miembros que es susceptible de condicionar sus decisiones soberanas sobre la política económica. Como reconoció el BVerfG, la independencia de los presupuestos nacionales se opone a cualquier responsabilidad común o indirecta de los Estados miembros por las deudas de Gobierno.[9] Es más, reitera la prohibición contenida en el artículo 123 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que prohíbe la financiación de los Estados por el BCE, aparte de garantizar el principio de autonomía presupuestaria ligada al principio democrático de los Estados.

En síntesis, el BVerfG anuló actos de órganos de la Comunidad Europea por oponerse, en su criterio, a principios constitucionales fundamentales de la Ley Fundamental de Bonn. En otros términos, el BVerfG anuló tales actos por considerar que incurrían en *ultra vires.*

III. La aplicación del principio *ultra vires* en el derecho internacional de los derechos humanos

3.1. La aplicación del principio *ultra vires* en los órganos de control

La creación de una estructura de vigilancia en materia de derechos humanos, a partir de la creación de la Comisión Interameri-

[8] BVerfGEE. 70, 324 —Haushaltkontrolle der Nachrichtendienste— (355 y 356); 79, 311—Staatsverschuldung— (329); 129, 124 —EFS— (177).

[9] BVerfGE. 129, 124 (181 y 182).

cana de Derechos Humanos (CIDH) y más tarde del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, ha sido cuestionada por la doctrina. Se reflexiona que una cosa es la aceptación de un tratado internacional y otra es la aceptación de las resoluciones que se dictan dentro la organización creada como mecanismo de control y que multiplican los órganos y que expanden las facultades originales.

Para que eso sea válido, se afirma que es necesario un nuevo mandato, dado que estamos ante la presencia de una nueva manera de creación del derecho internacional a través de las decisiones de los órganos internacionales. Lo que se plantea tiene su lógica, pues no es posible que los controladores del derecho internacional para cumplir sus funciones actúen en violación del derecho internacional. El asunto de los actos *ultra vires* que pudieran dictar los órganos de control es una discusión de larga data en tratándose de los órganos de control internacional.

En principio, este tema está íntimamente relacionado con el de la competencia, entendida como las facultades que son concedidas mediante un acto fundacional (un tratado o costumbre internacional) a un ente jurídico internacional y que se ejerce por sus operadores (funcionarios) para realizar actos que implican el ejercicio de los poderes para los cuales está investido.

Precisamente la distribución de competencia es el primer acto de control del poder. A su vez, la competencia está relacionada con los principios de legalidad y Estado de derecho. El principio de legalidad está contemplado en lo que se denomina reglas de clausura: es decir, "la autoridad solamente puede realizar aquello para lo cual ha sido expresamente facultado por una disposición jurídica" en contraposición a los individuos que se rigen por el principio según el cual "todo lo que no está prohibido está permitido".

En derecho internacional el tema de la competencia implica otros dos: la interpretación de las normas de competencia cuando nos enfrentamos a un hecho concreto y con ello el recurso a las normas de interpretación contenidas en la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados y el segundo tema se refiera a las consecuencias de la actuación fuera de la

competencia, que técnicamente se le denomina actuar *ultra vires*. Es decir, nos referimos a la nulidad del acto y la responsabilidad del órgano que lo realiza.

En efecto, guiándose por la teoría general de las nulidades de los tratados internacionales, una resolución que fuera dictada por un órgano de control excediéndose en su competencia, lógicamente podría ser considerada como nula. Esto es fácil y al mismo tiempo es una solución atractiva. Sin embargo, la cuestión es que, si el tratado internacional que se considera como documento fundacional del órgano de control no prevé ningún mecanismo de apelación, entonces surge una serie de cuestiones.

En principio, ¿quién está autorizado para declarar la nulidad de un acto, de un órgano de control que se excede en su competencia? Recordemos que generalmente los órganos internacionales están facultados para decidir sobre su competencia.

El control de la convencionalidad que se está extendiendo en América Latina por la vía de las sentencias de la Corte IDH y más cuando ese control no solo se refiere a las sentencias en los casos en donde el Estado es parte, sino a todas las demás sentencias que servirán como "criterios orientadores", nos lleva a un cuestionamiento adicional: el relativo al control sobre las decisiones *ultra vires* de los órganos de control.

En la práctica esto no está lejos de suceder, por ejemplo, como el caso de las resoluciones del órgano de control por excelencia de la Organización de las Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad (CS), algunas de las cuales han afectado intereses de los particulares. Estos son los casos *Kadi* y *Yusuf,* en los que se pone en un dilema la prevalencia de los valores: el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales frente al respeto de los derechos humanos.

3.2. La teoría del margen de apreciación nacional

Una primera solución al problema anterior es la incorporación de estándares internacionales y supranacionales en el derecho interno para mantener *una cierta coherencia sustancial de las ju-*

risprudencias entre los tribunales internacionales de derechos humanos y los tribunales internos, impidiendo de esa forma que se produzcan contradicciones insalvables y buscando, al mismo tiempo, *interpretaciones convergentes que permitan materializar el principio de equivalencia y suficiencia sustancial de los derechos.*

Según este último principio, la eficacia de los derechos humanos debe ser equivalente en todas las jurisdicciones y para conseguir ese objetivo deben ser aplicados de manera armónica, de manera tal que se respete su contenido sustancial.

Por ello, los tribunales nacionales deben guiarse por el principio de *armonización*, que no es lo mismo que uniformidad, según lo ha precisado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), dado que cada legislación interna tiene sus propios matices que exigen una adaptación de la doctrina general sentada por los tribunales internacionales.

Esta adaptación se produce por medio de la teoría del "margen de apreciación nacional" desarrollada por el TEDH y que todavía no ha sido recogida por la Corte IDH.

Según esta doctrina, en todo derecho fundamental se debe distinguir un núcleo "duro" o "fundamental", no reducible ni negociable, y otro segmento, más maleable, donde los Estados pueden introducir variantes de contenido atendiendo razones, por ejemplo, de buenas costumbres, moral pública, interés social, etc., conceptos jurídicos indeterminados que varían de un ordenamiento a otro. Si un tribunal regional de derechos humanos sienta en una causa una tesis recurriendo "al margen de la apreciación nacional" de un país puntual, tal doctrina, a la medida para ese Estado, no debería obligar a los demás. En otras palabras, la obligación de seguimiento a las interpretaciones formuladas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos, obliga a distinguir entre "interpretaciones en lo fundamental" o "esenciales", o "definicionales", e "interpretaciones contingentes" o *ad hoc,* de valor solamente en principio para el caso en donde fueron formuladas.

De acuerdo con el TEDH, los ordenamientos jurídicos internos deben regirse por el principio general de compatibilidad con el derecho convencional, constituido en Europa por el Convenio

Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia del TEDH y, en el caso de América Latina, por la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH. En otros términos, de conformidad con este principio, la legislación interna debe interpretarse conforme a la CADH y a la jurisprudencia de la Corte IDH.

No obstante, es importante señalar que el diálogo no puede ser en un solo sentido, pues en tal caso no existiría diálogo del todo, por lo que los tribunales regionales sobre derechos humanos tienen que tomar en cuenta la jurisprudencia decantada —a lo largo del tiempo— por los tribunales constitucionales de los países signatarios del respectivo tratado. De esa forma, los desarrollos jurisprudenciales de los tribunales constitucionales deben ser tomados en cuenta, conforme al principio de progresividad, por los tribunales regionales respectivos. Consecuencia de ello se produce un enriquecimiento recíproco entre ambas jurisdicciones.

Por otra parte, debe distinguirse este diálogo jurisprudencial fecundo entre los tribunales internos y los tribunales regionales de derechos humanos de la competencia y obligación que tienen los tribunales internos de ejecutar las sentencias de los tribunales regionales. En este caso, estamos en presencia de una obligación jurídica concreta, que se circunscribe al cumplimiento de una sentencia específica en cuyo proceso el Estado fue parte y resultó condenado a adoptar medidas específicas como parte de la restitución de los derechos de la víctima. En algunos casos, tales sentencias imponen obligaciones específicas a los propios órganos jurisdiccionales, las cuales deben ser cumplidas sin ninguna objeción y sin poder invocar válidamente institutos como los de la cosa juzgada material, etc., tal y como lo han hecho los tribunales nicaragüenses para no acatar las sentencias de la Corte Interamericana.

Sin embargo, la interpretación dada por el tribunal regional en esa sentencia particular tiene efectos *erga omnes* hacia el futuro, tanto para los tribunales internos del país que fue parte en el proceso como para los órganos jurisdiccionales de los restantes países signatarios del respectivo tratado. En el peor de los casos, las interpretaciones de los derechos humanos que haga el respectivo tribunal regional deben servir, al menos, como auxiliar o criterios interpretativos a ser tomados en cuenta por los tribunales internos.

La tesis dominante hoy día es que las interpretaciones realizadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos tienen efectos generales que van más allá del fallo, tanto respecto del Estado implicado como respecto de terceros Estados. La razón para ello es que los tribunales regionales en la materia realizan una función crucial de protección a la víctima, además de cumplir con una función preventiva de proteger el interés general de naturaleza colectiva para el sistema de protección de los derechos humanos.

En efecto, los casos concretos sometidos a los tribunales regionales sobre derechos humanos evidencian problemas de carácter general de los instrumentos convencionales, que requieren clarificación, salvaguarda y desarrollo.

Esta segunda función fue puesta de relieve por el TEDH prácticamente desde sus inicios en el caso *Irlanda vs. Reino Unido,* cuando sostuvo que "Las sentencias del Tribunal, de hecho, sirven no solo para decidir los casos planteados ante el Tribunal, sino, más en general, para dilucidar, salvaguardar y desarrollar las normas instituidas por la Convención, contribuyendo así a la observancia por los Estados de los compromisos asumidos por ellos como Partes Contratantes (art. 19)".[10]

3.3. La praxis latinoamericana

Tampoco hay que soslayar las críticas realizadas por la doctrina latinoamericana a la actuación de la Corte IDH, cuya jurisprudencia es calificada por algún sector doctrinal como "antidemocrática y antiliberal". Asimismo, la jurisprudencia de algunos tribunales constitucionales latinoamericanos ha reversado resoluciones de la Corte IDH o fallado en forma totalmente contraria a su jurisprudencia.

Lo anterior haría pensar en la necesidad de la creación de un sistema de control del mismo control, el cual se ejercería a diferentes niveles. En principio, la creación de instancias superiores

[10] TEDH. *Irlanda vs. Reino Unido*. Sentencia de 18 de enero de 1978. Serie A, núm. 25, párr. 154.

dentro del mismo sistema de control, es decir, la creación de una especie de tribunal de apelaciones, tal y como ocurre con la Sala Superior de Apelación de la Corte Europea de Derechos Humanos; o bien, en la creación de un *Ombudsperson* como el existente en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para conocer denuncias por la violación de derechos humanos en su seno.

Otra posibilidad sería establecer un control interno sobre las sentencias de los tribunales regionales o mundiales sobre derechos humanos, lo cual resultaría no solo muy peligroso, sino también contrario a principios fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos.

Sin embargo, este tipo de control hay que tomarlo en cuenta en virtud de que algunos Estados latinoamericanos ya han permitido recurrir sentencias de la Corte IDH.

Por ejemplo, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay conoció del caso *Acción de inconstitucionalidad interpuesto por Roswell Company S. A. y Kansol S. A.,* impugnando una sentencia emitida por la Corte Interamericana.

En otros casos, los países simplemente se han negado a ejecutar las sentencias de la Corte, como ocurrió en Perú con el *caso Castillo Petruzzi;* en Trinidad y Tobago con el caso *James,* y en Argentina con el caso *Cantos.*

El venezolano merece un comentario aparte, pues en este país la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha desconocido expresamente los fallos de la Corte IDH y ha declarado que no los vincula en ningún sentido.

En efecto, en la sentencia 1.942, de 15 de julio de 2003, la Sala Constitucional venezolana desconoció el valor obligatorio de las recomendaciones de la CIDH y de las sentencias de la Corte IDH, sujetándolas a que sus decisiones sean conformes a la Constitución de Venezuela según lo determine el TSJ/SC.

Según la sentencia en cuestión, las decisiones de estos órganos internacionales de protección de los derechos humanos no son de obligatorio cumplimiento y carecen de aplicación o son inaplicables si violan la Constitución o no se hayan agotado los recursos judiciales internos. Lo contrario sería subvertir el orden constitucional y atentaría contra la soberanía del Estado.

Dijo la citada sentencia al respecto:

> A las decisiones de esos organismos se les dará cumplimiento en el país, conforme a lo que establezcan la Constitución y las leyes, siempre que ellas no contraríen lo establecido en el artículo 7 de la vigente Constitución, el cual reza: "*La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución*", siempre que se ajusten a las competencias orgánicas señaladas en los convenios y tratados. Debido a ello, a pesar del respeto del poder judicial hacia los fallos o dictámenes de esos organismos, estos no pueden violar la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como no pueden infringir la normativa de los tratados y convenios, que rigen esos amparos u otras decisiones.... La Sala considera que, por encima del Tribunal Supremo de Justicia y a los efectos del artículo 7 constitucional, no existe órgano jurisdiccional alguno, a menos que la Constitución o la ley así lo señale, y que aun en este último supuesto, la decisión que se contradiga con las normas constitucionales venezolanas, carece de aplicación en el país, y así se declara.[11]

Posteriormente, la Sala Constitucional venezolana declaró inejecutable la sentencia de 1 de septiembre de 2011 de la Corte IDH en el caso *López Mendoza vs. Venezuela,* con base en los siguientes argumentos:

> [...] En conclusión, aun si se pretendiera otorgar un sentido literal y restrictivo al artículo 23 de la Convención Interamericana, impidiendo la inhabilitación de un ciudadano para el ejercicio de cargos públicos por razones de corrupción, limitando la posibilidad de sanción a una sentencia judicial; podemos advertir que tal Tratado no es el único que forma parte integrante del sistema constitucional venezolano según el artículo 23 de nuestra Carta Fundamental. La prevalencia de las normas que privilegien el interés general y el bien común sobre los intereses particulares dentro de un Estado social de derecho y de justicia obligan al Estado venezolano y a sus instituciones a aplicar preferentemente las Convenciones Interamericana y de la ONU contra la corrupción y las propias normas constitucionales internas, que reconocen a la Contraloría general de la República como un órgano integrante de un Poder Público

[11] Sentencia 1942-2003.

(Poder Ciudadano) competente para la aplicación de sanciones de naturaleza administrativa, como lo es la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos por hechos de corrupción en perjuicio de los intereses colectivos y difusos del pueblo venezolano.

Finalmente, la Corte Interamericana persiste en desviar la teleología de la Convención Americana y sus propias competencias, emitiendo órdenes directas a órganos del Poder Público venezolano (Asamblea Nacional y Consejo Nacional Electoral), usurpando funciones cual si fuera una potencia colonial y pretendiendo imponer a un país soberano e independiente criterios políticos e ideológicos absolutamente incompatibles con nuestro sistema constitucional.

En virtud de las consideraciones anteriores, esta Sala Constitucional declara inejecutable el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 1 de septiembre de 2011, en el que se condenó al Estado Venezolano, a través "*de los órganos competentes, y particularmente del Consejo Nacional Electoral (CNE),*" a asegurar "*que las sanciones de inhabilitación no constituyan impedimento para la postulación del señor López Mendoza en el evento de que desee inscribirse como candidato en procesos electorales";* anuló las Resoluciones del 24 de agosto de 2005 y 26 de septiembre de 2005, dictadas por el Contralor General de la República, por las que inhabilitaron al referido ciudadano al ejercicio de funciones públicas por el período de 3 y 6 años, respectivamente; se condenó a la República Bolivariana de Venezuela al pago de costas y a la adecuación del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal.[12]

3.4. El conflicto entre la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos y las constituciones de los países miembros del tratado constitutivo del tribunal

Los tribunales nacionales, en materia de interpretación sobre los derechos humanos, deben seguir dos criterios hermenéuticos fundamentales: el principio *pro homine* y el principio *pro libertatis.* Según el primero de ellos, los derechos humanos deben interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más favorezca

[12] Sentencia de 17 de octubre de 2011.

al ser humano. El segundo, por su parte, implica que los derechos humanos deben interpretarse del modo más amplio posible. Es decir, conforme al principio en examen, debe interpretarse extensivamente todo lo que favorezca a la libertad y restrictivamente todo lo que la limite.

El otro principio hermenéutico que siguen nuestros tribunales en materia de interpretación de los derechos humanos es el denominado principio de interpretación conforme a la Convención. Según este principio, los tribunales se deben abstener de formular declaratorias de incompatibilidad entre la normativa interna y el derecho internacional de los derechos humanos, cuando la normativa interna impugnada sea susceptible de ser interpretada en armonía con los respectivos tratados.

En la praxis, como hemos visto a lo largo de este capítulo, existen conflictos entre la normativa interna constitucional y la internacional de los derechos humanos, por lo que surge la duda de cuál debe ser aplicada tanto por los tribunales regionales especializados en la materia como por los tribunales internos de cada país. Asimismo, con frecuencia se producen conflictos entre la jurisprudencia de los tribunales constitucionales y el ordenamiento constitucional interno de los países.

El problema se plantea, sobre todo, cuando se considera que la resolución del tribunal regional fue *ultra vires,* dado que fue contraria, en algún sentido, a una norma de rango constitucional del país demandado, tal y como alegan algunos juristas costarricenses que ocurrió en el caso de la opinión consultiva 24/17 de la Corte IDH, que estableció que el matrimonio entre personas del mismo sexo era obligatorio en el ordenamiento jurídico costarricense, a pesar de que el artículo 52 de su Constitución lo circunscribe exclusivamente a personas de diferente sexo.

De la interpretación armónica de los principios hermenéuticos *pro homine* —según el cual el juez en materia de derechos humanos está obligado a aplicar la normativa nacional o internacional más beneficiosa para la persona— y *pro homine* —según el cual todo derecho fundamental debe interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más favorezca al ser humano— se deriva el principio de preferencia de las normas.

Este principio deriva de la posición básica que los derechos fundamentales ocupan como elemento estructural del ordenamiento y como valor fundamental del Estado de derecho.

De esa forma, el sistema de libertad que garantizan los derechos fundamentales deja fuera del alcance de la acción del Estado, ya sea por medio de la ley, de la actividad administrativa o de los tribunales de justicia, una esfera intangible de libertad, la cual no puede ser tocada por ninguna autoridad, porque es el hombre, no la sociedad, quien tiene dignidad y, en consecuencia, corresponde a él la titularidad de los derechos fundamentales.

El ser humano es el alfa y la omega de las normas jurídicas, por lo que estas, y especialmente las que consagran derechos fundamentales, deben interpretarse en la forma que más le favorezcan.

El citado principio, junto con el de *pro libertatis,* constituyen el meollo de la doctrina de los derechos humanos y significa que el derecho debe interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más favorezca al ser humano.

Los tribunales constitucionales deben aplicar este principio de preferencia de las normas en materia de derechos. En efecto, los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes, al integrarse al ordenamiento jurídico al más alto nivel, valga decir, al nivel constitucional, lo complementan en lo que favorezca a la persona. Lo mismo puede afirmarse de la jurisprudencia que emitan los tribunales de derechos humanos en interpretación de esos tratados.

Este principio, conocido como el de preferencia de normas, se encuentra recogido en el artículo 29, inciso b), de la CADH, al señalar que "[...] Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados [...]".

Este principio cobija también el denominado "principio de primacía de la norma más favorable a la víctima", que ha tenido una aplicación extensa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Así, es claro que la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos y la de los tribunales constitucionales de cada país no pueden entrar en contradicción, pues los segundos deberán respetar la de los primeros cuando la protección de la persona sea superior a la que le otorga el ordenamiento constitucional interno, por lo que deberá aplicar la normativa constitucional interna cuando esta brinde mayor protección a la persona que la jurisprudencia emitida por un tribunal sobre derechos humanos.

La misma conclusión vale respecto de la normativa, pues el tribunal constitucional respectivo siempre deberá aplicar la normativa más favorable a la persona, independientemente de cuál sea su fuente: un tratado internacional sobre derechos humanos o su ordenamiento constitucional interno.

IV. Conclusión

La conclusión es que los tribunales constitucionales internos pueden dejar sin efecto las sentencias de los tribunales sobre derechos humanos, no por razones *ultra vires,* sino más bien en aplicación del principio de preferencia de las normas.

Capítulo VIII
Los principios rectores de la jurisdicción constitucional

I. La validez metodológica de la adaptación de los conceptos procesales generales al derecho procesal constitucional

La doctrina alemana discute acerca de si existe o no una autonomía procedimental del Tribunal Constitucional, según la cual ese Tribunal tiene la potestad de colmar las lagunas existentes e interpretar las disposiciones procesales legales para el cumplimiento eficaz de las funciones que le están encomendadas.

En Costa Rica podría pensarse en una situación parecida, pues el artículo 7 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (LJC) le confiere a la Sala Constitucional la potestad de resolver sobre su propia competencia, así como conocer de las cuestiones incidentales que surjan ante ella y de las prejudiciales conexas. Además, el numeral 14 dispone, en lo conducente, que "A falta de disposición expresa, se aplicarán los principios del Derecho Constitucional, así como los del Derecho Público y Procesal generales [...]".

En este orden de ideas y volviendo al ordenamiento alemán, han surgido dos tesis diferentes. La primera de ellas, sostenida por Häberle, considera al derecho procesal constitucional como "derecho constitucional concretizado".

Lo anterior significa, en primer término, que el derecho procesal constitucional debe extraerse materialmente del derecho

constitucional en cuanto a sus principios (p. ej., el de publicidad o el de protección a las minorías, etc.) y en cuanto a sus métodos de interpretación (utilización del método interpretativo abierto, orientado a la realidad y a la consecuencia de la decisión).

En segundo término, significa que el derecho procesal constitucional tiene que ser interpretado en su totalidad, en la medida en que a ese ámbito pertenecen no solo normas estrictamente procesales —como las que regulan la legitimación de las partes para iniciar el proceso, la capacidad procesal para ser parte, la recusación de los jueces o la ejecución de sus sentencias, etc.—, sino también normas procesales que tienen relación directa con el derecho constitucional sustantivo —como las que regulan la elección de los jueces, los periodos para ejercer los cargos, sus incompatibilidades, etc.—, las cuales constituyen presupuesto necesario del derecho procesal constitucional.

En síntesis, el derecho procesal constitucional se deriva de la clase especial de derecho de fondo que debe aplicar: el derecho de la Constitución, el que sirve justamente para eliminar los conflictos, definir la composición de intereses, la división de poderes.

