Justicia constitucional

Medios de control constitucional

TOMO IV

EL CONSTITUCIONALISMO PARA LA DEMOCRACIA DEL SIGLO XXI

DERECHO CONSTITUCIONAL IBEROAMERICANO COMPARADO

DIEGO VALADÉS
JOSÉ MA. SERNA DE LA GARZA
ROGELIO FLORES PANTOJA
J. DANIEL CHÁVEZ SÁENZ

Coordinadores

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
UNAM

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

EL CONSTITUCIONALISMO PARA LA DEMOCRACIA DEL SIGLO XXI

DERECHO CONSTITUCIONAL IBEROAMERICANO COMPARADO

Tomo IV

Justicia Constitucional

Medios de control constitucional

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie Doctrina Jurídica

Créditos editoriales

Diego Valadés
José Ma. Serna de la Garza
J. Daniel Chávez Sáenz
Rogelio Flores Pantoja
Coordinación editorial

Tania Mariel Farfán García
María del Carmen Jasso Juárez
Cuidado de la edición

Estephanía Martínez Pineda
Formación en computadora

EL CONSTITUCIONALISMO PARA LA DEMOCRACIA DEL SIGLO XXI

DERECHO CONSTITUCIONAL IBEROAMERICANO COMPARADO

Tomo IV

Justicia Constitucional

Medios de control constitucional

Diego Valadés
José Ma. Serna de la Garza
Rogelio Flores Pantoja
J. Daniel Chávez Sáenz
Coordinadores

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO
México, 2026

Primera edición: septiembre 2025

El constitucionalismo para la democracia del siglo XXI
Derecho Constitucional Iberoamericano Comparado

Tomo IV

Justicia Constitucional. Medios de control constitucional

DR © Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Circuito Mario de la Cueva s/n
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

ISBN Obra completa: 978-607-642-694-4
ISBN Tomo IV: 978-607-642-855-9

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 Obra completa: 978-607-8908-24-0
ISBN Tomo IV: 978-607-8908-29-5

Las opiniones de las y los autores son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan una posición de las instituciones editoras.

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.





Mauricio Kuri González
Gobernador Constitucional

Eric Gudiño Torres
Secretario de Gobierno

Gustavo Arturo Leal Maya
Secretario de Finanzas

Linda Luz Luna Rangel
Oficial Mayor

Rogelio Flores Pantoja
Director del Instituto de Estudios Constitucionales



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Rector
Leonardo Lomelí Vanegas



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Directora
Mónica González Contró

Secretario Académico
Mauricio Padrón Innamorato

Jefa del Departamento de Publicaciones
Wendy Vanesa Rocha Cacho

Contenido

Prólogo general para la obra colectiva: El constitucionalismo para la democracia del siglo XXI Derecho constitucional Iberoamericano comparado 13
José Ma. Serna de la Garza

El amparo contra decisiones jurisdiccionales: tensión entre la eficacia de los derechos fundamentales y el principio de seguridad jurídica 17
Hermógenes Acosta de los Santos

Debate democrático en torno a los alcances de la inconstitucionalidad en la justicia constitucional paraguaya 33
Elodia Almirón Prujel

Compatibilidad entre soberanía y jurisdicción internacional. El caso de México 51
Eduardo Andrade Sánchez

Supervisión constitucional y derecho de petición en el primer federalismo 69
Catherine Andrews

Sieyès en la forja del Estado constitucional 77
Ernesto Blume Fortini

El control político de la justicia constitucional, la degradación y falseamiento del Estado de derecho. El caso de Venezuela 119
Allan R. Brewer-Carías

El proceso de acción popular y el control constitucional de las normas infralegales en Perú 139
Renzo Santiago Carrasco Domhoff

Los criterios de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay en el control de constitucionalidad de las leyes 159
Rubén Correa Freitas

La justicia constitucional como instrumento colaborador de regímenes autoritarios: el caso del derecho internacional de los derechos humanos en Venezuela 181
Margarita Escudero León

Garantías constitucionales en contra de actos de autoridad en Guatemala. Medios de control constitucional 199
Allan Amilkar Estrada Morales

La sorprendente riqueza y ambigüedad de la interpretación constitucional 215
Javier García Roca

Tensiones entre la garantía de la independencia de la justicia electoral y la libertad de expresión 235
Elena Gómez
Marcelo López Alfonsín

Control constitucional e internacionalismo arbitrario; dónde queda el equilibrio 255
Saúl Mandujano Rubio

Las promesas inverosímiles del control difuso de constitucionalidad 277
Piero Mattei-Gentili

El control de convencionalidad de las normas constitucionales en México 291
Raúl Montoya Zamora

Control jurisdiccional de la inconstitucionalidad por omisión reglamentaria en algunos países latinoamericanos (Argentina, México, Colombia y Perú). 309
María Verónica Nolazco

La acción de inconstitucionalidad y los efectos de la declaración de invalidez de una norma general. Análisis de las repercusiones de la declaración de invalidez del Decreto de Reformas a la Ley General de Telecomunicaciones y Radiodifusión de 2017 331
Claudia Leticia Ortega Medina

La recepción jurisdiccional en México de instrumentos internacionales *soft law* en materia de derechos humanos 349
Raúl Ruiz Canizales

La garantía de la independencia del Poder Judicial de la Federación de México 367
José María Soberanes Díez

La configuración de la responsabilidad constitucional y sus desafíos actuales. 381
Enrique Uribe Arzate
Diego Enrique Uribe Bustamante
Alejandra Flores Martínez

La interpretación constitucional en los Estados Unidos y la creciente amenaza del originalismo respecto a los derechos fundamentales. 397
Robert H. Whaley
Anna S. Vowels

Prólogo general para la obra colectiva: El constitucionalismo para la democracia del siglo XXI Derecho constitucional Iberoamericano comparado

José Ma. Serna de la Garza

La presente obra reúne los ensayos de distinguidas y distinguidos constitucionalistas de 23 países, quienes fueron convocados para reflexionar sobre el constitucionalismo para la democracia en el siglo XXI. El objetivo general de este trabajo colectivo es presentar cuáles son los temas, debates, polémicas y preocupaciones de quienes se dedican hoy día a examinar las cuestiones constitucionales en el ámbito iberoamericano. Asimismo, la obra busca ser una aportación de la línea de investigación institucional sobre Derecho constitucional iberoamericano comparado, que se desarrolla en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en colaboración con el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

La convocatoria dirigida a las y los expertos nacionales e internacionales que participan en este trabajo colectivo incluyó cuatro temas generales: Derechos fundamentales; Justicia constitucional; Federalismo y descentralización (Responsabilidades compartidas); y Regímenes de gobierno y gobernabilidad democrática.

Para los efectos de su publicación, lo ideal hubiera sido organizarlos en cuatro tomos (es decir, un tomo por cada tema gene-

ral). Sin embargo, debido al gran número de ensayos y a la disparidad en cuanto a la cantidad de trabajos presentados dentro de cada tema general, el comité editorial decidió agruparlos en siete tomos.

El Tomo I reúne los ensayos que dentro del tema general de los Derechos fundamentales se refieren al bienestar de las personas (Alimentación, Ambiente y energía, Conocimiento, desarrollo y empleo, así como a la Salud, seguridad y protección social). Además, este tomo incluye los ensayos referidos a la igualdad y al Acceso a la educación y la autonomía universitaria

Todavía en relación con los derechos fundamentales, el Tomo II incluye los trabajos relativos al Acceso a la justicia, el Estado laico y derechos sobre el cuerpo, así como al Lenguaje claro, libertad de expresión, medios y redes sociales.

Por su parte, el Tomo III contiene los ensayos sobre la Justicia constitucional específicamente referidos a la organización de ésta, en tanto que el Tomo IV incluye los relativos a los medios de control constitucional, y el Tomo V los referidos a la Justiciabilidad de los derechos y la Tipología de las sentencias de los tribunales constitucionales. Asimismo, este tomo también incluye los trabajos referidos al tema general sobre Federalismo y descentralización (Responsabilidades compartidas), el cual incluye temas específicos como el federalismo fiscal, el gobierno municipal y la gobernabilidad metropolitana.

Todavía en relación con el tema general de Federalismo y descentralización, el Tomo VI contiene los trabajos sobre las fórmulas de distribución de competencias, e incluye también los ensayos que, dentro del tema general de regímenes de gobierno y gobernabilidad democrática, se refieren a la democracia digital.

Por último, el Tomo VII contiene los trabajos relativos a las formas de gobierno y gobernabilidad democrática, discutiendo y analizando temas relativos a los sistemas presidenciales, los sistemas parlamentarios y los sistemas híbridos.

Esta obra colectiva fue concebida y ve la luz en momentos particularmente difíciles para el constitucionalismo, no solamente en iberoamérica, sino en el mundo entero. Esto es así, porque

en muchos países han surgido propuestas de gobierno que se alejan de los valores esenciales del constitucionalismo, como lo son los derechos humanos y sus garantias, la separación de poderes y la democracia basada en elecciones libres, auténticas, competitivas y equitativas.

Manifestación de lo anterior es que en muchos ámbitos académicos se habla y se discute sobre conceptos tales como la democracia degradada, el constitucionalismo abusivo, el retroceso democrático, la democracia iliberal, el autoritarismo legalista, entre muchos otros términos y calificativos con los que se busca capturar lo que está sucediendo en no pocos países en la actualidad, en algo que parece conformar una verdadera crisis del Estado constitucional y democrático de Derecho. Asimismo, esta crisis parece ser global, lo cual es indicativo de que pudieramos estar ante un problema estructural de dicho modelo de Estado.

Las personas lectoras de esta amplia y extensa obra colectiva podrán constatar cómo a lo largo de sus páginas se va construyendo una especie de imagen sobre el estado que guarda el constitucionalismo en iberoamérica en la primera mitad de la década de los veinte del siglo XXI. Lejos de haber unanimidad, lo que se podrá apreciar es la existencia de posturas diversas, aproximaciones metodológicas diferentes, visiones distintas sobre cuáles son los problemas y cuáles son las posibles soluciones para enfrentarlos. Por ello es que este trabajo constituye un ejemplo del pluralismo que es esencial en cualquier sociedad que se precie de ser democrática. Pluralismo, diálogo, deliberación, tolerancia a la diferencia, respeto de la "Otredad", son los valores que han inspirado la elaboración de esta obra colectiva, como una aportación al debate global sobre el presente y el futuro del constitucionalismo.

Ciudad Universitaria, 3 de octubre de 2025

El amparo contra decisiones jurisdiccionales: tensión entre la eficacia de los derechos fundamentales y el principio de seguridad jurídica

***

Amparo against judicial decisions: tension between the effectiveness of fundamental rights and the principle of legal certainty

*Hermógenes Acosta de los Santos**

Resumen: en este ensayo se ponen en evidencia y se analizan los problemas que se ocasionan cuando el amparo ordinario es utilizado para cuestionar decisiones jurisdiccionales que violen derechos fundamentales. Al mismo tiempo, proponemos que se implemente un amparo especial para cuestionar estos actos, en el que se establezcan requisitos de procedencia que garanticen la eficacia de los derechos fundamentales, sin afectar o afectando en lo estrictamente necesario, la seguridad jurídica, la estructura jerárquica de la organización judicial, la economía procesal y el funcionamiento del sistema de justicia.

Abstract: this essay highlights and analyzes the problems that arise when ordinary protection is used to question jurisdictional decisions that violate fundamental rights. At the same time, we propose that a special protection be implemented to

* Magistrado del Tribunal Constitucional de la República Dominicana (2011-2021) Profesor de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional. Presidente de la Seccional Dominica del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional

question these acts, in which provenance requirements are established that guarantee the effectiveness of fundamental rights without affecting, or affecting as strictly necessary, legal certainty, the hierarchical structure of judicial organization, procedural economy and the functioning of the justice system.

Palabras clave: amparo ordinario, amparo especial, amparo judicial, seguridad jurídica, derechos fundamentales, subsidiaridad, recuso extraordinario, actos jurisdiccionales

Key words: ordinary protection, special protection, judicial protection, legal certainty, fundamental rights, subsidiarity, extraordinary appeal, jurisdictional acts

Sumario: I. Introducción. II. Modalidades de amparo contra decisiones jurisdiccionales. III. Eficacia de los derechos fundamentales y el principio de seguridad jurídica. Referencias.

I. Introducción

El amparo es una institución que tiene sus raíces en el ordenamiento jurídico mexicano. Esta institución fue regulada en este país en los artículos 53,63 y 64 de la Constitución del estado de Yucatán, de fecha 7 de julio de 1842.

Este ensayo se circunscribe a abordar la cuestión relativa al amparo contra decisiones jurisdiccionales. La figura del amparo, como se sabe, fue prevista para proteger los derechos fundamentales frente a actos u omisiones emanados del poder público y también de los particulares en determinadas circunstancias.[1]

En principio, no debería existir objeción a que las decisiones jurisdiccionales sean cuestionada por la vía del amparo porque los jueces son autoridades públicas que ejercen poder y pueden violar derechos fundamentales. Por esta razón, una parte de la doctrina defiende la procedencia del amparo contra este tipo de

[1] Algunas legislaciones permiten cuestionar no solo los actos de las autoridades públicas, sino también actos de particulares.

acto, mientras que otra parte de la doctrina se opone porque entiende que genera serias dificultades de orden procesal y de seguridad jurídica.

En este ensayo analizaremos los problemas que derivan de utilizar el amparo ordinario para cuestionar las decisiones jurisdiccionales y proponemos la implementación de un amparo especial para proteger a las personas que son víctimas de arbitrariedades y vías de hecho en un proceso judicial.

II. Modalidades de amparo contra decisiones jurisdiccionales

Básicamente, existen dos modelos de amparo contra decisiones jurisdiccionales: *i)* ordenamientos jurídicos que prohíbe el amparo ordinario contra decisiones jurisdiccionales, y *ii)* ordenamientos jurídicos que admiten el amparo contra decisiones jurisdiccionales pero condicionada al cumplimiento de determinados requisitos. A ambos modelos nos referimos a continuación.

2.1. Sistemas que prohíben el amparo ordinario contra decisiones jurisdiccionales

Entre los sistemas que prohíben el amparo contra decisiones jurisdiccionales se encuentran el de Argentina, Brasil, Costa Rica, Cuba, Honduras, Nicaragua, Paraguay y Uruguay. A cada uno de estos ordenamientos me refiero a continuación.

En el sistema argentino está prohibido el amparo ordinario, no solo contra las decisiones jurisdiccionales de los jueces, sino también contra sus decisiones administrativas. Dicha prohibición está consagrada en el artículo 2, literal a) de la Ley 16.986 sobre Amparo, en el que se establece que el amparo no será admisible contra actos del Poder Judicial.[2] Este texto ha sido cuestionado porque se considera muy general, vago e impreciso, en la medida

[2] Sagües, Néstor Pedro, *Compendio de Derecho Procesal Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2009, p. 466.

que el legislador se refiere a actos del Poder Judicial, sin tomar en cuenta que los órganos y jueces de este poder dictan actos jurisdiccionales y actos administrativos.[3]

En torno al tema, la doctrina argentina está muy dividida.[4] Para algunos, la prohibición de amparo debe circunscribirse a los actos jurisdiccionales, en el entendido de que no existe justificación para prohibirlo respecto de los demás actos.[5] En apoyo a esta tesis, también se sostiene que la interpretación literal del texto no es coherente con la finalidad perseguida por el legislador, en el entendido de que dicha prohibición se estableció para evitar que se desvirtuara el principio de la cosa juzgada;[6] problema que solo puede producirse con relación a los actos jurisdiccionales por ser los únicos que adquieren la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada.

Sin embargo, cabe destacar que la Corte Suprema de la Nación no admite el amparo contra sus resoluciones administrativas, con lo cual el más alto órgano del poder judicial se niega a distinguir entre actos administrativos y actos jurisdiccionales.[7] Nos parece que esta es una postura incorrecta de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ya que no se justifica la prohibición del amparo contra actos no jurisdiccionales del poder.

En el sistema costarricense las decisiones jurisdiccionales no pueden cuestionarse por la vía del recurso de amparo, en aplicación del artículo 30, letra a), Ley 7135, sobre la Jurisdicción Constitucional, de 18 de octubre de 1989. Cabe destacar, que contra este texto se han incoado varios recursos de inconstitu-

---

3 Maraniello, Patricio Alejandro, *El amparo en Argentina. Evolución y características especiales,* en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Villabella Almengol, Carlos Manuel, (coords.), *El Amparo en Latinoamérica*, México, FUNDAp, 2012, p. 81.

4 *Ibidem,* p. 82.

5 *Idem*.

6 Morello, Augusto M. y Vallefín, Carlos A., *El amparo. Régimen procesal*, La Plata, Platense, 2000, p.149. Citado por Sagües, Néstor Pedro, *op. cit*., p. 468.

7 Rivas, Adolfo, A., *El Amparo*, Buenos Aires, La Rocca, 2003. Citado por Sagües, Néstor Pedro, *op. cit.,* p. 468.

cionalidad, los cuales han sido rechazados por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de ese país porque este tribunal considera que mediante los recursos previstos en el ordenamiento es posible salvaguardar los derechos fundamentales.[8] No obstante, este precedente ha sido criticado por una parte de la doctrina costarricense que considera que, por una parte, los jueces violan con bastante frecuencia los derechos fundamentales y, por otra parte, que la Constitución no prohíbe el amparo contra sentencias.[9]

En el sistema cubano, el artículo 6, letra a) de la Ley 153 sobre el proceso de Amparo de los Derechos Constitucionales, de 15 de julio de 2022, se establece que no puede utilizarse el amparo para hacer "reclamaciones por inconformidad con las decisiones judiciales adoptadas en otras materias". En aplicación de este texto, la vía del amparo contra este tipo de acto queda absolutamente cerrada.

En el sistema brasileño, el mandamiento de seguridad, equivalente al amparo, no procede contra decisiones jurisdiccionales, cuando en el derecho común existan recursos mediante los cuales estas puedan cuestionarse, según el artículo 5, II, de la Ley 1533/1951.[10] Sin embargo, la jurisprudencia ha establecido que dicha garantía puede utilizarse para suspender la ejecución de una decisión jurisdiccional, cuando los recursos previstos en el derecho común no tengan efectos suspensivos.[11]

---

8 Sala Constitucional de Costa Rica Sentencias 1371-92, de 26 de marzo, 1992 y Sentencia 3998- 92, de 15 de diciembre de 1992, tomada Acosta de los Santos, Hermógenes, "Evolución de la acción de amparo en la República Dominicana", en Ordoñez Solís, David (coord.), *El amparo judicial de los derechos fundamentales en una sociedad democrática,* República Dominicana, Escuela Nacional de la Judicatura, 2018, pp. 159 y 160.

9 Hernández Valle, Rubén, "El amparo en Costa Rica", en Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *El Derecho del Amparo en el Mundo*, México, UNAM-Porrúa, Konrad -Adenauer- Stiffung, 2006, p. 269. Citado por Acosta de los Santos, Hermógenes, *op. cit*., pp. 596 y 597.

10 Silva, José Alfonso da, "Mandamiento de seguridad en Brasil", en Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *op. cit*., pp. 132 y 133.

11 *Ibidem,* p. 133.

En el sistema hondureño, el artículo 46.7 de la Ley sobre la Justicia Constitucional, de 30 de agosto de 2004 prohíbe el amparo en materia civil respecto de quienes fueron partes en el proceso y respecto de los terceros que tuvieren a su disposición recursos expeditos o acciones legales en el mismo juicio. Mientras que en materia criminal se prohíbe contra las sentencias definitivas, ejecutoriadas.

En el sistema nicaragüense se prohíbe el amparo contra los actos emanados de los tribunales, es decir, los actos jurisdiccionales y los actos administrativos, según el artículo 51, ordinar l de la Ley 49 de 1988, modificada en 2008, sobre Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad. Amparado en este texto, la doctrina sostiene que la vía para cuestionar las decisiones de los funcionarios judiciales son los recursos previstos en los códigos y leyes.[12]

En el sistema paraguayo, la prohibición del amparo contra actos jurisdiccionales está prevista en el artículo 134 de la Constitución, según el cual "El amparo no podrá proponerse en la tramitación de causas judiciales, ni contra actos de órganos judiciales [...]".[13] Una previsión similar se consagra en el artículo 565 del Código Procesal Civil, que es donde se regula el amparo.

En el sistema uruguayo se prohíbe el amparo contra los actos jurisdiccionales y contra cualquier acto que se dicte en el curso de un proceso contencioso, según el artículo 1, letra A de la Ley 16.011,[14] texto que consagra una prohibición amplísima, como ocurre en los sistemas argentino y el nicaragüense. Por esta razón y porque el texto contempla otras improcedencias, parte de

12 Escobar Forno, Iván, "El amparo en Nicaragua", en Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *op. cit*., p. 555.

13 Seall-Sasiain, Jorge, en Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *op. cit*., p. p. 583.

14 Gros Espiell, Hector, "El Derecho del Amparo en Uruguay", en Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *op. cit*., p. 635. Flores Dapkeevicius, Rubén, "El amparo en la República Oriental del Uruguay", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Villabella Almengol, Carlos Manuel, (coords.), p. 444.

la doctrina de ese país considera que en Uruguay el concepto de amparo es mucho más limitado que en otros sistemas.[15]

2.2. Sistemas que admiten el amparo ordinario contra decisiones jurisdiccionales bajo determinadas condiciones

Hay ordenamientos en los cuales el amparo contra decisiones jurisdiccionales es procedente a condición de que se cumplan determinados requisitos. Esta modalidad existe en Bolivia, Chile, Colombia, Guatemala, Panamá, Perú y Venezuela. A cada uno de estos ordenamientos me refiero a continuación.

En el sistema boliviano el amparo contra decisiones jurisdiccionales estuvo prohibido hasta que fue promulgado el Código Procesal Constitucional, razón por la cual una parte de la doctrina abogaba por su procedencia.[16] Por otra parte, el Tribunal Constitucional admitía la acción de amparo constitucional contra sentencias, aunque estas hubieren adquirido la autoridad de la cosa juzgada.[17] Este debate quedó zanjado al promulgarse el mencionado código porque en él se consagra que el amparo procede cuando los recursos ordinarios previstos no tengan efectos suspensivos.[18]

En el sistema chileno no existe una prohibición expresa de la acción de protección, equivalente al amparo, contra decisiones jurisdiccionales, por lo que la Corte Suprema de Justicia lo admite cuando esta es manifiestamente ilegal y afecta los intereses de una persona que no fue parte en el proceso, es decir, a un tercero.[19] Cabe señalar, que la jurisprudencia también ha admitido

---

15 Gros Espiell, Hector, *op. cit*. p. 636.

16 Rivera Santivañez, José Antonio, "El amparo constitucional en Bolivia", en Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *op. cit*., pp. 93 y 94.

17 17 Sentencias siguientes, núm. 111- 99 R de 6 de septiembre. SC No. 338-01-R de 29 de mayo y SC No. 546-02 de 13 de mayo. Sentencias citadas *idem*, pp. 96 y 97.

18 Artículo 53.I y 53.III Código Procesal Constitucional.

19 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha 28 de enero de 1994.

esta acción, aunque no se haya afectado los intereses de terceros en el entendido de que el artículo 20 de la Constitución Política de ese país no lo prohíbe.[20]

En el sistema colombiano, la acción de tutela, equivalente al amparo, contra decisiones jurisdiccionales estuvo regulada por el artículo 11 del Decreto 2591, de 19 de noviembre de 1991, texto que condicionaba su procedencia a que la decisión hubiera adquirido la autoridad de la cosa juzgada, o contra la cual no procedan los recursos previstos.[21] No obstante, el referido texto y otros textos conexos del señalado Decreto fueron declarados inconstitucionales, mediante la Sentencia C-543 de 1 de octubre de 1992, en el entendido de que eran contrarios al principio de autoridad de cosa juzgada y, en consecuencia, al principio de seguridad jurídica, entre otros principios esenciales del ordenamiento.

Sin embargo, posteriormente, las Salas de esa Corte Constitucional admitieron la procedencia de la tutela contra sentencias no susceptible de recursos, en los casos en que se advirtiera una flagrante violación de la Constitución.[22]

En el sistema guatemalteco procede el amparo contra cualquiera de los actos que dicten los tribunales del poder judicial, a condición de que no existan otros medios legales para subsanar el agravio, según se establece en el artículo 10, letra d), de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad contenida en el Decreto 1-86. También procede sí después de agotados los recursos ordinarios subsisten los agravios invocados, en aplicación del artículo 10 letra h), de la referida ley.

En el sistema panameño funciona una modalidad de amparo contra decisiones jurisdiccionales que es novedosa porque no se exige que la sentencia haya adquirido la autoridad irrevocable de la cosa juzgada, pero sí, que se haya interpuesto el recurso ordinario correspondiente, según se establece en el Decreto de Ga-

20 Sentencia de la Corte Apelación de Santiago de fecha 23 de marzo de 1992.

21 Acosta de los Santos, Hermógenes, *op. cit.,* pp. 153 y 154.

22 Sentencia T-683, dictada por la Sexta Sala de la Corte Constitucional de Colombia, 17 agosto 2006. *Ibidem*, pp. 168-171.

binete 50 de 20 de febrero del señalado año.[23] En este sentido, el requisito para la procedencia del amparo es la interposición del recurso ordinario correspondiente, lo cual implica que se abren dos instancias paralelas: una con el recurso ordinario y la otra con el amparo.

Es importante señalar que, por una parte, la interposición del amparo no suspende la ejecución de la sentencia cuestionada, pero el juez apoderado puede ordenar la suspensión de esta.[24] Por otra parte, el amparo no procede contra las sentencias del pleno de Suprema Corte de Justicia, ni contra las de sus salas, en aplicación de lo previsto en el artículo 207 de la Constitución panameña.

En el sistema peruano se admite el amparo contra sentencia y se condiciona la admisibilidad, según el artículo 4 del Código Procesal Constitucional, a que la sentencia no sea susceptible de recursos ordinarios; y a que se haya violado la tutela judicial efectiva.[25] Sin embargo, actualmente el ámbito de protección abarca otros derechos fundamentales, en virtud del precedente establecido en la Sentencia STC 3179-2004-PA.[26]

En el sistema venezolano procede el amparo contra sentencia, cuando esta haya sido dictada por un tribunal incompetente y viole derechos fundamentales, según el artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. El tribunal competente para conocer este amparo debe ser superior al que dictó la sentencia.[27]

Cabe destacar, que según el ordinar 6 del artículo 6 de la señalada Ley, el amparo no procede contra las decisiones de la Suprema Corte de Justicia.

---

23 Sánchez, Salvador, *op. cit*., p. 395.

24 Sánchez, Salvador, *op. cit*., p. 401.

25 Eto Cruz, Gerardo, "El Proceso de amparo en el Perú", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Villabella Almengol, Carlos Manuel, (coords.), *op. cit*., p. 418.

26 *Ibidem,* p. 422.

27 Brewer Carías, Allan, "El amparo constitucional en Venezuela", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Villabella Almengol, Carlos Manuel, (coords.), *op. cit*., pp. 458 y 461.

III. Eficacia de los derechos fundamentales y el principio de seguridad jurídica

Después de estudiar los modelos sobre el amparo contra decisiones jurisdiccionales, analizaremos las posiciones doctrinales que se plantean respecto de la cuestión; igualmente, nos referiremos a los sistemas en que se implemente una modalidad de amparo especial para cuestionar este tipo de acto.

3.1. El debate doctrinal sobre la procedencia del amparo ordinario contra decisiones jurisdiccionales

Básicamente, hay dos tesis respecto del amparo ordinario contra decisiones jurisdiccionales, una que es partidaria de que estos actos sean cuestionados mediante esta garantía y otra que se opone.

Una parte de la doctrina partidaria de la procedencia del amparo ordinario contra decisiones jurisdiccionales se fundamenta en que esta garantía fue prevista para cuestionar actos de las autoridades públicas que violen derechos fundamentales y en que los jueces son autoridades públicas que frecuentemente violan derechos fundamentales.[28]

Otros autores que siguen esta corriente, no se limitan a plantear la procedencia del amparo contra decisiones jurisdiccionales, sino que condicionan esta procedencia a que no existan "[...] mecanismos o trámites eficaces [...]".[29] Entendemos que en este planteamiento subyace la idea de que los recursos ordinarios y extraordinarios que normalmente consagran o prevén los ordenamientos jurídicos no son adecuados para cuestionar las decisiones que violan derechos fundamentales, con lo cual se pretende justificar la procedencia del amparo contra este tipo de actos.

Esta misma doctrina sostiene que de implementarse una modalidad de amparo contra decisiones jurisdiccionales, conviene

[28] Jorge Prats, Eduardo, *Derecho Constitucional*, vol. I, Santo Domingo, Ius novum, 2013, p. 181. Citado por Acosta de los Santos, Hermógenes, *op. cit*., p. 597. Véase también Hernández Valle, Rubén, *op. cit*., p. 269.

[29] Sagües, Néstor Pedro, *op. cit*., p. 469.

que se le atribuya competencia al tribunal jerárquicamente superior al que dictó la decisión cuestionada.[30] Este último elemento me parece cónsono con la lógica del sistema de justicia y en particular con la estructura jerárquica de la organización judicial, en la medida que la revisión de una decisión no debe realizarla un juez de la misma jerarquía que aquel que la dictó.

El otro planteamiento que hacen los partidarios de la procedencia del amparo contra decisiones jurisdiccionales concierne a que el amparo se desnaturaliza si siempre se acoge como si siempre se rechaza.[31] Inferimos que este autor está sugiriendo que esta modalidad de amparo solo se acoja en casos excepcionales, como, por ejemplo, cuando se trate de violaciones grosera y manifiestamente arbitrarias.

Los autores partidarios de la prohibición de la procedencia del amparo contra decisiones jurisdiccionales se fundamentan, por una parte, en que los recursos ordinarios y extraordinarios son las vías naturales para corregir las violaciones en que incurran los jueces y tribunales y, por otra parte, en que la habilitación del amparo

> [...] para revisar lo que otro magistrado está conociendo en ejercicio de su competencia o lo ya resuelto con autoridad irrevocable de la cosa juzgada o que se hiciera caso omiso de la forma en que se deben interponer los recursos, subvirtiendo las instancias y violando en consecuencia las previsiones legales, el proceso jurisdiccional sería una anarquía, un desorden e inseguridad tal, que, terminaría con el Poder Judicial.[32]

Otra posición que sigue esta misma orientación doctrinal sostiene que por la vía del amparo solo deben cuestionarse "[...] las resoluciones finales de la Suprema Corte de Justicia, ya que las emitidas por las instancias inferiores son susceptible de corrección en la misma instancia o por el superior. No obstante, si

---

30 *Idem*.

31 Soto Kloss, Eduardo, citado por Guzmán Jordan, Julio.

32 Lazzarini, José Luis, *El juicio de amparo*, Buenos Aires, Fondo editorial de Derecho y economía, 1988, p. 218. Acosta de los Santos, Hermógenes, *op. cit*., p. 598.

el litigio acaba en instancia inferior -con sentencia ejecutoriada y consentida- debe entenderse la procedencia del amparo contra esta última".[33]

En líneas generales, estas dos posiciones solo difieren en que la primera descarta la procedencia del amparo contra cualquier decisión, mientras que la segunda lo admite respecto de las sentencias definitivas que dicte la Suprema Corte de Justicia o las que dicten tribunales inferiores, a condición de que se trate de "sentencias ejecutoriadas o consentidas", es decir, sentencias no susceptibles de recursos.

Respecto del primer planteamiento, estamos de acuerdo en que permitir el amparo respecto de procesos que están en curso trastorna el normal funcionamiento del sistema de justicia y, en consecuencia, se afecta la seguridad jurídica. Ciertamente, permitir que el juez de amparo, que es generalmente un tribunal de primera instancia, cuestione lo decidido por otro juez de su misma jerarquía o lo decidido por otro de mayor jerarquía, supone promover un segundo proceso paralelo, escenario que no es cónsono con principios esenciales del sistema de justicia, como, por ejemplo, la seguridad jurídica, la estructura jerárquica de los tribunales y la economía procesal.

No estamos de acuerdo, sin embargo, con descartar la posibilidad de cuestionar las decisiones que haya adquirido la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgadas, porque entendemos que cuando estas violan derechos fundamentales deben ser revisadas. Es por ello qué, nos parece correcto el segundo planteamiento de esta corriente, porque no descarta el amparo contra las sentencias de la Suprema Corte de Justicia y de los tribunales inferiores que hayan sido ejecutoriadas y consentidas.

Sin embargo, consideramos que la vía para cuestionar las decisiones jurisdiccionales que tienen el carácter de irrevocable de la cosa juzgada no es el amparo ordinario, sino que debe implementarse un mecanismo subsidiario y extraordinario, como existe en algunos ordenamientos de Iberoamérica, como, por

[33] García Belaunde, Domingo, *Derecho Procesal Constitucional*, Bogotá, Editorial Temis, 2001, pp. 163-164. Citado por Acosta de los Santos, Hermógenes, *op. cit.*, pp. 597 y 598.

ejemplo, el ecuatoriano, el español, el mexicano y el dominicano, modelo a los cuales nos referiremos a continuación.

3.2. Mecanismos especiales para cuestionar las decisiones jurisdiccionales que violan derechos fundamentales

Los dos modelos estudiados, el que prohíbe el amparo ordinario contra decisiones jurisdiccionales y el que lo admite bajo ciertas condiciones, adolecen de defectos. El primero, porque deja sin protección a la víctima de una arbitrariedad cometida por un tribunal y; el segundo, porque trastorna el normal funcionamiento de la justicia y deteriora la seguridad jurídica. Por esta razón, lo más conveniente es que se implemente una garantía especial para cuestionar ese tipo de acto, como existe en los sistemas mencionados en el párrafo anterior, tal y como lo veremos a continuación.

Efectivamente, en Ecuador existe la acción extraordinaria de protección,[34] en España el recurso de amparo constitucional,[35] en México el amparo judicial o amparo casación[36] y en la República Dominicana el Recurso de Revisión de Decisiones Jurisdiccionales.[37]

Un primer elemento de estos modelos es que son subsidiario en la medida que su procedencia se condiciona a que la sentencia sea definitiva y se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios.[38]

---

34 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, art. 58 y siguientes.

35 Artículo 53.2 de la Constitución y artículos 44 y 50 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre del Tribunal Constitucional.

36 Artículo 107, fracción V de la Constitución Federal y artículo 170 y siguiente de la Ley sobre el Juicio de Amparo.

37 Artículo 277 de la Constitución y artículo 53 y siguiente de la Ley 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y sobre los Procesos Constitucionales.

38 Véase artículo 61.3, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccional y Control Constitucional de Ecuador, artículo 44.1.a de la Ley Orgánica 2/79, 3 octubre del Tribunal Constitucional de España, artículo 170.1 de la Ley Re-

Un segundo elemento concierne a que la violación debe invocarse ante el tribunal que conoce del litigio, tan pronto se tiene conocimiento de ella,[39] con la finalidad de dar la oportunidad de que esta sea subsanada ante los tribunales que conocen del fondo del litigio. Un tercer elemento concierne a que la competencia para conocer de estos recursos corresponde al Tribunal Constitucional, salvo en el caso mexicano, en cual se atribuye competencia al Tribunal Colegiado de Circuito.[40]

Consideramos que la modalidad de amparo que se consagra en estos sistemas es la más adecuado para cuestionar las decisiones jurisdiccionales que violan derechos fundamentales, en la medida que garantizan la eficacia de los derechos fundamentales sin afectar principios esenciales del sistema de justicia, como la seguridad jurídica, el orden jerárquico de la estructura judicial y la economía procesal.

Efectivamente, el hecho de que se trate de una garantía subsidiaria impide que sea obstaculizado el normal desenvolvimiento de la administración de justicia y que se afecte el principio de seguridad jurídica. Igualmente, este elemento garantiza la economía procesal porque cierra la posibilidad de que se cuestionen decisiones respecto de proceso que tienen instancias abiertas.

No existe posibilidad de que un tribunal pueda revisar lo decidido por otro tribunal de mayor jerarquía, en la media de que, como ya se indicó, la competencia para conocer de esta garantía

---

glamentaria del Juicio de Amparo de México y artículo 277 de la Constitución dominicana y el artículo 53.3, letra b, de la Ley Orgánica de Tribunal Constitucional de la República Dominicana y sobre los Procesos Constitucionales.

39 Véase artículo 61.6, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccional y Control Constitucional de Ecuador, artículo 44.1.c de la Ley Orgánica 2/79, 3 octubre del Tribunal Constitucional de España, artículo 171 de la Ley Reglamentaria del Juicio de Amparo de México y artículo 53.3, letra a, de la Ley Orgánica de Tribunal Constitucional de la República Dominicana y sobre los Procesos Constitucionales.

40 Véase artículo 62, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccional y Control Constitucional de Ecuador, artículo 53,2 Constitución de España, artículo 174 de la Ley Reglamentaria del Juicio de Amparo de México y artículo 277 de la Constitución de la República Dominicana.

la tiene el Tribunal Constitucional, salvo en el caso de México donde es competente el Tribunal Colegiado de Circuito, que es un tribunal de casación.

No cabe duda, que estamos en presencia de los modelos más adecuados para cuestionar las decisiones jurisdiccionales, lo que no significa que la autoridad irrevocable de la cosa juzgada resulte ilesa, sino que la afectación de esta importante institución es mínima porque estos recursos son extraordinarios, en la medida que solo proceden cuando se cumplen rigurosos requisitos de procedencia y en casos tasados. Además, dicha afectación queda justificada, ya que es la única manera de garantizar la eficacia de los derechos fundamentales.

Referencias

Acosta de los Santos, Hermógenes, "Evolución de la acción de amparo en la República Dominicana", en Ordoñez Solís, David (coord.), *El amparo judicial de los derechos fundamentales en una sociedad democrática,* República Dominicana, Escuela Nacional de la Judicatura, 2018.

Brewer Carías, Allan, "El amparo constitucional en Venezuela", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Villabella Almengol, Carlos Manuel, (coords.), *El Amparo en Latinoamérica*, México, FUNDAp, 2012.

Silva, José Alfonso da, "Mandamiento de seguridad en Brasil", en Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *El Derecho del Amparo en el Mundo*, México, UNAM-Porrúa, Konrad -Adenauer- Stiffung, 2006.

Escobar Forno, Iván, "El amparo en Nicaragua", en Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *El Derecho del Amparo en el Mundo*, México, UNAM-Porrúa, Konrad -Adenauer- Stiffung, 2006.

Eto Cruz, Gerardo, "El Proceso de amparo en el Perú", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Villabella Almengol, Carlos Manuel, (coords.), *El Amparo en Latinoamérica*, México, FUNDAp, 2012.

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

Gros Espiell, Hector, "El Derecho del Amparo en Uruguay", en Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *El Derecho del Amparo en el Mundo*, México, UNAM-Porrúa, Konrad -Adenauer- Stiffung, 2006.

Hernández Valle, Rubén, "El amparo en Costa Rica", en Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *El Derecho del Amparo en el Mundo*, México, UNAM-Porrúa, Konrad -Adenauer- Stiffung, 2006.

Jorge Prats, Eduardo, *Derecho Constitucional*, vol. I, Santo Domingo, Ius novum, 2013.

Maraniello, Patricio Alejandro, *El amparo en Argentina. Evolución y características especiales,* en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Villabella Almengol, Carlos Manuel, (coords.), *El Amparo en Latinoamérica*, México, FUNDAp, 2012.

Linares Quintana, Segundo V., Fayt, Carlos S. y Badeni, Gregorio, *Derecho Constitucional, Doctrinas Esenciales, 1936-2008*, *Revista Jurídica de Argentina La Ley*, t. I, Buenos Aires, 2008.

Rivera Santivañez, José Antonio, "El amparo constitucional en Bolivia", en Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *El Derecho del Amparo en el Mundo*, México, UNAM-Porrúa, Konrad -Adenauer- Stiffung, 2006.

Sagües, Néstor Pedro, *Compendio de Derecho Procesal Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2009.

Debate democrático en torno a los alcances de la inconstitucionalidad en la justicia constitucional paraguaya

***

Democratic debate around the scope of unconstitutionality in Paraguayan constitutional justice

*Elodia Almirón Prujel**

Resumen: la justicia constitucional en la República del Paraguay es incipiente, pues su nacimiento como tal se produce en la Constitución de 1992, con las competencias de la Sala Constitucional, y a lo largo de estos más de treinta años la misma se ha ido desarrollando, adquiriendo nuevas formas, que muchas de ellas no se encuentran legisladas, sino que han nacido a partir de la interpretación de los jueces de la Corte Suprema de Justicia, lo que ha implicado el avance de ella conforme necesidades institucionales.

Abstract: constitutional justice in the Republic of Paraguay is incipient, since its birth as such occurs in the 1992 Constitution, with the powers of the Constitutional Chamber, and throughout these more than thirty years it has been developing, acquiring new forms that many of them are not legislated, but have been born from the interpretation of the judges of the Supreme Court of Justice, which has implied the advancement of it according to institutional needs.