De ello se deduce que el derecho procesal constitucional es una parte del derecho material constitucional, por lo que debe ser tratado con las técnicas de este y no del derecho procesal general.

En contraposición a esta tesis, otro sector doctrinal encabezado por Stern sostiene que el derecho procesal constitucional debe permanecer dentro del ámbito del derecho procesal general, aun cuando debe reconocerse que la introducción y utilización de los principios y desarrollos de este solo son posibles si se toma en cuenta la singularidad y características propias de la jurisdicción constitucional.

De allí deducen que es al legislador ordinario al que corresponde establecer las reglas del derecho procesal constitucional y no a los tribunales encargados de aplicar el derecho de la Constitución; sin embargo, se subraya el hecho de que las categorías procesales clásicas deben ser adaptadas a la particular materia objeto de estudio, especialmente en vista de la función pacifi-

cadora que corresponde a la jurisdicción constitucional, que le permite terminar definitivamente los litigios y, en esa medida, asegurar el ejercicio de su función de supremo intérprete jurisdiccional de la Constitución.

Pareciera que esta segunda tesis es la correcta en el caso costarricense, con la advertencia de que el derecho constitucional material tiene prioridad en el ordenamiento procesal constitucional como fuente supletoria, en caso de laguna respecto del derecho procesal general, lo cual no deja de plantear algunos problemas teóricos y prácticos importantes que iremos analizando a la largo de esta obra.

II. El derecho fundamental a la legalidad constitucional

2.1. Concepto y naturaleza

Uno de los principios fundamentales del derecho procesal constitucional es lo que podríamos denominar el derecho fundamental a la legalidad constitucional.

En efecto, en todo ordenamiento existe un derecho fundamental —derivado del principio de supremacía constitucional— a la legalidad constitucional, cuyo contenido se traduce en la necesidad de que existan garantías específicas y apropiadas de la supremacía y vigencia de la Constitución.

Este derecho fundamental autónomo pertenece a todos los ciudadanos, por lo que es exigible por todos con la más amplia legitimación y se impone aun de oficio (Piza Escalante).

Este derecho fundamental se traduce, como complemento necesario, en la obligación de los poderes públicos y de los restantes sujetos del ordenamiento de respetar la legalidad constitucional, por lo que, en caso de que esa obligación se transgreda, el afectado tiene el derecho de acudir a los tribunales de justicia en busca de protección de sus derechos conculcados. Esa tutela puede otorgarse por los tribunales ordinarios, pero, de manera especial, por la jurisdicción constitucional.

De este derecho a la legalidad derivan, a su vez, tres principios fundamentales: *a)* la violación de la Constitución es la infracción jurídica más grave que se puede cometer; *b)* la violación del derecho de la Constitución no es convalidable, y *c)* el derecho para reclamar tal violación es imprescriptible.

2.2. La violación de la Constitución es la infracción jurídica más grave del ordenamiento

Dado que la Constitución es la norma de orden público por antonomasia del ordenamiento, la violación de sus principios, normas o valores constituye la infracción jurídica más grave que puede existir.

En efecto, los actos que violan el derecho de la Constitución están viciados de nulidad absoluta e, inclusive, podría hablarse, en determinados casos, de que son inexistentes, pues desconocen el fundamento normativo de todo el ordenamiento. Por ello, las distintas legislaciones acostumbran calificar a tales actos lesivos de "absolutamente nulos", *"null and void",* etcétera.

En su oportunidad analizaremos los problemas que surgen en relación con la dimensión temporal de las sentencias estimatorias en materia de inconstitucionalidad, pues la paz y la seguridad sociales hacen necesario que, en numerosas ocasiones, sus efectos retroactivos naturales sean atemperados.

2.3. La violación del derecho de la Constitución no es convalidable

Como consecuencia lógica de que la violación más grave dentro de un ordenamiento es la del derecho de la Constitución se deriva el principio de que los actos lesivos del derecho de la Constitución son inconvalidables.

Los actos violatorios del ordenamiento constitucional, al estar viciados de nulidad absoluta, no pueden ser convalidados ni subsanados retroactivamente. Una vez constatada la respectiva violación, el acto lesivo se anula del ordenamiento con efectos retroactivos.

2.4. El derecho para impugnar los actos lesivos del derecho de la Constitución es imprescriptible

Dado que los actos lesivos de la Constitución, especialmente aquellos que infringen derechos fundamentales, no pueden ser convalidados por estar viciados de nulidad absoluta, el derecho para solicitar su nulidad no prescribe ni caduca mientras la lesión no se haya reparado extrajudicialmente.

Por tal razón, consideramos que aquellas legislaciones que tienen plazos de prescripción o de caducidad para interponer algún proceso constitucional son contrarias a este principio.

En algunas legislaciones, esta posición se atempera en materia de amparo, indicando que la prescripción solo es aplicable respecto de los derechos puramente patrimoniales u otros cuya violación pueda ser válidamente consentida.

En síntesis, la acción judicial para reclamar la violación de un derecho fundamental no puede estar sujeta a plazos de prescripción ni de caducidad.

III. Los derechos fundamentales deben interpretarse y aplicarse conforme a los principios *pro homine* y *pro libertatis*

La aplicación e interpretación de los derechos fundamentales debe realizarse conforme a los principios *pro homine* y *pro libertatis*.

La jurisprudencia de la Sala Constitucional costarricense así lo ha establecido, al disponer que

> El orden público, la moral y los derechos de terceros deben ser interpretados y aplicados rigurosamente, sin licencias que permitan extenderlos más de su sentido específico; sentido que, a su vez, debe verse en armonía con el principio pro libertate, el cual, junto con el principio pro homine, constituye el meollo de la doctrina de los derechos humanos; según el primero, debe interpretarse extensivamente todo lo que favorezca y restrictivamente todo lo que limite la libertad; según el segundo, el derecho debe interpre-

> tarse y aplicarse siempre de la manera que más favorezca al ser humano [...].[1]

La aplicación de tales principios en los procesos constitucionales en que se ventile la violación o amenaza de violación de derechos fundamentales constituye un condicionamiento importante para los tribunales constitucionales y, por ende, de relevancia directa para el derecho procesal constitucional.

El principio *pro homine* implica que el intérprete debe acudir a la norma más amplia, o la interpretación más extensiva, cuando se trate de reconocer los derechos protegidos y, de manera contraria, a la norma o interpretación más restringida en las hipótesis en las que se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos fundamentales o a su suspensión extraordinaria.

El principio *pro libertatis* se articula en dos vertientes: por un lado, las limitaciones que se establecen legalmente a los derechos fundamentales deben ser siempre interpretadas restrictivamente y no de manera extensiva y, por el otro, la norma debe ser interpretada en el sentido que optimice mejor su ejercicio por parte de su titular. En otros términos, el operador jurídico deberá preferir siempre la interpretación que desarrolle mejor la eficacia jurídica de la norma (Häberle).

IV. El principio de la aplicación de la disposición más favorable al recurrente en la jurisdicción constitucional de la libertad

El origen de este principio lo encontramos en la doctrina de la *preferred position* sustentada por la Suprema Corte de los Estados Unidos, de la cual se pueden derivar varias consecuencias importantes:

1. En primer lugar, el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes debe examinarse más exhaustivamente cuando se está frente a una específica prohibición

[1] Voto 3550-92.

constitucional de interferir una libertad clásica, como ocurre con las libertades contempladas en la *Bill of Rights*.
2. De lo anterior se deduce que, frente al *self-restraint* ordinario de la Suprema Corte respecto de la validez enjuiciada, en casos como los citados, la ley en cuestión se sujeta a una indagación judicial más exhaustiva.

Posteriormente, esta doctrina ha evolucionado hacia el principio de que, en materia de derechos fundamentales, se debe aplicar la norma más favorable al recurrente. Por ejemplo, los tribunales constitucionales deben aplicar la norma que consagra el derecho fundamental violado que protege mejor los intereses del recurrente, como sucede con frecuencia cuando en un caso concreto son susceptibles de aplicación tanto una norma constitucional como una disposición contenida en un tratado internacional, dado que ambas regulan el mismo derecho fundamental.

V. Los principios de informalidad, celeridad y gratuidad de los procesos constitucionales

Una de las finalidades principales de la jurisdicción constitucional es la de lograr una efectiva tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Para ello, es necesario que los distintos procesos constitucionales, especialmente los de *habeas corpus* y amparo, se fundamenten en los principios de informalidad, celeridad y gratuidad. De lo contrario se negaría el acceso a la jurisdicción constitucional a la mayoría de la población, por razones estrictamente económicas.

Estos principios deben separarse del tema de la legitimación procesal para acceder a la justicia constitucional, aunque están íntimamente ligados, pues un ordenamiento que restrinja demasiado el acceso a los procesos constitucionales por motivos de legitimación, evidentemente termina siendo una jurisdicción restrictiva y sin vocación universal de protección a los derechos fundamentales de los ciudadanos.

El principio de informalidad postula la necesidad de que la interposición de los procesos constitucionales esté exenta, en la medida de lo posible, de formalismos innecesarios, como los papeles timbrados, el patrocinio de un abogado y el cumplimiento de requisitos procesales que no tienen relación directa con la pretensión del recurrente; verbigracia, procesos como el *habeas corpus* deben ser susceptibles de ser interpuestos en cualquier forma escrita, a cualquier hora y sin llenar ningún formalismo jurídico, siempre que se entienda la pretensión del recurrente.

El principio de celeridad, por su parte, establece que los procesos constitucionales deben resolverse en plazos breves y que no deben existir trámites innecesarios que alarguen injustificadamente el dictado de la resolución de fondo. En efecto, una jurisdicción constitucional lenta termina siendo, a final de cuentas, una negación crasa y absoluta de ella misma y de las razones que justifican su existencia. Todo trámite innecesario debe ser extirpado de los procesos constitucionales, pues lo que se requiere es que los tribunales competentes se pronuncien, lo antes posible, sobre las pretensiones del recurrente.

En este orden de ideas, una vez que la intervención de los tribunales constitucionales ha sido legalmente requerida, estos deben actuar de oficio y con la mayor celeridad posible, sin que pueda invocarse la inercia de las partes para retardar el proceso. Por consiguiente, los plazos establecidos por la ley no pueden prorrogarse por ningún motivo, de forma que los retardos injustificados de los funcionarios judiciales respectivos deben ser sancionados disciplinariamente, sin perjuicio de otras acciones que pudieren caber contra el culpable del retardo.

Asimismo, los términos para las actuaciones y resoluciones de los tribunales constitucionales deben contarse a partir del recibo de la gestión que las motive, y para las actividades de las partes, desde la notificación de la resolución que las causa. Ni unos ni otros se deben interrumpir ni suspender por ningún tipo de incidente, ni por ninguna actuación que no esté expresamente señalada en la ley.

El principio de gratuidad exige que en la jurisdicción constitucional no se retarde o impida la tramitación de los procesos

por falta o insuficiencia de timbres en los poderes o en los escritos, o bien, que se exija afianzamiento de costas. Este principio exige también que, en los procesos constitucionales, salvo casos muy excepcionales, no exista condenatoria en costas, pues de lo contrario se establece un disuasivo importante para que los ciudadanos acudan ante ella en defensa de sus derechos fundamentales.

VI. Los principios que rigen las nulidades en los procesos constitucionales

De los principios de celeridad e informalidad, que presiden los procesos constitucionales, se derivan los principios que rigen las nulidades procesales en la jurisdicción constitucional.

Por consiguiente, las nulidades procesales, dentro del ámbito de la jurisdicción constitucional, solo pueden declararse cuando impliquen una clara indefensión de las partes, como sería el dictar una sentencia en materia de *habeas corpus* o de amparo sin haberle otorgado audiencia previa al funcionario o al órgano recurrido.

Las sentencias también pueden ser eventualmente anuladas cuando se constate que se dictaron con base en hechos falsos o sin haber tomado en cuenta el informe del órgano o servidor recurridos que consta en el expediente, pero que, por alguna razón ajena al tribunal, no se tuvo a la vista a la hora de dictar la resolución de fondo.

Para ello, basta con que la parte afectada presente las pruebas del caso dentro del mismo proceso donde se produjo la nulidad, sin que exista, al efecto, plazo de caducidad alguno. Sin embargo, si se tratare de la anulación de una resolución estimatoria y esta ya hubiera producido efectos en favor del recurrente, en virtud del principio de los derechos adquiridos, la anulación operaría solo de manera prospectiva.

Las nulidades propiamente procedimentales pueden ser subsanadas mediante la simple reposición del acto omitido o mal dictado, lo cual se puede hacer de oficio o a petición de parte,

sin necesidad de que se planteen incidentes especiales ni que la solicitud respectiva se tramite en legajo separado.

Las nulidades en materia de notificaciones pueden subsanarse mediante la comunicación a las partes, por cualquier medio escrito constatable por el tribunal, del acto indebidamente notificado.

Las omisiones procedimentales, de carácter estrictamente formal, tales como la ausencia de una autenticación, la falta de un sello de copias, etc., no dan lugar a ningún tipo de nulidad y pueden ser subsanadas en cualquier etapa del proceso, de oficio o a petición de parte.

En todo caso, si tales omisiones o defectos intrascendentes no fueren apreciados sino hasta el momento de dictar sentencia, el tribunal competente tiene la obligación de desecharlos y proceder a resolver el proceso por cuanto ve al fondo, convalidando, al mismo tiempo, tales omisiones.

En este sentido se pronuncia la jurisprudencia de la Sala Constitucional costarricense, la cual ha sostenido que

> No basta, para el reconocimiento de la invalidez de un acto procesal, demostrar que la actuación no se ajusta a los términos de la norma que lo autoriza, sino que debe además reconocerse la necesidad procesal que conlleva la aceptación de la nulidad, para los intereses de proceso o los derechos de las partes. Así, una nulidad —aun de carácter absoluto—, solo debe ser declarada, si no es posible enmendar el error, cuando con el reconocimiento e reconozca un derecho propio de la parte que la alega o se salva el interés propio del proceso, lo que no ocurre en el caso de examen en que el recurrido ha tenido oportunidad de contestar la alegación que se formula en su contra y para reconocer su derecho a oponerse a la gestión de la ofendida, solo amerita tener como contestada la audiencia en tiempo.[2]

En síntesis, el principio rector en la materia es el de la conservación del acto jurisdiccional, el cual se presume válido y legítimo, salvo que esté viciado de nulidad absoluta y sea, por tanto, insubsanable.

[2] Voto 2816-92.

VII. La eficacia de la cosa juzgada en los procesos constitucionales

7.1. Necesidad y justificación para replantear el concepto de cosa juzgada en los procesos constitucionales

Uno de los institutos procesales que no pueden trasplantarse mecánicamente del derecho procesal general al ámbito de nuestra disciplina es justamente el de la cosa juzgada.

En efecto, dicho instituto, dentro del ámbito del derecho procesal constitucional, no es una cuestión exclusivamente procesal, sino que involucra, además, un problema de derecho constitucional material, dado que se pone en juego el valor de las sentencias de los tribunales constitucionales y, por ende, se afecta el equilibrio de sus relaciones con los restantes órganos fundamentales del Estado.

El determinar cuál es la eficacia de la cosa juzgada en los procesos constitucionales coloca el tema en el ámbito del derecho constitucional material, dado que debe decidirse qué valores son los prioritarios, "si la protección a ultranza de la seguridad jurídica o la apertura a una constante posibilidad de revisión —y de interpretación constitucional— de cuestiones ya decididas, y ser, por tanto, protegidos por el juego de los efectos de las sentencias constitucionales" (Bocanegra).

7.2. Las finalidades de los procesos constitucionales

Los procesos constitucionales no persiguen ni exclusivamente ni de manera principal la decisión de una controversia, sino que su función primaria es actuar pacificadoramente hacia el futuro, creando claridad jurídica, eliminando material litigioso e impidiendo la repetición sucesiva de las mismas controversias (Geiger), así como también cumplen el deber de proteger e interpretar la Constitución (Maunz). En otros términos, los procesos constitucionales son, por un lado, medios para proteger la Cons-

titución mediante el control de los poderes del Estado y, por otro, el perfeccionamiento del derecho constitucional por medio de la interpretación de aquella, desarrollándola, complementándola y depurándola (Hesse).

En suma: los procesos constitucionales persiguen una función hacia el pasado, mediante la anulación, y hacia el futuro, creando claridad jurídica, protegiendo la Constitución de futuras violaciones e interpretándola para desarrollarla, complementarla y depurarla.

Los procesos constitucionales tienen inevitablemente una proyección y trascendencias políticas, a pesar de no perder su innegable carácter jurisdiccional, que los sitúan en un plano diferente de las resoluciones de los tribunales ordinarios. Por consiguiente, las reglas vigentes en tales procesos no pueden trasplantarse mecánicamente al ámbito del derecho procesal constitucional, tal y como lo ha sostenido, de manera reiterada, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfG, por sus siglas en alemán), al afirmar que "los principios de otras clases de procedimientos no pueden ser, sin más, utilizados por la jurisdicción constitucional, debido a su especialidad y a su singularidad".

7.3. Concepto, funciones y límites de la cosa juzgada en los procesos constitucionales

El análisis de la eficacia de la cosa juzgada en los procesos constitucionales debe responder a las siguientes preguntas: *a)* ¿a quién obligan las decisiones de la jurisdicción constitucional?; *b)* ¿qué es lo que obliga de las sentencias?, y *c)* ¿durante cuánto tiempo deben ser obligatorias o vinculantes tales resoluciones?

7.3.1. Concepto y funciones de la cosa juzgada

Para responder cabalmente a los tres interrogantes planteados, es necesario reformular el concepto civilista tradicional de la cosa juzgada.

Según Guasp, la cosa juzgada material es "la inatacabilidad directa o inmediata de un resultado procesal, el cierre de toda posibilidad de que se emita por vía de la apertura de un nuevo proceso, ninguna decisión que se oponga o contradiga a la que goza de esta clase de autoridad".

De la definición anterior se concluye que la cosa juzgada material cumple dos funciones: una negativa, según la cual existe una prohibición para las partes de cuestionar la decisión y para plantear una nueva acción judicial que contradiga eventualmente las sentencia dictada en primer lugar, lo cual se fundamenta en la necesidad de garantizar la paz y la seguridad jurídicas, dando por finalizadas en un determinado momento las controversias jurídicas, lo que se concreta, desde el punto de vista procesal, en la imposibilidad de abrir un nuevo proceso.

La función positiva, en cambio, consiste en impedir que en un nuevo proceso se decida de modo contrario a como antes fue fallado.

7.3.2. ¿A quién obligan las sentencias de la jurisdicción constitucional?

La primera pregunta arriba planteada, es decir, a quiénes obligan los efectos de la cosa juzgada material en los procesos constitucionales, tiene una ligera variante respecto del derecho procesal general.

Dado que en los procesos constitucionales una de las partes intervinientes, directa o indirectamente, es el Estado, su participación matiza y modifica los efectos normales de la cosa juzgada.

Si los efectos de la cosa juzgada en los procesos constitucionales no vincularan al Estado, este, mediante la utilización del privilegio de la decisión ejecutoria —del que carecen los particulares— podría hacer inoperante las sentencias que recaigan en aquellos. Para ello, le bastaría con dictar un nuevo acto o disposición de contenido contrario al anulado, ya sea por el mismo órgano recurrido o por otro diferente.

De allí se deduce que los efectos de la cosa juzgada en los procesos constitucionales vinculan tanto al recurrente, a los coadyuvantes, a las demás partes si las hubiere, como a la Administración recurrida y demás órganos y entes estatales. Debe aclararse que esta conclusión no es válida respecto de los amparos contra sujetos de derecho privado, en cuyos procesos, por no intervenir directa ni inmediatamente un órgano estatal, los efectos de la respectiva sentencia no puede vincularlos en forma diferente a como lo hace la cosa juzgada en los procesos civiles ordinarios.

Conviene subrayar que la cosa juzgada obliga positivamente a todos los órganos y entes estatales al cumplimiento de lo allí decidido. Por consiguiente, el Estado tiene prohibición absoluta para reproducir, total o parcialmente, los actos o disposiciones anulados por medio de la misma Administración recurrida o de cualquier otra autoridad administrativa. Cuando se trata de la anulación de leyes, el órgano parlamentario queda inhibido para dictar nuevas disposiciones con contenido igual al de las normas declaradas inconstitucionales.

Si, a pesar de tal prohibición, tales actos o normas se dictaren, su anulación puede hacerse por el mismo tribunal, dentro del mismo proceso constitucional, mediante los procedimientos de ejecución de sentencia, sin necesidad de que el afectado recurra al planteamiento de un nuevo juicio. En Costa Rica, este principio se recoge en el artículo 12 de la LJC, al disponer que "Las sentencias que dicte la Sala podrán ser aclaradas o adicionadas [...], incluso en los procedimientos de ejecución, en la medida en que sea necesario para dar cabal cumplimiento al contenido del fallo".

La jurisprudencia de la Sala Constitucional costarricense ha seguido este principio al resolver una acción de inconstitucionalidad en la que se volvió a declarar nula una nueva norma legal cuyo contenido era idéntico a uno declarado previamente como contrario a la carta política.[3]

Por otra parte, un nuevo acto administrativo que reproduzca, total o parcialmente, el anulado no puede variar el objeto del

[3] Voto 193-92.

proceso en curso ni del ya finiquitado por sentencia firme, pues el momento temporal de su otorgamiento no alcanza a justificar por sí solo la diferencia del objeto procesal, que no depende ya del acto administrativo individualizado, sino más bien del contenido material de los sucesivos actos administrativos emitidos, de tal modo que únicamente la diferencia corporal, física, de estos actos no alcanza a eliminar la identidad del objeto de proceso (Lücke).

De lo anterior se concluye, asimismo, que el particular, al plantear el respectivo proceso constitucional, pone en juego una pretensión material a la omisión de futuras intervenciones o ataques del mismo contenido, si la situación fáctica y jurídica permanece idéntica. En consecuencia, la demanda de impugnación tiene un carácter preventivo al comprender bajo su alero todas las medidas iguales a la impugnada, prescindiendo del momento del surgimiento de su eficacia.

7.3.3. ¿Qué es lo que obliga de las sentencias en los procesos constitucionales?

En el derecho comparado existe una divergencia acerca de si solo el "Por Tanto" de las sentencias en los procesos constitucionales está cubierto por la eficacia de la cosa juzgada material, o si su autoridad se extiende a la parte considerativa, es decir, a la *ratio decidendi*.