Palabras clave: justicia constitucional, alcances, efectos.

Keywords: constitutional justice, scope, effects.

Sumario: I. Competencia constitucional. II. Variables del proceso de inconstitucionalidad. Referencias.

I. Competencia constitucional

El sujeto constitucional facultado a la declaración de inconstitucionalidad es la Corte Suprema de Justicia, conforme lo dispone el artículo 132 de la Constitución, sin embargo, en el artículo 260 de este mismo texto se otorga esta facultad a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Aquí se produce un problema de interpretación, pues se otorga la facultad de la declaración de inconstitucionalidad tanto a la Corte Suprema de Justicia —que es el órgano jurisdiccional de la tríada de poderes del Estado— y también a una parte de esta misma Corte, que es la Sala Constitucional, de lo que claramente se interpreta que esta atribución constitucional la tienen dos sujetos, la Corte Suprema de Justicia y la Sala Constitucional, en el mismo nivel normativo y de máximo rango —el constitucional—, por lo que esta superposición parcial de atribuciones ha generado y lo seguirá haciendo, una serie de interpretaciones, todas ellas dispares, en relación a quien es el custodio de nuestra Constitución, o lo es la Corte Suprema de Justicia o lo es la Sala Constitucional, o ambas a la vez (una tercera parte de la misma).

El "control de constitucionalidad" tiene por objetivo la custodia del primer párrafo del artículo 137 de la Constitución que refiere la supremacía constitucional así como el orden de prelación en la aplicación de la ley, y este orden está dado por la Constitución, los tratados internacionales aprobados y ratificados, las leyes emanadas del Congreso, otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía (decretos, reglamentos, ordenanzas), así como también lo dispuesto en el artículo 256 del mismo texto ya mencionado que en su segundo párrafo estipula que "[...] Toda sentencia judicial debe estar fundada en la Constitución y en la

Ley [...]"; este control constitucional no protege en forma directa los derechos fundamentales, pero sí lo hace en forma colateral, cuando el acto normativo cuestionado infringe la Constitución, en cualquiera de los artículos que garantizan los derechos fundamentales, así también se hace aplicable a los artículos que regulan las competencias y organización de los poderes del Estado.

La facultad consiste en la declaración de inconstitucionalidad, dice el texto, de las normas jurídicas y de las resoluciones judiciales. Como "normas jurídicas", debe interpretarse que son los preceptos constitucionales de los que devienen luego de los tres actos de la interpretación (interpretación, argumentación y aplicación), pues ellas como tales son el resultado de la actividad interpretativa, entendiéndose como proceso-producto; así es la actividad desplegada por el intérprete a los efectos de otorgarle contenido significativo al precepto legal. De esta idea se desprende la posición que los artículos propiamente dichos, no son normas jurídicas, sino que ellos contienen normas jurídicas, las que toman forma y contenido a partir del trabajo del intérprete.

En lo que respecta a las "resoluciones judiciales", las mismas como un todo, fueron consideradas por el Convencional constituyente, pues este artículo refiere "resoluciones judiciales", y en esta generalidad debe entenderse la especificidad de las mismas (providencia, auto interlocutorio y sentencia judicial, reconocidas individualmente en el Código procesal civil). Sin embargo aquí se presenta nuevamente el mismo problema ya mencionado en párrafos anteriores, con respecto a lo dispuesto en el artículo 260 de este texto en su numeral 2) —este solo hace referencia a las sentencias definitivas o interlocutorias, no haciendo mención a resoluciones judiciales en sentido genérico—, debiendo ser resuelta esta disparidad conceptual con una interpretación literal a través de un argumento gramatical, pues así debe ser entendido en un contexto sistémico, en el sentido de que todas las resoluciones pueden ser pasibles de impugnación a través de la inconstitucionalidad, no solo las sentencias definitivas y los autos interlocutorios, sino también las providencias. Si bien, el artículo 256 de la Constitución, ordena que toda sentencia judicial debe tener su fundamento en la Constitución (tampoco incluye a los autos interlocutorios), con el argumento retórico *a fortiori* (de mayor a menor), tanto los interlocutorios como las providencias

quedarían incluidos en la obligación del juzgador de fundamentar los mismos en el texto constitucional.

La inconstitucionalidad así reconocida en el contexto constitucional, tiene como efecto la inaplicabilidad de los actos normativos (leyes, decretos, reglamentos, etc.), o la nulidad de las resoluciones judiciales.

Ambos efectos, tienen como objetivo final la inexistencia del acto impugnado de inconstitucionalidad. Así en la inconstitucionalidad contra los actos normativos, el efecto de "inaplicabilidad" conlleva a que el precepto legal declarado inconstitucional hace que ya no se encuentre vigente el mismo y no se pueda aplicar a futuro (efecto *ex nunc*), es decir el precepto declarado inconstitucional es válido, pero no vigente, y no podrá ser aplicado a partir de la declaración de inconstitucionalidad del acto normativo impugnado de tal, es decir no tiene efecto retroactivo, por lo que las situaciones fácticas originadas con anterioridad a la fecha de la declaración quedarán regidas por la normativa vigente al momento de su nacimiento. El efecto *ex tunc*, sin embargo, tiene una dirección contraria, y es que este tiene un efecto retroactivo, alcanzando así a todos los actos que se generaron durante la vigencia del acto normativo cuestionado de inconstitucionalidad. En el primer efecto mencionado, el órgano jurisdiccional se convierte en legislador negativo, pues expulsa el acto normativo del derecho positivo interno, es decir, en el caso del poder legislativo (legislador positivo) sanciona la ley para que vea la luz de su exigibilidad, sin embargo, el poder judicial (más específicamente, aquel denominado Tribunal Constitucional, que en el caso de Paraguay, no cuenta con el citado órgano, pues lo que se tiene es una Corte Suprema de Justicia/Sala Constitucional —a los efectos prácticos el órgano con ejercicio efectivo de poder—), se convierte en un legislador negativo al expulsar el acto normativo del sistema jurídico al que pertenece. Este acto de expulsión claramente, para el caso de Paraguay, no es inmediato, sino que el órgano jurisdiccional en cuestión al declarar inaplicable, el acto posterior debe ser la comunicación al Congreso de la República, para que este proceda, como legislador positivo, a derogar el precepto legal declarado inconstitucional, siempre y cuando se trate de una ley (esto dependerá del tipo de acto normativo de que se trate).

Contra las resoluciones, el efecto es la "nulidad", es decir, las resoluciones judiciales declaradas inconstitucionales son nulas (inexistentes), generando como resultado de esta nulidad que se ordene el reenvió del proceso a la instancia donde se produjo la misma —primera o segunda instancias— (por violación del artículo 256 segundo párrafo del texto constitucional), para un nuevo juzgamiento (artículo 560 del Código de rito civil), ya que la resolución ha sido anulada por vicio de inconstitucionalidad (fundamentación *contra legem*).

El artículo 556 del Código Procesal Civil establece las causales para la procedencia de la inconstitucionalidad contra resoluciones (artículo 260 de la Constitución, no olvidemos que solo refiere contra sentencias definitivas o interlocutorias), que son dos, cuando "por sí mismas sean violatorias de la Constitución", o cuando "se funden en una ley, decreto, reglamento, u otro acto normativo de autoridad, contrarios a la Constitución". En el primer caso tratado, debemos entender que la fundamentación de la resolución (sentencias de primera o de segunda instancia, o autos interlocutorios de primera o de segunda instancia, o providencias) es la que la torna inconstitucional, por una interpretación incorrecta del texto legal aplicable a la solución del caso en cuestión, dando origen a un tipo de "sentencia arbitraria"; y en el segundo caso analizado, es cuando el juzgado aplica un precepto legal (acto normativo) que en sí mismo es inconstitucional, convirtiendo así a la resolución en inconstitucional.

La doctrina de la sentencia arbitraria, desarrollada por la Corte Suprema de Justicia, desde el año 1985 hasta la fecha, comprende no solo aquellas sentencias carentes de fundamentación, con una fundamentación errada, con una fundamentación aparente, o inclusive una fundamentación que contradiga el texto constitucional, sino que además esta doctrina comprende aquellas sentencias que tienen un insuficiente razonamiento probatorio, consideran pruebas no diligencias en las instancias inferiores o con una incorrecta valoración probatoria. La sentencia arbitraria permite al órgano juzgador inferior corregir o rectificar estas falencias, una vez que la Corte Suprema de Justicia o la Sala Constitucional se pronuncien sobre la impugnación de inconstitucionalidad, disponiendo el reenvío del proceso al órgano juris-

diccional que sigue en orden de turno, para el nuevo juzgamiento de la causa.

II. Variables del proceso de inconstitucionalidad

La referencia de inconstitucionalidad debe ser analizada en reflejo a lo que estipula el artículo 137 —último párrafo—, pues allí se expone que "[...] Carecen de validez todas las disposiciones o actos de autoridad opuestos a lo establecido en esta Constitución [...]", de lo que se colige que cualquier acto normativo contrario al orden de prelación constitucional y por ende a la supremacía constitucional, carece de validez, debiendo interpretarse así dentro del contexto constitucional. Esta disposición constitucional, conforme interpretación sistémica habilita a la máxima instancia jurisdiccional, debe ser activada por la Corte Suprema de Justicia, pues implicaría que la disposición normativa atacada de inconstitucional, sea expulsada del sistema de derecho positivo interno, pues el precepto legal es suficientemente claro al ordenar que toda disposición contraria al texto constitucional carece de validez, al igual que los actos de autoridad. Con respecto a esta categoría, los actos de autoridad refieren a la actividad competencial de los tres órganos estatales (legislativo, ejecutivo y judicial) así como a los otros órganos constitucionales, tales como Defensoría del Pueblo, Consejo de la Magistratura, Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, Banco Central del Estado, entre otras instituciones de rango constitucional.

La inconstitucionalidad lo que posibilita, es la declaración de invalidez del acto impugnado como tal, tratándose de actos normativos propiamente —su inaplicabilidad—, y de resoluciones judiciales —su nulidad—, encontrándose relacionada la nulidad, con la inexistencia del acto jurisdiccional declarado inconstitucional, que por efecto del reenvío dispuesto en el artículo 560 del Código Procesal Civil, se devuelve al juzgado que sigue en orden de turno, para el nuevo juzgamiento de la causa, ya sea en primera o en segunda instancia, lo que no conlleva al retrotraimiento del procedimiento como ocurre con el efecto generado con un recurso de nulidad por vicio de procedimiento que se vuelve al acto procesal donde se produjo el vicio, para que lo reproduzca el nuevo juez

interviniente. No así la inaplicabilidad, pues la misma está relacionada con la vigencia del acto, y no precisamente con su origen, por lo que el acto normativo es válido si el mismo se ha originado en el órgano competente para ello (así la Ley tiene su origen en el Congreso de la República, la sentencia judicial tiene su origen en el órgano jurisdiccional, etc.), pero con la inconstitucionalidad queda sin vigencia y por ende inaplicable con efecto *ex nunc* —desde ahora—, así el efecto de la inconstitucionalidad produce sus efectos a futuro, y no tiene efecto retroactivo —*ex tunc*—.

El proceso de inconstitucionalidad se encuentra regulado como ya se había referenciado en el Código Procesal Civil, no se cuenta con una ley regulatoria especial, por lo que los procesos de constitucionalidad se ordenan en una ley procesal civil (el proceso civil no guarda relación alguna con el proceso constitucional, sus principios son distintos, así como también su contenido ideológico).

La legitimación del proceso recae en el interesado, no se tiene una legitimación abstracta, por el solo interés del mantenimiento de la supremacía constitucional, lo que resta amplitud al control de constitucionalidad más aun tomando en consideración que la interpretación dada por la Corte Suprema de Justicia es con el alcance *inter-partes* (solo entre las partes) y no *erga omnes* (para todos).

Las reglas procedimentales pueden ser catalogadas del siguiente modo: *i)* legitimación activa: persona física, persona jurídica de derecho público/derecho privado; *ii)* legitimación pasiva: persona física, poder ejecutivo, poder legislativo, poder judicial, Defensoría del Pueblo, Banca Central del Estado, Consejo de la Magistratura, Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, etc.; *iii)* plazo de interposición: imprescriptible (actos normativos de carácter general), 6 meses (acto normativo de carácter particular), 9 días (resoluciones judiciales), etapas procesales (excepción de inconstitucionalidad); *iv)* órgano competente: Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia; *v)* plazo de resolución: 30 días; *vi)* parte imprescindible en el proceso: Ministerio Público (Fiscalía General del Estado); *vii)* plazo de traslado: 18 días para los actos normativos de carácter genera/particular, 9 días para las resoluciones judiciales/excepción

de inconstitucionalidad; *viii)* reglas procedimentales: se pueden adoptar medidas para mejor resolver, se puede aperturar a prueba, se pueden adoptar medidas cautelares (de las pretasadas en el Código procesal civil); *ix)* efectos: la promoción de la acción de inconstitucionalidad contra actos normativos de carácter general/particular (a pedido de parte) puede suspender los efectos de los mismos; la promoción de la acción de inconstitucionalidad contra resoluciones judiciales suspende en forma inmediata la posibilidad de ejecutar la resolución judicial impugnada de inconstitucionalidad con la simple promoción de la misma; *x)* la acción de inconstitucionalidad (acto normativo de carácter general/particular, resoluciones judiciales) abona tasa judicial; *xi)* la consulta de constitucionalidad así como la acción de certeza constitucional no cuenta con regulación propia; *xii)* alcances: *erga omnes*, *inter partes*, *ex nunc*, *ex tunc*; *xiii)* rechazo *in limine* (múltiples causas); *xiv)* causa probable: cuestiones no justiciables, precisión de la norma constitucional o principio constitucional afectados, justificación de la lesión concreta, mención del cuerpo normativo o acto de autoridad impugnado, el escrito debe estar fundado en términos claros y concretos.

Estas reglas procedimentales aplican para todos los procesos de constitucionalidad, adaptándose las mismas para los procesos que no tienen una regulación propia como ser la acción de certeza constitucional, el incidente de inconstitucionalidad (Amparo) y la denominada consulta constitucional.

El proceso de constitucionalidad, ya en la ley procesal civil, contiene un acto procesal de oficio de que la acción se tenga por desistida si es que la misma no reúne las condiciones exigidas por dicha ley, que luego en la ley regulatoria de atribuciones de la Corte Suprema de Justicia (núm. 609/95), pasó a denominarse en su artículo 12 "Rechazo in limine", siendo que ya a finales de la década de los ochenta el artículo 552 disponía lo siguiente:

> Requisitos de la demanda. Al presentar su escrito de demanda a la Corte Suprema de Justicia, el actor mencionará claramente la ley, decreto, reglamento o acto normativo de autoridad impugnado, o, en su caso, la disposición inconstitucional. Citará además la norma, derecho, exención, garantía o principio que sostenga haberse infringido, fundando en términos claros y concretos la petición. En

> todos los casos la Corte Suprema examinará previamente si se hallan satisfechos estos requisitos. En caso contrario, desestimará sin más trámite la acción.

Este precepto legal utiliza el término desestimar, pero el objetivo es el mismo que el rechazo *in limine*, es decir, no se cumplen los requisitos, y no se da trámite a la acción, no dando vida a la regla del contradictorio. El mismo contenido normativo presenta el artículo 557 del Código Procesal Civil; el artículo 12 de la Ley 609/95 dispone lo que sigue "No se dará trámite a la acción de inconstitucionalidad en cuestiones no justiciables, ni a la demanda que no precise la norma constitucional afectada, ni justifique la lesión concreta que le ocasiona la ley, acto normativo, sentencia definitiva o interlocutoria".

El incumplimiento de los requisitos exigidos por la ley de forma civil y la ley organizativa, hacen que la promoción de la inconstitucionalidad (en sus variables de acto normativo de carácter general/particular, resolución judicial) no resultan ni siquiera tramitables. El agregado que presentó la ley regulatoria de atribuciones de la Corte Suprema de Justicia son las cuestiones no justiciables y la falta de justificación de una lesión concreta que le ocasiona el acto normativo cuestionado. Estos preceptos mencionados, lo que regulan realmente es la condición de admisibilidad o no de la acción de inconstitucionalidad para que posteriormente pueda ser tramitada conforme las reglas procesales pertinentes. La Sala Constitucional es la encargada de recepcionar todas las variables del control de constitucionalidad (acción, excepción, incidente, consulta y certeza), pero la misma no cuenta con un plazo procesal para expedirse al respecto. Si se aplicara supletoriamente los plazos del proceso de constitucionalidad, se tendría o 9 días, o 18 días o 30 días; como se trata de una simple cuestión de admisibilidad, el plazo prudencial que debe tomarse es el de 9 días desde el momento de la promoción de la acción, pues de lo contrario sin tener un plazo procesal específico en la ley pero sí en un acto normativo de rango muy inferior como ser una Acordada núm. 975/2015 (20 días hábiles), son numerosas las acciones que se encuentran pendientes de su admisibilidad por mucho tiempo, inclusive por años.

> El ministro Diesel con respecto a este rechazo *in limine* expone lo que sigue [...] QUE, estudiados los fundamentos de la acción incoada por los recurrentes, no surge de manera clara y concreta la lesión constitucional que ocasiona el fallo impugnado. Al respecto, cabe advertir que para la procedencia del control constitucional, el contenido del escrito en el que se plantea, debe abarcar una pormenorizada crítica de los fundamentos en que se apoyaron los Juzgadores para llegar a las conclusiones que originan los agravios. Es insuficiente e inconsistente la mera disconformidad o discrepancia con las resoluciones dictadas. En el caso examinado, las argumentaciones de los accionantes no satisfacen tal presupuesto, pues no se demuestra el agravio constitucional causado, a través de una exposición crítica, razonada y prolija de las resoluciones impugnadas, la cual debe bastarse a sí misma, dado el carácter autónomo y excepcional que posee esta acción [...]". (A.I. núm. 01 del 10 de enero de 2024, rechazo in limine de una acción de inconstitucionalidad en un proceso de Amparo constitucional).

La segunda variante de la inconstitucionalidad toma la forma de un medio general de defensa denominada excepción de inconstitucionalidad, la cual también se encuentra regulada en el Código procesal civil, y mencionada en el artículo 260 de la Constitución. La excepción de inconstitucionalidad, encuentra su sustento en que la fundamentación normativa de las partes en un proceso judicial, atenta contra un derecho, deber, obligación o principio de rango constitucional. El artículo 132 no menciona a la excepción de inconstitucionalidad como medio de solucionar conflictos constitucionales, solo el artículo 260 se refiere a ella, y encuentra su regulación procedimental en el Código Procesal Civil y en la ley regulatoria de la Corte. La excepción de inconstitucionalidad siendo concebida como un medio general de defensa, su realidad ideológica descansa es que un control de constitucionalidad preventivo, a los efectos de evitar la aplicación de un acto normativo inconstitucional por parte del órgano jurisdiccional. La ley procesal civil establece las etapas procesales en las que se puede oponer la excepción y los tipos de juicios (ordinarios, especiales, sumarios, incidentes) así como las instancias de oposición. Este tipo de control de constitucionalidad, se encuentra a cargo —en forma exclusiva— o de la Sala Constitucional o de la misma Corte Suprema de Justicia, pues el control de constitucionalidad en Paraguay es concentrado y no difuso, por ello cuando

el juzgador inferior observa que la excepción de inconstitucionalidad ha sido opuesta fuera de las etapas procesales reguladas en la ley civil de forma, no la puede rechazar, está obligado a darle la tramitación correspondiente, y luego elevar los antecedentes a la máxima instancia jurisdiccional, porque de lo contrario estaría asumiendo competencias que no le han sido otorgadas por la Constitución, pudiendo ser pasible de juzgamiento por el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados —por desconocimiento de la ley, artículo 14 literal g) de la Ley núm. 6814/2021—; por lo que el rechazo de una excepción de inconstitucionalidad no es competencia de los juzgadores de instancias inferiores, sino exclusivamente de la Sala Constitucional de la Corte o de la misma Corte, el juez de primera instancia o la Alzada que recepcione una excepción de inconstitucionalidad solo debe limitarse a tramitar la misma, y luego elevar los antecedentes a la máxima instancia jurisdiccional para el análisis y resolución de la misma.