La doctrina italiana, encabezada por Pizzorusso, sostiene que la eficacia de la cosa juzgada solo cobija a la parte dispositiva de la sentencia. En Alemania, en cambio, se sostiene la tesis contraria, al considerar que las *tragende Gründe* de los tribunales constitucionales son también vinculantes, especialmente aquellas que han sido relevantes para la adopción de la decisión concreta.

Para ello, se ha razonado que la función de los tribunales constitucionales es la interpretación de los principios de la Constitución, en relación con lo cual, el concreto conflicto jurídico constitucional es solamente el motivo, la ocasión que la hace posible (Geiger), y frente a cuya "correcta interpretación y a su fu-

tura utilización uniforme por todos los órganos constitucionales, el concreto conflicto planteado posee sin duda una menor significación, lo que en todo caso obliga a concluir el reconocimiento de una vinculación de todos los órganos del Estado a las decisiones constitucionales, mayor que el mero pronunciamiento del fallo" (Bocanegra).

Según la doctrina alemana, las *tragende Gründe,* es decir, las *rationes decidendi,* son "aquellas razones o motivos sin las que el fallo no podría existir, por contraposición a los *obiter dicta"* (Rupp). Sin embargo, la vinculación no se extiende a toda la *ratio decidendi,* sino tan solo a aquella parte que es relevante para el fallo, es decir, que soporta la decisión (Leibolz/Rupprech), o sea, aquella parte de la sentencia que no podría ser cambiada mediante deducción del tribunal, sin que el resultado, que está formulado en el fallo, cambie.

El fundamento de tal posición se encuentra en la función apuntada de la jurisdicción constitucional, de intérprete supremo del derecho de la Constitución, que crea claridad y seguridad jurídicas, para lo cual requiere vincular la conducta futura de los órganos estatales y de los particulares, indicándoles precisamente el marco dentro del que puede discurrir su conducta futura y estableciendo, de manera concomitante, la prohibición de que se repitan actos y conductas previamente declaradas en esa vía como inconstitucionales.

Como los fallos de las sentencias miran siempre hacia el pasado y no hacia el futuro, se requiere que la parte considerativa de aquellas esté también dotada de la eficacia de la cosa juzgada material, siempre que constituya el soporte fáctico y jurídico de la parte dispositiva.

En efecto, es en la parte considerativa del fallo donde se establece la motivación de la sentencia de anulación y las razones por las que el acto o la norma impugnados son constitucionalmente ilegítimos.

Por tanto, las sentencias estimatorias en los procesos constitucionales, además de anular el acto o la norma lesivos del derecho de la Constitución, prohíben simultáneamente la repetición de tales actos o normas violatorios, pues, como dice un autor es-

pañol: "El fallo es explícito no solo en su contenido anulatorio, sino en la expresión del motivo determinante de la nulidad, cuya inclusión en la parte dispositiva de la sentencia, en contra de lo habitual, hace pensar que iba específicamente dirigida a advertir a la Administración la imposibilidad de reincidir mediante otra disposición semejante en igual causa invalidante" (Fernández Rodríguez).

La jurisprudencia de la Sala Constitucional costarricense, inicialmente por una mayoría dividida de cuatro a tres, consideró que solo la parte dispositiva de la sentencia es susceptible de ser adicionada y aclarada, dado que la eficacia de la cosa juzgada no cobija a los considerandos. Esta tesis, desde luego, es errada, puesto que parte del concepto civilista de la cosa juzgada, lo cual no es aplicable a nuestra disciplina.

El voto salvado, en cambio, admitió correctamente la tesis de que los considerandos de las sentencias de la Sala son también vinculantes, al disponer que:

> El carácter vinculante de las sentencias de la Sala (artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), no se encuentra restringido solo a la parte dispositiva del pronunciamiento, sino que abarca la [*rationes decidendi*], las razones que han dado lugar al pronunciamiento, ello conlleva a concluir que los fundamentos de la decisión, incorporados al fallo en su parte considerativa, también deben ser susceptibles de adición o aclaración cuando por la oscuridad o ambigüedad de los términos en que fueron redactados no permite su fiel inteligencia o se haya dejado de fundamentar algún punto que sí fue materia del decisorio.... Circunstancia diferente se presenta en relación con los pronunciamientos jurisdiccionales de materias no constitucionales, en los que las consideraciones no tienen efecto fuera del caso concreto y por ello solo procede la adición o aclaración del decisorio propiamente dicho.[4]

Posteriormente, el voto de minoría terminó siendo aceptado por toda la Sala, con lo cual se admitió la vinculatoriedad de los considerandos de las sentencias constitucionales en los siguientes términos: "Se hace la indicación, conforme a lo que ya

[4] Voto 1934-92.

ha dispuesto esta Sala, que la vinculatoriedad que caracteriza la Jurisprudencia constitucional, se refiere tanto a la parte considerativa como dispositiva de la sentencia, en el tanto que aquella claramente condiciona y determina esta (artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional)".[5]

En este orden de ideas y para concluir este tema, baste con recordar las palabras de un jurista alemán: "puede afirmarse —y así lo demuestra la práctica de los tribunales de otros países— que las motivaciones, *la ratio* o el discurso lógico de una sentencia, tiene con respecto al fallo una mayor importancia que en otras jurisdicciones. Si extremando las cosas suele decirse que lo importante de una sentencia es el fallo, de la jurisdicción constitucional podría decirse que lo fundamental es la motivación" (Stern).

7.3.4. ¿Durante cuánto tiempo son vinculantes las sentencias dictadas en los procesos constitucionales?

Debido al dinamismo y al insoslayable ingrediente político que está siempre presente en la mayoría de las decisiones de la jurisdicción constitucional, los efectos de la cosa juzgada no pueden ser iguales que en el derecho procesal general, donde, como es sabido, la eficacia de cosa juzgada le pone una especie de loza sepulcral al proceso, impidiendo, salvo los excepcionales casos de revisión, que lo fallado en aquel pueda ser revisado nuevamente por el mismo tribunal u otro diferente en el futuro.

Sin embargo, en los procesos constitucionales es necesario que los propios tribunales de esa jurisdicción mantengan la posibilidad de variar sus decisiones en casos similares en el futuro, e inclusive puedan anular sentencias desestimatorias cuando, por errores evidentes, se haya dejado de amparar la violación de un derecho fundamental.

Bajo esta óptica, el artículo 13 de la LJC establece el principio de que "La jurisprudencia y los precedentes de la juris-

[5] Voto 7062-95.

dicción constitucional son vinculantes *erga omnes,* salvo para sí misma". En esta norma se subraya el carácter de la Sala como intérprete supremo de la Constitución y, en segundo lugar, se deja abierta la posibilidad de que su jurisprudencia pueda variar conforme lo requieran las circunstancias y conforme cambie el criterio de los jueces constitucionales o la integración del citado Tribunal.

En cuanto a los límites temporales de la eficacia de las cosa juzgada de las sentencias dictadas en los procesos constitucionales, necesariamente se debe concluir que tal eficacia queda enervada si, en relación con el resultado obligatorio de la sentencia, se produce un cambio fundamental en "las relaciones de la vida o de la opinión jurídica general", conforme lo ha sostenido la jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional de Baviera, dado que ello vendría a suponer, en la realidad, una auténtica mutación de la situación fáctica inicial, lo que autoriza al tribunal para desconocer la cosa juzgada de la decisión anterior y resolver por medio de una nueva sentencia la misma cuestión de modo diferente.

La praxis de la Suprema Corte de los Estados Unidos está llena de ejemplos de cambios jurisprudenciales propios, ya sea por una variación en la opinión de los jueces o por un cambio en la integración de la Corte.

La potestad de la Sala Constitucional para anular sus propias decisiones no está contemplada expresamente en su ley orgánica, pero la consideramos de principio, pues de lo contrario no sería posible que, en determinados casos, la propia Sala pudiera corregir, de manera ágil y sin procesos adicionales, evidentes errores cometidos en una resolución suya anterior en perjuicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

A la admisión de semejante potestad coadyuva el principio arriba analizado de que la acción para solicitar el amparo de un derecho fundamental conculcado es imprescriptible. De esa forma, ese derecho de acción puede ejercitarse ante la jurisdicción constitucional, cuando uno de sus fallos no haya amparado, por error u omisión, un derecho fundamental del recurrente.

VIII. Los procedimientos de admisibilidad en los procesos constitucionales

8.1. Introducción

El tema de la admisibilidad en los procesos constitucionales ha sido objeto de escasa atención por parte de la doctrina especializada, a pesar de que cada día adquiere mayor relevancia práctica.

En nuestro concepto, cuatro son los aspectos que deben analizarse en relación con este importante tema: *1)* la justificación de los procedimientos de admisibilidad en los procesos constitucionales; *2)* quién debe ejercer el control; *3)* los alcances y límites del control de admisibilidad, y *4)* las potestades del órgano encargado de ejercer el control de admisibilidad.

8.2. La justificación de los procedimientos de admisibilidad en los procesos constitucionales

Desde un punto de vista estrictamente teórico y de conformidad con algunos de los principios que informan la jurisdicción constitucional —como el derecho fundamental a la legalidad constitucional y el que prohíbe que los actos lesivos de los derechos fundamentales sean convalidables—, los procedimientos de admisibilidad no deberían existir en los procesos constitucionales, por lo que las respectivas demandas deberían resolverse siempre en sentencia, aunque esta última se fundamente luego en la carencia de requisitos de procedibilidad de la pretensión del recurrente.

Sin embargo, existen al menos dos razones que justifican la existencia de una fase de admisibilidad en los procesos constitucionales.

La primera de ellas es la gran cantidad de asuntos que se ventila en la jurisdicción constitucional, sobre todo en aquellos procesos —como el *habeas corpus* y el amparo— que tutelan directamente los derechos fundamentales. Este problema se agrava en los ordenamientos en los que la legitimación para acceder a la jurisdicción constitucional es muy amplia, ya que ello permi-

te una verdadera eclosión de demandas inclusive sobre asuntos de escasa importancia, lo que impide a los órganos competentes concentrarse en los casos relevantes.

Pero, además del criterio netamente cuantitativo, existe otro argumento que justifica la posibilidad del rechazo de los procesos constitucionales en la fase de admisibilidad.

En efecto, la jurisdicción constitucional actúa por medio de procedimientos, los cuales deben cumplir con un mínimo de exigencias formales y sustantivas para evitar la actuación arbitraria de los jueces encargados de ejercerla. Ante el incumplimiento manifiesto y evidente de tales exigencias, no deben crearse, por una parte, falsas expectativas en favor de los ciudadanos y, por la otra, no debe generarse trabajo innecesario para los órganos de la jurisdicción constitucional, pues todo ello desemboca en una inseguridad jurídica tanto para los ciudadanos como para los órganos jurisdiccionales.

En otros términos, la trascendencia de los procesos constitucionales y las razones evidentes de seguridad jurídica justifican la existencia de procedimientos de admisibilidad en la jurisdicción constitucional, dado que, de lo contrario, asuntos de escasa importancia terminarían por impedir que se conocieran con celeridad asuntos de importancia vital, no solo para los propios ciudadanos, sino también para los intereses públicos.

Este problema no debe confundirse, sin embargo, con el de las exigencias formales que deben establecerse para que una demanda sea admisible.

Exigencias insoslayables, derivadas de la necesidad de defender la Constitución y de tutelar los derechos, principios y valores consagrados en ella, hacen necesaria la combinación armoniosa del rigor y de la seguridad jurídica con la flexibilidad.

De lo contrario, formalismos procesales podrían enervar la eficacia de las normas constitucionales; de donde se concluye que el principio en la materia es lograr la armonía entre la rigidez en el cumplimiento de requisitos imprescindibles (tales como el de la legitimación, los plazos de interposición, etc.) y la flexibilidad en su interpretación. De esa forma se posibilita que los defectos procesales puedan ser subsanados.

La mayoría de los procesos constitucionales, en consecuencia, puede terminar en sentencia y no como consecuencia de resoluciones de carácter interlocutorio, basadas en defectos formales de la pretensión ejercitada, pues de lo contrario se violaría el principio "pro sentencia" que constituye uno de los contenidos esenciales de la garantía constitucional del debido proceso.

8.3. Quién debe ejercer el control

El problema inicial es determinar si debe o no existir un procedimiento específico de admisibilidad. Claras razones de seguridad jurídica, así como el interés de las partes en el proceso, justifican la existencia de un trámite de admisión para que el órgano jurisdiccional competente dicte una resolución expresa sobre el particular.

Ahora bien, en cuanto a quién debe ejercer el control, podemos individualizar tres sistemas diferentes.

8.3.1. La admisibilidad la ejerce un órgano diferente del que conoce el caso

El primero de ellos, como ocurre en la vía ordinaria con los recursos de apelación, es aquel en el que un órgano distinto del que conoce del caso resuelve sobre la admisibilidad.

En la praxis, un sistema del género tiene escasa viabilidad, pues la lógica del sistema debería otorgar el recurso de apelación contra la resolución de inadmisión ante el juez constitucional, lo que aumentaría el trabajo de este último y posibilitaría la existencia de divergencia de criterios técnicos, retrasos innecesarios, etcétera.

8.3.2. La admisibilidad se somete a un doble control

Un segundo sistema, en cambio, permite un doble control sobre la admisibilidad de la acción. En efecto, en aquellos ordenamien-

tos en los que los procesos constitucionales son tramitados como cuestiones incidentales por los órganos judiciales ante los órganos de la jurisdicción constitucional —las denominadas cuestiones de constitucionalidad en Italia y España—, existe la posibilidad de que se ejerza un doble control de admisibilidad, tanto por el juez *a quo* como por el propio juez constitucional.

No obstante, deben aclararse dos aspectos: por una parte, es la estructura misma del proceso constitucional lo que permite ese doble control y, segundo, en estos casos no existe propiamente una demanda, de manera que la intervención de ambos tribunales sirve más bien como un filtro a las pretensiones de las partes.

8.3.3. La admisibilidad es ejercida por el mismo órgano que conoce el caso

El tercer sistema, que es el más usual, es aquel en el que el propio tribunal constitucional ejerce la fiscalización para determinar que la demanda cumple con todos los requisitos establecidos para su tramitación.

Este último sistema ofrece varias alternativas en el derecho comparado, siendo las dos más desarrolladas las del Tribunal Constitucional Federal alemán y el adoptado por la Suprema Corte estadounidense, a través del denominado *writ of certiorari*.

8.3.3.1. El sistema alemán

En cuanto al modelo alemán, luego de la última reforma de 11 de agosto de 1993, el artículo 93 a. de la Ley del Tribunal Constitucional Federal establece expresamente que

> 1. Las demandas de amparo requerirán admisión a trámite. 2. Serán admitidas a trámite: a) en la medida en que tengan relevancia constitucional fundamental; b) cuando esté indicado (el amparo) para tutelar los derechos mencionados en el artículo 90, apartado 1 (de la Constitución). Podrá también ser este el caso cuando la denegación de una decisión sobre el fondo cause al demandante un perjuicio especialmente grave". (Paréntesis añadidos)

La causal contenida en el inciso a) supracitado acoge la denominada función objetiva de la jurisdicción constitucional, de manera tal que, en esos casos, el BVerfG actúa como un auténtico garante del derecho constitucional. Según la jurisprudencia consolidada de los tribunales federales alemanes, una demanda para ser admitida ante el BVerfG debe plantear una cuestión jurídica cuya resolución sea de esencial importancia para la interpretación o aplicación del derecho constitucional.

El primer párrafo del inciso b) también consagra un criterio objetivo, pues tal disposición es aplicable en los casos de desconocimiento reiterado de los derechos fundamentales, negligencia judicial grave y consecuencia de la falta de experiencia en el manejo de las garantías constitucionales. En otros términos, el criterio relevante es la eficacia general de los derechos, por lo que en el juicio de admisibilidad se colocan, en primer plano, consideraciones relativas a la gravedad y a la trascendencia objetiva de la lesión, haciéndose abstracción de la situación concreta del demandante.

En cambio, en el segundo párrafo del mismo inciso b) se exige la importancia subjetiva del caso, pues se debe tratar de una decisión que cause al demandante "un perjuicio especialmente grave".

Dado que es sumamente difícil probar en un caso concreto la concurrencia de tal requisito, en el fondo se trata más bien de una habilitación al BVerfG para rechazar demandas de plano, con independencia total de su fundamentación.

Desde el punto de vista operativo, la reforma perfecciona el sistema de distribución de funciones entre las salas y las secciones del BVerfG.

Las secciones tienen competencia general para decretar la inadmisibilidad en materia de amparo. Estas resoluciones requieren unanimidad y se adoptan sin celebración de vista y son inimpugnables. Desde 1986, tales secciones están también habilitadas para estimar directamente determinadas demandas, cuando sean manifiestamente fundadas y la cuestión de derecho constitucional a resolver, que sirva de fundamento a la sentencia, haya sido anteriormente decidida por el BVerfG. Se trata, en el fondo, de la aplicación de precedentes del mismo Tribunal en casos similares.

Las secciones carecen de competencia para estimar demandas que, de manera directa o indirecta, tengan por objeto la impugnación de una norma, pues dicha competencia corresponde exclusivamente a las salas del BVerfG.

Por otra parte, para evitar que la Sección prejuzgue a la Sala, cuando la primera no haya decretado la inadmisibilidad ni estimado directamente la demanda, corresponde a la segunda decidir si procede admitir a trámite el asunto. Para que el asunto sea admisible, se requiere el voto favorable de tres magistrados; en caso de no alcanzarse dicho número, la Sala dicta una resolución de inadmisibilidad. Por el contrario, la admisión no da lugar a ninguna resolución expresa, sino que únicamente se manifiesta en la continuación del procedimiento.

Las resoluciones de inadmisibilidad no requieren motivación, lo que le confiere al BVerfG una amplia discrecionalidad para decidir qué asuntos quiere resolver por el fondo y qué otros, en cambio, desea rechazar *ad portas*.

8.3.3.2. El modelo estadounidense

El *writ of certiorari* estadounidense se encuentra actualmente regulado por el capítulo 81 del *Judicial Code* (28 U.S.C.), secciones 1251 a 1259, y es desarrollado por las Reglas del Tribunal *(Supreme Court Rules)*.

Luego de la reforma de 27 de junio de 1988, el acceso a la jurisdicción de apelación de la Suprema Corte mediante el *writ of certiorari* se configura de la siguiente forma:

i) Desde el tribunal de última instancia estatal que tenga jurisdicción, de acuerdo con la ley, en el caso particular, cuando se cuestione la validez de un tratado o de una ley federal, o cuando la validez de la ley de un Estado es cuestionada por ser incompatible con la Constitución, los tratados y las leyes federales, o cuando un título, derecho, privilegio o inmunidad es invocado o reivindicado de conformidad con la Constitución, los tratados o las leyes federales.

ii) Desde los tribunales de (Circuito) apelación y, en todos los casos pertinentes, desde otros tribunales inferiores de Estados Unidos —como los tribunales legislativos— a petición de cualquiera de las partes en un juicio civil o en un caso penal antes o después de dictada la sentencia *(judgment or decree)*.

El procedimiento de *certiorari* se inicia con la petición de *certoriari* dirigida al Tribunal Supremo a instancia de cualquier persona que haya sido parte en un litigio ante un tribunal de apelación. La petición no está sujeta a restricciones en razón de la materia objeto del litigio, la ciudadanía o carácter de las partes, o la cuantía de la acción, aunque sí es necesario que en el caso concreto se discutan cuestiones relevantes de derecho federal.

La petición de *certiorari* no se configura como un derecho *(right)* para apelar la resolución judicial adversa, sino como un "privilegio" *(privilege)* que permite a las partes solicitar del más alto Tribunal del país la concesión del *writ of certiorari*.

La parte que inicia el proceso se llama peticionario o demandante y la otra —su oponente en el proceso previo— se denomina *respondent*. El Tribunal examina las alegaciones que hacen las partes tanto en favor como en contra de la concesión del *writ*.

Del mismo modo que la petición no se configura como un derecho de parte de quien la ejerce, la concesión del *writ of certiorari* no produce otro efecto que la voluntad del Tribunal de revisar el caso sobre la base de la petición, sopesadas las razones en pro y en contra para ello. Por tanto, la concesión o denegación del *writ* no constituye un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia y, dado que depende enteramente de la discreción del Tribunal, no requiere ser motivada.

La negativa a otorgar el *certiorari* no produce ningún efecto en el proceso *a quo,* pues se trata de la simple negativa de la Suprema Corte de revisar el caso. El otorgamiento del *writ* tampoco prejuzga sobre el fondo del asunto, pues aquella puede posteriormente confirmar, revocar o anular la sentencia del inferior o, inclusive, desestimarlo si considera que la concesión del *writ* había sido improcedente.

Contra la decisión del Tribunal que deniega el *writ* no cabe apelación, aunque dentro de los 25 días siguientes a su notificación se puede solicitar, ante el mismo Tribunal, reconsideración mediante la denominada *petition of the rehearing*.

Los casos de *certiorari* son decididos por el pleno de la Corte todos los viernes a puerta cerrada, luego de escuchar el parecer de los jueces ponentes. Para que sea aceptado un *certiorari* es necesario, al menos, el voto conforme de cuatro jueces, aunque en casos muy especiales dicho número se extiende a cinco.

Desde el punto de vista teórico, ambos sistemas presentan graves inconsistencias, pues en el alemán el control es ejercido por un órgano que no es el titular de la competencia jurisdiccional, en tanto que en el estadounidense, si bien todos los jueces votan formalmente, lo cierto es que en la praxis se acoge siempre el dictamen del juez ponente. Los jueces solo leen el informe del ponente, sin examinar, salvo casos de excepción, los expedientes originales. De esa forma, el control se ejercita efectivamente por un órgano que tampoco es titular de la potestad jurisdiccional.

Podemos concluir, en consecuencia, que no existe ningún sistema satisfactorio desde el punto de vista teórico acerca de qué órgano debe ejercer el control, pues todos los posibles presentan serios inconvenientes.

8.4. Alcances y límites del control de admisibilidad

El objeto del control de admisibilidad consiste en fiscalizar que el libelo de la demanda o el acto procesal que da inicio al proceso respectivo cumplan con todos los requisitos, formales y materiales, exigidos constitucional y legalmente.

8.4.1. Control de los requisitos formales

Dentro de los primeros cabe distinguir, como lo hace la doctrina procesalista, entre presupuestos subjetivos (jurisdicción y/o competencia, capacidad para ser parte, legitimación, postulación y representación) y presupuestos procesales: plazo, demanda

formalmente adecuada, agotamiento de recursos previos cuando proceda, invocación de los preceptos constitucionales violados, etcétera.