Conforme el artículo 132, el legitimado constitucional es la Corte Suprema de Justicia para la realización del control constitucional, y tenemos fallos en el acervo constitucional, donde se declara la inconstitucionalidad con el efecto *erga omnes*, de acuerdo a lo prescripto en el artículo 137 *in fine* de la Constitución "[...] Carecen de validez todas las disposiciones o actos de autoridad opuestos a lo establecido en esta Constitución".[1]

Los tipos que conforman el control de constitucionalidad, no solo se reducen a la acción de inconstitucionalidad contra acto

[1] El prof. Dr. Luis Lezcano Claude sostiene que el efecto limitado de inaplicabilidad de las disposiciones para el caso concreto es consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad pronunciada por la Sala Constitucional y no por el Pleno. Según el jurista, en virtud de lo dispuesto en los artículos 132 y 259 inciso 5 de la Constitución en concordancia con el 137 último párrafo, la Corte Suprema de Justicia, actuando en pleno, tiene la facultad de declarar la inconstitucionalidad con efectos erga omnes. Es este criterio que el máximo órgano jurisdiccional paraguayo sostuvo en algunos fallos al declarar la inaplicabilidad de la Ley núm. 244/93 (Acuerdo y Sentencia núm. 183 del 1 de julio de 1994), del Decreto núm. 117 del 18 de agosto de 1998 (Acuerdo y Sentencia núm. 415 del 2 de diciembre de 1998); de los artículos 136 y 137 del Código Procesal Penal de 1998 a los procesos regidos y sustanciados por el Código de Procedimientos Penales de 1890 (Acuerdo y Sentencia núm. 979 del 18 de septiembre de 2002).

normativo, contra resoluciones judiciales, y la excepción de inconstitucionalidad, se tiene además el incidente de inconstitucionalidad regulado en el artículo 582 del Código Procesal Civil, la denominada "consulta constitucional" que realmente se trata de un control de oficio de constitucionalidad, y la declaración de certeza constitucional.

El incidente de inconstitucionalidad se activa en otro proceso constitucional que es el del Amparo. El artículo 582 del cuerpo procesal civil fue modificado por la Ley número 600/95, y el contenido no modificado regulaba un control difuso de constitucionalidad en nuestro país, pues el texto disponía cuanto sigue "El juez podrá pronunciar expresamente la inconstitucionalidad de leyes, decretos, reglamentos u otros actos normativos de autoridad, cuando ello fuere necesario para la concesión del amparo. La apelación, en este caso, será resuelta por la Corte Suprema de Justicia", de este texto se colige claramente que un juez de rango inferior y no la Corte Suprema de Justicia era la responsable y tenía la competencia para declarar la inconstitucionalidad de los actos normativos allí individualizados, para conceder el Amparo constitucional y para su revisión se daba el *per saltum*, pues el órgano de Alzada no era un Tribunal de Apelación sino la misma Corte Suprema de Justicia. Este control difuso de constitucionalidad coexistió con el control concentrado desde el 20 de junio de 1992 (promulgación de la Constitución) hasta el 16 de junio de 1995 (3 años), es decir, durante este tiempo tuvimos control concentrado *vs.* control difuso, pero con la Constitución de 1992 el control se volvió exclusivamente concentrado por mandato de los artículos 132 y 259 numeral 5) de la Constitución y tal situación normativa no ha cambiado a la fecha. Este denominado "incidente" pues así lo cataloga la ley, realmente no se trata de un incidente, pues lo activa el juzgador de primera instancia quien recibe el amparo y que con la nueva redacción

> Si para decidir sobre la acción de amparo fuere necesario determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de alguna ley, decreto o reglamento, el Juez, una vez constatada la demanda, elevará en el día los antecedentes a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la que en la mayor brevedad declarará la inconstitucionalidad si ella surgiere en forma manifiesta. El incidente no suspenderá el juicio que proseguirá hasta el estado de sentencia.

Se ha trasladado el control a la Sala Constitucional de la Corte, todo ya en consonancia con el texto constitucional de 1992 (control concentrado). La redacción de este precepto presenta una serie de problemas de aplicabilidad, pues no regula el plazo procesal para que la Sala Constitucional se expida al respecto de esta forma de "consulta", solo dice "[...] en la mayor brevedad posible [...]" que no es un plazo, la verdad que es la nada misma, pues en la mayor brevedad no implica un tiempo específico y definido en el que tenga que expedirse el órgano jurisdiccional, no pudiendo aplicarse el plazo que tiene la Sala Constitucional o la Corte para resolver una acción o una excepción de inconstitucionalidad que es de 30 días, pues se trata de un Amparo constitucional, en el que el plazo máximo es tres días para los actos procesales reglados en el Código procesal civil, por lo que a través de un argumento sistémico para cubrir esta laguna normativa (problema lógico de interpretación) se debe aplicar el plazo procesal máximo del amparo que es de 3 días.

El texto del artículo 582 no denomina a este procedimiento "consulta" pero realmente lo es, pues el juez del Amparo no lo puede resolver, en razón que tiene una duda acerca de la constitucionalidad o no de alguna ley, decreto o reglamento que tenga que aplicar para resolver la garantía constitucional y como el control de constitucionalidad en la República del Paraguay es concentrado y no difuso, el juez de primera instancia no puede declarar inconstitucional el precepto legal en duda, por ello remite a la Sala Constitucional de la Corte a tal efecto.

Otra falla en la redacción del artículo analizado es que utiliza la palabra "constatada" y no "contestada", pues dice "[...] una vez constatada [...]" en lugar de decir una vez contestada, pues el contenido significativo de estas palabras es totalmente distinto, pues contestar es la palabra que se adecua al contexto procesal del artículo 582, ya que significa dar respuesta a algo, sin embargo constatar es comprobar un hecho, un verbo no guarda relación con el otro en el contexto procesal, pues una demanda lo lógico es que sea contestada y no constatada, por lo que a través de una interpretación correctora conforme, se debe colegir que el verbo de acción es contestar y no constatar, para darle un sentido integral al precepto legal.

La Sala Constitucional ha realizado una interpretación del artículo 582, en el sentido de compararlo con el artículo 18 literal a) del mismo cuerpo legal, exponiendo que para la elevación de los autos a la máxima instancia, el juzgador debe fundamentar su posición acerca del porqué considera inconstitucional el acto normativo que necesita aplicar para resolver el amparo, la elevación no es una simple remisión sino que debe ir en forma de consulta por parte del inferior al superior, y la posición del juez debe estar fundamentada. Hay opiniones dispares acerca de la aplicación del artículo 582, pero cabe exponer que el mismo no ha sido derogado a la fecha, por lo que su contenido sigue siendo de cumplimiento obligatorio para la judicatura nacional.

Otra variable como tipología del control de constitucionalidad, es la denominada "consulta constitucional", y se dice denominada porque conforme el principio de legalidad tal instituto no existe en nuestro sistema legal, pero se basa esta variable en el contenido del artículo 18 literal a) del Código Procesal Civil, el que regula —realmente— un control *ex officio* de constitucionalidad por parte de la máxima instancia jurisdiccional. Este precepto legal presenta un problema de sistematicidad, pero que puede ser resuelto a través de una interpretación sistémica. El precepto legal está redactado así:

> Facultades ordenatorias e instructorias. Los jueces y tribunales podrán, aun sin requerimiento de parte: a) remitir el expediente a la Corte Suprema de Justicia, ejecutoriada la providencia de autos, a los efectos previstos por el artículo 200 de la Constitución, siempre que, a su juicio, una ley, decreto u otra disposición normativa pueda ser contraria a reglas constitucionales; [...].

El primer problema que presenta es que referencia al artículo 200 de la Constitución, pero no de la Constitución de 1992 sino de 1967; se debe recordar que el código procesal es de finales de la década de los ochenta, y por ello su regulación hace referencia a la de 1967, no hay una posición estandarizada al respecto de este artículo, pues una posición es que la consulta constitucional no existe en nuestro sistema constitucional, pues tanto la Sala Constitucional no es órgano de consulta y que sus atribuciones se encuentran reguladas en el artículo 260 de la Constitución y

que al no responder al principio de legalidad tal competencia no existe. Otra posición interpretativa es que, siendo que nuestro control concentrado y no difuso, la competencia recae exclusiva y excluyentemente, o en la Sala Constitucional o en la Corte Suprema de Justicia. Realmente no estamos ante una "consulta", sino que en la operativa jurisdiccional el juzgador inferior se encuentra ante la disquisición de si está frente a un precepto, que según su visión jurídica es contrario a reglas constitucionales, no la puede declarar inconstitucional, y por ello debe elevar a la Sala —que puede ampliarse a Corte— su argumentación de que tal precepto es inconstitucional, en resolución fundada, es decir es un control *ex officio*.

Haciendo un trabajo comparativo entre los artículos 582 y 18 literal a) del mismo cuerpo legal ya mencionado, tenemos lo siguiente: 1. La primera diferencia entre ambos es que el artículo 582 fue modificado por la Ley 609/95 adaptándolo al texto constitucional de 1992, sin embargo, el artículo 18 quedó desfasado sin modificación alguna hasta la fecha; 2. El artículo 582 es aplicable en el procedimiento del Amparo constitucional, y el artículo 18 en su literal a) regula una facultad ordenatoria; 3. El artículo 18 literal a) se refiere a una etapa procesal para la elevación de los autos a la Corte Suprema, que es la providencia de "Autos", esa providencia es la de cierre del debate procesal cuando el debate dialéctico entre las partes ha sido clausurado y el juzgador debe resolver el caso; sin embargo, la etapa procesal aludida en el artículo 582 es al contestar la demanda (al menos esa es la interpretación dada por la judicatura nacional, pues ya hemos visto y analizado que la palabra usada por el legislador es constatada y contestada); 4. Ambos artículos no establecen plazos específicos para que la máxima instancia jurisdiccional se expida acerca del motivo por el cual el expediente ha sido elevado a su vista; 5. El artículo 582 dispone que el órgano de elevación es la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, y el artículo 18 literal a) se refiere a la Corte Suprema de Justicia (lógico, aun no existía en este tiempo la Sala Constitucional), y 6. La identidad entre ambos artículos se observa en el fin de los mismos, que es la preservación de la supremacía constitucional —artículo 137 primer párrafo de la Constitución—, y que es de competencia de la máxima instancia jurisdiccional.

La última variable es la llamada Certeza Constitucional, la que tampoco se encuentra regulada en nuestro sistema de derecho positivo interno, pero igualmente a través de la interpretación del texto constitucional, tanto la Sala Constitucional como la Corte Suprema de Justicia, le han dado vida como tipología de control de constitucional y como procedimiento constitucional.

La acción de certeza constitucional no tiene muchas sentencias (sean positivas o negativas), pero en los casos analizados, ha fallado tanto la Sala Constitucional como la Corte Suprema de Justicia. El artículo 247 le otorga al poder judicial la tarea de custodiar el texto constitucional, y el poder judicial se encuentra conformado (según el mismo precepto) por la Corte Suprema de Justicia, tribunales y juzgados; es decir la cabeza del órgano jurisdiccional es la Corte Suprema de Justicia y el control de constitucionalidad le es otorgado tanto por el artículo 132 como al 259 numeral 5) y el 260 le otorga la misma competencia a la Sala Constitucional. Esta acción es de interpretación constitucional con alcance de certeza, pues quien interpreta es el principal custodio del texto constitucional, no es cualquier órgano, es la máxima instancia jurisdiccional.

La acción de certeza es una acción de interpretación del texto constitucional por parte de su principal custodio (Sala Constitucional, Corte Suprema de Justicia), pues lo que se realiza es expresar argumentos sobre el contenido del artículo interpretado y el alcance de su contenido significativo, es decir, se desentraña el verdadero sentido y alcance del precepto constitucional.

El artículo 542 del Código procesal civil, se encuentra relacionado al fin de esta acción de certeza constitucional, pues ordena lo siguiente:

> Forma y contenido de la decisión. La Corte Suprema de Justicia dictará resolución bajo la forma de sentencia definitiva, dentro de los treinta días de recibido el expediente. Si hiciere lugar a la excepción declarará la inconstitucionalidad de la ley o del instrumento normativo de que se tratare, y su consecuente inaplicabilidad al caso concreto. Cuando se tratare de interpretación de cláusula constitucional, la Corte establecerá su alcance y sentido.

Este precepto legal se encuentra en la regulación del procedimiento de la excepción de inconstitucionalidad, pero en él se hace referencia a la interpretación de cláusula constitucional y además refuerza la idea de que en dicha interpretación la Corte establecerá su alcance y sentido. Esta regulación es del año 1988 y se encontraba en referencia a la Constitución de 1967, pero igualmente se sigue aplicando a la fecha; conforme lo expresa el artículo referenciado y su contenido significativo, la Corte Suprema de Justicia o bien la Sala Constitucional —pues se trata de un proceso constitucional— tienen competencia interpretativa sobre el texto constitucional, y así dar como resultado de su control una interpretación que tenga el alcance de una certeza constitucional.

Parte del procedimiento constitucional reglado para las acciones aplica en la acción de certeza constitucional, lo que marca la diferencia es que no existe una contraparte como ocurre con la excepción, la acción y el denominado incidente de inconstitucionalidad del artículo 582 del Código de Procedimientos Civiles, que si bien es cierto es denominado incidente en el precitado artículo, la elevación la decide el juez del amparo constitucional sin que tenga intervención en este procedimiento de consulta las partes intervinientes en la garantía constitucional.

Todas estas variables que integran el proceso de control de constitucionalidad en la República del Paraguay, muchas de ellas son recientes y requieren un mayor desarrollo, y las que no, como la acción y la excepción requieren una serie de reformas legislativas para un fortalecimiento en su alcance y aplicación para el mejoramiento de la justicia constitucional.

Referencias

Código Procesal Civil de la República del Paraguay, 1988.

Constitución de la República del Paraguay, 1992.

Fernández Arévalos, Evelio, *Órganos constitucionales del Estado*, Asunción, Intercontinental Editora, 2003.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Silvero Salgueiro, Jorge, (coords.), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*, Asunción, UNAM-DILP-Corte Suprema de Justicia, 2012.

Lezcano Claude, Luis, *Derecho Constitucional. Parte orgánica*, Asunción, Imprenta Salesiana, 2018.

Lezcano Claude, Luis, *El control de constitucionalidad en el Paraguay*, Asunción, Ediciones y Artes S.A., 2024.

Mendonca, Daniel, *Análisis Constitucional*, Asunción, Intercontinental, 2008.

Mendonca, Daniel y Guibourg, Ricardo, *La odisea constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

Mendonca, Daniel, *Los derechos en juego*, Madrid, Tecnos, 2003.

Mendonca, Daniel, *Sentencia Arbitraria análisis de la doctrina constitucional de la Corte Suprema de Justicia*, Asunción, Intercontinental, 2006.

Mendonca, Daniel, *Apuntos constitucionales, una guía para el ciudadano*, Asunción, Intercontinental, 2012.

Mendonca, Daniel y Apud, Habid, *Sentencia declarativa de certeza constitucional*, Asunción, Centro de Estudios Constitucionales, 2017.

Moreno Rufinelli, José A., *Nuevas Instituciones de la Constitución Nacional*, Asunción, Litocolor, 1996.

Moreso, Juan José, *La Constitución. Modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009.

Nino, Carlos Santigano, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992.

Ramírez Candia, Manuel Dejesús, *Derecho Constitucional Paraguayo*, Asunción, Litocolor, t. I y II, 2000.

Quiroga Lavié, Humberto, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1993.

Sagues, Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Porrúa, 2004.

Tellechea Solís, Antonio y Lezcano Claude, Luis, "Constitución de la República del Paraguay", *La Ley Paraguaya*, Asunción, 1992.

Zarini, Helio Juan, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992.

Compatibilidad entre soberanía y jurisdicción internacional. El caso de México

***

Compatibility between sovereignty and international jurisdiction. The case of Mexico

Eduardo Andrade Sánchez

Resumen: esta ponencia analiza la tensión entre la jurisdicción internacional y la soberanía nacional, explorando su compatibilidad. Se examinan las dimensiones de la soberanía y se enfatiza la distinción entre la *popular* y la *nacional,* sosteniendo que es esta la que se compromete al firmar un tratado cuyo cumplimiento queda sometido a la jurisdicción internacional, cuya naturaleza y alcance son estudiados distinguiendo sus expresiones europea y latinoamericana. Se explica por qué es rechazable la pretensión de imponer a los Estados la obligación de modificar su Constitución, empleando ejemplos de las sentencias impuestas a México.

Abstract: this paper analyzes the tension between international jurisdiction and national sovereignty and explores their compatibility. It examines the dimensions of sovereignty and emphasizes the distinction between popular and national sovereignty, asserting that the latter is compromised when signing a treaty whose compliance is subject to international jurisdiction. The nature and scope of international jurisdiction are studied, distinguishing its European and Latin American expressions, and explaining why the imposition on States to modify their Constitution has to be rejected, using examples from the judgments imposed on Mexico.

Palabras clave: soberanía, jurisdicción internacional, Corte Interamericana, tratados internacionales.

Key words: sovereignty, international jurisdiction, Inter-American Court, international treaties.

Sumario: I. Introducción. II. La soberanía, sus características y dimensiones. III. Jurisdicción Internacional, su naturaleza. IV. Aceptación de la jurisdicción internacional. Significado y consecuencias. V. Conclusiones. Referencias.

I. Introducción

Las sentencias contra México de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en los casos *García Rodríguez* y *Tzompaxtle Tecpile* generaron inquietud en el país en virtud de que requirieron cambios en la Constitución mexicana en materia de prisión preventiva oficiosa. El Gobierno mexicano manifestó su inconformidad con tal pretensión haciendo valer su soberanía. Por eso importa examinar la relación entre soberanía y jurisdicción internacional.

II. La Soberanía. Sus características y dimensiones

Stephen D. Krasner estudia cuatro manifestaciones de la soberanía: internacional-legal; westfaliana; doméstica e interdependiente.[1] La primera alude a la igualdad jurídica de los Estados. La westfaliana se refiere a la autodeterminación sin intervenciones externas. La doméstica tiene que ver con el poder supremo ejercido efectivamente al interior del Estado, y la interdependiente implica la capacidad para regular el flujo de capital, bienes, información, ideas, contaminación, migrantes etc. Para los efectos de este trabajo resalto la dimensión que identifica la soberanía como, capacidad de decisión suprema definitoria del modo de ser y de organizar

[1] Krasner, Stephen D., *Sovereignty: organized hypocrisy,* Estados Unidos, Princeton University Press, 1999, pp. 3 y 4.

la vida de una colectividad, que constituye la *soberanía popular* la cual desemboca jurídica y políticamente en la *autodeterminación* como su expresión *internacional-legal*. Entre ambas se construyen las normas jurídicas del derecho internacional, de modo que siempre es la voluntad soberana del Estado la fuente de validez de las normas en el plano internacional. En este, cada Estado es igual a los otros, bajo el principio de *igualdad jurídica de los Estados*.

La soberanía popular no puede quedar sometida a nada ni a nadie o dejaría de ser soberanía. En ella se sustenta la actuación internacional del Estado que en representación del pueblo asume compromisos, los cuales implican una limitación a la soberanía nacional, pero no la enajenación de la soberanía popular.

III. Jurisdicción Internacional. Su naturaleza

Gramaticalmente jurisdicción significa: "Poder que tienen los jueces y tribunales para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado." En consecuencia, por jurisdicción internacional se entiende ese poder asignado a órganos cuyas decisiones tengan un alcance más allá de las fronteras de los Estados nacionales, con competencia para dirimir controversias entre sujetos que quedan sometidos a ellos por virtud de disposiciones jurídicas pactadas con esa finalidad. La capacidad de estos órganos para ejecutar sus resoluciones varía en distintos grados según la naturaleza de la controversia y la fuente de la que surge el sometimiento de los sujetos juzgados por ellos. Una diferencia esencial con los tribunales nacionales es que los investidos de potestad internacional sufren una disminución en su capacidad coactiva.

Como antecedente de lo que hoy llamamos *jurisdicción internacional* encontramos la recurrencia al arbitraje convenido entre Estados soberanos. Solo las diferencias entre ellos quedaban sujetas a esa jurisdicción, incluso cuando se amplió con la creación de tribunales como la Corte Internacional de Justicia.

Luego surgieron otros órganos jurisdiccionales que extendieron su competencia a litigios entre personas en lo individual y un Estado, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

IV. Aceptación de la jurisdicción internacional. Significado y consecuencias

La decisión de sujetarse a una resolución judicial, proveniente de un órgano con capacidad para obligar al cumplimiento de su sentencia deriva de distintas circunstancias y los instrumentos internacionales aplicables presentan distintos grados de coercibilidad según la materia. En los de carácter económico, financiero y comercial existe una enorme variedad de soluciones jurisdiccionales previstas en los tratados correspondientes. En estos suelen aparecer cláusulas que implican la sujeción a métodos arbitrales. En los de tipo financiero, incluso una de las partes puede tomar de modo directo medidas de supresión del flujo de recursos como sanción.[2]

Otra distinción proviene del grado de integración entre los suscriptores. Son disímbolas las experiencias desarrolladas en Europa, América y África. Empero, en mayor o menor medida aparece en ellas el conflicto entre el cumplimiento de sentencias de tribunales internacionales en materia de derechos humanos y la preservación de la soberanía popular de los Estados involucrados. Al respecto se aprecian diferencias en relación con la jurisdicción internacional. La primera, en el caso de nuestro continente es que la base jurídica de la competencia de la Corte es la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), lo cual implicaría que las decisiones deben abarcar a todos los países de América, pero dado que Canadá y Estados Unidos no han aceptado someterse a la jurisdicción de aquella, su actividad judicial abarca solo al conjunto de Estados latinoamericanos.