8.4.2. Control de los requisitos materiales

En cuanto a los requisitos materiales se deben incluir algunos que son comunes a todos los procesos (inexistencia de cosa juzgada, etc.) y algunos otros que son más típicos de los procesos constitucionales, como los conceptos de "manifiestamente infundados", "relevancia para el derecho constitucional", etcétera.

Debe advertirse, sin embargo, que en numerosas ocasiones resulta harto difícil establecer las fronteras entre requisitos formales y materiales, pues, por ejemplo, solo es posible dictar la resolución de falta de legitimación cuando se haya determinado previamente el alcance de un derecho.

Nuestra disciplina presenta la característica, a diferencia del derecho procesal ordinario, que cuestiones de fondo se resuelven en forma liminar, sin esperar hasta sentencia, ni siquiera mediante una resolución interlocutoria luego de admitida la demanda a trámite.

En efecto, el control de admisibilidad en la jurisdicción constitucional se ejerce *in limine* sobre aspectos materiales de la demanda ante vicios manifiestos, no susceptibles de subsanación, por lo que la demanda, en tales casos, debe desembocar en su inadmisibilidad *ad portas;* verbigracia, cuando se plantea un *habeas corpus* contra un funcionario fallecido, o una acción de inconstitucionalidad contra un acto no susceptible de impugnación en esa vía. En tales casos es evidente que la demanda debe rechazarse *ad portas,* por ser una pretensión manifiestamente infundada.

8.5. Las potestades del órgano encargado de ejercer el control de admisibilidad

En los sistemas de jurisdicción constitucional reglados, es decir, aquellos en los que los tribunales competentes no pueden deci-

dir discrecionalmente sobre su jurisdicción ni competencia, pues ambas están fijadas previamente por la Constitución y la ley, es posible precisar, de manera ejemplificativa, algunos de los poderes que tienen los jueces constitucionales en materia de admisibilidad de las demandas.

8.5.1. Los vicios son subsanables en principio

En primer término, salvo casos evidentes de vicios o defectos insubsanables, el principio en la materia es que las demandas en los procesos constitucionales son subsanables.

Sin embargo, una vez vencido un plazo razonable otorgado por el tribunal al recurrente para que subsane el defecto sin haberse cumplido con la respectiva prevención, la demanda debe desestimarse *ad portas,* dado que se deben respetar los principios constitucionales de la seguridad jurídica y de los derechos de los terceros, que también se encuentran involucrados en la tramitación de cualquier proceso constitucional.

8.5.2. Las demandas con vicios insubsanables deben rechazarse de plano

Cuando el defecto es insubsanable —o los subsanables no hayan sido subsanados—, el tribunal tiene la potestad de rechazar en forma liminar la demanda, sin necesidad de ninguna otra etapa procesal ulterior, como una audiencia con las partes, una vista, etcétera.

8.5.3. Los vicios materiales de inadmisibilidad deben estar legalmente tasados

El punto más álgido en la materia lo constituye, sin duda alguna, la existencia de motivos materiales que justifiquen la inadmisibilidad de la demanda constitucional.

En primer lugar, y por evidentes razones de seguridad jurídica, tales motivos deben estar tasados legalmente, aunque pueden expresarse mediante conceptos jurídicos indeterminados, tales como "manifiestamente infundados", "contenido constitucional", "relevancia constitucional", etcétera.

En otros términos, si bien es cierto que deben existir causales determinadas para la inadmisibilidad *ad portas* de demandas constitucionales según el fondo, lo cierto es que los tribunales respectivos gozan de una amplia discrecionalidad para interpretar los alcances de tales motivos, siempre tomando en cuenta las particularidades propias de cada caso concreto.

Para ello, los tribunales deben utilizar criterios como la existencia de precedentes que resuelven en forma negativa casos similares al planteado. Sin embargo, el tribunal debe contar con la facultad de fallar contra sus propios precedentes cuando así lo aconsejen razones de interés público o un estudio más profundo del punto jurídico en discusión; de lo contrario, la jurisprudencia constitucional podría anquilosarse sin ninguna justificación.

También pueden rechazarse demandas en razón del fondo, aunque se trate de casos nuevos, pero que, a la luz de la doctrina dominante, carecen totalmente de posibilidades de ser estimadas.

Un tercer campo se refiere a aquellos casos —por desgracia muy frecuentes— en los que se plantean asuntos de mera legalidad disfrazados como procesos constitucionales. En tales hipótesis, por existir un evidente vicio de incompetencia, se justifica el rechazo *ad portas* de la demanda.

Un último criterio sería el de la escasa trascendencia constitucional y subjetiva, tal y como lo entiende la legislación, doctrina y jurisprudencia alemanas, sobre todo luego de la reforma de 1993.

Según dicha doctrina, los tribunales constitucionales deben valorar la viabilidad formal y material de una demanda partiendo de tres aspectos: fundamento jurídico para ello; intereses subjetivos en juego, y trascendencia objetiva del asunto.

No obstante, según nuestro criterio, por esta vía los jueces constitucionales podrían caer fácilmente en la arbitrariedad, lo que podría provocar que a la mayoría de los ciudadanos —sobre todo a aquellos de escasos recursos económicos— se les denegara la tutela efectiva de sus derechos fundamentales, bajo el prurito de que su demanda reviste escaso interés subjetivo, por no tratarse de una acción u omisión que pueda causar daños de imposible reparación, o que el punto jurídico en discusión carece de relevancia para el derecho constitucional.

En materia de protección a los derechos fundamentales no es posible utilizar tales argumentos, pues se terminaría por desnaturalizar la finalidad esencial de la jurisdicción constitucional.

Este es el pecado que, a nuestro criterio, comete el sistema alemán de admisibilidad, pues prácticamente deja al decisionismo subjetivo de la Sección respectiva la elección de qué asuntos conocerá y resolverá.

8.5.4. La motivación de las resoluciones de inadmisibilidad

El cuarto problema es el de si las resoluciones de inadmisibilidad deben ser o no motivadas. En Alemania y Estados Unidos —dos de las legislaciones más desarrolladas en la materia— tales decisiones no requieren ninguna motivación.

En nuestra opinión, tales decisiones deben ser siempre motivadas, no solo por el carácter reglado que tienen las causales de inadmisibilidad, sino, además, porque la motivación puede tener relevancia ante la eventualidad de plantear acciones ante tribunales internacionales contra tales resoluciones denegatorias de la jurisdicción constitucional interna.

Desde luego, la exigencia de motivación no debe ser exhaustiva, pues por esa vía los tribunales constitucionales terminarían invirtiendo la mayor cantidad de su tiempo en resoluciones interlocutorias y no en dictar sentencias de fondo. Por ello, en muchas ocasiones basta que la motivación remita a decisiones previas semejantes o haga una puntual referencia al motivo que impide continuar con el trámite de la demanda.

8.5.5. Las resoluciones de inadmisibilidad carecen de recurso

En principio, las resoluciones de inadmisibilidad deben carecer de recurso, pues, de lo contrario, los tribunales constitucionales, en vez de descargar trabajo por esta vía, estarían duplicándolo.

Sin embargo, debe quedar abierta la posibilidad de solicitar reconsideración en casos tasados, por ejemplo, cuando la resolución de inadmisibilidad se haya dictado contra precedentes no revocados por el tribunal en la propia resolución.

8.5.6. El control de admisibilidad varía de acuerdo con la naturaleza de cada proceso constitucional

Finalmente, cabe agregar que el control de inadmisibilidad varía lógicamente según la naturaleza de cada proceso constitucional en particular.

Por ejemplo, las implicaciones políticas, sociales y económicas que puede producir una declaratoria de inconstitucionalidad *erga omnes* son bastante diferentes de las producidas por una sentencia estimatoria en un recurso de amparo en el que se discuten asuntos meramente patrimoniales. Por tanto, es necesario que los requisitos de admisibilidad, en uno y otro caso, sean diferentes.

Capítulo IX
La prueba en los procesos constitucionales

I. Concepto y función de la prueba

La prueba se podría definir como la actividad de las partes dentro de un proceso judicial o procedimiento administrativo dirigida a convencer al juez o al administrador de la veracidad de determinados hechos que se afirman existentes en la realidad.

La función de la prueba consiste en tratar de obtener la verdad de los hechos. En tratándose de los procesos constitucionales, la demostración de la verdad de los hechos no tiene, por lo general, la misma trascendencia que reviste en otro tipo de procesos, como los penales, los civiles, etcétera.

En efecto, cuando el objeto del proceso constitucional es verificar la inconstitucionalidad de una norma, salvo los casos de excepción que analizaremos en el acápite correspondiente, no se requiere la demostración de hechos, pues en este caso basta con la confrontación de la norma impugnada con el parámetro de constitucionalidad.

En cambio, cuando se trata de un proceso de *habeas corpus* o de amparo, el actor afirma haber sido lesionado, que está siéndolo o que existe una amenaza cierta e inminente de ser lesionado en sus derechos fundamentales por determinados actos, omisiones o amenazas de una autoridad o de un particular. Tal afirmación debe ser debidamente demostrada por el demandante, a quien corresponde la carga de la prueba, a fin de que el juez pueda otorgarle la tutela solicitada.

En los procesos de *habeas corpus* y de amparo, el juez constitucional no declara un derecho, sino que determina su lesión o amenaza. En otros términos, en los procesos de *habeas corpus* y de amparo no se discuten cuestiones atinentes a la titularidad de un derecho, sino más bien el modo de restablecer su ejercicio. Por ello, para acreditar la lesión o la amenaza denunciadas no se debe acudir a un intenso debate probatorio, lo cual es propio de los procesos ordinarios.

Este es justamente uno de los elementos que sirven para delimitar la frontera entre los procesos de amparo y los de carácter ordinario. En el amparo, la violación o amenaza de conculcación se debe acreditar sin mayor debate probatorio. Por ello, cuando un acto, omisión o amenaza que en principio viola o amenaza violar un derecho fundamental, pero para cuya acreditación se requiere de probanzas exhaustivas, en tal hipótesis el afectado tiene que plantear el asunto en la vía ordinaria y no residenciarlo en la jurisdicción constitucional.

De ahí que en algunos ordenamientos procesales constitucionales recientes, como el peruano, no exista una etapa probatoria. En efecto, en el artículo 9 del Código Procesal peruano se dice que "Solo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, lo que no impide la realización de actuaciones probatorias que el juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso".

En este orden de ideas, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ha establecido que "Como es obvio y de acuerdo con el principio de relevancia procesal, el recibimiento a prueba solo procede cuando no hay acuerdo entre las partes sobre la concurrencia de determinados hechos" (ATC 507/ 1990).

II. Los principios de la prueba en los procesos constitucionales

Dada la naturaleza de los procesos constitucionales, los principios generales de la prueba en los procesos ordinarios sufren algunas adaptaciones que conviene reseñar. En general, los prin-

cipios que orientan la aplicación de la prueba en los procesos constitucionales son los siguientes:

1. *Principio de eficacia jurídica*: postula que si la prueba es necesaria para el proceso, en consecuencia debe tener eficacia jurídica, de manera que lleve al juez constitucional al conocimiento real de los hechos en que se funda la pretensión del actor.
2. *Principio de unidad de la prueba:* el conjunto probatorio forma una unidad, por lo que debe ser analizada por el juez constitucional para confrontar las diversas pruebas, establecer sus concordancias o discordancias y concluir sobre el convencimiento que de ellas se forme.
3. *Principio de comunidad de la prueba:* este principio determina la inadmisibilidad de renunciar o desistir de la prueba ya practicada, dado que quien aporte una prueba al proceso deberá aceptar su resultado, le sea benéfico o perjudicial. Este principio está íntimamente relacionado con el de lealtad y probidad de la prueba.
4. *Principio de interés público de la función de la prueba:* es evidente que existe un interés público manifiesto en la función que desempeñan las pruebas en el proceso, a pesar de que cada parte persigue su propio beneficio. No obstante que son los particulares los que ponen en movimiento los procesos constitucionales, es claro que existe paralelamente un interés público en su resolución, por las consecuencias jurídicas y de otra índole que una eventual sentencia estimatoria podría significar para la Administración recurrida.
5. *Principio de lealtad y probidad o veracidad de la prueba:* consecuencia de los principios anteriores, dado que, si la prueba tiene unidad y función de interés general, no debe utilizarse para ocultar o deformar la realidad con el fin de inducir al juez a engaño, sino con lealtad y probidad o veracidad, sea que provenga de la iniciativa de las partes o de la actividad del mismo juez.
   Como decía Couture, "Las leyes del debate judicial no son solo de habilidad sino también de lealtad y probidad, de respeto a la justicia".

En consecuencia, este principio rige tanto para las partes en los procesos constitucionales como para los eventuales testigos, peritos y funcionarios que tengan relación con la evacuación de la prueba.

6. *Principio de contradicción de la prueba:* como consecuencia lógica del anterior principio, la parte contra quien se ofrece una prueba debe gozar de la oportunidad procesal para conocerla y discutirla, incluido su derecho de ofrecer y evacuar la respectiva contraprueba.
7. *Principio de publicidad de la prueba:* significa que debe permitirse a las partes conocerlas e intervenir en su práctica.
8. *Principio de legitimación para la prueba:* este principio exige que la prueba provenga de un sujeto legitimado para solicitarla, es decir, las partes o el juez constitucional.
9. *Principio de la preclusión de la prueba:* se trata de una formalidad y oportunidad para la práctica de la prueba y se relaciona con los principios de contradicción y lealtad, persiguiéndose impedir que se sorprenda a la otra parte con pruebas de último momento.
10. *Principio de libertad de prueba:* es indispensable otorgar libertad de la prueba para que esta cumpla su fin de lograr la convicción del juez constitucional sobre la existencia o inexistencia de los hechos que interesan al proceso. Sin embargo, se admite como limitación la de aquellas que la ley no permite investigar o que resultan inútiles por existir presunción legal que las hace innecesarias.
11. *Principio de pertinencia, idoneidad y utilidad de la prueba:* este principio implica una limitación de la libertad, pero su presencia es necesaria, ya que el tiempo y el trabajo de los tribunales constitucionales y de las partes no debe perderse por la evacuación de prueba que, por sí misma o por su contenido, no sirve para la averiguación de los hechos base del proceso. De esta manera se contribuye a la concentración y a la eficacia procesal de la prueba.
12. *Principio de la carga de la prueba:* postula que quien afirma un hecho en el proceso debe probarlo. No basta, en consecuencia, que el funcionario recurrido rinda declaración bajo fe del juramento para tener por acreditada la verdad de su dicho. Se trata, en este caso, simplemente de una pre-

sunción *iuris tantum* que puede ser dejada sin efecto por prueba en contrario del recurrente o por la aplicación de las reglas de la sana crítica por parte del juez constitucional.

III. La prueba en los procesos constitucionales

3.1. Las potestades de los jueces en materia de prueba en los procesos constitucionales

En los procesos constitucionales —a diferencia que lo que ocurre en los procesos ordinarios, en los que las partes tienen la carga de la prueba, por lo que el juez solo ordena prueba adicional y para mejor resolver de manera excepcional—, el juez constitucional tiene una participación activa en procurar la prueba necesaria para resolver los casos sometidos a su jurisdicción.

El juez constitucional, además de la prueba aportada por el recurrente, generalmente solicita un informe circunstanciado a la autoridad o particular recurridos acerca de los hechos objeto del proceso. Además, cuando se trata de procesos contra servidores públicos, solicita el envío del respectivo expediente administrativo o judicial.

Asimismo, se reserva el derecho de ordenar las pruebas testimoniales o periciales que considere oportunas, además de solicitar documentación adicional tanto a las partes como a terceros custodios de esta.

De esa forma, los jueces constitucionales tienen amplios poderes para ordenar toda la prueba que consideren necesaria para la averiguación real de los hechos objeto del proceso.

3.2. Sujetos de la prueba

Como vimos en el acápite anterior, el juez ejerce un papel fundamental en la actividad probatoria en los procesos constitucionales. Aunque en principio son las partes las que tienen derecho a probar y el juez constitucional es el destinatario de la prueba —dado que es a él al que hay que convencer de la realidad de los

hechos alegados—, corresponde a este recabar nueva información u ordenar otro tipo de probanzas, para la cual tiene la facultad de fijar la forma y tiempo de su realización dentro de límites razonables.

En otros términos, el juez constitucional tiene el deber de colaborar con las partes para determinar la verdad real.

En algunas legislaciones, el juez constitucional tiene además la facultad de convocar a una audiencia privada para escuchar las alegaciones de las partes sobre la prueba evacuada antes de dictar sentencia.

3.3. Objeto de la prueba

El objeto de la prueba es el hecho o los hechos de cuya existencia o inexistencia ha de convencerse el juez constitucional. Es, por tanto, una actividad complementaria de las violaciones constitucionales alegadas.

La actividad probatoria, en principio, solo tiene por objeto los hechos, no las normas jurídicas, dado que el juez conoce el derecho. Por tanto, salvo en el caso de que se trate de acreditar costumbres, la prueba únicamente puede versar sobre los hechos de los que dependa la estimación o desestimación de la pretensión, siempre y cuando sean dudosos o controvertidos.

3.4. Procedimiento

Si el juez constitucional solicita informes circunstanciados a la Administración o particular recurridos, cuando los reciba tiene la obligación de ponerlos en conocimiento del recurrente a fin de que manifieste lo que considere oportuno y ofrezca la contraprueba de descargo.

Asimismo, el juez constitucional puede ordenar la realización de peritajes, que se traigan nuevos documentos incluidos en archivos diferentes a los de la Administración recurrida, que se evacue prueba testimonial, o bien, que las partes aporten nueva documentación.

3.5. Efectos

3.5.1. La apreciación de la prueba

No existe en el derecho procesal constitucional ninguna norma que regule la apreciación de la prueba, por tanto, le son aplicables las reglas del derecho procesal civil. En consecuencia, rige el principio de la prueba libre, es decir, el juez constitucional forma libremente su convicción sobre los hechos probados con arreglo a la sana crítica, con algunas importantes excepciones que analizaremos en el siguiente punto.

3.5.2. Casos de aplicación de la prueba legal

En aplicación de la regla que rige en el derecho procesal general, los documentos públicos, así como los privados reconocidos por la parte que los emitió, surten efectos de plena prueba en los procesos constitucionales.

El juez constitucional también debe aceptar las presunciones *iuris et de iure*.

3.6. Medios de prueba

El juez constitucional, en principio, puede ordenar la evacuación de todo tipo de pruebas, a excepción de la confesional de los funcionarios públicos.

Un principio del derecho procesal administrativo, recogido en las legislaciones que regulan en detalle el procedimiento administrativo, prohíbe que los funcionarios públicos sean llamados a confesión, pues sus actos se hacen a nombre y por cuenta de la Administración para la que trabajan y no a título personal. Por tal razón, el solicitarles confesión es jurídicamente imposible, pues no estarían declarando sobre hechos propios, es decir, que se imputan a su esfera jurídica personal, sino sobre hechos u omisiones atribuibles a la Administración para la que prestan sus servicios.

IV. La prueba en los procesos de inconstitucionalidad

En los procesos de inconstitucionalidad, por lo general no es necesario ofrecer ni evacuar prueba, pues el juez constitucional debe decidir una cuestión meramente jurídica, como es el establecer si una determinada norma infraconstitucional viola o no el bloque de constitucionalidad.

Sin embargo, existen al menos cuatro casos en los que el recurrente debe aportar prueba para que el juez constitucional esté en posibilidad de establecer si la violación alegada es o no de recibo: *1)* cuando se alega la violación del principio de igualdad; *2)* cuando se argumenta la violación del principio de razonabilidad; *3)* en las hipótesis en que se invoca una costumbre constitucional como integrante del parámetro de constitucionalidad, y *4)* cuando se plantean acciones de inconstitucionalidad por interpretación errónea de normas infraconstitucionales.

4.1. Principio de igualdad

La igualdad en la ley, es decir, frente al legislador que cubre también al poder reglamentario de la Administración, impide configurar a los supuestos de la norma de forma tal que se otorgue trato diferente a personas, que, desde puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación de hecho.

De ello se deduce que el legislador tiene la obligación de no establecer distinciones artificiosas o arbitrarias entre situaciones de hecho cuyas diferencias reales, en caso de existir, carecen de relevancia, así como de no atribuir consecuencias jurídicas arbitrarias o irrazonables a los supuestos de hecho legítimamente diferenciados.

El principio de igualdad impone límites al legislador que se proyectan tanto sobre el contenido como sobre el alcance de la ley.

De lo anterior se concluye que el contralor de constitucionalidad opera en estos casos en dos planos: por una parte, exclu-

yendo la creación arbitraria de supuestos de hecho y, por la otra, asegurando la razonabilidad en función del fin propuesto y de las medidas adoptadas.

Del principio de igualdad se deriva también el principio de no discriminación, al prohibir una diferencia de trato contraria a la dignidad humana.

Discriminación, desde el punto de vista jurídico, significa otorgamiento de trato diferente basado en desigualdades injustas o arbitrarias, que son contrarias a la igualdad entre los hombres.

La prohibición de discriminar cobija la interdicción de establecer diferencias de trato por cualquier circunstancia personal o social; o sea que toda diferenciación que carezca de justificación objetiva y razonable puede calificarse de discriminatoria.

De esa forma, son contrarias al principio de no discriminación las desigualdades de trato que se funden exclusivamente en razones de sexo, raza, condición social, etcétera.

Ahora bien, en numerosos procesos de inconstitucionalidad se alega la violación del principio de igualdad y del que prohíbe la discriminación.

En estas hipótesis corresponde al actor demostrar, con prueba idónea de diversa naturaleza, la existencia del trato diferenciado discriminatorio autorizado por la norma impugnada. Es decir, el accionante debe demostrarle al juez constitucional que la norma impugnada viola el principio de igualdad porque no es razonable, o porque introduce una discriminación no justificada entre sujetos ubicados en la misma situación de hecho.

En estos casos no basta con el simple dicho del recurrente, sino que debe aportarse la prueba idónea que demuestre que la diferencia de trato carece de justificación razonable y, por tanto, dicho tratamiento deviene violatorio del principio de igualdad; verbigracia, quien alegue que una ley que establece la exención de pago de tributos solo a favor de los exportadores de plátano y no de los productores cafetaleros y de otros productos agrícolas, debe demostrar con prueba fehaciente que el trato discriminatorio contenido en ese cuerpo normativo a favor de los primeros carece de justificación razonable.

Para ello, deberá aportar documentación y peritajes que demuestren, entre otras cosas, las áreas cultivadas de uno y otro producto, el monto de las divisas que genera la exportación de cada uno de ellos, el número de trabajadores empleados en cada actividad, etc. Solo de esa comparación objetiva entre las dos actividades productivas puede el juez constitucional determinar si el trato favorable otorgado a la actividad bananera era razonable y, por tanto, conforme con el contenido esencial del principio de igualdad.