Procede examinar las determinaciones jurisdiccionales de los tribunales europeo y latinoamericano y la forma de darles cumplimiento. Su acción consiste en verificar la existencia del acto considerado como violatorio y si este proviene de un agente del Estado. Constatada la violación, surge el deber de indemnizar al afectado, reparar el daño e incluso desarrollar otras actividades que muestren la voluntad del Estado de atenerse al compromiso

[2] En los acuerdos con el Fondo Monetario Internacional se incluyen cláusulas de este tipo.

de respetar los derechos humanos de sus nacionales.

En estas resoluciones orientadas concretamente a sancionar al Estado, se ha introducido la revisión de normas jurídicas internas a las que se estima como fuente de la eventual violación. Cuando eso ocurre, aparece la pretensión de la jurisdicción de que el Estado modifique su legislación interna, lo cual implica un evidente roce con su soberanía. Es ahí donde hay que enfocar la atención a fin de encontrar la frontera entre estas dos cuestiones.

Para ese efecto conviene considerar los siguientes aspectos:

a) El contenido del tratado. El tratado debería fijar con la mayor precisión posible las obligaciones adquiridas por cada Estado. Es frecuente que los tratados se redacten de una manera bastante amplia y ambigua, obedeciendo a las múltiples intenciones de los países que participan en las convenciones de las que surgen esos tratados. La interpretación de los mismos genera intensas dificultades precisamente por esa ambigüedad. Un ejemplo lo constituye la prohibición de la usura incluida en la Convención Americana, cuyo contenido exacto no se precisa.

En el caso mexicano la disputa se centra en determinar si está obligado a modificar su Constitución por una sentencia de la Corte, en tanto esta considera que la prisión preventiva oficiosa contenida en el derecho interno viola el artículo 2 de la Convención, el cual estableció el compromiso inicial de los Estados parte de realizar las adecuaciones en su derecho interno para hacerlo congruente con la misma. Por otra parte, el artículo relativo a las previsiones sobre libertad personal, compromete al Estado a que en su Constitución y leyes se precisen las causas que den lugar a la posible privación de la libertad. Esto se cumple en la propia Constitución mexicana.

Para destacar algunos aspectos específicos de la situación mexicana recurro al texto de mi artículo publicado en la *Revista Electrónica Iberoamericana* de la Universidad Carlos III de Madrid, que de manera resumida me sirve para ilustrar este punto.[3]

[3] Andrade Sánchez, Eduardo, "Reflexiones en torno a las tensiones entre la soberanía nacional y la jurisprudencia internacional", *Revista Electrónica*

¿Tiene la Corte facultades para juzgar en abstracto disposiciones jurídicas que emite un Estado en ejercicio de su soberanía? El artículo 2 de la Convención dispone:

> Artículo 2.- Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno
>
> Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimiento 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.

El texto obliga a los Estados que *al inicio de la vigencia* de la Convención no contaran con las mencionadas disposiciones. Ello no implica que con posterioridad los países puedan emitir cualquier clase de normas, pero los límites de las admisibles son los fijados taxativamente en la Convención, como la prohibición de la pena de muerte, de la esclavitud o los trabajos forzados.

Para el debido equilibrio del orden internacional conviene mantener incólume el principio de autodeterminación nacional. Reconocer la jurisdicción de la Corte IDH no implica renunciar a la soberanía.

Varios juristas latinoamericanos han denunciado el activismo judicial de la Corte IDH que en sus sentencias está creando obligaciones no asumidas originalmente. He aquí algunos botones de muestra: el profesor chileno Álvaro Paúl refiere que los Estados que suscribieron una Declaración a la que aludiremos posteriormente: "Están solicitando que la Corte no imponga visiones únicas de los derechos humanos".[4] Alfredo M. Vítolo, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, rechaza la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH por carecer de fun-

Iberoamericana, vol. 17, núm. 1, España, Universidad Carlos III de Madrid, 2023, pp.10-15, *https://doi.org/10.20318/reib.2023.7799*

[4] Paúl, Álvaro, "¿Una paradoja interamericana? Chile, un Estado que cumple las sentencias del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pero que impulsa su reforma*", Revista De Investigações Constitucionais,* vol. 7, núm. 1, 2020, *https://www.redalyc.org/journal/5340/534068339003/html/*

damento.[5] Ezequiel Malarino, de Argentina, afirma que la Corte IDH "amparada en la cláusula de las reparaciones [...] amenaza con convertirse en una suerte de legislador, juez y administrador supremo de los estados americanos".[6] Respecto de un caso en el que se pretendió modificar directamente el derecho interno de Costa Rica, Rocío Villanueva Flores de la Pontificia Universidad Católica del Perú escribió: "Estoy convencida de que la Corte IDH cumple un rol fundamental en la protección de los derechos humanos en América Latina. No obstante, este incuestionable y activo rol debe ser llevado a cabo dentro de los límites del Derecho, lo que supone respetar las normas de competencia".[7]

Es inaceptable que por el nacimiento jurisprudencial de "nuevos derechos", un pueblo renuncie a su soberanía internacionalmente garantizada, y quede subordinado a la decisión de un pequeño número de juzgadores de algunos países que, pese a sus méritos académicos, no cuentan con la representación democrática de una nación.

b) Facultades concedidas al órgano jurisdiccional y alcance de sus interpretaciones. Un dato fundamental para el análisis

---

5 Vitolo, Alfredo M., "Una novedosa categoría jurídica: <<querer ser>>. Acerca del pretendido carácter normativo *erga omnes* de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del <<control de convencionalidad>>", *Pensamiento Constitucional*, núm. 18, 2013, pp. 357-380, *https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/8961/9369*

6 Malarino, Jorge Ezequiel, "Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*", Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer Oficina Uruguay, 2010, p. 61, *https://www.corteidh.or.cr/tablas/r26835.pdf* Otro excelente trabajo de Malarino sobre este tema se denomina "Violar derechos humanos para protegerlos. Un análisis de la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos desde el cambio de siglo", *Revista de la Facultad,* vol. 9, núm. 2, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2018, *http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2314-30612018000200007*

7 Villanueva Flores, Rocío, "Activismo judicial y límites del Derecho en la actuación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", España, Universidad de Alicante, p. 166, *https://doxa.ua.es/article/view/2018-n41-activismo-judicial-y-limites-del-derecho-en-la-actuacio*

> de la relación entre soberanía y jurisdicción internacional lo constituye la verificación de la actividad de los órganos que resuelven estos conflictos respecto de las obligaciones genéricas asumidas por los Estados parte. Para ello es necesario recurrir a los instrumentos de mayor amplitud en la materia, que son fundamentalmente el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Hay que recordar que estos se dan en el marco de un sistema internacional de vinculación más de carácter político que jurídico que es la Asamblea General de las Naciones Unidas. Este basamento se manifiesta también en el artículo primero del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en el cual la premisa mayor es el reconocimiento de la capacidad de los estados para definir su propia organización y modo de vida. "Artículo 1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural."

Otro principio del derecho internacional vinculado la adquisición de los compromisos en materia de tratados es el de la buena fe. La interpretación de los tratados según el artículo 31 de la Convención de Viena, debe hacerse *de buena fe,* de acuerdo con el "sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin". La Corte IDH ha alterado el *sentido corriente* de los términos para darles una extensión que no tienen a partir de una interpretación del contexto de tales términos imprecisa y a veces caprichosa.

La competencia de la Corte para verificar la concordancia de un precepto interno con la obligación impuesta por el artículo 2, debe cumplir dos condiciones: *i)* que la norma viole una prohibición expresamente descrita en la Convención, y *ii)* reconocer las particularidades existentes en cada país, aplicando el criterio que los europeos han denominado "margen de apreciación nacional".

Verificar esos dos requisitos contribuiría a hacer compatible la autodeterminación estatal, con la protección jurisdiccional so-

bre violaciones a derechos fundamentales. Se requiere un balance que permita a la Corte valorar las disposiciones emitidas por los Estados aplicando la doctrina del *margen de apreciación nacional*. Hay que diferenciar entre las obligaciones adquiridas expresamente para no emitir determinadas normas, del compromiso expresado genéricamente de adoptar disposiciones que permitan cumplir con el tratado. Consecuentemente, se hace necesario atender el problema ya detectado de la expansión de la jurisprudencia de la Corte que ha empezado a producir reacciones adversas en diferentes naciones. Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay emitieron el 23 de abril de 2019 una Declaración en la cual expresan su inquietud frente a la referida tendencia expansiva.[8] También hay que tener en cuenta que la Corte IDH al ejercer facultades sancionadoras debería respetar principios como la taxatividad y la no aplicación analógica, ateniéndose a reglas de estricto derecho. Los Estados que suscriben la Convención se comprometen *de buena fe* a limitar su soberanía, no a enajenarla en atención a criterios de la Corte basados en facultades surgidas de un reglamento que se da a sí misma. Cuestión fundamental en relación con la naturaleza y el alcance de la jurisdicción de un órgano judicial es definir cuál es la conducta que da lugar a la controversia. Una forma de compatibilizar la determinación de la responsabilidad de un Estado y la consecuente reparación de las violaciones cometidas por sus agentes, con el respeto a su autodeterminación y a la facultad soberana de decidir el contenido de su Constitución y sus leyes, consiste en ajustar el examen realizado por el tribunal a los hechos denunciados como violatorios y contrastarlo con las disposiciones que está abocado a aplicar.

El "control de convencionalidad" no puede convertir a la Convención en parámetro de validez de las normas constitucionales de un Estado jugando el papel de *supraconstitucion*. Ese *control* debe constreñirse a sancionar al Estado cuyos agentes violan derechos humanos y hacerle reparar las faltas cometidas.

c) La intensidad del compromiso adquirido por los Estados. Esta variable presenta profundas diferencias. Latinoamé-

[8] Declaración sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, *https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/8628/1/declaracion-sobre-sistema-interamericano*.pdf

> rica no es Europa. En el viejo continente se ha desarrollado un proceso gradual de integración que proviene de los años 50 del siglo pasado, y cuyo propósito explícito a lo largo del tiempo ha sido la formación de una unidad política de mayor tamaño conocida como Unión Europea. En ese ambiente el grado de integración es mucho más intenso y la red de tratados entre los diferentes países los vinculan a compromisos que van más allá de los derechos humanos.

De ahí que la Convención sobre estos haya dado lugar a un tribunal cuya incidencia en las decisiones internas de los países involucrados adquiere una mayor profundidad, pues es evidente la intención común de homologar los regímenes jurídicos como parte de la integración acordada. Asimismo, es importante notar que ese propósito de integración se traduce en la creación de instituciones con capacidad para la formulación de ese orden jurídico común a través de las decisiones del Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea.

En Latinoamérica no existe ninguno de estos factores. No hay un proceso de integración política entre sus países ni estos han expresado nunca la pretensión de uniformar sus regímenes jurídicos. La CADH no es un tratado de integración jurídica ni es aceptable convertirla en eso a través de su interpretación por la Corte IDH.

La pretensión de crear un *jus constitutionale comune* latinoamericano a partir de la interpretación de la CADH expresada en la jurisprudencia de la Corte IDH, es una aspiración sin base en el ejercicio de la soberanía popular de los pueblos latinoamericanos, ni siquiera de sus Gobiernos como representación de esa soberanía. La autolimitación de esta no va más allá del propósito de asegurar que se sancione a quien viola derechos humanos usando la autoridad estatal.

La intención de integrar ese *jus comune* ha sido explicitada por los jueces de la Corte IDH. Eduardo Ferrer Mc-Gregor aparece como coordinador de un libro alusivo al tema denominado *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*. Reproduzco de él un revelador fragmento del artículo de Armin Von Bogdandy en el cual queda evidente ese ob-

jetivo que rebasa con mucho el texto de la Convención, "son las sentencias judiciales sobre derechos fundamentales y humanos, a menudo producto de la lucha de grupos sociales, las que dotan al *Ius Constitutionale Commune* con una energía de carácter específicamente jurídico".[9]

Las motivaciones para firmar un tratado pueden ser varias: corrección política; intención de adaptarse a la corriente predominante; fingimiento del compromiso, o auténtica convicción de proteger tales derechos mediante la corrección de excesos cometidos por autoridades estatales de distintos niveles. Paradójicamente se limita la soberanía, para fortalecerla como poder al interior.

Cuando una decisión jurisdiccional toca el nervio vital de un sistema jurídico está penetrando a un ámbito en el que su competencia debe detenerse.

Hemos sostenido que los compromisos internacionales no implican la renuncia a la soberanía popular. La autenticidad del compromiso se demuestra con la aceptación y la ejecución de sanciones derivadas de actos violatorios específicos. Pero el texto de la Constitución es justamente la expresión de la soberanía popular que no puede quedar sujeta a la decisión jurisdiccional.

Ciertamente los Estados se obligan a no hacer valer su derecho interno para dejar de cumplir los compromisos pactados. Ahí es necesario considerar, que en los casos que dieron origen a la pretensión de obligar a México a cambiar su Constitución, este país cumplió escrupulosamente con las sentencias que lo condenaron con motivo de la violación de derechos humanos cometida por sus agentes infringiendo el propio régimen jurídico interno, pero nunca como expresión de una política de Estado. En ningún momento el Estado mexicano hizo valer una norma interna para dejar de cumplir, por el contrario, atendió las sanciones que se le

[9] Bogdandy, Armin von, "*Ius Constitutionale Commune* en América Latina. Aclaración conceptual", en Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina, Textos básicos para su comprensión*, México, IE-CEQ-Max Planck Institute, 2017, pp. 150 y 151, *https://www.corteidh.or.cr/tablas/r36072.pdf*

impusieron consistentes en la ejecución de medidas reparatorias. Hasta ahí llega su obligación adquirida de buena fe. Recordemos que la buena fe es un principio básico de la interpretación de los tratados de acuerdo a la Convención de Viena. Tal principio debe ser respetado por el obligado, pero también por quien pretende hacerlo cumplir.

Además, México no ha violado con su derecho interno la Convención. El artículo 7.2 de esta dice: "Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas." Desde que suscribió la Convención México tenía como causa fijada en su Constitución la prisión preventiva oficiosa. Cumplía y sigue cumpliendo con lo que dispone ese Tratado. Es la Corte la que ha modificado sus criterios al extremo de que estos se han convertido paradójicamente en inconvencionales al hacer decir al referido tratado lo que nunca ha dicho.

Cuando un Estado acepta de buena fe la jurisdicción de la Corte IDH, intenta corregir cualquier desviación o abuso cometidos por alguna de sus autoridades en violación de derechos humanos de sus habitantes, pero no puede interpretarse como una cesión de la soberanía popular a un organismo internacional que extiende sus competencias por voluntad propia.

d) Capacidades coactivas disponibles. Los instrumentos susceptibles de emplearse para imponer sanciones efectivas a los Estados que incumplan con una sentencia internacional varían, como ya vimos, según la materia que regule el tratado y el ámbito de su aplicación.

En cierto sentido, puede afirmarse que en la práctica una resolución de la Corte, aunque se redacte en términos de *orden*, no puede pasar de una recomendación si consideramos la naturaleza de los instrumentos de que dispone este tribunal para la ejecución de sus sentencias. El mecanismo previsto en la Convención consiste en informar anualmente a la Asamblea General de la OEA sobre el incumplimiento a sus sentencias en que hayan incurrido algunos Estados. Las regulaciones de este organismo internacional no prevén un método para imponer coactivamente

el cumplimiento de una sentencia. De una consulta realizada al sistema de inteligencia artificial *ChatGPT* extraemos este fragmento al respecto:

> Aunque la OEA tiene varios mecanismos para promover el cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH, enfrenta desafíos significativos debido a la soberanía de los Estados miembros y la falta de poderes coercitivos directos. El cumplimiento depende en gran medida de la voluntad política de los Estados y de su compromiso con el sistema interamericano de derechos humanos.[10]

En el caso concreto de México el camino sería que el ejecutivo que recibe la notificación de la sentencia y es el responsable original de su ejecución, inicie el procedimiento de modificación normativa, el cual también podría ser impulsado por el poder legislativo, si lo estima conveniente, para efectuar la reforma constitucional solicitada. Al que no le corresponde tomar medidas dirigidas al cumplimiento, es al poder judicial, pues la resolución pide *cambiar* la Constitución no su desobediencia o su inaplicación. Otra perspectiva a considerar es que no existe ningún procedimiento que pueda aplicar el ejecutivo que firma el tratado, para forzar una modificación constitucional, la cual depende de la conjunción de voluntades de un agregado de legisladores electos popularmente integrantes de las dos cámaras del congreso federal y de los congresos de cada una de las entidades federativas. ¿Cómo se obligaría a los legisladores electos por voluntad popular a votar algo con lo que no están de acuerdo? ¿Es posible forzarlos a actuar contra su voluntad? Si la respuesta a ambas interrogantes es negativa, como lo es, debemos reconocer que ordenar a un Estado la obligación de cambiar su Constitución es irracional por ser imposible imponer coactivamente su cumplimiento.

La jurisprudencia internacional no debe perder de vista que incidir en la redacción de las decisiones políticas fundamentales deja de ser un acto estrictamente jurídico para transformarse en político.

---

[10] OpenAI, "Respuesta generada por ChatGPT", *ChatGPT*, 2024, *https://www.openai.com*

El argumento de que, en virtud de la Convención de Viena, los Estados pueden ser sometidos a obligaciones que van más allá de las facultades de una jurisdicción es muy discutible. Al respecto son reveladoras algunas de las consideraciones a partir de las cuales se redactó esa Convención:

> Reconociendo la importancia cada vez mayor de los tratados como fuente del derecho internacional y como medio de desarrollar la cooperación pacífica entre las naciones, **sean cuales fueren sus regímenes constitucionales y sociales:**
>
> Teniendo presentes los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas, tales como los principios de la igualdad de derechos y de **la libre determinación de los pueblos, de la igualdad soberana y la independencia de todos los Estados, de la no injerencia en los asuntos internos de los Estados,** de la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza y del respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos y la efectividad de tales derechos y libertades. (Énfasis añadido)[11]

Estos principios en que se sustenta la Convención de Viena se contraponen a la intención de los órganos jurisdiccionales internacionales de someter a su voluntad los fundamentos jurídicos de los regímenes constitucionales y sociales de los Estados, *sean cuales fueren* estos. Tal actitud rebasa las atribuciones surgidas de la Convención para sancionar a los Estados que violen derechos y obligarlos a reparar tal violación. Su labor debe concretarse a los casos concretos que conozca sin extender su autoridad al análisis abstracto de las normas constitucionales de un país. Debe considerarse que el Estado cumple, al iniciar el procedimiento que permita expresarse a la soberanía popular, para que esta tome la decisión última. Si acepta se producirá el cambio. Si no acepta ello debe conducir a la denuncia del tratado por el ejecutivo y a la renuncia al sometimiento de la jurisdicción de que se trate. Aunque, como hemos sostenido, la Corte IDH no tiene facultades para incidir en el derecho interno de un Estado, es interesante la diferencia de matiz en el caso mexicano, ya que al referirse a

[11] Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, *https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf*

disposiciones de carácter legal ha empleado la expresión *dejar sin efecto,* en tanto que al incidir en el texto constitucional, usa el verbo *adecuar*.[12] Adecuar no significa dejar sin efecto, y por lo tanto, los tribunales mexicanos han rebasado los términos de la sentencia, que de todas maneras no les corresponde ejecutar.

Una opción a explorar por los Estados que se oponen a la invasión pretendida por la Corte IDH es contrarrestar los informes de su supuesto incumplimiento presentados a la OEA mediante argumentos en defensa de su soberanía; lo que podría prosperar con el apoyo diplomático de otras naciones inconformes. De modo que en ese organismo internacional se ponga en primer plano la *autodeterminación* de sus integrantes, tal y como lo prevé el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

V. Conclusiones

La soberanía popular es la base sobre la que se ha construido el constitucionalismo occidental y no puede ser considerada rebasada, ni obsoleta porque constituye la base política y jurídica del derecho internacional.

La soberanía no puede estar supeditada a ninguna otra voluntad pues dejaría de ser soberanía y la capacidad suprema de decisión de un pueblo sería suplida por las decisiones de una voluntad externa.

La soberanía se expresa en las decisiones constitucionales de un pueblo y en principio es ilimitada.

Procede distinguir entre la soberanía del Estado como un atributo de este que determina el reconocimiento de su personalidad jurídica capaz de adquirir derechos y obligaciones en la escena internacional, y la soberanía popular que es la capacidad suprema de decisión de un pueblo para organizarse y autodirigirse en ejercicio de su autodeterminación; principio esencial del derecho internacional.

---

[12] Corte IDH. *Caso García Rodríguez y otro vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 25 de enero de 2023. Serie C, núm. 482, párr. 13 y 14.

Frente al argumento de que un Estado no puede hacer valer su soberanía porque en ejercicio de la misma es como ha suscrito un tratado internacional que la limita, esta limitación opera en cuanto a los compromisos adquiridos de buena fe, pero no puede extenderse sobre la soberanía popular que de hecho o de derecho puede autodeterminarse por encima de cualquier decisión externa.

Cuando un Estado firma un tratado acepta limitar jurídicamente su soberanía como actor jurídico internacional, pero no enajenar la soberanía popular. Está obligado a cumplir la obligación adquirida justo en los términos que la asumió, pero no a modificar forzosamente sus normas fundamentales.

Cuando la indicación de modificar el orden jurídico proviene de una interpretación jurisdiccional no contenida explícitamente en el instrumento internacional suscrito, los tribunales rebasan sus facultades.

Ningún poder constituido del Estado puede ser compelido a efectuar una alteración constitucional.

Conviene explorar la posibilidad diplomática de presentar el tema de la invasión de las soberanías nacionales emprendida por la Corte, ante la Asamblea General de la OEA, con objeto de que se reafirme ahí el principio de la autodeterminación de sus integrantes.

Referencias

Andrade Sánchez, Eduardo, "Reflexiones en torno a las tensiones entre la soberanía nacional y la jurisprudencia internacional", *Revista Electrónica Iberoamericana*, vol. 17, núm. 1, España, Universidad Carlos III de Madrid, 2023.

Bogdandy, Armin von, "*Ius Constitutionale Commune* en América Latina. Aclaración conceptual", en Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina, Textos básicos para su comprensión*, México, IECEQ-Max Planck Institute, 2017.

Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Corte IDH. *Caso García Rodríguez y otro vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 25 de enero de 2023. Serie C, núm. 482.

Declaración sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Krasner, Stephen D., *Sovereignty: organized hypocrisy,* Estados Unidos, Princeton University Press, 1999.

Malarino, Jorge Ezequiel, "Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*", Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer Oficina Uruguay, 2010.

Malarino, Jorge Ezequiel, "Violar derechos humanos para protegerlos. Un análisis de la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos desde el cambio de siglo", *Revista de la Facultad,* vol. 9, núm. 2, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2018.

OpenAI, "Respuesta generada por ChatGPT", *ChatGPT*, 2024.

Paúl, Álvaro, "¿Una paradoja interamericana? Chile, un Estado que cumple las sentencias del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pero que impulsa su reforma"*, Revista De Investigações Constitucionais,* vol. 7, núm. 1, 2020.

Villanueva Flores, Rocío, "Activismo judicial y límites del Derecho en la actuación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", España, Universidad de Alicante.

Vitolo, Alfredo M., "Una novedosa categoría jurídica: <<querer ser>>. Acerca del pretendido carácter normativo *erga omnes* de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del <<control de convencionalidad>>", *Pensamiento Constitucional*, núm. 18, 2013.

Supervisión constitucional y derecho de petición en el primer federalismo[1]

***

Constitutional supervision and the right petition in early federalism

*Catherine Andrews**

Sumario: I. Introducción. II. Desarrollo. III. Conclusiones.

I. Introducción

La Constitución Federal de 1824 confirió la supervisión de la constitucionalidad al Congreso General en términos muy similares a los que Marta Lorente identifica en la Constitución de Cádiz.[2] Es decir que encargó esta tarea al poder legislativo como la voz última la nación representada. No obstante, si se estudia la carta federal en conjunto con las constituciones estatales es posible entrever que esta supervisión se consideraba como una

* División de Historia-CIDE

1 El presente texto es un extracto revisado de mi libro: Andrews, Catherine, *El primer constitucionalismo mexicano: Derechos, representación y diseño de poderes en la Constitución Federal (1824) y las Siete Leyes (1836),* México, Tirant lo Blanch/CIDE, 2024, pp. 176-91.

2 Lorente Sariñena, Marta, *Las infracciones a la Constitución de 1812: un mecanismo de defensa de la constitución,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

facultad compartida entre los poderes legislativos federal y estatales. En este texto, quiero demostrar este punto para avanzar la siguiente conclusión: que el federalismo judicial temprano que se puede percibir en los artículos 22 al 24 del Acta de Reforma de 1847 derivan de las prácticas y costumbres establecidos durante la primera vigencia de la Constitución Federal. Además, quiero argumentar que las facultades del poder legislativo federal en esta materia deben tomarse en cuenta a la hora de evaluar la naturaleza del pacto federal en la primera república.

II. Desarrollo

La supremacía legislativa imperante en la Constitución Federal se fijó principalmente sobre el artículo 165, que reservó al Congreso General el derecho de "resolver las dudas que ocurran sobre inteligencia de esta constitución y acta constitutiva." Pero, por desgracia suya, la Constitución Federal no estableció con claridad ni las demás facultades del poder legislativo, ni sus límites.[3] De esta forma, entre "las facultades exclusivas del Congreso General" fijadas en el artículo 50 constitucional no había ninguna que dotara explícitamente al poder legislativo de la prerrogativa de derogar legislación, originada dentro o fuera de su seno. El artículo 47 fijaba que "[n]inguna resolución del Congreso General tendrá otro carácter que el de ley o decreto," mientras que el artículo 64 señala que, en casos de "la interpretación, modificación o revocación," los legisladores deberían seguir "los mismos requisitos que se prescriben para su formación". Una lectura precisa de este artículo sugiere que la Constitución contemplaba la posibilidad de que el Congreso pudiera modificar o revocar la legislación federal, pues se encontraba en la sección relativa a la formación de leyes por parte del Congreso General.

[3] La Constitución de Cádiz, la Federal de 1824 así como las constituciones de los estados referidas en seguida pueden consultarse en: Villegas Moreno, Gloria y Porrúa Venero, Miguel Ángel (coords.), *Leyes y documentos constitutivos de la nación mexicana. De la crisis del modelo borbónico al establecimiento de la República Federal*, vol. 1, Enciclopedia Parlamentaria de México, México, Instituto de Investigaciones Legislativas/Cámara de Diputados-LVI Legislatura, 1998.

Asimismo, la cuarta fracción del artículo 38 hacía responsables a los gobernadores ante el Congreso General por publicar "infracciones a la Constitución Federal" así como por la publicación de "las leyes y decretos de las legislaturas de sus respectivos Estados." Por su parte, el artículo 161 obligaba a los estados a "organizar su gobierno y administración interior sin oponer a esta constitución ni al acta constitutiva" (párrafo 1), así como a "guardar y hacer guardar la constitución y leyes generales de la Unión" (párrafo 3). Al efecto, las autoridades estatales debían "remitir a las dos cámaras, y en sus recesos al consejo de gobierno, y también al supremo poder ejecutivo, copia autorizada de sus constituciones, leyes y decretos." Otra vez la lectura precisa de estas disposiciones indica que el poder legislativo solo podía pedir cuentas al gobernador por la publicación de legislación estatal contraria a la constitución. No obstante, como se verá a continuación, en la práctica el Congreso General usó su facultad de interpretar la constitución para otorgarse la prerrogativa de derogar actos legislativos estatales.

En contraste, las constituciones estatales fijaron con mayor claridad el papel supervisor de sus poderes legislativos sobre la constitucionalidad. Entre los atributos de los poderes legislativos estatales siempre se incluyó la función de interpretar, reformar o derogar la legislación estatal, copiando por unanimidad la redacción de la primera fracción del artículo 131 gaditano. Por esta razón, las diputaciones permanentes o consejos de estado, establecidos en algunos estados durante los recesos de las legislaturas, contaban con la facultad para señalar las infracciones constitucionales y transmitirlas a la siguiente asamblea. Los códigos de Michoacán, Nuevo León, Oaxaca, Occidente, Sonora y Zacatecas sostenían que las legislaturas estatales debían "en palabras de la constitución de Zacatecas de 1825" "velar incesantemente sobre la conservación de los derechos civiles y naturales de los ciudadanos y habitantes del estado" (art. 77 párrafo 2).

Para tal fin, las constituciones de Michoacán (art. 212), Oaxaca (art. 18), Occidente (art. 22) y Yucatán (art. 9 párrafo 11) facultaban a los ciudadanos para denunciar infracciones constitucionales y levantar peticiones ante la legislatura estatal. El artículo 11 de la constitución de Tamaulipas señalaba que "todo habitante del Estado tiene derecho para pedir a la Legislatura

la corrección de las infracciones". Mientras que las cartas de Coahuila-Texas (art. 218), San Luis Potosí (art. 10 párrafo 5) y Querétaro (art. 10) establecieron un derecho de petición para sus habitantes, lo que, presumiblemente, permitía la denuncia de abusos e infracciones constitucionales.

En cuanto a la legislación federal, siete constituciones —Chiapas (art. 38, párrafo 6); Nuevo León (art. 108, inciso 4); Oaxaca (art. 103, inciso 18); Occidente (art. 109, inciso 15); San Luis Potosí (art. 114, párrafo 3); Yucatán (art. 76 párrafo 2) y Zacatecas (art. 77, párrafo XI)— explícitamente facultaron a sus propios poderes legislativos para pedir, en palabras del artículo 76 de la Constitución yucateca, "motivadamente al congreso general la derogación, suspensión o modificación de las leyes generales de la Unión, que por circunstancias peculiares ofendan los derechos inmanentes del estado."

Visto en su conjunto es claro que el modelo de supervisión constitucional adoptado durante la primera república federal seguía el modelo gaditano. Los abusos de funcionarios del Gobierno, así como las quejas contra las leyes por atropellar derechos y/o por violar las constituciones, se presentaban mediante petición o representación al poder legislativo estatal o a la cámara de diputados federal. Al recibir la comunicación por parte de la legislatura del estado o la petición, la cámara remitía la legislación a la comisión de puntos constitucionales, o a la comisión de revisión (a partir de 1830). Si la comisión consideraba que había infracción, la expresaba en su dictamen y luego se presentaba al pleno para ser votado. El derecho de petición se podía ejercer de dos maneras de acuerdo con las constituciones vigentes: como un derecho civil individual o bien como una prerrogativa de las legislaturas estatales. En esta segunda modalidad, dicha facultad era complementada por la obligación establecida en el artículo 161 de la carta federal de que los congresos estatales presentaran toda su legislación al Congreso General.

Dentro de este marco constitucional el Congreso General desarrolló un mecanismo para declarar inconstitucionales leyes y decretos procedentes de los estados. Por la evidencia disponible (seis decretos de inconstitucionalidad durante la república federal) se sabe que la legislación estatal enviada a la cámara de

diputados en el marco del artículo 161 fue turnada a la comisión de puntos constitucionales, o a la comisión de revisión, para que se elaborara un dictamen que señalara "anticonstitucional" una ley o bien "contrario" u "opuesto" a la Constitución.[4] Solo en una ocasión, antes de 1830, el escrutinio resultó en un decreto que declaró "nula y sin ningún efecto" una ley estatal. Se trató de una convocatoria a elecciones legislativas emitidas originalmente por la legislatura de Durango el 16 de marzo de 1827, y anulada por decreto del Congreso General el 5 de mayo de 1827.[5] Al año siguiente José Ortigosa, diputado por el estado de Oaxaca, presentó un proyecto de ley a la Cámara de Diputados con el fin de formalizar y reglamentar el proceso por el que el Congreso General podría anular una ley estatal. Sin embargo, el proyecto nunca volvió a discutirse en la cámara.[6]

Para entender las diferentes interpretaciones que los actores políticos dieron al papel del Congreso General en la supervisión de la legislación estatal durante la república federal, vale la pena estudiar el debate parlamentario de marzo de 1831 sobre las infracciones que la comisión revisora había encontrado en la Constitución de Chiapas. En aquella ocasión, el dictamen recomendó

---

4 Por ejemplo, "Declaración de inconstitucionalidad del decreto núm. 138 del congreso de Veracruz," 12 de febrero de 1829; "Que son anticonstitucionales las órdenes dictadas por el congreso de Jalisco sobre nulidad de elecciones de Guadalajara, Zapopan y Sayula, y prevención acerca del particular," 11 de febrero de 1830; "Que es opuesta a la constitución general el decreto expedido por la legislatura de Michoacán, en cuanto nombró gobernador al C. José Salgado," 18 de marzo de 1830; "Sobre un decreto publicado por el gobierno del Estado de Tamaulipas," 17 de abril de 1832; "Se declara contrario a las leyes fundamentales, un decreto de la legislatura de México," 25 de mayo de 1832, en Dublán, Manuel y Lozano, José María (eds.), *Legislación mexicana o colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la independencia de la República*, México, Imprenta del Comercio, a cargo de Dublán y Lozano, hijos, calle de Cordobanes, número 8, 1876, vol. 2, pp. 93, 224-225, 232, 419, 436-437.

5 "Es nula la ley de 16 de marzo de este año de la legislatura de Durango," 5 de mayo de 1827 en *ibidem*, vol. 2, p. 8.

6 Véase, 'Sesión del 28 de mayo de 1828, Juan A. Mateos (ed.), *Historia parlamentaria de los congresos mexicanos,* México, Instituto de Investigaciones Legislativas/Cámara de Diputados, LVI Legislatura, 1997, vol. 5, pp. 177 y 178.

que se declarara "la supresión" de varios artículos constitucionales chiapanecos por contrariar la carta Federal. Durante el debate, José Mariano Blasco se opuso a la redacción del dictamen con el siguiente argumento:

[a]unque el congreso general tenía facultad de declarar si las leyes o decretos de las legislaturas se oponían a la Constitución y acta constitutiva, y ejerciendo esta facultad podía decir que este artículo era contrario a la Constitución, pero que decir que se suprimía, ya era un acto de jurisdicción ofensivo a la soberanía de los Estados, por lo que le parecía conveniente que en lugar de poner "se suprime" etc., se dijese: "es contrario a la Constitución federal".[7]

Cuando el diputado San Vicente cuestionó el cambio a la redacción, argumentando que "el efecto que se producir[ía]" sería el mismo,[8] Blasco precisó: "aunque los efectos de la declaración [...] de que este artículo es contrario a la Constitución, sean el que quede suprimido, no por eso está salvo el inconveniente de que el congreso, mandándolo suprimir abuse de sus facultades".[9] En otras palabras, aunque los diputados consideraban que la derogación de la ley estatal era el resultado lógico de un decreto del Congreso General que la calificaba como "opuesta a la Constitución", Blasco prefería que el decreto derogatorio fuera emitido por la legislatura en cuestión y no por el Congreso General.

III. Conclusiones

En resumen, es mi hipótesis que la Constitución Federal de 1824 desarrolló un incipiente mecanismo de control de la constitucionalidad basado en el derecho de petición y la supremacía legislativa. El uso del derecho de petición por parte de las legislaturas de los estados significaba, además, que los arquitectos de esta constitución concebían a estos cuerpos como actores de contrapeso frente a la actividad legislativa del Congreso General. De

7 "Sesión del 8 de marzo de 1831," *ibidem*, vol. 6, p. 224.

8 *Idem*.

9 *Idem*.

esta forma, es posible entrever los orígenes del artículo 23 del Acta de Reforma de 1847 —que encargaba al juicio de las legislaturas de los estados la constitucionalidad de una ley federal— a este mecanismo original de 1824.[10] Sin embargo, como este mecanismo no estaba plasmada explícitamente en la Constitución, sino que fue adoptada a partir de la experiencia gaditana y a raíz de la facultad del Congreso General para interpretar los límites de su actuación, se prestaba fácilmente al abuso.[11] Aquí hay una lección para el presente ya que las últimas reformas constitucionales de 2024 han reestablecido la supremacía legislativa dentro de la división de poderes de nuestra carta magna.

Referencias

Andrews, Catherine, *El primer constitucionalismo mexicano: Derechos, representación y diseño de poderes en la Constitución Federal (1824) y las Siete Leyes (1836),* México, Tirant lo Blanch/CIDE, 2024.

Dublán, Manuel y Lozano, José María (eds.), *Legislación mexicana o colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la independencia de la República*, México, Imprenta del Comercio, a cargo de Dublán y Lozano, hijos, calle de Cordobanes, número 8, 1876.

[10] El artículo 23 reza: "Si dentro de un mes de publicada una ley del congreso general, fuere reclamada como anticonstitucional, o por el presidente, de acuerdo con su Ministerio, o por diez diputados, o seis senadores, o tres legislaturas, la Suprema Corte, ante la que se hará el reclamo, someterá la ley al examen de las legislaturas, las que, dentro de tres meses, y precisamente en un mismo día, darán su voto. Las declaraciones se remitirán a la Suprema Corte, y esta publicará el resultado, quedando anulada la ley, si así lo resolviera la mayoría de las legislaturas." Véase, "Acta Constitutiva y de Reformas, sancionada por el Congreso Extraordinario Constituyente de los Estados Unidos Mexicanos, 21 de mayo de 1847", en *Leyes y documentos constitutivos de la nación mexicana. Entre el paradigma política y la realidad*, ed. Villegas Moreno, Gloria y Porrúa Venero, Miguel Ángel, México, Instituto de Investigaciones Legislativas/Cámara de Diputados, LXI Legislatura, 1998, vol. 2, pp. 408–17.

[11] Recuento estos abusos en Andrews, Catherine, *op. cit.*, pp. 205-207.

Lorente Sariñena, Marta, *Las infracciones a la Constitución de 1812: un mecanismo de defensa de la constitución,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

Mateos, Juan A. (ed.), *Historia parlamentaria de los congresos mexicanos,* México, Instituto de Investigaciones Legislativas/ Cámara de Diputados, LVI Legislatura, 1997.

Villegas Moreno, Gloria y Porrúa Venero, Miguel Ángel (coords.), *Leyes y documentos constitutivos de la nación mexicana. De la crisis del modelo borbónico al establecimiento de la República Federal*, vol. 1, Enciclopedia Parlamentaria de México, México, Instituto de Investigaciones Legislativas/Cámara de Diputados-LVI Legislatura, 1998.

Sieyès en la forja del Estado constitucional

***

Sieyès in the forge of the Constitutional State

Ernesto Blume Fortini[*]

"El espíritu de Sieyès es el espíritu mismo de la Revolución Francesa."

Paul Bastid

(Sieyès et sa pensèe)
"Francia aún está en deuda con quien, sin duda alguna, es el más importante de los pensadores de la Revolución de 1789."

David Pantoja Morán

* Ex presidente del Tribunal Constitucional del Perú. Ex presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Ex director general del Centro de Estudios Constitucionales. Magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor Principal de Derecho Constitucional y de Derecho Procesal Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima hasta 2016 y profesor Asociado Jubilado de Seminario de Integración en Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Procesal Constitucional en la Universidad San Ignacio de Loyola. Ex presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Miembro del Consejo Consultivo de la Comisión de Constitución del Congreso de la República. Integró la Comisión de Reforma Constitucional nombrada por el expresidente Constitucional de la República del Perú don Valentín Paniagua Corazao.

(Escritos políticos de Sieyès)
"[...] habrá que reconocer en el abate Sieyès
el espíritu inmortal de la Revolución Francesa
en uno de sus aspectos más perdurables.
Comparados con él, desde ese punto de vista,
los demás protagonistas solo ocupan el lugar
de ejecutores y realizadores, cuando no de corifeos."

Carlos Sánchez Viamonte
(El Poder Constituyente)

Sumario: I. Introducción. II. El tiempo de Seyès. III. Reseña biográfica. IV. Resumen de sus escritos políticos. V. Significado general de su obra. Referencias.

I. Introducción

La presente ponencia, reproduciendo trabajos anteriores del autor, versa sobre Emmanuel Joseph Sieyès: el personaje que produjo la más sólida construcción jurídica que completó y consolidó el pensamiento político de sustento de la Revolución Francesa y marcó el inicio de la formación del Estado constitucional moderno en el mundo occidental.