4.2. Principio de razonabilidad

La denominada razonabilidad constitucional, desarrollada en detalle por la doctrina alemana, precisa los límites a la potestad reguladora del Estado en materia de derechos fundamentales.

Bajo esta óptica, se puede afirmar que un acto limitativo de derechos es razonable cuando cumple con una triple condición: ser necesario, idóneo y proporcional.

La necesidad de una medida hace directa referencia a la existencia de una base fáctica que haga preciso proteger algún bien o conjunto de bienes de la colectividad o de un determinado grupo mediante la adopción de una medida de diferenciación. Es decir que, si dicha actuación no es realizada, importantes intereses públicos van a ser lesionados. Si la limitación no es necesaria, tampoco podrá ser considerada como razonable y, por ende, constitucionalmente válida.

La idoneidad, por su parte, importa un juicio referente a si el tipo de restricción a ser adoptado cumple o no con la finalidad de satisfacer la necesidad detectada.

La falta de idoneidad de la medida nos indicaría que pueden existir otros mecanismos que solucionen la necesidad existente en mejor manera, pudiendo algunos de ellos cumplir con la finalidad propuesta sin restringir el disfrute del derecho en cuestión.

Por su parte, la proporcionalidad nos remite a un juicio de necesaria comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone o pretende imponer, de ma-

nera que la limitación no sea de entidad marcadamente superior al beneficio que con ella se pretende obtener en beneficio de la colectividad.

De los dos últimos elementos podría decirse que el primero se basa en un juicio cualitativo, en cuanto que el segundo parte de una comparación cuantitativa de los dos objetos analizados.

Ahora bien, para emprender un examen de razonabilidad de una norma, los jueces constitucionales requieren que la parte aporte prueba o al menos elementos de juicio en los que sustente su argumentación e igual carga procesal corresponde a quien rebata los argumentos de la acción y la falta en el cumplimiento de estos requisitos, hace inaceptable los alegatos de inconstitucionalidad.

Lo anterior, debido a que no es posible hacer un análisis de "razonabilidad" sin la existencia de una línea argumentativa coherente que se encuentre probatoriamente respaldada. Ello desde luego, cuando no se trate de casos cuya irracionabilidad sea evidente y manifiesta.

En otros términos, el recurrente debe demostrarle al juez constitucional que la restricción introducida por la norma impugnada a un derecho fundamental no es necesaria, idónea ni proporcional. Para ello puede valerse de cualquier tipo de prueba.

4.3. La costumbre constitucional

Hoy día es pacíficamente aceptado que la costumbre constitucional integra el parámetro de constitucionalidad. Por ello, es necesario que cuando en un proceso de inconstitucionalidad se invoque la existencia de una costumbre constitucional, la parte interesada presente las pruebas correspondientes que la acrediten; verbigracia, si un recurrente alega la inconstitucionalidad de una determinada disposición legal por haberse incluido dentro de un proyecto de ley que regulaba una materia totalmente diversa, quienes defiendan la constitucionalidad de la norma basada en una inveterada costumbre del órgano parlamentario de

introducir en el texto original disposiciones ajenas a su objeto original de regulación por vía de mociones de enmienda, deben necesariamente demostrar la existencia de esa praxis constitucional reiterada.

Para ello, pueden ofrecer el texto de varios proyectos de ley aprobados en similares condiciones. El juez constitucional solo podría tener por acreditada una praxis constitucional si se le presenta prueba idónea e inequívoca al efecto.

4.4. Las acciones de inconstitucionalidad contra interpretaciones erróneas

Existen casos en los que la inconstitucionalidad se produce no porque exista un contraste entre la norma infraconstitucional y el parámetro de constitucionalidad, sino más bien porque la interpretación hecha por el operador jurídico a la primera no es conforme con el segundo. En estos casos estamos en presencia de la denominada inconstitucionalidad por interpretación errónea, dado que el intérprete jurídico crea una nueva norma infraconstitucional que roza con el bloque de constitucionalidad.

Quien invoque una inconstitucionalidad de este género tiene la obligación de demostrar que esa particular interpretación se ha producido en varios casos y que, por consiguiente, ha creado una auténtica norma de carácter jurisprudencial. Para ello debe presentar al menos tres antecedentes, ya sea a nivel administrativo o jurisdiccional, en el que conste la misma interpretación impugnada.

V. La prueba en los procesos de *habeas corpus*

En los procesos de *habeas corpus* reparadores se suele solicitar a la autoridad demandada un informe detallado sobre los hechos que motivaron la detención. En algunas legislaciones se exige la exhibición del detenido ante el juez que conoce del recurso. En

otras, se delega la práctica de la exhibición a jueces ejecutores, quienes quedan obligados a rendir un informe detallado sobre el resultado de su comisión.

Cuando se tratare de *habeas corpus* preventivos, es decir, aquellos que se otorgan para proteger a los ciudadanos contra la amenaza de eventuales detenciones, el recurrente deberá acreditar la existencia de amenazas ciertas y actuales contra su libertad personal mediante prueba testimonial o inclusive documental. Cuando se trate de la existencia de una orden o procedimiento tendentes a restringir su libertad, el recurrente deberá demostrar documentalmente la existencia del proceso o procedimiento en cuestión.

En el *habeas corpus* restringido, o sea, aquel cuya finalidad inmediata es hacer cesar perturbaciones y restricciones de la libertad personal provenientes de autoridades públicas, el recurrente deberá demostrar, mediante prueba idónea especialmente testimonial, que está siendo objeto de hostigamiento por parte de una determinada autoridad de policía, a fin de que el juez constitucional pueda dictar una orden de prevención —*warrant* en la terminología anglosajona— a la autoridad recurrida, a fin de que esta se abstenga de seguir perturbando o restringiendo, de manera ilegítima, la libertad personal del amparado.

En el caso del *habeas corpus* correctivo, es decir, aquel que se concede para que un detenido cambie de prisión por existir serias amenazas contra su integridad personal por parte de otros detenidos e inclusive del personal carcelario, el recurrente deberá demostrar, mediante prueba testimonial, la existencia de las amenazas.

También este tipo de *habeas corpus* se aplica en aquellas legislaciones que garantizan que, en los casos de suspensión de las garantías constitucionales, los detenidos deben ser recluidos en centros especiales de detención y, en consecuencia, no se pueden mezclar con los reos comunes; o bien, cuando en un mismo centro carcelario se mezclan imputados con condenados.

El recurrente, en tales hipótesis, deberá demostrar que se encuentra en alguna de esas condiciones, mediante prueba documental y testimonial.

VI. La prueba en los procesos de amparo

6.1. El informe de la Administración recurrida

En los recursos de amparo existen casos en los que no es necesaria la presentación de prueba por parte del recurrente, ya que al juez constitucional le basta con el informe de la autoridad recurrida para resolver el caso.

Cuando la autoridad recurrida no presente el informe solicitado por el juez constitucional, por lo general se consideran como ciertos los hechos del amparo, salvo que existan otros elementos de juicio que lleven al juez constitucional al convencimiento contrario. Ello no implica, desde luego, que el amparo deba declararse procedente, pues aunque los hechos invocados en el recurso resulten ciertos, no configuran necesariamente la violación de un derecho fundamental.

El informe solicitado a la autoridad recurrida debe ser circunstanciado, pues normalmente es la prueba más importante en el amparo. Por ello, en algunas legislaciones se exige que ese informe sea rendido para la fe del juramento.

No obstante, el problema estriba en que algunos tribunales constitucionales, en caso de contradicción entre lo indicado por el recurrente y el contenido del informe del recurrido, le otorga mayor credibilidad a este último y basa exclusivamente la resolución del amparo en él.

Nos parece que este es un error que atenta contra el derecho de defensa del recurrente, pues en tal hipótesis le bastaría mentir a la Administración recurrida para obtener una sentencia desestimatoria. En tales situaciones, en nuestro criterio, se le debe otorgar al recurrente la facultad de producir contraprueba, o bien, que el propio juez constitucional la ordene de oficio, a fin de establecer la verdad real de los hechos objeto del proceso.

6.2. La suspensión de los efectos de los actos impugnados

Existen casos en los que la acreditación de prueba es necesaria, sobre todo cuando se pretenda la suspensión de los efectos del acto impugnado, dado que en estas hipótesis se deben demostrar los daños de imposible o de difícil reparación que sufriría el amparado de no ordenarse dicha suspensión.

Tenemos que recordar que, en los procesos de amparo, aunque no está presente en sentido estricto procesal el principio de bilateralidad, sí existe una contradicción que es necesaria para resolver sobre la constitucionalidad de las conductas u omisiones cuestionadas.

Por tanto, se debe acreditar ante el juez constitucional la existencia de los supuestos daños y perjuicios de imposible o difícil reparación. De lo contrario, el juez constitucional debe mantener la ejecución del acto recurrido en virtud del principio de ejecutoriedad del acto administrativo.

6.3. El amparo contra las vías de hecho

Cuando la lesión alegada provenga de vías de hecho, la prueba admisible para acreditar tales extremos está revestida de gran discrecionalidad judicial, dado que existe una clara tendencia a eliminar la vía del amparo cuando se requiere mayor debate y prueba. En efecto, cuando se acusan vías de hecho, por lo general se requiere la evacuación de prueba pericial y testimonial abundante, lo que es más propio de un proceso ordinario que de un amparo.

Por consiguiente, la violación de derechos fundamentales por vías de hecho solo es residenciable en los procesos de amparo cuando no se requiera evacuar prueba exhaustiva.

6.4. El amparo en materia ambiental

Hoy día, con el incremento de protección al derecho fundamental a un ambiente ecológicamente sano y equilibrado, se plantean

por la vía del amparo casos en los que la determinación de si la violación alegada es o no fundada requiere el desahogo de peritajes técnicos, como el nivel de contaminación sónica, la polución de los vertederos de basura, estudios de impacto ambiental, etcétera.

Tales peritajes, en numerosas ocasiones, son complejos y toman varias semanas en ser emitidos, lo cual retrasa el dictado de la sentencia, dado que la otra parte, por lo general, ofrece contraprueba, la cual también debe ser evacuada por medio de peritos.

En estos casos se plantea la disyuntiva de tramitar estas supuestas violaciones ambientales por la vía del amparo, o dejar más bien que sean resueltas por los tribunales administrativos ambientales, donde la prueba puede ser evacuada con mayor amplitud.

6.5. El amparo contra amenazas

En algunas legislaciones se admite el amparo contra amenazas graves e inminentes. Es decir, se debe tratar de actos que están prácticamente en vías de ejecución y que tienden claramente a conculcar el ejercicio de los derechos fundamentales del recurrente.

En estos casos, el recurrente debe demostrar, especialmente con prueba testimonial y aun documental, la existencia de tales amenazas, pero, sobre todo, que son inminentes y que el acto conculcador de sus derechos fundamentales está prácticamente en vías de ejecución.

6.6. El amparo contra las omisiones y la inercia administrativa

En aquellos ordenamientos en los que se admite el amparo contra las omisiones y la inercia administrativa, el recurrente debe acreditar con prueba documental y testimonial, cuando fuere necesaria, la existencia de la omisión o de la inercia administrativa lesiva de su derecho fundamental.

El funcionario recurrido puede también acreditar, mediante la prueba correspondiente, el porqué de su conducta omisiva o de la inercia administrativa acusada.

6.7. Prueba para mejor resolver

En numerosas ocasiones, cuando ya toda la prueba ofrecida por las partes ha sido evacuada, el juez constitucional se encuentra con que algunos hechos son contradictorios y requiere de prueba adicional para establecer la verdad real.

En tales hipótesis, el juez constitucional puede ordenar prueba para mejor resolver, sobre la cual debe dársele audiencia tanto al recurrente como a la Administración recurrida.

6.8. La prueba en la etapa de ejecución de sentencia

En la etapa de ejecución de sentencia de los amparos, existen dos aspectos claramente delimitables.

Cuando la sentencia estimatoria ordena el cese de una amenaza de violación del derecho fundamental o la satisfacción del derecho conculcado, como la entrega de un documento, en caso de renuencia del funcionario obligado a acatar el fallo del juez constitucional, el recurrente debe acreditar, mediante prueba idónea, la falta de acatamiento del recurrido.

En aquellos ordenamientos en los que la sentencia estimatoria de amparo implica la condenatoria automática del recurrido al pago de los daños y perjuicios, surgen importantes problemas probatorios.

Dado que la ejecución de los daños y perjuicios se realiza mediante la aplicación de la legislación ordinaria contencioso-administrativa o civil, es claro que el recurrente debe acreditar y cuantificar los daños y perjuicios mediante la utilización de todos los tipos legalmente admisibles de prueba.

En estos casos, aunque la ejecución estuviere a cargo del mismo juez constitucional, la prueba debe ser exhaustiva, pues ya no se trata de tutelar la amenaza de violación o la conculcación efectiva de un derecho fundamental, sino más bien de cuantificar el monto de la indemnización compensatoria que debe recibir el afectado por el acto lesivo de los derechos fundamentales.

VII. La prueba en los procesos de *habeas data*

Dada la particular naturaleza de este proceso constitucional, la prueba juega un papel relevante.

En efecto, como se trata de tutelar el derecho a la autodeterminación informática, sobre todo cuando la pretensión del proceso es la eliminación de la información contenida en archivos oficiales o privados, no siempre el órgano o la persona recurrida admiten la existencia de los registros impugnados. Por tal razón, se hace necesario que el juez constitucional, ya sea a petición de parte o *motu proprio,* ordene un peritaje técnico para establecer la existencia del archivo cuestionado.

También la prueba juega papel importante en la fase de ejecución de la sentencia, puesto que, en algunas ocasiones, el órgano o la persona que almacena el archivo cuya destrucción se ordena no acata la orden de destrucción. Por tal razón, se requiere que, en tales casos, el juez constitucional ordene un peritaje para determinar si la información indebidamente almacenada por el recurrido fue destruida conforme lo ordenó su sentencia estimatoria.

Capítulo X
Las medidas cautelares en los procesos constitucionales

I. Introducción

Las medidas cautelares cobran cada día mayor importancia en los procesos constitucionales, pues es una verdad de Perogrullo que la denominada "jurisdicción constitucional de la libertad", según la feliz expresión de Cappelletti, requiere de instrumentos procesales efectivos para tutelar eficazmente los derechos fundamentales.

Por ello, las medidas cautelares típicas del derecho procesal civil se han ido adaptando a la naturaleza propia de los diversos procesos constitucionales. En las próximas líneas intentaré esbozar las líneas maestras de esa adaptación.

II. Las características de las medidas cautelares en los procesos constitucionales

2.1. Concepto y notas esenciales

En la concepción clásica, el proceso cautelar se suele definir como "aquel que tiene por finalidad facilitar otro proceso (el denominado proceso principal) garantizando la eficacia de sus resultados" (Otells Ramos).

Por consiguiente, el proceso cautelar se caracteriza por las siguientes notas esenciales: provisionalidad, variabilidad, instrumentalidad y funcionalidad. Veámoslas con mayor detalle:

a) sus efectos son provisorios, es decir, permanecen hasta que se dicte el fallo definitivo;
b) puede ser modificado en la medida en que el cambio de circunstancias así lo aconsejare;
c) está subordinado a la expedición de la resolución final, o sea que opera como un instrumento para evitar el peligro que pueda generar el retraso en el dictado de la sentencia. El proceso cautelar no es un fin en sí mismo, y
d) la medida cautelar debe adaptarse perfectamente a la naturaleza del derecho que se protege. Por ello, las medidas cautelares no pueden ser taxativas en los procesos constitucionales, sino que más bien deben ser *numerus apertus* a fin de que cumplan la función de tutela efectiva en el caso concreto.

2.2. Presupuestos de las medidas cautelares

Existen ciertos elementos objetivos para que operen las medidas cautelares. En general se considera que tres son los presupuestos necesarios para que un juez constitucional pueda imponer una medida cautelar: *i) periculum in mora*; *ii) fumus boni iuris,* y *iii)* interés público.

i) *Periculum in mora*. Es el presupuesto básico y central. Según Calamandrei, *periculum in mora* implica peligro en la infructuosidad y peligro en la tardanza de la resolución principal. Es decir, demora en la obtención de la sentencia definitiva y el daño marginal que se produce como consecuencia del retraso.

Además, el juez constitucional debe valorar que el daño alegado sea real y efectivo, concreto y cierto, aunque no necesariamente actual, pues bien puede ser futuro. El daño debe ser de difícil o imposible reparación, en el sentido de que sea irreversible, pues los daños leves o fácilmente reversibles en su totalidad, no pueden servir al efecto.

ii) *Fumus boni iuris*. Este principio postula que debe existir seriedad en la pretensión, es decir, que exista una probabilidad razonable de que la demanda se declare procedente en sentencia.

No obstante, no es posible exigirle al juez constitucional que realice un examen exhaustivo de las pretensiones del recurrente, dada la necesaria sumariedad con que se imponen las medidas cautelares. Por ello, el examen de la pretensión del recurrente en este caso debe consistir, como dice García de Enterría, en una "justificación inicial" de la pretensión ejercida, precisamente. La justificación o seriedad de la impugnación podrá ser todo lo amplia que el demandante quiera, pero no una justificación plena e incuestionable, porque esta solo podrá resultar del desarrollo de la totalidad del proceso y de la sentencia final. Hay aquí, indudablemente, una "cierta zona de incertidumbre", en los términos bien conocidos de la teoría del "margen de apreciación".

La jurisprudencia del Consejo de Estado italiano ha dicho que el *fumus boni iuris* no se identifica tanto con la posibilidad de éxito del recurso, sino más bien con la valoración sumaria de su no manifiesta falta de fundamentación.

iii) Interés público. Finalmente, debe ponderarse si frente al derecho del recurrente cuya tutela cautelar se pretende existe o no un interés público contrapuesto que convierta en gravosa la petición solicitada. Se debe tratar no de un simple interés público, sino de uno sumamente calificado.

En consecuencia, la medida cautelar se debe rechazar cuando su imposición cause o amenace causar daños o perjuicios ciertos e inminentes a los intereses públicos, mayores que los que la ejecución causaría al agraviado.

2.3. Legitimación para decretarlas

En los procesos constitucionales, las medidas cautelares pueden ser decretadas de oficio o a petición de parte.

2.3.1. El juez de oficio

En los procesos constitucionales se presenta la particularidad de que el juez puede decretar de oficio las medidas cautelares en dos hipótesis diversas: por mandato expreso de la ley o por decisión discrecional suya.

a) *Por mandato legal expreso*. Esta característica es propia de las medidas cautelares en los procesos constitucionales. En efecto, en algunas legislaciones, verbigracia, al darle trámite a un recurso de amparo, se suspenden automáticamente los efectos del acto impugnado. Esta suspensión opera de pleno derecho, sin necesidad de que exista un acto volitivo del juez.

   En otros términos, la suspensión se produce por mandato del legislador y de manera automática, sin que incida para nada la voluntad del juzgador. Se trata de una medida cautelar automática, sujeta a la condición suspensiva de que el tribunal competente le dé trámite al recurso de amparo.

   Esa suspensión opera, como es lógico deducirlo, *ab initio* del proceso.

b) *Por decisión discrecional del juez*. En distintas ocasiones, el juez, ya sea antes de darle curso al proceso o durante su tramitación, se percata de que debe dictar medidas cautelares para evitar que se conculquen irreversiblemente los derechos fundamentales del amparado, o bien, se pueda evitar la inminente violación de aquellos.

   Este poder del juez constitucional tiende a salvaguardar el objetivo principal de la jurisdicción constitucional: la tutela efectiva de los derechos fundamentales frente a amenazas de violación o su conculcación espuria.

Esta facultad del juez constitucional es muy amplia y le permite dictar no solo medidas cautelares típicas, como la suspensión del acto impugnado, sino también de naturaleza atípica, es decir, de carácter innovativo.

Esto le permite al juez constitucional tutelar cada derecho fundamental conforme a su propia naturaleza jurídica y median-

te la utilización de instrumentos procesales idóneos para su adecuada protección; verbigracia, las medidas cautelares para tutelar el derecho fundamental a un medioambiente ecológicamente sano o el derecho a la salud son de naturaleza muy distinta de las que se utilizan para proteger el derecho a la propiedad o la libertad de comercio. Por eso, el juez constitucional, en cada caso concreto y en vista de la naturaleza propia del derecho en examen, debe adoptar las medidas cautelares más adecuadas para su protección.

2.3.2. A solicitud del recurrente

Las medidas cautelares también pueden establecerse a solicitud del recurrente, cuando este considerare que si se no decreta la suspensión de los efectos del acto impugnado o no se toman otras medidas cautelares atípicas, la amenaza de violación de sus derechos fundamentales puede devenir en efectiva o que la conculcación que está sufriendo de aquellos se torne irreversible.

Por ello, en la praxis, el recurrente suele solicitar en su libelo de demanda las medidas cautelares que considera oportunas para la tutela efectiva de sus derechos fundamentales. En otras ocasiones, ejercita esta pretensión cuando ya el proceso se encuentra en trámite, porque ha habido un cambio en las circunstancias iniciales que hacen inminente la violación irreversible de sus derechos fundamentales.

2.4. Momentos procesales para decretarlas

Las medidas cautelares pueden ser dictadas en dos etapas diferentes del proceso: *prima facie* y en cualquier momento durante su tramitación.

2.4.1. Prima facie

Por lo general, las medidas precautorias se dictan *prima facie*, es decir, concomitante con el auto que le da curso al proceso. La razón para ello es que, si en ese momento no se dictan tales medi-

das, la violación de los derechos fundamentales alegada se puede volver irreversible o, si se trata de una amenaza de violación, esta se puede convertir en una conculcación concreta; verbigracia, cuando se plantea un recurso de amparo contra la construcción de un edificio que carece del requisito de la viabilidad ambiental. Si la construcción no se suspende, la eventual sentencia estimatoria podría resultar ilusoria, por cuanto una vez terminado el edificio sería muy difícil lograr su derribo, dado que habría poderosos intereses de terceros involucrados en el asunto.

2.4.2. En cualquier momento durante la tramitación del proceso

A veces ocurre que, durante la tramitación de un proceso constitucional, la situación jurídica del amparado se complica a tal punto que, si el juez no dicta una medida cautelar, se corre el riego de que luego la violación se vuelva irreversible. Por ejemplo, si un terreno es invadido inicialmente por precaristas y contra esa invasión ilegítima se plantea un recurso de amparo, inicialmente no es necesario tomar medidas cautelares específicas, pues en caso de dictarse una sentencia estimatoria la restitución del titular en el goce de sus derechos es relativamente simple.