Empero, personaje que, sin desmerecer sus extraordinarios aportes y coincidiendo con David Pantoja Morán, quien a su vez basa sus reflexiones en los indispensables trabajos sobre la vida y obra de Sieyès elaborados por Paul Bastid y Jean Denis Bredín,[1] es una figura

[1] Al respecto, el propio David Pantoja Morán, quien es uno de los estudiosos de habla hispana que ha investigado más sobre Emmanuel-Joseph Sieyès sostiene, en nota de pie de página a la introducción de la obra que citamos, "Quienquiera profundizar en la vida y obra de Sieyès deberá consultar el indispensable trabajo de Paul Bastid, *Sieyès et sa pensée, op. cit*. Un trabajo también ampliamente recomendable es el de Jean Denis Bredin, *Sieyès. La clé de la Révolution francaise,* Éd. De Fallois, París, 1988." Pantoja Morán, David (comp.), *Escritos políticos de Sieyès Introducción, estudio preliminar y compilación de David Pantoja Morán*, México, FCE, 1993, p. 17.

> [...] históricamente controvertida y llena de contrapuntos. Brillante redactor de Constituciones, pese a ello no pudo legar una sola a Francia pues sus numerosos proyectos se quedaron en borradores. Revolucionario intransigente en una primera hora como ideólogo, deviene más tarde en afanoso conservador del orden, de la seguridad y de la estabilidad. Enemigo mortal de la realeza, termina por instalar en el trono de Francia a una casa reinante sin tradición y sin leyes fundamentales. Combatiente sin tregua en contra de los privilegios de la nobleza, acepta recibir el título de conde. Teórico de la libertad, le abre la puerta a la dictadura. Constant mismo, su admirador y amigo, resume así su sinuoso destino: "Sieyès es uno de los hombres que hicieron el mayor bien a Francia en 1789 y que después de dos o tres épocas le produjeron el mayor de los males".[2]

Curiosamente, como afirma el mismo autor, en la línea de Pascuale Pasquino,[3]

> [...] lo mismo calificado por sus contemporáneos como "Oráculo del Tercer Estado" que como "Topo de la Revolución", cuenta con una paradoja más en su haber, pues el éxito y la difusión extraordinarios de su texto sobre el Tercer Estado, en cierta medida, deformaron su obra, ya que hicieron olvidar y casi borrar de la memoria colectiva sus escritos concernientes a la teoría política-constitucional que contiene unas de las contribuciones más significativas al derecho público y a la ciencia política de la Europea contemporánea.[4]

Sobre esto último, sostiene Bastid, citado por Pantoja

> [...] que la Teoría constitucional de Sieyès es uno de los productos más auténticos de la ideología nacional francesa. Sus ideas han sido una especie de botín del que se han apoderado generaciones enteras, sin el remordimiento de apropiarse de algo ajeno. De una pluma a otra y de una cabeza a otra pasaron las ideas del filósofo, mientras que solo se le consagraban algunas líneas desdeñosas

---

2 *Ibidem*, pp. 17 y 18.

3 *Cfr*. Pascuale Pasquino, "Emmanuel Sieyès, Benjamín Constant et le «Gouvernement des Modernes», contribution à l'historie de representation politique", *Revue Francaise de Science Politique,* abril de 1987, p. 218.

4 Pantoja Morán, David (comp.), *Escritos políticos de Sieyès..., cit*., p. 18.

> o condenatorias al hombre político. Con todo, el pensamiento de este gran doctrinario penetró profundamente en el derecho político y se incorporó a las reflexiones de los juristas y politólogos que le sucedieron. He ahí su desquite: su actividad especulativa y su papel histórico se extinguieron después del brumario, pero es el gran clásico del derecho público francés que apenas empieza a ser reconocido.[5]

Y Pantoja agrega,

> Por lo demás, para el constitucionalismo latinoamericano reviste singular importancia la revisión de sus aportaciones, pues influyeron de manera decisiva en la conformación de las ideas-fuerza plasmadas en las constituciones que nos han regido. Esta influencia se dejó sentir directamente al ser recibida como legado de la Revolución Francesa en estas tierras, e indirectamente merced a la experiencia liberal española que la adaptó e hizo posible su trasplante.[6]

En la línea de hacer una revisión de sus aportes, la presente ponencia se inicia con una sucinta referencia a la época y al entorno en que vivió Sieyès, que en gran medida permite comprender su peculiaridad y su genialidad, para apuntar a continuación algunas pinceladas de su biografía y, seguidamente, empezar a revisar su producción político jurídica, en una suerte de breve extracto de lo que la doctrina ha dado en llamar sus escritos políticos, concluyendo con algunas reflexiones sobre el significado general de su obra; reflexiones que operarán como un proemio de sus ideas sobre el Estado constitucional.

5 *Idem*.

6 *Idem*.

II. El tiempo de Sieyès[7]

Emmanuel Joseph Sieyès vivió entre 1748 y 1836.[8] Es decir, entre mediados del siglo xviii y el primer tercio del siglo xix, que fue un periodo esencial en el desarrollo de las ideas políticas y cambios sociales para la humanidad, en lo que respecta al mundo occidental, al punto que en él se completa y consolida el paso de la monarquía del derecho divino al inicio de la democracia moderna, cambiando el eje de la titularidad del poder político de Dios o la divinidad al pueblo; este, como colectivo conformado por una sumatoria de individuos a los cuales les corresponde una alícuota de ese poder. Para dar ese paso y consolidarlo Sieyès y, más propiamente, sus ideas jugaron un rol que le ha valido perennizarse en la historia y merecer comentarios como los siguientes: "El espíritu de Sieyès es el espíritu mismo de la Revolución Francesa", "Francia aún está en deuda con quien, sin duda alguna, es el más importante de los pensadores de la Revolución de 1789" y "[...] habrá que reconocer en el abate Sieyès el espíritu inmortal de la Revolución Francesa en uno de sus aspectos más perdurables. Comparados con él, desde ese punto de vista, los demás protagonistas solo ocupan el lugar de ejecutores y realizadores, cuando no de corifeos." Comentarios que son de autoría de Paul Bastid,[9] David Pantoja Morán[10] y Carlos Sánchez Viamonte,[11] respectivamente.

---

7 La información que se consigna a continuación respecto al tiempo de Sieyès está sustentada en la obra Lefebvre, Georges, *La Revolución Francesa y el Imperio (1787–1815),* Bogotá, FCE, 1993, pp. 7-169, y en la obra Madelin, Louis, *Los hombres de la Revolución Francesa*, trad. de Amanda Fons de Gioia, Buenos Aires, Ediciones B Argentina, 2004, pp. 303-333.

8 Una excelente biografía de Sieyès puede encontrarse en idioma inglés en la obra de Deusen, Glyndon van, *Sieyés: his life and his nationalism*, Nueva York, Ams Press, Inc., 1968. Además, es útil la precisa y concisa reseña de David Pantoja Morán contenida en la introducción del libro: *SIEYÈS, Emmanuel J., "Qué es el Tercer Estado? Seguido del Ensayo sobre los privilegios",* trad. de José Rico Godoy, México, Dirección de Publicaciones de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, pp. 7-49.

9 Bastid, Paul, *Sieyès et sa pensèe*, Hachette, París, 1970. Citado *ibidem*, p. 7.

10 Pantoja Morán, David (comp.), *Escritos políticos de Sieyès..., cit*., p. 17.

11 Sànchez Viamonte, Carlos, *El Poder Constituyente origen y formación del constitucionalismo universal y especialmente argentino*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1957, p. 240.

Comprender a este personaje implica explorar la época que le tocó vivir. Por ello, es conveniente recordar que en el siglo XVII el régimen absolutista se fortaleció en Francia, contrariamente a lo que aconteció en Inglaterra, en la que se había ido debilitando. Los Hugonotes fueron vencidos en la Rochela y varias conspiraciones detectadas, controladas y finalmente desactivadas. Cayó derrotado el feudalismo estamentario, aunque quedaron algunos de sus rezagos completamente subordinados al poder absoluto del rey, quien reafirmó su poder y aumentó la exaltación de la teoría del derecho divino, que era el fundamento del absolutismo. Las ideas del rey como "príncipe cristianísimo y vicario de Cristo", "cabeza de una parroquia de vasallos" y "salvador de la patria" recobraron plena vigencia.

Sin embargo, tal fortalecimiento, que tuvo una expresión importante en la política conquistadora llevada a cabo en Europa por Luis XIV, valiéndole el apelativo de "Rey Sol", y que significó el mantenimiento de numerosos enfrentamientos armados, fue costoso y agravó la ya precaria situación del pueblo; especialmente del Tercer Estado o burguesía, que era la única obligada a pagar tributos y a proporcionar soldados al ejército francés. A la muerte de Luis XIV, producida a inicios del siglo XVIII, el pueblo francés se encontraba en una tremenda pobreza, a diferencia de la nobleza y del clero que vivían en la abundancia; situación que se deterioró ostensiblemente, debido a los sucesores de aquel monarca, el Duque de Orleáns, que fue regente, y el Rey Luis XV, quienes sin reparos consintieron abiertamente y a vista de todos la corrupción y el impudor de la nobleza y del clero. En el Gobierno de Luis XVI, que sucedió a Luis XV, el empobrecimiento y la miseria aumentaron, se siguieron fomentando los privilegios en las minorías y a ello se sumó la debilidad del propio rey, quien lejos de enfrentar y superar la crisis, en la práctica, entregó la conducción de Francia a algunos de sus allegados de la nobleza y a la Reina María Antonieta de Austria revelando la adicional grave crisis de mando existente.

En forma simultánea, se fue agudizando el enfrentamiento ya existente desde mucho tiempo antes entre la burguesía y la nobleza y el clero, que era, en el fondo, una confrontación de quienes soportaban el peso de la crisis y que, a pesar de todo habían desarrollado las manufacturas y el comercio (en lo que

podría denominarse el capitalismo de la burguesía), y quienes representaban el feudalismo, los privilegios y la corrupción. No hay que olvidar sobre este particular que la nobleza y el clero poseían las dos terceras partes de las tierras en Francia, no pagaban impuestos y recibían pensiones y sinecusas, mientras que la burguesía, que llevaba bajo sus hombros el peso de la crisis y el costo del aparato productivo del país, poseía un mínimo de las tierras, pagaba elevados tributos y sufragaba los costos de las pensiones y sinecusas. A este preocupante escenario se sumó la reducción de la producción agrícola de alimentos para la población y de materias primas para la industria, a causa de prolongadas sequías, lo que además provocó una gran desocupación, que obligó al Rey Luis XVI a exigir a la nobleza y al clero el pago de tributos, en decisión que motivó resistencia y disgusto, debilitando la posición del monarca, al perder en significativa medida el respaldo que le habían dispensado.

En ese contexto, de crisis a punto de un estallido social y político, los ministros Turgor, Necker y Brienne, que habían propuesto la imposición de tributos a la nobleza y al clero, recomendaron al rey que, como medida de solución, procediera a convocar a los tres estamentos de la sociedad francesa —la nobleza, el alto clero y el estado llano o Tercer Estado— a Estados o Asambleas Generales, que no se habían reunido desde 1617, por la marcada tradición absolutista francesa, que minimizaba todo atisbo participacionista de la población. Luis XVI aceptó la recomendación y a fines de 1787 convocó a la nobleza, al alto clero y al estado llano; decisión que implicaba que se eligieran a los diputados de cada Estado General. Llevadas a cabo las elecciones, la nobleza obtuvo 148 diputados, el alto clero 247 y el Tercer Estado o burguesía 500.

Al respecto, es necesario también apuntar que, en aquella época, cuando se convocaba a elecciones para elegir diputados del Tercer Estado, los electores acostumbraban a redactar unos cuadernos denominados “Cahiers”, manifestando sus preocupaciones, sus problemas y sus reclamos, que se exponían en algunos lugares públicos para conocimiento de los candidatos. De tales cuadernos se desprendía que los principales pedidos de los burgueses campesinos eran la supresión y la rebaja de los impuestos, mientras que los burgueses citadinos reclamaban la da-

ción de una nueva Constitución para Francia y participación en la administración y conducción política del Estado. Y, así mismo, conviene recordar que el sistema establecido exigía que cada estamento —la nobleza, el alto clero y el estado llano o Tercer Estado— se reuniera por separado y adoptara sus propias decisiones por mayoría de votos. Esto es, a razón de un voto por diputado. Sin embargo, en la reunión de los tres Estados Generales cada estamento representaba un voto. Vale decir, que la nobleza tenía un voto, el alto clero un voto y la burguesía un voto, sin importar el número de diputados de cada estamento, lo cual colocaba siempre en desventaja al Tercer Estado, a pesar que tenía el mayor número de diputados y representaba a la gran mayoría del pueblo francés.

Ahora bien, volviendo a lo acontecido en aquel entonces, cabe señalar que, habiéndose realizado las elecciones internas con los resultados antes mencionados, el 5 de mayo de 1789 se reunieron los Estados Generales en Versalles, oportunidad en la que los diputados del Tercer Estado comprobaron que los representantes de la nobleza y del alto clero traían pre-acuerdos sobre la mayoría de las cuestiones económicas que se someterían al pleno, con el obvio propósito de asegurar la imposición de sus decisiones; comprobación frente a la cual los diputados del Tercer Estado propusieron que se modificara el sistema a un voto por diputado y no por Estado, recogiendo los planteamientos formulados por el diputado Emmanuel Joseph Sieyès.

Aquella propuesta de los diputados del Tercer Estado, basada como está dicho en el pensamiento de Sieyès, provocó dos hechos inéditos y de enorme trascendencia para Francia y el avance político social occidental. El primero, la propuesta se impuso a pesar de la tenaz oposición de los diputados de la nobleza y del alto clero. El segundo, el 17 de junio de 1789 los diputados del Tercer Estado, haciendo eco de las ideas de Sieyés y argumentando representar el noventa y cinco por ciento de la nación, se declararon en Asamblea Nacional y se señalaron como tareas enfrentar y resolver la grave crisis por la que atravesaba el país.

Como se sabe, enterado de la noticia, el Rey Luis XVI mandó cerrar Versalles y trató de impedir que los diputados del Tercer Estado se volvieran a reunir, fracasando rotundamente en su em-

peño. En efecto, tres días después, el 20 de junio de 1789, se reunieron en la Sala del Juego de la Pelota de Versalles y juraron "no separarse jamás hasta no haber dado una Constitución a Francia", argumentando que la Nación requería un nuevo contrato social. El rey, después de presentarse ante la asamblea, dispuso que cada Estado se reuniera por separado y envío a un emisario a notificar a los diputados del Tercer Estado. La respuesta, manifestada por intermedio del Conde de Mirabeau fue contundente: "decid a vuestro amo que estamos aquí por la voluntad del pueblo y que no saldremos sino por la fuerza de las bayonetas."

Ante la posición asumida por los representantes del Tercer Estado y la gravedad de la situación económica, social y política, Luis XVI se vio obligado a transigir. Dispuso la concurrencia de los diputados de la nobleza y del alto clero, a la sesión conjunta con los diputados del Tercer Estado convocada para el 27 de junio de 1789 y autorizó la conversión de los Estados Generales en Asamblea Nacional. Se había producido el primer triunfo de la revolución de la burguesía. El triunfo de los principios liberales de la libertad, la igualdad, la seguridad, la resistencia a la opresión y la propiedad.

Luego vendría un proceso revolucionario de varios años, que comprendió tres etapas claramente identificables.

Una primera etapa, que abarcó desde la transformación de los Estados Generales en Asamblea Nacional hasta la conclusión de los trabajos de la Asamblea Legislativa, en la cual, entre otros episodios, se dio la famosa toma de la Bastilla (el 14 de julio de 1789), la abolición de los privilegios feudales (el 4 de agosto de 1789), la sanción de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (el 26 de agosto de 1789) y la sanción de la Constitución de 1791, que estableció una monarquía constitucional.

Una segunda etapa, que comprendió la aceleración de la revolución, la convocatoria a una Convención para revisar la Constitución, la dictadura jacobina y el período de la llamada "ley del Terror"; etapa en la cual, entre otros episodios, se produjo el enfrentamiento del pueblo armado a los ejércitos extranjeros y la ejecución sumaria de unas mil personas entre el 2 y el 11 de setiembre de 1792, el procesamiento y la ejecución de Luis

XVI en la guillotina el 21 de enero de 1793, el procesamiento y la ejecución de la Reina María Antonieta en la guillotina en octubre de 1793 y la expedición de la mencionada "ley del Terror", que significó que entre setiembre de 1793 y julio de 1794 fueran guillotinadas más de dos mil personas, acusadas de ser contrarrevolucionarias; y la tercera etapa, de cierto deterioro de la revolución, a partir del denominado golpe de Termidor y el Gobierno del Directorio, en la cual, entre otros episodios, se dio el arresto de los jacobinos, la aprobación de la Constitución de 1795 y el descubrimiento de la conspiración de los iguales.

El proceso en cuestión, concluiría con el triunfo de Napoleón Bonaparte, la dación de una nueva Constitución y el establecimiento de la monarquía napoleónica absoluta, que en el fondo significó un estado liberal-burgués, cuyo modelo esencial se ha prolongado hasta ahora en buena medida.

En el desarrollo de estos acontecimientos y, sobre todo, en la construcción de las ideas que dieron sustento a la Revolución Francesa, a través de la estimación de la importancia y el auténtico rol del Tercer Estado como expresión del pueblo francés, jugó un papel trascendental el abate Emmanuel Joseph Sieyés, quien no solo redefinió los conceptos de nación y de Constitución y concibió las categorías de poder constituyente y de poder constituido, así como sus características, diferencias y relaciones, sino que, en lo que directamente interesa rescatar para esta investigación, a partir de aquellas categorías creó la idea germinal del Estado Constitucional y del control concentrado de la constitucionalidad. En tal sentido, conocer su vida contribuye a entender mejor la trascendencia y el significado de sus aportes.

III. Reseña biográfica

El 3 de marzo de 1748 vino al mundo en la localidad de Fréjus, ubicada al sur de Francia, Emmanuel Joseph Sieyès. El quinto de ocho hijos de la familia formada por Honoré y Anne Sieyés, quienes eran plebeyos, pero con cierto tinte de sangre noble en sus venas y de mentalidad conservadora. Honore Sieyès tenía una renta independiente y un modesto ingreso como recaudador de impuestos.

Debido a la decisión de sus progenitores, a quienes amó y respetó muchísimo según su propia confesión, hasta que cumplió los 14 años de edad fue educado por un tutor, por los jesuitas y por los regentes del Colegio de los Doctrinaires de Draguignan, ingresando en 1762, también a instancias de sus padres, al Seminario de San Sulpice en París, apoyado por Césargues, Vicario General de Fréjus y amigo de su padre. Era en ese entonces un joven enfermizo y con marcada vocación por la carrera militar, pero aspirante, empeñoso y habilidoso para los estudios; atributos a los que sumaba una temprana vocación por la música.

Durante su preparación sacerdotal, que duró diez años, hasta 1772, estudió filosofía y teología, adquiriendo una reputación de hábil estudiante. También cultivó la música. Era notoria su especial inquietud por las ciencias y los nuevos principios filosóficos, así como por su racional rechazo a las ideas de la teología conservadora. Según el mismo Sieyès, fueron años de esfuerzos y de sacrificios, de estudio y de preparación con la rigurosidad que imponía la formación religiosa de aquella época, y también años de amarguras y disgustos. Al concluir sus estudios contaba con 24 años de edad. En 1773 fue ordenado sacerdote. Sobre su estancia en el Seminario de San Sulpice en París, Pantoja comenta

> Diez años pasa Sieyès en el seminario, no para estudiar teología, ya que, contentándose con la licenciatura, desdeña el doctorado, tampoco para cumplir con los deberes del ministerio sagrado, pues ni ocupa el púlpito, ni imparte sacramentos, sino que su confinamiento tiene como móvil su aislamiento del mundo para dedicarse a la meditación. Sus superiores dejaron notas con observaciones sobre él que testimonian el presentimiento de lo que algún día será: "el abate Sieyès, tan poco abate", como lo concibe Chevallier, o "el Descartes de la política", como lo llamará Saint-Beuve. Sin verdadera vocación para el ejercicio activo de su ministerio, pero compelido por lo exiguo de su fortuna, Sieyès debía encontrar sus medios de existencia en la profesión abrazada y, así, se consagra a los aspectos administrativos del clero [...].[12]

Vinieron tiempos duros. Sin embargo, el novel clérigo siguió cultivando las investigaciones filosóficas y la música. El 20 de

[12] Pantoja Morán, David, *Introducción al libro de Sieyès...*, *cit*., pp. 7 y 8.

octubre de 1774, a raíz de los pedidos hechos por amigos influyentes y a la par con el ascenso de Luis XVI al trono obtuvo la promesa de ser nombrado canónico en Bretaña, pero tal honor no le trajo ventajas pecuniarias hasta la muerte del titular. Recién a fines de 1775 recibió su primer real empleo, como secretario del Monseñor Lubersac, Obispo de Tréguier.

Transcurridos dos años, ya como diputado de la diócesis participó en los Estados de Bretaña y observó con profundo disgusto el tambaleo de las clases privilegiadas. En 1780 acompañó a Lubersac como su Vicario General, quien fue transferido a la Diócesis de Chartres, convirtiéndose con el tiempo en canónico de la catedral y en Canciller de la Diócesis. En tal etapa formó parte de una comisión que cambió la vieja liturgia y actuó como representante de su diócesis en la Cámara Superior del Clero. Con este motivo vivió en París, disfrutando de la alta estima de su orden debido a su inteligencia y continuó con sus estudios filosóficos.

Sieyès mostraba una notoria seriedad y una impresionante agudeza intelectual, que se impusieron frente a su modesta y diminuta apariencia. Hombre simple, frágil y de insignificante contextura, aunque de rostro algo arrogante y de matiz intelectual, "[...] con su bien definida nariz y mentón, grandes y negros ojos, frente alta y tez pálida [...]",[13] que le daban "[...] la apariencia de un escolar en vez de la de un hombre de 'beau monde'".[14] Tenía problemas con sus ojos, probablemente debido a la fragilidad de su salud y a la gran cantidad de tiempo que dedicaba a la lectura. Era de voz baja y carecía de facultades retóricas.

Paralelamente, mostraba una personalidad disconforme con el conservadurismo de algunos y amante de la libertad. Era, tal como lo expresó en alguna ocasión "[...] libre el mismo de todo sentimiento e ideas supersticiosas [...]",[15] pero de rápido progreso intelectual, lo cual en 1769 ya había llevado a Césarge a vaticinar, en carta dirigida a sus padres, "[...] este hombre jo-

13 Deusen, Glyndon van, *op. cit*., p. 14.

14 *Idem*.

15 *Ibidem*, p. 15.

ven les hará honor [...]".[16] Su ascenso a Chartres, confirmó esta predicción.

Fue peculiar su caso. A pesar de ser sacerdote su mente trabajó libre y poderosamente, sin ataduras, negándose a seguir cualquier escuela de pensamiento y aspirando a un sistema político y social perfecto, basado en el principio de la unidad armoniosa. Propugnó el concepto de unidad, defendiéndolo con pasión y soñando con la reunión del conocimiento humano en un solo y dulce acuerdo. En esa dirección solía manifestar "Si falta esto, solo hay mentes independientes, cuyo conocimiento es bueno para nada. No obstante que ellos pueden guardar mucho en sus memorias, son realmente ignorantes e inservibles".[17]

Para conseguir el deseado estado de perfección y solucionar los problemas de los demás, se propuso la aplicación de los poderes mentales, afirmando que "Si el pensamiento se pierde, adiós a la humanidad".[18]

Según Glyndon G. Van Deusen aparece en la correspondencia de Sieyés su espíritu de superación, como otro rasgo que perfilaba su especial personalidad, al extremo que si algo le fallaba lo invadía una gran amargura. "Yo me daré a mí mismo una vida digna o moriré",[19] le escribió a su padre en 1773. Cuando en 1778 Lubersac falló en conseguirle una posición en la Corte, lo fustigó en los términos siguientes: "[...] Eso me hubiera podido llevar a Versalles. Mi Obispo me ha engañado; [...] él quiere hacerme su ame deamnée ad Treger [...] no voy a poner mas fé en las promesas de este hombre que las que tengo respecto a las predicciones del almanaque. Yo lo pretendo, porque lo puedo hacer mejor".[20]

Sus lecturas de Bonnet, Condillac y Locke le dieron grandes satisfacciones. A ellas sumó la lectura de otros pensadores. Sin embargo, existen obvios puntos de similitud con Locke, desde que ambos consideraron la propiedad privada como un derecho

16 *Idem*.

17 *Ibidem*, p. 16.

18 *Idem*.

19 *Idem*.

20 *Idem*.

natural e inalienable, ambos conceptuaron al pueblo como el auténtico titular del poder y ambos insistieron en un Gobierno representativo, así como en la regla de la mayoría. Tampoco fue ajeno a Montesquieu y Rousseau, cuyas ideas complementaría.

No obstante que se tienen muy pocos datos de su vida durante los años anteriores a la revolución, por lo que se presume que debe haber estado ocupado en sus trabajos administrativos en París y Chartres, se sabe que en 1780 escribió destacando la importancia de las asambleas provinciales —que venían fracasando—, sosteniendo que eran las únicas asambleas de propietarios y proponiendo su unificación, pergeñando las ideas que años mas tarde desarrollaría en defensa del Tercer Estado; y se conoce que 1787 fue un año de especial significación para el abate, ya que en ese año fue consejero del Parlamento de París e inició sus actividades políticas como representante del clero en la Asamblea Provincial de Orléanais, que sesionó solo un corto tiempo —del 17 de noviembre al 22 de diciembre de dicho año—; asamblea de la que se publicaron algunos folletos de carácter anónimo, de los que probablemente Sieyés haya sido el principal inspirador, dado su sentido cuestionador y contestatario.

Entre los últimos meses del año siguiente, 1788, y los primeros de 1789, como ya se comentó antes, a raíz de la convocatoria a los Estados Generales realizada por el Rey Luis XVI, aparecieron en Francia una gran cantidad de escritos con mensajes que cuestionaban el orden existente y planteaban lo que sus autores consideraban urgentes reformas para lograr salvar Francia. Uno de aquellos folletos, el principal y que sin duda alguna causó sensación, fue el elaborado por Sieyès bajo el título ¿Qué es el Tercer Estado? (Qu'est-ce que le Tiers Etat?), sobre el que Francisco Ayala afirmaría con todo acierto "[...] ninguno impresionó de manera tan profunda y eficaz [...]".[21]

Se trataba, quizás, de su más importante creación, que sumada a sus precursoras ideas sobre control concentrado de la constitucionalidad, constituyen sus más extraordinarios aportes en la gestación del Estado constitucional. En esta línea, en lo que

[21] Ayala, Francisco, "Introducción", *Qué es el Tercer Estado, de Emmanuel Sieyés*, Madrid, Aguilar Ediciones 1973, p. XI.

respecta a su trabajo rotulado ¿Qué es el Tercer Estado?, debe apuntarse, siguiendo al mismo Francisco Ayala, que se trata de un texto que tiene un interés doble, por cuanto desde el punto de vista histórico constituye "[...] un documento vivo, inmediato y primordial del advenimiento de la clase burguesa al poder político",[22] y desde el punto de vista teórico "[...] contiene la formulación original y auténtica de la doctrina del poder constituyente del pueblo",[23] que hace al núcleo del Estado constitucional.

Sobre lo afirmado en el párrafo anterior, se enfatiza que las ideas plasmadas con extraordinaria lucidez, sencillez, claridad y contundencia por el abate en el folleto en referencia dieron sustento y consistencia a la decisión de los diputados del Tercer Estado de exigir que los acuerdos de los Estados Generales se adoptaran por votación individual de los diputados de cada uno de los tres Estados, así como a la trascendental e inédita decisión de convertir a los Estados Generales en Asamblea Nacional, materializada el 27 de junio de 1787, que, sin lugar a dudas, constituye el primer triunfo de la revolución burguesa.

En esta brevísima reseña biográfica debe señalarse que, en la segunda etapa de su vida pública, el abate Sieyés se convirtió en un personaje discutido al apoyar activamente a Napoleón Bonaparte, llegando a ser uno de sus tres cónsules provisionales y, posteriormente, senador; falleciendo en 1836 a la edad de 88 años.

No obstante, su extraordinaria valía y sus aportes, Sieyès, como ya se comentó, fue un personaje controvertido. Si bien, como se adelantó, David Pantoja Morán ha sostenido, siguiendo las ideas de Paul Bastid y Jean Denis Verdín,[24] que "Francia aún está en deuda con quien, sin duda alguna, es el más importante de los pensadores de la Revolución de 1789", ha tratado de explicar esta aparente contradicción afirmando que "Existen varias razones que en conjunto permiten elaborar una explicación, quizá plausible, del porqué este injusto trato a Emmanuel-Joseph

22 *Ibidem*, p. 13.

23 *Idem*.

24 Bredin, Jean Denis, *Sieyès. La clé de la Révolution francaise,* París, Éd. De Fallois.

Sieyès por la historia francesa".[25] Esas razones pueden ser las que a continuación se refieren.

Una primera, recogida por el propio Pantoja apoyándose en Bastid consistente en que

> [...] aunque su pluma no dejó territorio sin tocar en todo el derecho público, lo hizo de un modo sucesivo y en disperso, lo que permite afirmar que el plan general lo tenía solo en la mente. Sus escritos publicados no cuentan sino con algunas cuantas páginas en total y repartidas en discursos o folletos, marcados todos por la impronta de la coyuntura y ninguno de los cuales forma un tratado completo. Algunos de ellos están plagados de lagunas, de largas digresiones y redactados de manera oscura. Aunque otros, es verdad, fueron notables por su eficacia y oportunidad políticas y le dieron enorme popularidad. El inventario mismo de lo impreso se presta a controversia, pues algunos escritos aparecieron en forma anónima y otros firmados por plumas ajenas. Aparte de lo publicado, sus escritos personales inéditos podrían ser de enorme interés. Algunos extractos los recoge Saint-Beuve en sus célebres "Charlas de los Lunes", pero hoy están perdidos.[26]

La segunda, enraizada en lo que el mismo Pantoja describe como "[...] ese cataclismo histórico en el que le tocó jugar un papel central",[27] que arrastró a todos sus protagonistas y testigos en el cúmulo de fuerzas centrífugas y centrípetas que en su interior anidaron, en el cual "Sus ideas jurídicas y políticas dieron sustento al trastocamiento de la idea de legitimidad del antiguo régimen por una nueva de diferente linaje, por lo que se le reputa como el partero de la nueva sociedad emergente".[28] Empero, más tarde vota a favor de la ejecución del rey y culmina contribuyendo al golpe de Estado del 18 brumario, por lo que se le ha llamado nada menos que el "sepulturero del periodo revolucionario".[29]

---

25 Pantoja Morán, David (comp.), *Escritos políticos de Sieyès..., cit*., p. 17.

26 *Idem*.

27 *Idem*.

28 *Idem*.

29 *Idem*.

IV. Resumen de sus escritos políticos

Antes de hacer referencia a la producción de Sieyès que seguidamente se aborda de manera muy breve, es pertinente efectuar algunas precisiones como lineamientos bibliográficos. En ese empeño, se recogen las orientaciones de Bastid[30] y del propio Sieyès,[31] en el sentido que debe distinguirse entre los escritos que se imprimieron, que no son muchos, de los escritos que no se imprimieron, comúnmente llamados manuscritos, que son numerosos y no presentan un orden determinado; así como entre los documentos protocolares, que se evacuaron por el ejercicio de las funciones oficiales que le cupo desempeñar y sus textos políticos, que son los realmente importantes, entre los cuales existen algunos de su indiscutible autoría y otros cuya paternidad se le puede atribuir fundadamente, por la imputación de sus contemporáneos o las expresiones que lo identifican. Son algunos de sus escritos políticos los que se comentan a continuación, en estricto orden cronológico.

4.1. Consideraciones sobre los medios de ejecución de los cuales los representantes de Francia podrán disponer en 1789

(*Vues sur les moyens d'exécuteon dont les représentants de la France pourront disposer* en 1789). Este texto político fue redactado en el verano de 1788, como un panfleto anónimo, pero se difundió recién a fines de ese año o a los inicios del siguiente, en una primera edición, que después fue seguida por una segunda. En el mundo hispano se publicó en 1989 por la Universidad Nacional Autónoma de México, precedido de un estudio preambular y una cronología cuya autoría corresponde a Raúl Cardiel Reyes. En 1993 aparece incorporado en la primera edición de la obra de David Pantoja ya citada, sobre los "Escritos Políticos de Sieyès" auspiciada por el Fondo de Cultura Económica, trascrito literalmente en su versión en español desde la página 63 a la

30 Bastid, Paul, *op. cit.,* pp. 313-339.

31 Sieyès, Emmanuel-Joseph, *Ecrits Politiques*, selección y presentación de Robert Zapperi, París, Des Archives Contemporaines, 1985, pp. 19-21.

página 114.

El abate en sus posteriores trabajos hará numerosas referencias a este texto, más que a ningún otro, en el cual da una fervorosa respuesta a la declaración formulada por el Rey Luis XVI al lanzar la convocatoria a los Estados Generales para Asamblea Nacional, quien invocó como fundamento de su decisión la tradición histórica francesa, lo cual para Sieyès era una burda farsa, si se tiene en cuenta que los Estados Generales no se habían reunido desde 1617 (desde hacía más de ciento doce años) y que la nobleza y el clero eran abiertamente reacios a su funcionamiento. Considera que la convocatoria se había dado forzada por las circunstancias de crisis y caos por la que atravesaba Francia, pero no por una intención sana y sincera, que nunca existió, y desarrolla las tres condiciones que deben darse para que los Estados Generales sean grandes y útiles: el derecho de hacer; la libertad de hacer; y la permanencia de lo que se haga.[32]

Así dirá con extraordinaria lucidez:

> Los Estados Generales han sido convocados y se instalarán porque han llegado a ser necesarios; aun para aquellos que les temen más, y es el caso de decirlo, de publicarlo con todas nuestras fuerzas para no dejar que se pierda nuestro reconocimiento: la instalación de la Asamblea Nacional no será el fruto de ninguna buena intención por parte del Ministerio. No la deberemos más que al exceso del mal. El exceso del mal lo habrá hecho todo.[33]
>
> El cuadro de lo que ha sucedido, en este sentido, lo debemos a nuestros nietos. Es necesario enseñarles que la gran máquina política fue establecida para proteger, pero que administradores incompetentes se volvieron contra su objetivo, arruinaron la fortuna y destruyeron la persona de los ciudadanos; ¡y que este juego cruel haya llegado a ser el curso ordinario de las cosas y que nosotros lo hayamos sufrido¡... Esto se habría mantenido mucho tiempo si los ministros no hubiesen, en sus días de delirio, ellos mismos torcido o roto los resortes.[34]

---

32 Sieyès, Emmanuel Joseph, "Consideraciones sobre los medios de ejecución de los cuales los representantes de Francia podrán disponer en 1789", en Pantoja Morán, David (comp.), *Escritos políticos de Sieyès..., cit*., p. 65.

33 *Ibidem,* p. 64.

34 *Idem*.

Así, el término de Estados Generales se coloca al fin en los labios de visir francés, sin que el odio haya podido abandonar su corazón. En el fondo del alma tenían aún esperanza en la hipocresía y en el tiempo. Su hipocresía ha sido descubierta y el tiempo no ha hecho más que impulsarlo imperiosamente hacia los temidos Estados Generales. Él los ve enfrente y olvida la necesidad que manda, sensible únicamente al propio peligro; utiliza, para alejarlo, todas las medidas y todas las maniobras; comete atentados como si ensayara expedientes.[35]

En fin, los ministros han llevado su criminal audacia hasta sopesar fríamente y calcular en sus consecuencias el afrentoso de una terrible bancarrota o el proyecto más criminal aún de una guerra civil; y si esos execrables medios han terminados por ser rechazados, ¡olvidaos de tener reconocimientos¡[36]

Es que una vez examinados los han juzgado insuficientes. Es así como los amigos y enemigos de la nación deben por fin reunirse en el mismo punto, aunque sea por distintos caminos. El del interés nacional, que conduce a todos los buenos ciudadanos y el de los abusos y excesos que entraña al gobierno. Nunca pudo ser la Asamblea Nacional un proyecto franco y honesto de su parte; es solamente el término inevitable de sus depredaciones. Ah, ¿cómo no entregarse a una profunda indignación pensando que los Estados estarían, todavía, en el mundo de las quimeras, si los crímenes de los ministros no hubiesen sido más activos, más poderosos en sus efectos que el voto justo, necesario y, sin embargo, sin fuerza de 25 millones de hombres?.[37]

No se podrá evitar su instalación pues esta Asamblea Nacional que tantos votos la han pedido y que tantas esperanzas la acompañarán y cuyos frutos serán tantos más preciosos cuanto sabrá juntar a la fuerza de las circunstancias, una conducta ilustrada, valiente y equilibrada a la vez.[38]

Muchos buenos patriotas denunciarán los vicios que deben reformarse e indicarán el bien que hay que hacer, propondrán sistemas de legislación llenos de medidas útiles. Para nosotros, persuadidos que contra la experiencia de los males, la mayor parte de los dipu-

35 *Idem.*

36 *Idem.*

37 *Ibidem,* pp. 64 y 65.

38 *Ibidem,* p. 65.

> tados reunirán la ciencia de los verdaderos remedios y el deseo real de la cura, suponemos que no solamente quieren hacer el bien sino que sabrán en que consiste. Pero tan perfecto, tanto completo como se suponga el plan de aquello que quieran establecer para el interés del pueblo, no es más que la obra de un filósofo; solo un proyecto. Por su propio sentido, el administrador buscará los medios de ejecución. Se dará cuenta de la posibilidad de llevar a cabo las buenas ideas del filósofo, pero estas son dos distintas maneras de pensar. ¿Dispondrán los Estados Generales de los suficientes medios de ejecución? ¿Los tendrán de una manera segura? Esta es la pregunta siguiente a la cual me limito. Por lo mismo este trabajo no puede ser visto más que como un suplemento del gran número de obras que las circunstancias van a hacer surgir.[39]
>
> Afirmamos que los Estados Generales no serán grandes y útiles por mucho saber y querer que se les atribuya. Reunirán el poder de derecho y de ejecución, ¿así será?[40]

Como se adelantó, "Tres condiciones constituyen este poder: la primera, el *derecho* de hacer; la segunda, toda la *libertad* al hacer, y la tercera, la *permanencia* de aquello que será hecho";[41] y "Esta división es clara. Para seguirla prevemos tres secciones: 1) Que los Estados Generales tienen el derecho de legislación. 2) Que no pertenezca más que a los Estados Generales el ejercer libremente el poder legislativo. 3) Que los Estados Generales puedan establecer y hacer permanente el resultado de sus deliberaciones".[42]

Nótese que Sieyès, hábilmente, después de desenmascarar al rey en lo que hace a sus verdaderas motivaciones para convocar a los Estados Generales, que eran muy ajenas a tradición alguna y, por el contrario, estaban referidas a la búsqueda desesperada de una atenuación a la crisis existente, utilizando coyunturalmente y sin reparos, la figura de los Estados Generales, rescata su importancia y les atribuye un rol salvador ante la crisis existente, sembrando esperanzas en el pueblo francés y ofreciendo la fór-

39 *Idem*.

40 *Idem*.

41 *Idem*.

42 *Idem*.

mula a aplicar para que se conviertan en órganos con verdadero poder y con facultad de ejecución, a través del ejercicio libre y exclusivo del derecho de legislación y el carácter coercitivo de sus decisiones. Dado el contexto precedentemente descrito, se trató de una actitud valiente, contestataria y juiciosa en aras de una reivindicación de los Estados Generales y del respeto a sus decisiones.

4.2. Ensayo sobre los privilegios

(*Essai sur les privilèges*). A pesar que fue producido terminando el verano de 1788, recién se conoció, como panfleto anónimo, con motivo de la segunda asamblea de los notables, consultada sobre la convocatoria a los Estados Generales, y meses después apareció su segunda edición, a la caída de Loménie de Brienne y la llegada de Necker al ministerio cuando se abrió el frente anti-absolutista y se agudizaron los conflictos entre el Tercer Estado y la aristocracia.

En este ensayo Sieyès destruye los argumentos sostenidos por los privilegiados a favor de la jerarquía social existente, por ser incompatibles con los cambios que se venían dando. En esa línea, afirmó "Se ha dicho que 'privilegio' es *una dispensa para el que lo obtiene* y *un desaliento para los demás*. Si ello es así, convengamos en que es una pobre invención esta de los privilegios. Supongamos una sociedad perfectamente constituida y lo más dichosa posible. ¿No es cierto que para trastornarla por completo será suficiente dispensar a unos y desalentar a los demás?";[43] e incitó la reacción de quienes vivían ese drama con estas reflexiones:

> El pueblo cree, casi de buena fe, que no tiene derecho más que a lo que está expresamente permitido por la ley. Parece ignorar que la libertad es anterior a toda sociedad, a todo legislador, y que los hombres no se han asociado más que para poner sus derechos a cubierto de los atentados de los malos y para entregarse, al abrigo de esta seguridad, a un desarrollo más amplio, más enérgico y más fecundo en el goce de