Sin embargo, si esos precaristas comienzan a construir casas de cemento y logran que les conecten los servicios de luz, agua y teléfono, es evidente que el derecho a la propiedad del recurrente se vería seriamente amenazado, por lo que una eventual sentencia estimatoria sería difícil de ejecutar.

2.5. Tipología de las medidas cautelares constitucionales

Desde Carnelutti, las medidas cautelares se suelen dividir en inhibitorias, restitutorias y anticipatorias. Esta clasificación es de gran utilidad para los procesos constitucionales, especialmente la tercera categoría.

2.5.1. Inhibitorias

El proceso cautelar inhibitorio se configura cuando el juez impide el cambio probable de la situación; verbigracia, cuando el juez, al darle curso a un amparo contra la construcción de un edificio público por supuesta violación de regulaciones ambientales, le indica a la autoridad recurrida que suspenda la construcción para impedir que se produzca un cambio probable en la situación del amparado.

2.5.2. Restitutorias

El proceso cautelar restitutorio es aquel en el que el juez elimina el cambio ya ocurrido a una situación, disponiendo su restitución. Por ejemplo, cuando una autoridad ha ordenado el cierre de un establecimiento comercial por supuestas violaciones al derecho a la salud, el juez constitucional, al darle curso al amparo, ordena la inmediata apertura del local clausurado.

2.5.3. Anticipatorias

Esta tercera modalidad del proceso cautelar se produce cuando el juez anticipa el cambio probable o posible de la situación. Esta tercera categoría es bastante utilizada en los procesos constitucionales y es la que produce, en la praxis, problemas jurídicos de difícil solución; verbigracia, cuando un enfermo terminal plantea un recurso de amparo para que se le autorice el expendio de una cantidad de morfina superior a la autorizada reglamentariamente, el juez constitucional puede disponer que mientras se resuelva el recurso se autorice la entrega de la cantidad solicitada por el amparado, lo cual, en el fondo, implica prácticamente declarar procedente el amparo de manera interlocutoria.

En otros términos, en este caso concreto el juez constitucional está anticipando el cambio probable o posible de la situación, por lo que otorga, antes de dictar sentencia, lo solicitado por el recurrente.

Este tipo de medidas cautelares son frecuentes también en materias relacionadas con la tutela del medioambiente, en los que en aplicación del denominado "principio precautorio", por lo general se toman medidas cautelares que anticipan el resultado final del recurso.

Es claro que en estos casos entran en conflicto derechos fundamentales de alto linaje, como la tutela del medioambiente y el derecho a la salud, con los principios que informan los procesos de amparo, según los cuales la sentencia es la que debe establecer si el recurrente debe o no ser amparado. Sin embargo, en la praxis los tribunales constitucionales privilegian la tutela de aquellos derechos fundamentales sobre los principios procesales que informan el recurso de amparo. Para ello, echan mano de las medidas cautelares anticipatorias, que son atípicas, lo que les permite operar con gran flexibilidad.

Sin embargo, debe quedar claro que los principios constitucionales de razonabilidad y de proporcionalidad constituyen los límites a los que queda sometida la actividad del juez constitucional a la hora de dictar medidas precautorias de carácter anticipatorio.

2.6. Inexistencia de contracaución

En el ámbito del derecho procesal ordinario, la imposición de medidas cautelares conlleva la presentación de una contracaución por parte del beneficiado. Lo anterior con el fin de indemnizar a la parte contraria por los eventuales daños y perjuicios que sufra si posteriormente la pretensión del accionante fuere desestimada en sentencia.

En los procesos constitucionales, sin embargo, no existe la contracaución, pues ello impediría a aquellas personas que sufren una afectación el acceso a sus derechos fundamentales y carecen de medios económicos suficientes. En el fondo, se trataría de una violación al derecho fundamental de acceso a la justicia, que en materia de procesos constitucionales debe ser celosamente respetado.

2.7. Variación y revocabilidad durante la tramitación del proceso

Por su propia naturaleza de provisorias, las medidas cautelares están sujetas tanto a ser modificadas como revocadas durante la tramitación del proceso constitucional respectivo.

En otros términos, mientras no se haya dictado la sentencia definitiva, el juez constitucional puede modificar o revocar las medidas cautelares que haya dictado, siempre que ocurra un hecho sobreviviente que le sirva de fundamento.

En este orden de ideas, si con posterioridad a ser rechazada la imposición de una medida cautelar, por no haberse presentado los presupuestos establecidos para ello, ocurren hechos sobrevivientes que denotan la existencia de los requisitos inicialmente ausentes, el juez constitucional pueda otorgar la medida cautelar originalmente denegada.

2.8. Particularidad procedimental de las medidas cautelares y sus límites

Una de las características de las medidas cautelares en los procesos constitucionales es que se imponen sin audiencia previa a la contraparte. Se trata de una restricción razonable y temporal al principio de la bilateralidad de la audiencia.

El carácter de *inaudita pars* de la medida cautelar es la lógica consecuencia de la necesidad de mantener el valor que se vería seriamente afectado si se cumpliera con dicho trámite, lo cual desembocaría, en última instancia, en una violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

El límite para conceder una medida cautelar sería que ella genere efectos irreversibles. En otros términos, que pese a su carácter provisional anticipe los efectos de la decisión final de manera tal que no puedan ser alterados en sentencia. Es decir, que la medida cautelar resuelva de manera favorable interlocutoriamente la pretensión del recurrente, sin haberse escuchado a la otra parte.

Otro límite es que no proceden frente a actos consumados, pues hacerlo implicaría restituir al quejoso en el goce de sus derechos vulnerados.

Sin embargo, como veremos, tales límites no son aplicables cuando se trata de tutelar en la vía del recurso de amparo derechos fundamentales como los de atención a la salud, a la seguridad social y a la protección del medioambiente ecológicamente sano.

2.9. La ejecución de las medidas cautelares

Este es un aspecto álgido dentro del tema de las medidas cautelares por varias razones.

En primer lugar, en algunas legislaciones el juez constitucional carece de potestades para ejecutar sus propias decisiones, lo cual hace que la eficacia de la medida dependa de un tercero.

En otros casos, aunque el juez constitucional pueda ejecutar sus propias resoluciones, el efectivo acatamiento de la medida cautelar depende de factores ajenos a su voluntad. Cuando la eventual ejecución de medidas cautelares toca intereses políticos de alto nivel, el responsable de acatar la orden del juez constitucional escamotea la ejecución de la medida mediante diversos subterfugios legales; verbigracia, dictando un nuevo acto con igual contenido al suspendido, o bien, dejando que sea otra autoridad la que lo dicte; o simplemente no acatando la orden contenida en la medida cautelar, lo que obliga, en tal caso, a que el recurrente tenga que inconformarse nuevamente ante el juez constitucional para solicitarle una nueva medida cautelar o la apertura de algún procedimiento penal o administrativo contra el funcionario rebelde.

Los procesos disciplinarios y penales se han revelado como medios coactivos insuficientes en la práctica para compeler a los funcionarios responsables a cumplir con las medidas cautelares dictadas por los jueces constitucionales.

En general, haría falta dentro de la tradición jurídica latinoamericana, donde el amparo ha tenido su más alta difusión y desarrollo, la introducción de institutos propios del derecho anglo-

sajón, que en la praxis se han revelado muy eficaces para hacer cumplir las órdenes judiciales; por ejemplo, el denominado *contempt of court* o desacato disciplinario, en virtud del cual el juez, ante el incumplimiento de la autoridad demandada, puede imponerle una multa que puede aumentar progresivamente (astreintes) si se continúa desobedeciendo la medida cautelar ordenada.

En la praxis anglosajona, ante la sola posibilidad de que el juez pueda imponer una multa sobre su peculio personal, el funcionario que recibe una orden judicial la cumple sin objeciones. Esta sanción pecuniaria se establece sin perjuicio de las demás sanciones disciplinarias o penales que pudieren imputársele al funcionario rebelde.

III. Las medidas cautelares en los diversos procesos constitucionales

3.1. *Habeas corpus*

En el recurso de *habeas corpus,* las medidas precautorias son variadas, dependiendo del tipo de recurso de que se trate.

En tratándose del *habeas corpus* reparador, es decir, aquel que se plantea para impugnar las detenciones ilegales, las medidas cautelares no proceden, puesto que se trata de dilucidar únicamente si la restricción de la libertad fue o no legítima.

En los *habeas corpus* preventivos, o sea, aquellos que se plantean contra amenazas de eventuales detenciones, el juez constitucional emite una medida cautelar que impide la materialización de la detención del recurrente hasta que él no se haya pronunciado sobre el fondo del recurso.

En el *habeas* restringido, o sea, aquel que se plantea para proteger las perturbaciones de la libertad personal que provengan de cualquier autoridad, el juez constitucional emite una medida cautelar de prevención, semejante al *warrant* de los anglosajones, dirigida a las autoridades responsables para que se abstengan de seguir perturbando o restringiendo, de manera ilegítima, la libertad personal del recurrente.

En los correctivos, que son aquellos tendentes a que a un detenido se le cambie de sitio dentro de una prisión o se le envíe a otra distinta por estar amenazado en su integridad personal por otros reclusos, el juez constitucional emite una medida cautelar inmediata a fin de que al recurrente se le reubique inmediatamente en otro sitio de la prisión para garantizar su integridad y seguridad personales.

3.2. Recursos de amparo

La principal medida cautelar, aunque no la única, es la suspensión de los efectos del acto impugnado.

3.2.1. Suspensión de los efectos del acto impugnado

La interposición del recurso de amparo no suspende los efectos de las leyes u otras disposiciones normativas cuestionadas, pero sí la aplicación de las mismas al recurrente, así como de los actos concretos impugnados.

Sin embargo, en casos de excepcional gravedad, los tribunales constitucionales pueden disponer la ejecución o la continuidad de la ejecución, a solicitud de la Administración de la que dependa el funcionario u órgano demandado, o aun de oficio, cuando la suspensión cause o amenace causar daños o perjuicios ciertos e inminentes a los intereses públicos mayores a los que la ejecución causaría al agraviado, mediante las medidas cautelares que considere procedentes para proteger los derechos y libertades de este último, y no hacer ilusorio el efecto de una eventual resolución del recurso en su favor.

Por tanto, es la Administración recurrida la que debe demostrar las condiciones de excepción para que se pueda dispensar la suspensión del acto impugnado.

En algunos ordenamientos, la suspensión opera de pleno derecho, y se debe notificar sin demora al órgano o servidor contra quien se dirigía el amparo, por la vía más expedita posible.

Por tanto, no es la mera "interposición" del amparo (entendida estrechamente como "presentación") lo que suspende los efectos de los actos o disposiciones cuestionadas en lo fundamental, porque, como es principio de derecho procesal general, los términos para las actividades de las partes se cuentan "desde la notificación de la resolución que las cause", en esta hipótesis, desde que el auto de admisión a trámite del recurso es notificado o excepcionalmente desde que el recurrido hubiera recibido la comunicación escrita por otro medio fehaciente.

En este orden de ideas, los efectos quedan suspendidos cuando el particular interesado presente certificación, expedida ya sea del propio juez constitucional o por un notario público, del auto que le da trámite al recurso aun antes de su notificación, pues lo importante es que la Administración recurrida sea informada, por un medio jurídico idóneo, de que la ejecución de los efectos del acto recurrido se encuentra suspendida.

El interés público está debidamente tutelado, pues el propio juez constitucional puede, de oficio o a petición de la Administración recurrida, mantener la ejecución de los efectos del acto reclamado, siempre que se produzcan los presupuestos arriba indicados. De esa forma se logra un equilibrio saludable entre la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos y el ejercicio legítimo y normal de las potestades públicas.

En efecto, en algunas ocasiones sucede que, encontrándose en trámite un proceso de amparo, ocurren hechos o se toman medidas adicionales que conculcan o hacen inminente la violación del derecho amparado, de manera que una eventual sentencia estimatoria sería inocua. En tales casos, el juez constitucional debe tomar las medidas cautelares necesarias para evitar que se produzcan daños irreversibles en la esfera jurídica del recurrente. Asimismo, ocurre que la suspensión de los efectos del acto impugnado debe revocarse durante la tramitación del proceso de amparo, pues de lo contrario se lesionaría seriamente el interés público.

En aquellos ordenamientos en los que los fallos del juez constitucional carecen de ulterior recurso, el efecto suspensivo desaparece desde que se desestima el amparo, aunque la resolu-

ción no se haya notificado a las partes, ya que la ejecución de sus sentencias debe considerarse firme, por no caber recurso alguno en su contra, y resulta posible desde el momento en que se dicta el fallo, en la medida en que lo que se ejecute lo sea de total conformidad con lo resuelto. Por tanto, las resoluciones dictadas que suspendieron cualquier actuación que hiciera nugatorio el eventual resultado favorable del recurso quedaron sin efecto al momento de haber sido desestimado el amparo.

Por otra parte, conviene precisar cuáles son los actos susceptibles de suspensión.

Para comenzar, digamos que la suspensión de los efectos del acto impugnado rompe un privilegio clásico de la Administración: la ejecutoriedad de los actos administrativos.

La justificación para ello se encuentra en que, si no se suspenden los efectos de la ejecución del acto recurrido, se permite que la autoridad demandada siga ejecutando el acto en perjuicio del afectado, a sabiendas de que, si se dicta posteriormente una sentencia estimatoria en su contra, la situación jurídica o material del recurrente será ya irreversible. De esa forma, numerosas sentencias estimatorias de amparo no pasarían de ser un simple saludo a la bandera. Además, si no se suspenden los efectos del acto recurrido, el proceso de amparo se convertiría, en la praxis, en una jurisdicción reparadora de daños y perjuicios, lo cual es una de sus características secundarias.

Ahora bien, por la vía del recurso de amparo los ciudadanos pueden impugnar tres tipos de actuaciones u omisiones de la Administración pública: *a)* actos positivos que limitan o eliminan derechos subjetivos del recurrente, pero sin que ningún otro particular derive derechos subjetivos de ellos; *b)* actos positivos que limitan o eliminan derechos subjetivos del recurrente, pero de los cuales otros particulares derivan derechos subjetivos, y *c)* las omisiones.

Desde el punto de vista procesal, solo en la primera hipótesis procede la suspensión de los efectos de los actos recurridos, pues, de no efectuarse dicha suspensión, se le puede producir un daño irreparable al recurrente, con lo que una eventual sentencia estimatoria en favor suyo solo tendría efectos resarcitorios

y no de restablecimiento del derecho fundamental conculcado o amenazado de violación. Por ejemplo, cuando el propietario de un restaurante impugna la orden de cierre de su negocio, por supuestas violaciones a leyes sanitarias o violación al derecho a la intimidad de los vecinos.

En este caso, si no se suspende el efecto de la ejecución del acto impugnado, se le podría causar un daño irreparable al recurrente, pues si luego obtiene una sentencia estimatoria, lo único que podría hacer es cobrar los daños y perjuicios sufridos, pues en el ínterin ya habría perdido su clientela.

En la segunda hipótesis, es decir, cuando del acto recurrido otros ciudadanos derivan derechos subjetivos, no procede la suspensión de los efectos del acto recurrido, por cuanto ello implicaría darle la razón interlocutoriamente al recurrente, sin haber escuchado primero el informe de la autoridad recurrida y el alegato del titular del derecho subjetivo que se pretende dejar sin efecto.

En el caso de las omisiones, es claro que no procede aplicar este instituto procesal, puesto que no hay acto que suspender. Al igual que en el ejemplo anterior, suspender una omisión implicaría darle interlocutoriamente la razón al recurrente; verbigracia, cuando se deniega el otorgamiento de una licencia de caza. Si se suspendiere el acto, la consecuencia lógica sería el otorgamiento de la licencia, lo cual solo es posible jurídicamente a través de una sentencia estimatoria y no de una resolución interlocutoria.

Para evitar confusiones, el juez constitucional debería especificar en el auto que le da trámite al recurso cuáles son los efectos concretos que se suspenden. De esa forma se evita que tanto la Administración demandada como el recurrente soliciten aclaraciones acerca de cuáles son los efectos de la resolución inicial, pues lógicamente cada parte trata de interpretar el auto de suspensión a su mejor conveniencia: la Administración recurrida siempre pretende limitar los efectos de la suspensión, en tanto que el recurrente considera que la suspensión tiene efectos mayores a los realmente indicados en la ley y en la respectiva resolución del juez constitucional.

La eventual falta de especificación de los actos suspendidos tiene otro efecto importante: si el funcionario recurrido no eje-

cuta la orden de suspensión, luego se vuelve imposible procesarlo penalmente por desacato a las órdenes del juez constitucional, por cuanto no existe una orden que le prohíba concretamente no ejecutar determinados actos en perjuicio del recurrente.

3.2.2. Medidas anticipatorias

La amenaza de violación o el disfrute efectivo de determinados derechos fundamentales, como la tutela del medioambiente, el derecho a la atención de la salud y la seguridad social, entre otros, exigen que los jueces constitucionales dicten medidas cautelares anticipatorias concomitantemente con el auto que le da curso a la acción de amparo; por ejemplo, una acción de amparo tendente a que un instituto de seguridad social provea un marcapasos definitivo a uno de sus afiliados con problemas cardíacos, requiere que el juez constitucional dicte una medida cautelar anticipatoria si existen riesgos serios para la integridad psicofísica del amparado. En este caso, el juez ordenaría, *prima facie*, que al recurrente se le entregue inmediatamente el marcapasos, agotando con ello la prestación médica reclamada por aquel.

Aunque no exista regulación legal sobre este tipo específico de medidas, resulta procedente su acogimiento por cualquier vía procesal que se considere pertinente, pues de lo contrario se violaría el mandato constitucional que otorga a los particulares el derecho a obtener una respuesta expedita por parte del órgano jurisdiccional, además de su derecho fundamental a la atención de la salud.

Asimismo, el juez constitucional podría ordenar la rehabilitación del beneficio de retiro por invalidez, dentro del marco tuitivo del derecho de la seguridad social, si quien peticiona la medida se encuentra en gravísimo estado de salud, por lo que la urgencia se configura por el carácter alimentario de la prestación y el desamparo respecto de la cobertura médica.

En materia de tutela del medioambiente, es claro que, en aplicación del principio precautorio, el juez constitucional está obligado, en numerosas ocasiones, a dictar medidas cautelares anticipatorias para evitar daños irreparables; verbigracia, cuando

se plantea un recurso de amparo contra el derribo de una construcción ubicada dentro de un manglar por falta de estudio de impacto ambiental. De no ordenarse interlocutoriamente su derribo, el daño ambiental podría devenir en irreversible.

3.3. Procesos de control de constitucionalidad

En los procesales relativos al control de constitucionalidad, las medidas cautelares son bastante limitadas y provienen, por lo general, directamente de la ley.

En efecto, en estos la medida cautelar debe interpretarse restrictivamente, pues a favor de las leyes juega la presunción de validez de los actos de los poderes públicos.

La facultad de dictar medidas cautelares en los procesos de control de constitucionalidad se ha justificado en que "Si el juez tiene jurisdicción suficiente para inaplicar esta de manera completa y radical, mucho más la tendrá para suspenderla cautelarmente" (García de Enterría).

Por ello, y en línea de principio, la presentación de una acción de inconstitucionalidad no suspende la vigencia de las leyes cuestionadas, sino solo su aplicación en sentencias en que deben aplicarse para la resolución de la causa.

En otros términos, la instauración de un proceso de control de constitucionalidad, ya sea por vía directa o de la consulta judicial o legislativa, en su caso, suspende únicamente los actos de aplicación de la norma impugnada por las autoridades judiciales en los procesos en que deben aplicarse para resolver el fondo del asunto, pero no su vigencia y aplicación en general, tanto en beneficio como en perjuicio del particular, según proceda.

La primera salvedad a dicho principio es cuando se impugnen normas de procedimiento que deban aplicarse cuyo acto procesal precluye. Bajo esta circunstancia, la autoridad judicial debe abstenerse de avanzar un acto procesal más o el dictar la resolución final; verbigracia, cuando en un proceso civil se impugna, por inconstitucional, una disposición legal que regula la forma en que debe llevarse a cabo la diligencia de confesión y

reconocimiento de documentos. Es evidente que mientras la respectiva acción o consulta de constitucionalidad sea resuelta por el tribunal competente, tal disposición procedimental no puede aplicarse en ningún proceso civil.

La segunda excepción consiste en la potestad que tienen los tribunales constitucionales para modular los efectos de la suspensión de las normas atacadas de inconstitucionalidad, en razón del interés público en juego. Por ejemplo, si alguien recurre por vicios formales el entero Código Procesal Civil, es evidente que el juez constitucional tiene la facultad de autorizar su aplicación irrestricta en todos los juicios, pues de lo contrario se produciría un grave disloque a la administración de justicia y a la paz social.

3.4. Conflictos de competencias

En los procesos de conflictos de competencia no existen, en principio, las medidas cautelares, pues lo que el juez constitucional decide es una divergencia estrictamente jurídica; sin embargo, podría ocurrir que uno de los órganos en conflicto, asumiendo por sí la competencia que el otro le disputa, comience a dictar actos o a realizar conductas materiales que impliquen ejercicio concreto de la competencia en disputa.

En tal caso, es claro que el juez constitucional podría ordenarle a dicho órgano que se abstenga de continuar dictando actos y realizando conductas materiales en ejercicio de la competencia cuestionada, hasta que el conflicto se resuelva por el fondo.

3.5. El recurso de *habeas data*

La presentación de dicho recurso produce la suspensión del acto impugnado y siempre procede con carácter precautorio en los siguientes casos:

a) cuando el dato esté siendo trasmitido y se impugne su confidencialidad, en tal caso deberá suspenderse la transmisión o revelación del dato;

b) cuando se trate de la inclusión de datos personales que revelen, entre otros, la ideología, religión, creencias, filiaciones políticas, origen racial, salud u orientación sexual de la persona, deberá suspenderse su inclusión hasta en tanto se determine que hubo un consentimiento válido del afectado en dicho tratamiento;
c) cuando la información se impugna por inexacta, falsa o desactualizada, debe suspenderse su transmisión, y
d) cuando seguir transmitiendo la información o seguirla almacenando pueda causar en el futuro daños irreparables o los esté causando ilegítimamente.

Según la urgencia del asunto y para evitar que se produzcan daños futuros e inmediatos, el juez constitucional puede dictar, al recibir el libelo de interposición del recurso de *habeas data*, la suspensión del acto o mecanismo que permita la transmisión de los datos o la cesación de la central de información en un plazo perentorio y por todo el tiempo que transcurra hasta la sentencia. Esta medida también surte efectos sobre todos los registros conexos donde pueda aparecer el dato impugnado.

Capítulo XI
Los efectos de las sentencias en los procesos de inconstitucionalidad

I. La naturaleza jurídica de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad

En el ámbito del derecho procesal general, las sentencias acostumbran distinguirse en declarativas y constitutivas. Las primeras tienen como finalidad y contenido la calificación jurídica de una determinada situación en relación con normas vigentes, es decir, son sentencias que constan la existencia de hechos o situaciones jurídicas preexistentes.

Las constitutivas, en cambio, tienen como finalidad modificar las situaciones de derecho existentes, creando, modificando o extinguiendo una determinada relación o situación jurídica.

Respecto de las normas y actos sujetos al derecho público que contradicen disposiciones de linaje constitucional, las sentencias declarativas se producen cuando el ordenamiento presupone que el vicio derivado del contraste es de nulidad absoluta; es decir, que el acto o la norma impugnados no produjeron efectos jurídicos válidos a pesar de haber surtido eficacia por algún tiempo.

Las segundas, en cambio, se dictan cuando el mismo ordenamiento establece que el vicio del acto o de la norma es de anulación por el hecho de que los actos o normas cuestionados, aunque nacidos de manera irregular, han surtido algunos efectos jurídicos. En consecuencia, no deben eliminarse todos los efec-

tos producidos, sino solo su eficacia futura. De ello se deduce que las sentencias constitutivas tienen la función de disponer la anulación de los actos o de las normas impugnadas.

Una tercera categoría es la inaplicabilidad. En esta hipótesis, las normas no se eliminan radicalmente del ordenamiento, sino más bien no se aplican a casos concretos, por estar viciados de algún tipo de invalidez.

La sentencia estimatoria de inconstitucionalidad no encuadra estrictamente en ninguna de las tres categorías citadas. Aunque son declarativas, porque constatan que una norma o acto son contrarios al bloque de constitucionalidad, no tienen la capacidad de hacer desaparecer todos sus efectos, como ocurre con las sentencias declarativas. No obstante, su constatación no es un fin en sí mismo, sino que implica una consecuencia querida directamente por el ordenamiento, o sea, la pérdida de eficacia de la norma a partir de un determinado momento y su inaplicación al caso concreto donde se planteó la inconstitucionalidad.

Por consiguiente, es posible afirmar que tales sentencias se colocan en una posición intermedia entre las puramente declarativas y las constitutivas, por lo que su naturaleza jurídica podría calificarse de "constatación constitutiva" (Pierandrei).

Como decía un jurista italiano,

> [...] las leyes inconstitucionales hasta su declaración por la Corte, son ejecutorias, pero no son obligatorias; tienen eficacia, pero carecen de validez. En correspondencia, las declaraciones de la Corte tienen efectos constitutivos (es una sentencia de constatación constitutiva), solo en cuanto priva a tales leyes de ejecutoriedad. Por otra parte, no crea sino que tan solo reconoce la invalidez; no la hace nula, sino que hace cierta su nulidad (Espósito).

II. Los efectos de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad en los procesos constitucionales *a priori*

En aquellos ordenamientos en los que existen procesos constitucionales *a priori* —como las consultas legislativas de constitu-

cionalidad de los tratados o de leyes ordinarias, el veto por razones de inconstitucionalidad, etc.—, los efectos de las sentencias estimatorias consisten en establecer que determinadas normas contenidas en el tratado o en el respectivo proyecto de ley son contrarias al derecho de la Constitución.

En las hipótesis de consultas de constitucionalidad sobre leyes ordinarias, la resolución estimatoria solo es vinculante para el Parlamento cuando el tribunal constitucional constate vicios procedimentales. En consecuencia, en los casos en los que los proyectos de ley contengan inconstitucionalidades por el fondo, el órgano parlamentario puede apartarse válidamente del criterio emitido por el tribunal constitucional. Es decir, no se producen efectos anulatorios, sino que la sentencia estimatoria, en este caso, se limita a establecer la incompatibilidad entre las normas consultadas y el parámetro de validez constitucional, correspondiendo al Parlamento establecer discrecionalmente si tales preceptos se incluyen o no en el texto definitivo de la ley.

En el caso de los tratados, si el tribunal constitucional constata alguna incompatibilidad entre el clausulado de aquel y la carta política, emite una sentencia exhortativa en la que le indica al órgano ejecutivo que proceda a renegociarlo, o bien, a denunciarlo. En algunos ordenamientos se admite que el tribunal constitucional pueda sugerirle al Parlamento la aprobación de cláusulas interpretativas, de manera que se logre compatibilizar el ordenamiento constitucional con las disposiciones normativas contenidas en el tratado. Debe quedar claro, sin embargo, que tales cláusulas interpretativas solo pueden tener efectos internos y no respecto de los demás sujetos de derecho internacional que lo suscribieron.

En tratándose de los vetos por razones de inconstitucionalidad, la sentencia estimatoria establece cuáles de las disposiciones vetadas son contrarias a la carta política y, en consecuencia, deben ser eliminadas del proyecto de ley consultado. Es decir, en esta hipótesis sí se dicta una auténtica sentencia de nulidad, que impide que la norma contraria a la Constitución siga formando parte del proyecto consultado. Por consiguiente, el Parlamento tiene la obligación de desechar la norma declarada inconstitucional del texto final del respectivo proyecto de ley.

III. Los efectos de las sentencias estimatorias en los procesos constitucionales *a posteriori*

A estos conviene analizarlos con algún detalle.

3.1. Efectos abrogativos y *erga omnes*

Las sentencias estimatorias declaran la inconstitucionalidad y pronuncian la anulación de la norma o actos impugnados. Por consiguiente, eliminan la norma o actos impugnados del ordenamiento jurídico, al mismo tiempo que pasan en autoridad de cosa juzgada material.

En otros términos, la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad surte efectos abrogativos y *erga omnes* hacia el futuro, pues la norma o el acto declarados inconstitucionales desaparecen del ordenamiento jurídico, tal y como si hubieran sido derogados.

Usualmente, la eliminación del ordenamiento de las normas o actos declarados inconstitucionales se produce a partir de la primera publicación de la sentencia estimatoria en el periódico oficial. Dicha sentencia también tiene efectos desaplicativos respecto del caso concreto en que se planteó y de los que se encuentren pendientes de resolución al momento de su dictado.

3.2. Efectos secundarios

Las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad están íntimamente relacionadas con el objeto del acto o de la norma sometidos a control, por lo que el principio procesal de "congruencia entre lo pedido y lo resuelto" exige que el tribunal constitucional, al declarar cuáles leyes y disposiciones generales son ilegítimas, no exceda los límites de la impugnación.

Sin embargo, lo cierto es que a los tribunales constitucionales les corresponde también declarar cuáles son las normas o actos cuya ilegitimidad se deriva como consecuencia necesaria de la declaratoria realizada, dado que es ilógico que en el ordenamien-

to subsistan normas secundarias o del mismo rango de otras que han sido previamente eliminadas de este por inconstitucionales. La coherencia del sistema exige, en suma, que las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad surtan también efectos secundarios o reflejos.

Las hipótesis más frecuentes de inconstitucionalidad por conexión son las siguientes:

a) *Las disposiciones que resultarían inaplicables una vez que ha sido declarada inconstitucional la norma objeto del juicio.*

   Esta hipótesis se produce en el caso de disposiciones promulgadas para actuar y ejecutar las normas contenidas en la ley que fue objeto del juicio de inconstitucionalidad, por ejemplo, cuando se declara inconstitucional una norma que autorizaba expropiaciones. En tal caso, las respectivas normas procedimentales devienen totalmente inútiles, por lo que deben eliminarse del ordenamiento junto con la norma impugnada.

b) *Las disposiciones cuyo contenido coincida con el de la norma o normas que fueron objeto de la declaratoria de inconstitucionalidad.*

   Esta segunda hipótesis hace referencia a aquellas disposiciones cuyo contenido, total o parcialmente, coincide con el de las normas declaradas inconstitucionales, por ejemplo, si la sentencia declara inconstitucional un principio tributario contenido en una ley del impuesto sobre los bienes inmuebles, las leyes en materia de renta o de valor agregado que contengan el mismo principio también serán inconstitucionales.

c) *Las disposiciones que resultan sin fundamento normativo como consecuencia de la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma objeto del juicio y las demás normas o actos que se encuentren en relación inescindible con ellas por conexidad.* El primer caso se presenta cuando la norma declarada inconstitucional haya servido de fundamento jurídico a otras normas. Por ejemplo, un reglamento fundado sobre una ley declarada inconstitucional deviene

igualmente inconstitucional por carecer de fundamento jurídico válido, según el principio de regularidad jurídica. En esta hipótesis se produce un vicio de inconstitucionalidad sobreviviente.

La segunda posibilidad surge respecto de los actos de ejecución de la norma declarada inconstitucional, los cuales carecerían de fundamento normativo válido para mantenerse vigentes en el ordenamiento, por ejemplo, todos los acuerdos de nombramiento realizados con base en una ley declarada inconstitucional los cuales estarían sujetos a una invalidez sobreviviente.

d) Cuando el tribunal constitucional determina, al examinar el caso concreto sometido a su jurisdicción, que alguna o algunas normas no impugnadas o cuestionadas por el recurrente o el juez consultante rozan también con el parámetro del juicio de constitucionalidad. En esta hipótesis, como tales normas no forman parte procesalmente del juicio de constitucionalidad, el tribunal constitucional se ve compelido a realizar la declaratoria de inconstitucionalidad por conexidad o consecuencia.

IV. Los efectos declarativos y retroactivos

En general, las declaratorias de inconstitucionalidad tienen efectos retroactivos a la fecha de vigencia de los actos o normas anulados, todo sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe.

Su fundamento se encuentra en el principio de seguridad jurídica, pues admitir que las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad carecen de efectos *ex tunc* implicaría aceptar la posibilidad de que se entronice la arbitrariedad y hasta la corrupción, pues a sabiendas de que determinadas leyes o disposiciones generales espurias mantienen plenamente sus efectos hasta el momento en que son declaradas inconstitucionales, los gobernantes serían proclives a conculcar, a su arbitrio, derechos fundamentales de los administrados.

Por ello es que, aun en aquellos ordenamientos en los que las sentencias estimatorias tienen, en principio, efectos prospectivos, la norma o acto declarados inconstitucionales surten efectos retroactivos o de inaplicabilidad respecto del caso concreto donde se planteó la cuestión de inconstitucionalidad.

La sentencia estimatoria de inconstitucionalidad constata la existencia de un vicio de la norma o del acto impugnado y declara su inaplicabilidad al caso dentro del cual se planteó, además de derogarlos hacia el futuro con eficacia *erga omnes;* pero la sentencia estimatoria va más allá de la abrogación, pues, en este último caso, la norma abrogada no pierde su validez, sino solo su eficacia. En cambio, la declaratoria de inconstitucionalidad determina no solo la pérdida futura de eficacia de la norma o del acto espurio, sino que además declara su invalidez con efecto retroactivo.

Es conveniente señalar que los efectos patrimoniales de la cosa juzgada se ajustan, sin retroacción, a la sentencia constitucional anulatoria a partir de su eficacia. Con ello se evitan incompatibilidades entre los efectos de la cosa juzgada en materia puramente patrimonial y los efectos *ex tunc* de las declaratorias de inconstitucionalidad.

Por ejemplo, ¿qué pasaría con la sentencia, pasada en autoridad de cosa juzgada, que condenare a una persona al pago de una determinada suma de dinero, fundada en una ley que posteriormente es declarada inconstitucional?

De ser así, la obligación patrimonial del deudor cesaría a partir del momento en que la declaratoria de inconstitucionalidad fuere eficaz, no pudiendo aquel repetir lo pagado con anterioridad. De esa manera se concilian los intereses de la cosa juzgada con los efectos retroactivos de la declaratoria de inconstitucionalidad.

V. Los efectos retroactivos en procesos penales y sancionatorios

La sentencia constitucional anulatoria tiene efectos retroactivos a favor del imputado y del condenado en virtud de un proceso penal o de un procedimiento sancionatorio administrativo.

Este principio se conoce como hiperretroactividad, que implica que una norma tiene efecto retroactivo para favorecer a personas condenadas o imputadas en procesos penales o procedimientos sancionatorios administrativos.

En este orden de ideas, cuando una persona se encuentra cumpliendo con una pena de prisión, y posteriormente una sentencia estimatoria declara que la norma tipificadora del delito es inconstitucional, esta recobra inmediatamente su libertad.

Si la persona condenada ya hubiera cumplido la pena, en tal hipótesis queda abierta la posibilidad de exigirle al Estado responsabilidad por el funcionamiento anormal del órgano legislativo.

En relación con los procedimientos administrativos sancionatorios de carácter laboral, es evidente que habría que distinguir entre los que concluyen con amonestación, advertencia o suspensión sin goce de salario y aquellos otros que establecen la destitución del servidor.

Respecto de los primeros, los efectos de la sentencia serían los de eliminar cualquier antecedente del trabajador; en la segunda hipótesis, en cambio, además del derecho al pago de las indemnizaciones correspondientes, surge la duda fundada de si no procedería también la restitución del funcionario a su puesto.

Es claro que, en ambos casos, corresponderá al juez ordinario determinar los efectos concretos de la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad.

VI. Los límites de los efectos retroactivos de las sentencias estimatorias

La doctrina constitucional ha construido la denominada teoría de las situaciones jurídicas extinguidas, dentro de la cual se incluyen la existencia de derechos adquiridos de buena fe, las relaciones jurídicas extinguidas por caducidad o prescripción, los actos jurisdiccionales pasados en autoridad de cosa juzgada material o la consumación de los hechos cuando fueren material o técnicamente irreversibles.

La justificación jurídico-filosófica de esta atemperación del principio *ex tunc* de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad es la seguridad jurídica, valor que constituye uno de los requisitos fundamentales para la paz social y, por ende, para que las relaciones y situaciones jurídicas se desarrollen en un clima de estabilidad. Como dijo lapidariamente una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos: "El pasado no puede ser borrado por una declaratoria judicial".[1]

El primer límite a los efectos retroactivos de las sentencias estimatorias lo constituyen los derechos adquiridos de buena fe. Es sabido que este principio se encuentra implícito en todas las constituciones, pues las relaciones humanas y, en particular, la mayoría de las instituciones jurídicas, se fundamentan en él. Por tanto, una sentencia estimatoria no puede desconocer los derechos adquiridos de buena fe por terceros al amparo de la norma o actos declarados inconstitucionales.

El segundo límite fundamental a la retroactividad de las sentencias estimatorias consiste en aquellas relaciones o situaciones jurídicas que se hubieran consolidado por prescripción o caducidad, cuyo fundamento se encuentra en el principio de seguridad jurídica. Por ejemplo, si una obligación legal se extingue por prescripción, el deudor no podría repetir lo pagado si posteriormente la ley en que fundó el cobro es declarada inconstitucional.

El tercer límite lo constituyen las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada material, las cuales no pueden ser afectadas por una declaratoria de inconstitucionalidad, pues se violaría el principio constitucional de seguridad jurídica.

Finalmente, el principio constitucional de seguridad jurídica fundamenta el límite de que las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad no afecten las relaciones o situaciones jurídicas extinguidas por consumación material de los hechos cuando estos fueren material o técnicamente irreversibles; verbigracia, no se podría alegar la nulidad de las relaciones jurídicas extinguidas por el cumplimiento voluntario de las obligaciones recíprocas derivadas de un contrato, si posteriormente la norma

[1] *Chicot Drainage District vs. Baxter State Bank*, 308, USA, 371, 1940.

legal que fundamentaba la celebración de aquel fuere declarada inconstitucional.

VII. El dimensionamiento de los efectos retroactivos en el tiempo, el espacio o la materia

Los tribunales constitucionales tienen la facultad de dimensionar los efectos retroactivos de sus sentencias estimatorias de inconstitucionalidad en el espacio, el tiempo o la materia. Para ello, pueden dictar las reglas que fueren necesarias para evitar que el efecto retroactivo produzca graves dislocaciones de la seguridad, la justicia o la paz sociales.

Esta facultad de que disponen los tribunales constitucionales de atemperar el efecto retroactivo de sus sentencias estimatorias evita que posteriormente el juez ordinario desaplique la sentencia, alegando la existencia de derechos adquiridos. De esa forma, los tribunales constitucionales conservan el monopolio de establecer los efectos concretos de sus sentencias en cada caso.

Con suma frecuencia es necesario que los tribunales constitucionales dimensionen los efectos de sus sentencias estimatorias en el tiempo. Por ejemplo, el efecto de la declaratoria de inconstitucionalidad de un tributo a favor de una institución descentralizada puede ser modulado hacia el futuro, pues si se le otorga efecto retroactivo podría colocar a la institución afectada al borde de la quiebra, al verse obligada a devolver cuantiosas sumas de dinero que no posee.

También, el efecto puede modularse en el espacio; verbigracia, una declaratoria de inconstitucionalidad que surta efectos solo en determinados lugares del territorio, como sería el caso de la declaratoria de inconstitucional de una ley que establecía un impuesto a la exportación del plátano en favor de las municipalidades donde se cultiva esa fruta.

Finalmente, el dimensionamiento puede darse también respecto de la materia, por ejemplo, si una ley de pensiones fuese declarada inconstitucional, el respectivo tribunal constitucional podría dimensionar sus efectos en el sentido de que la declarato-

ria solo afectaría a quienes pertenezcan a un determinado régimen y no a los otros existentes.

VIII. Los efectos de las sentencias desestimatorias

8.1. La naturaleza jurídica de las sentencias desestimatorias

La legitimidad constitucional de una norma no puede ser sellada por un pronunciamiento jurisdiccional casuístico. Esta legitimidad depende, más bien, de la conformidad de la norma con el parámetro de constitucionalidad, por cuanto este es la medida jurídica idónea para establecer la validez de una norma dentro de un ordenamiento jurídico con constitución rígida.

Por esta razón, siempre debe subsistir la posibilidad de comprobar la existencia de tal conformidad, puesto que los encargados de realizar tal actividad son seres humanos que, perfectamente y con demasiada frecuencia, se equivocan en sus juicios.

En otros términos, ningún pronunciamiento jurisdiccional puede conferirle un sello de legitimidad constitucional *ad perpetuam* a una norma jurídica, dado que siempre subsiste la posibilidad de comprobar su conformidad con el parámetro de constitucionalidad y, por tanto, de anularla por ser contraria a este.

De otra forma, se lesionarían gravemente los principios de justicia e igualdad, por cuanto los ciudadanos se verían imposibilitados a cuestionar la validez de una norma declarada constitucionalmente legítima por un pronunciamiento jurisdiccional anterior, por el simple hecho, casual y gratuito, de haber sido precedidos por otros recurrentes.

Por otra parte, las sentencias que rechazan la inconstitucionalidad de una ley no declaran que la norma impugnada es constitucionalmente legítima, sino más bien se limitan a rechazar la cuestión sobre su validez en los términos planteados por el recurrente. Es decir, tales sentencias contienen solo una comprobación negativa de la no existencia del vicio alegado, juicio que eventualmente puede ser objeto de revisión, ya sea por un cam-

bio en la jurisprudencia del mismo tribunal, o bien, por variaciones en la integración del Tribunal constitucional, que permita, a su vez, un cambio respecto de la interpretación original.

La eficacia de este tipo de sentencias está estrechamente ligada al caso decidido. Por ello, subsiste siempre la posibilidad de que la misma cuestión sea nuevamente propuesta en iguales términos o, *a fortiori,* en términos diversos en un caso distinto. Tampoco se puede excluir la posibilidad, antes indicada, de que el tribunal cambie de opinión y decida en sentido contrario a lo fallado en casos similares anteriores (Crisafulli).

Además, la eficacia de las sentencias que se dictan en los procesos de inconstitucionalidad, que se refiere a su perfil objetivo, permite a los tribunales constitucionales modificarlas en su contenido, no solo modulando los efectos temporales pasados o futuros, sino, además y por mayoría de razón, reformando en el futuro el juicio realizado sobre la conformidad constitucional de la norma impugnada.

En consecuencia, las sentencias desestimatorias de inconstitucionalidad no tienen la virtud de impedir la presentación de nuevas acciones o consultas de inconstitucionalidad contra la misma norma impugnada, ya sea con base en los mismos argumentos rechazados, o bien, fundados en otras razones jurídicas diversas.

En conclusión, las sentencias desestimatorias de inconstitucionalidad no producen cosa juzgada material, por cuanto su eficacia temporal puede ser no solo modulada en la misma sentencia por el respectivo tribunal constitucional, sino fundamentalmente variada en su contenido en el futuro, ya sea por cambio de criterio respecto de los argumentos esgrimidos originalmente, o bien, fundándola en diferentes razones jurídicas.

8.2. La preclusión de nuevas acciones en el caso concreto

A pesar de la inexistencia de cosa juzgada material de las sentencias desestimatorias de inconstitucionalidad, estas precluyen la presentación de nuevas acciones o consultas de constitucio-

nalidad, aunque se funden en motivos diferentes, en el mismo juicio o procedimiento administrativo en el que se desestimó la primera acción o consulta.

Por consiguiente, las sentencias desestimatorias solo producen efectos *inter partes* dentro del proceso o procedimiento en el que se planteó la respectiva acción o consulta de constitucionalidad. De lo contrario, un litigante temerario podría mantener un juicio vigente de manera indefinida mediante la presentación de nuevas acciones de inconstitucionalidad, por los mismos o diversos motivos, contra la norma o el acto originalmente impugnados.

Debe aclararse, sin embargo, que en un mismo juicio es posible la presentación de varias acciones de inconstitucionalidad, en diversos momentos, a condición de que se planteen contra distintas normas, dado que, como indicamos líneas arriba, las sentencias desestimatorias no producen cosa juzgada.

Capítulo XII
La ejecución de las resoluciones en la jurisdicción constitucional

I. Fundamento jurídico de la ejecución de las resoluciones en la jurisdicción constitucional

No basta con obtener un pronunciamiento favorable de los tribunales constitucionales, sino que se requiere, además, que sus pronunciamientos puedan ser cabalmente ejecutados en todas sus consecuencias, inclusive con el uso de la fuerza policial.

Todas las garantías del derecho se estrellan ante una realidad política, económica o social que obstaculiza o imposibilita el más cabal e inmediato acatamiento de los fallos judiciales. La autoridad suprema de los jueces es un principio fundamental de todo Estado democrático de derecho y un requisito *sine qua non* de la vigencia de la libertad y de los derechos de la persona humana.

Dentro de estas garantías adquieren especial relevancia la exclusividad y universalidad de la justicia en manos de tribunales absolutamente independientes, pero muy particularmente la existencia, funcionamiento y eficacia de los tribunales y procesos judiciales. Es decir, las resoluciones de los tribunales de justicia, en general, y de la jurisdicción constitucional, en particular, deben ser acatadas por sus destinatarios en forma completa e inmediata, pues la eficacia material de las resoluciones judiciales es un contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial.

En efecto, el contenido del derecho a la tutela judicial no se agota con la obtención de la resolución en sí misma: es preciso, también, que esa resolución se cumpla.

El derecho a la tutela judicial incorpora, por ello, el derecho a la ejecución de la resolución de fondo obtenida. En otros términos, la tutela judicial incluye el derecho de quien ha sido favorecido por la resolución de fondo a ser repuesto en sus derechos y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido.

En otros términos, el derecho de acceso a la tutela judicial entraña el derecho a obtener la ejecución de la sentencia, es decir, a la eficacia material de la sentencia. De esa forma, no basta con obtener un pronunciamiento favorable de los tribunales, sino que se requiere, además, que sus pronunciamientos puedan ser cabalmente ejecutados en todas sus consecuencias, inclusive con el uso de la fuerza policial.

II. Las características particulares de las resoluciones en la jurisdicción constitucional

2.1. La finalidad de las resoluciones en la jurisdicción constitucional

Las resoluciones en la jurisdicción constitucional, como es sabido, constituyen una modalidad del género "resoluciones judiciales". No obstante, la temática de estas resoluciones tiene algo característico, pues no se dirigen a satisfacer exclusivamente un interés privado o en beneficio de un grupo, sino que persigue tutelar los valores que afectan directamente a los miembros de una sociedad determinada.

En otros términos, se trata de hacer cumplir el texto fundamental que regula la vida de una sociedad y no de un código procesal cualquiera, por lo que su vigencia es más importante. En efecto, si una Constitución, base y soporte de todo el ordenamiento jurídico, no se cumple, constituye un demérito que afecta al resto del ordenamiento.

Recordemos que los procesos constitucionales persiguen una doble función: hacia el pasado, mediante la anulación de los actos y normas contrarias al bloque de constitucionalidad, y hacia el futuro, creando claridad jurídica, protegiendo la Constitución de futuras violaciones e interpretándola para desarrollarla, complementarla y depurarla.

Esta particular característica de las resoluciones constitucionales implica que su ejecución presenta matices diversos de las resoluciones judiciales en otras jurisdicciones.

Por ejemplo, si la sentencia declara una norma inconstitucional, la situación es, por lo general, relativamente sencilla. Asimismo, si estamos ante una sentencia recaída en un proceso de *habeas corpus,* que ordena la libertad del individuo, su cumplimiento no encuentra mayores obstáculos en un Estado de derecho.

Pero también hay sentencias estimatorias de inconstitucionalidad que crean serios problemas de ejecución; verbigracia, cuando se ordena la equiparación salarial o de pensiones a favor de un grupo numeroso de ciudadanos. En tales hipótesis, la Administración pública se ve en serias dificultades financieras para ejecutar la sentencia.

Asimismo, en los procesos de amparo en los que al funcionario recurrido se le obliga a hacer algo, la situación se complica. Si el obligado es un particular —cuando se permite el amparo contra particulares— el caso es relativamente sencillo; pero, en cambio, no lo es si el obligado es el Estado o sus funcionarios, quienes generalmente oponen resistencia, directa o sutilmente, contra tales órdenes judiciales.

2.2. La naturaleza de la cosa juzgada en los procesos constitucionales

Dado que las resoluciones de los tribunales constitucionales tienen un efecto pacificador hacia el futuro, los efectos de la cosa juzgada adquieren características propias en la jurisdicción constitucional, diferentes de las que tienen las resoluciones en otras jurisdicciones.

En efecto, las *rationes decidendi,* que son "aquellas razones o motivos sin las que el fallo no podría existir, por contraposición a los *obiter dicta*" (Rupprech) tienen particular importancia en el ámbito del derecho procesal constitucional; sin embargo, la vinculación no se extiende a toda la *ratio decidendi,* sino tan solo a aquella parte que es relevante para el fallo, es decir, la que soporta la decisión (Leibolz/Rupprech), o sea, aquella sección de la sentencia que no podría ser cambiada mediante deducción del tribunal sin que el resultado, que está formulado en el fallo, cambie.

Como consecuencia de lo anterior, se debe concluir que la parte considerativa de las resoluciones de los tribunales constitucionales es también vinculante, al igual que la dispositiva. Esta conclusión tiene gran importancia en tratándose de sentencias estimatorias recaídas en recursos de amparo, en las que, por lo general, las obligaciones que la Administración recurrida debe ejecutar para satisfacer el interés material tutelado por el derecho fundamental violado al amparado se encuentran especificadas en los considerandos y no en el "Por Tanto". En esta última parte, los tribunales, por lo general, se circunscriben a indicar que el recurso se declara procedente.

Es por ello que los verdaderos efectos de las resoluciones estimativas de las pretensiones del recurrente en el amparo se encuentran en la parte considerativa. Por consiguiente, la Administración recurrida debe acatar lo indicado en tales considerandos y no solo en el "Por Tanto".

III. Medios de ejecución de las resoluciones en la jurisdicción constitucional

Los tribunales constitucionales, a fin de hacer cumplir sus resoluciones, disponen de una serie de medios de ejecución, tales como:

1. *Ejecución directa.* Corresponde a las acciones que los tribunales constitucionales realizan directamente con el fin de dar efectividad a sus sentencias, sin necesidad de recurrir a otras instancias.

2. *Ejecución indirecta*. Este tipo de ejecución es la que se realiza por medio de mecanismos externos, pero tendentes a propiciar el cumplimiento de los fallos constitucionales. Se recurre a estos cuando los medios directos pierden su efectividad y no permiten dar eficacia a las sentencias constitucionales.
3. *Sanciones administrativas*. Pueden ir desde la fijación de multas hasta el despido o suspensión de las actividades públicas del funcionario responsable del agravio. Su trámite puede ser llevado a cabo por el mismo tribunal constitucional.
4. *Sanciones penales*. Su nacimiento se origina del incumplimiento de una resolución constitucional, a fin de no dejar impunes las faltas cometidas por los encargados de acatar la resolución. Puede darse activa, cuando el sujeto que debe cumplir la sentencia no lo hace, y pasiva, en tanto se den manifestaciones directas de no acatar la resolución.
5. *Responsabilidad patrimonial*. Este medio es de carácter económico y se fija contra los funcionarios participantes y el Estado. El objeto es que conjuntamente se indemnicen los daños, producto del no acatamiento de las resoluciones constitucionales.

IV. Etapas procesales en las que las resoluciones son ejecutables en la jurisdicción constitucional

En los procesos que se ventilan ante la jurisdicción constitucional tiene particular importancia el dictado de medidas cautelares o precautorias. En efecto, recordemos que el fin primario que persigue la denominada "jurisdicción constitucional de la libertad", para utilizar la célebre expresión acuñada por Cappelletti, es la tutela efectiva de los derechos fundamentales.

Para cumplir eficazmente esa finalidad, los tribunales constitucionales tienen que dictar medidas precautorias para evitar que la amenaza violación de un derecho fundamental se materialice o que una violación en curso devenga irreversible.

En efecto, en numerosas ocasiones, si el tribunal espera hasta el dictado final de la sentencia, la violación se vuelve irreversible. Por tanto, es necesario que durante la tramitación del proceso, por vía interlocutoria, se dicten medidas cautelares tendentes a evitar que se produzcan tales situaciones irreparables.

Normalmente, la medida cautelar más utilizada es la orden de no ejecutar los actos que amenazan con violar o que violaron el derecho fundamental del recurrente. En el caso de omisiones que amenacen la violación o hayan violado el derecho fundamental del amparado, se ordena al funcionario recurrido que dicte el acto correspondiente.

Por consiguiente, la ejecutabilidad de las resoluciones en la jurisdicción constitucional es un instituto que se aplica tanto en tratándose de medidas precautorias por vía interlocutoria como una vez emitida la respectiva sentencia estimatoria.

V. Requisitos para la inejecución de las resoluciones en la jurisdicción constitucional

También en el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales es aplicable el principio *pro sententia,* de forma que, en principio, deben ser ejecutadas en sus estrictos términos. De esta suerte, la decisión de no ejecutar una sentencia es potencialmente conculcadora del derecho a la tutela judicial y, en todo caso, la mera inejecución o la no resolución sobre el fondo de las pretensiones de ejecución es constitucionalmente inválida.

Para que la falta de ejecución sea válida, habrá de reunir los requisitos generalmente exigibles, esto es, declararse en resolución motivada apoyada en una causa prevista en una norma legal, norma que, además, deberá ser interpretada en el sentido más favorable a la ejecución de forma que la denegación de la ejecución, como dice el Tribunal Constitucional español: "no puede ser arbitraria ni irrazonable, ni fundarse en una causa inexistente, ni en una interpretación restrictiva del derecho fundamental".[1]

[1] Sentencia del Tribunal Constitucional español, STCE 33/ 87, de 12 de marzo de 1987.

También es aplicable a esta materia la proscripción de las dilaciones indebidas por exigencias insoslayables del principio constitucional de justicia pronta y cumplida.

VI. Razones que inciden en la inejecutabilidad de las resoluciones en la jurisdicción constitucional

Las razones o aspectos que inciden en el no acatamiento de las sentencias constitucionales son, por lo general, las siguientes:

6.1. Imprecisión u oscuridad del objeto de la ejecución

Los obstáculos generados a partir del objeto de la ejecución tienen que ver estrictamente con el contenido de las resoluciones. De esta manera, algunas resoluciones de los tribunales constitucionales contienen componentes de difícil aplicación, que ocasionan inaplicabilidad por parte de los responsables de ejecutarlas.

Asimismo, cuando la ejecución de la resolución se produce en un momento en el cual la efervescencia del conflicto suscitado impide su pronta aplicación, tornando difícil su concreción. Verbigracia, cuando una sentencia de amparo obliga al desalojo de numerosos precaristas de terrenos que han ocupado por varios años y en los que aquellos han construido numerosas casas, calles, instalaciones eléctricas, telefónicas, etcétera.

Otras veces se pueden presentar inconvenientes por el grado de experticia con que son redactadas las resoluciones, las cuales, por su oscura redacción, no son entendibles ni interpretadas cabalmente por parte de los encargados de su ejecución. En efecto, con frecuencia las resoluciones de los tribunales constitucionales, por su defectuosa redacción, impiden establecer cuál es la obligación concreta que debe cumplir la Administración recurrida.

Por otra parte, se presentan vicisitudes cuando el contenido de las resoluciones puede ser interpretado de distintas maneras,

con los consiguientes resultados jurídicos de cada una de ellas. Se pueden destacar, además, los problemas ocasionados por el uso de términos contradictorios que originan criterios disímiles para situaciones de la misma naturaleza.

Por su parte el carácter abstracto de las condenas indemnizatorias de las sentencias constitucionales plantea un problema para la justa satisfacción del recurrente, por cuanto no hay ninguna garantía de que tales resoluciones brinden una compensación equitativa. Al respecto, se pueden destacar aspectos como la ausencia de sistemas definidos para indemnizar, dada la carencia de parámetros sólidos para cuantificarlas, lo cual conlleva que se fijen cantidades de dinero conforme a los criterios subjetivos de los administradores de justicia, lo que crea inseguridad para el administrado. Este problema se plantea, sobre todo, en el caso de las sentencias estimatorias en abstracto.

Aunado a lo anterior, es preciso mencionar que, en ocasiones, las resoluciones de los tribunales constitucionales se encuentran fuera del alcance de la realidad política, social y económica del país, lo que favorece su no acatamiento; verbigracia, una sentencia estimatoria que condene a un municipio a pagar una indemnización que exceda el monto de su presupuesto.

También se presentan situaciones donde la ejecución de las sentencias resulta difícil de materializar; por ejemplo, una sentencia estimatoria que obligue al Estado a que los billetes se impriman en un papel que permita a los ciegos distinguir su diferente denominación.

6.2. Incumplimiento del ente u órgano recurrido

Los órganos o entes estatales se valen, con frecuencia, de una serie de maniobras o técnicas con el objeto de no cumplir lo dispuesto por la sentencia condenatoria.

En este punto hay que señalar que tal incumplimiento se presenta de una manera disimulada, para evitar el enfrentamiento directo con el tribunal constitucional y soslayar las eventuales sanciones por incumplimiento.

Por consiguiente, aunque el incumplimiento se presenta de manera indirecta, produce todos los efectos del no acatamiento de una resolución condenatoria. Como corolario de esta práctica se producen ejecuciones parciales o con un sentido diferente al perseguido, valiéndose de métodos como el cumplimiento tardío por supuesta falta de recursos económicos o de cualquier otra índole, así como la utilización de medios dilatorios entre los que sobresalen la interposición de recursos de adición y aclaración o de nulidad contra la sentencia estimatoria.

Asimismo, se invoca la imposibilidad de cumplir con lo ordenado por el respetivo tribunal constitucional porque existen derechos de terceros, imposibilidad presupuestaria, inembargabilidad de bienes públicos y condiciones especiales de pago, entre otros.

Otro instrumento utilizado por la Administración para justificar el incumplimiento de las sentencias constitucionales es la repetición del acto impugnado o el dictado de disposiciones posteriores cuyo sentido es dejar sin efecto la resolución condenatoria.

6.3. Insuficiencia de los medios de ejecución

Si bien es cierto que, en principio, los tribunales constitucionales están dotados de amplias facultades para ejecutar sus resoluciones, sus alcances en este campo son casi imperceptibles.

El máximo exponente del arsenal de que disponen los tribunales constitucionales para la ejecución de sus resoluciones lo constituye el testimonio de piezas, a fin de que en sede penal se establezcan las sanciones respectivas contra quienes las desacatan. Los resultados obtenidos a través de esta medida son prácticamente nulos, pues casi nunca se dictan sentencias condenatorias por desobediencia.

Pero, aunado a este punto, hay que agregar que en el campo de las sanciones administrativas el panorama es idéntico, ya que a pesar de que los tribunales constitucionales tienen la facultad de comunicar al superior de quien haya incumplido la respectiva omisión, estas actuaciones carecen de eficacia por la ausencia de

sanciones significativas para los casos de desobediencia, por lo que en ocasiones se debe recurrir a la normativa interna de cada dependencia, otorgándose sanciones ridículas por el desacato.

También se debe considerar el aspecto relativo a que los jerarcas superiores de los entes públicos son, en reiteradas ocasiones, los responsables del indebido acatamiento de las sentencias constitucionales y que no se cuenta con un régimen disciplinario para la punición respectiva.

6.4. Conformación de la jurisdicción constitucional

La mayoría de las leyes que regulan la jurisdicción constitucional dedican pocos artículos al tema de la ejecución de sentencias, lo que refleja que no existe un procedimiento claramente definido y con alcances exhaustivos para este tipo de actividad.

Siempre relacionado con la conformación de la jurisdicción constitucional, se puede apelar como limitante para el cumplimiento de sus resoluciones a la excesiva carga de trabajo que agobia en general a los poderes judiciales de todos los países y, en particular, a los tribunales constitucionales.

VII. Medidas que podrían reforzar la ejecutabilidad de las resoluciones en la jurisdicción constitucional

Como indicamos, los medios arbitrados por los distintos ordenamientos para garantizar la ejecutabilidad de las resoluciones en la jurisdicción constitucional son insuficientes. Por tanto, nos parece que podría pensarse en la inclusión de algunos instrumentos jurídicos que coadyuven a reforzar la ejecutabilidad de tales resoluciones. A continuación sugiero, a manera de ejemplo, los siguientes.

1. Informes de ejecución

Es importante que los entes recurridos informen a los tribunales constitucionales de manera detallada, completa y obligato-

ria respecto del acatamiento de las resoluciones que deben ejecutar, una vez que las hayan cumplido.

De esa forma, los funcionarios obligados a la ejecución de las resoluciones se verían presionados a rendir un informe pormenorizado sobre su cumplimiento, lo que haría posible que los tribunales constitucionales puedan ejercer un control que les permita conocer el estado de ejecución de cada una de sus resoluciones, de manera que, en caso de incumplimiento injustificado, puedan tomar las medidas correctivas necesarias para hacer efectivo el derecho fundamental de la eficacia material de las sentencias.

2. Fijación de plazos para el acatamiento

Una medida complementaria de la anterior sería la fijación de plazos razonables pero concretos dentro de los cuales el órgano o ente recurrido debe cumplir la resolución.

Con esta medida se evitaría que los recurridos dilaten con subterfugios técnicos o legales la ejecución de las resoluciones constitucionales.

En caso de que el recurrido se encuentre en imposibilidad material de ejecutar la resolución, deberá comunicarlo de inmediato al tribunal a fin de que este valore la posibilidad de extender el plazo de cumplimiento en forma razonada.

3. Creación de tribunales encargados de ejecutar las resoluciones de la jurisdicción constitucional

Otra posibilidad sería la creación de tribunales especializados en materia de ejecución de las resoluciones constitucionales, el cual dependería jerárquicamente del respectivo tribunal constitucional.

De esa forma, los tribunales constitucionales solo ejercerían una función de tutela en materia de ejecución, pues ante ellos se podrían apelar las resoluciones o medidas dictadas por el tribunal de ejecución para hacer efectivas las resoluciones de aquellos.

4. Creación de penas de inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos

Otro mecanismo eficiente para compeler a la Administración pública al cumplimiento de las resoluciones de los tribunales

constitucionales sería el establecimiento de penas de inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos por un periodo razonable respecto de aquellos funcionarios que incumplan la ejecución de las resoluciones, ya sea de manera directa o indirecta.

Tales medidas disuadirían a los responsables de ejecutar las resoluciones de los tribunales constitucionales de utilizar tácticas dilatorias o subterfugios legales o técnicos para no darles eficacia material.

5. Publicidad de los responsables del no acatamiento

Se podría implementar un sistema mediante el cual la opinión pública pudiera conocer, de primera mano, los nombres de los funcionarios públicos que se niegan a cumplir con las resoluciones de los tribunales constitucionales.

Con ello, la comunidad nacional se enteraría de quiénes son los funcionarios públicos que impiden o limitan el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales de los ciudadanos, lo cual tendría un impacto directo tanto en el ámbito político como en el laboral y social de los afectados.

6. Creación de medios alternativos de ejecución

En aquellos casos en los que los medios de ejecución de las resoluciones judiciales tradicionales resulten inoperantes, se debe recurrir a medios alternativos de ejecución. Estos medios serían fijados, caso por caso, por el respectivo tribunal constitucional, tomando en cuenta la naturaleza del caso y sus implicaciones sociales, económicas y políticas.

7. Atenuación de las reglas de protección del Estado cuando este es parte en un proceso de ejecución de resoluciones constitucionales

En aquellas legislaciones en las que el Estado está dotado de algunas prerrogativas exorbitantes, como la inembargabilidad de sus bienes, habría que arbitrar medios eficaces que atenúen tales privilegios procesales o sustantivos; verbigracia, establecer que ningún presupuesto de una Administración pública puede ser aprobado por el órgano competente, a menos que contemple una partida específica para cubrir el monto de las condenatorias fijadas por la jurisdicción constitucional.

8. Fortalecimiento de las sanciones disciplinarias al interior de la Administración pública

Se deben fortalecer los mecanismos sancionatorios al interior de las administraciones públicas, a efecto de sancionar efectivamente a quienes no acaten las resoluciones de los tribunales constitucionales.

9. Creación de sanciones pecuniarias para los responsables del no acatamiento de las resoluciones constitucionales

La praxis demuestra que los funcionarios públicos son más proclives a acatar las resoluciones judiciales si su incumplimiento es sancionado con medidas pecuniarias que recaen directamente sobre su bolsillo.

Por tanto, es conveniente establecer que el incumplimiento de las resoluciones de los tribunales constitucionales implica automáticamente la imposición de una multa considerable en contra del funcionario renuente a ejecutarlas, previa admonición de cumplimiento dentro de un plazo razonable.

Derecho procesal constitucional y derecho convencional
Rubén Hernández Valle
se terminó de imprimir en febrero de 2022,
en los Talleres Gráficos del Poder Ejecutivo
del Estado de Querétaro, dependientes de la Oficialía Mayor,
bajo la dirección del Lic. Álvaro Mondragón Pérez,
su tiraje consta de 1000 ejemplares.



INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

OTRAS PUBLICACIONES

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 (a cura di)
(En coedición con la Universidad de Pisa)

El caso Lhaka Honhat vs. Argentina y las tendencias de su interamericanización
Eduardo Ferrer Mac-Gregor
Mariela Morales Antoniazzi
Rogelio Flores Pantoja (coords.)
(En coedición con el MPIL y el IIJ-UNAM)

La Constitución y el combate a la corrupción
Diego Valadés
Antonio María Hernández (coords.)
(En coedición con el IIJ-UNAM)

COVID-19 y su circunstancia. Una visión jurídica plural de la pandemia
Nuria González Martín (ed.)
(En coedición con el IIJ-UNAM)

El amparo directo en México. Origen, evolución y desafíos
Eduardo Ferrer Mac-Gregor
Luis Fernando Rentería Barragán (coords.)
(En coedición con el IIJ-UNAM)

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y DERECHO CONVENCIONAL

El propósito de esta obra es ofrecer un estudio pormenorizado de la relación existente entre el derecho procesal constitucional y el convencional. A lo largo de sus 12 capítulos analiza los principales elementos de la tutela de los derechos fundamentales por medio del derecho procesal constitucional.

Asimismo, nos aporta bases sólidas para examinar la directriz emergente de la convencionalidad en el sistema jurídico interamericano y, a la vez, explica de manera precisa las peculiaridades de diversas garantías procesales.

La obra se centra en desarrollar la importancia del estudio de la reciente eclosión del control de convencionalidad en el ámbito jurídico latinoamericano, y cómo este guarda una relación estrecha con el derecho procesal constitucional, por lo que logra desplegar las consecuencias que generan las nuevas conexiones entre el derecho internacional y el derecho interno. Ello tiene como objetivo tutelar los derechos fundamentales en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, en observancia del principio de la jerarquía de los tratados internacionales sobre las leyes y la jurisprudencia domésticas.

Las reflexiones reunidas en esta obra ahondan en el análisis de la estructura del derecho procesal constitucional, trastocando las consecuencias que el impulso de la figura del derecho convencional trae al derecho interno.

ISBN 978-607-7822-79-0
9 786077 822790

PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE
QUERÉTARO

INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO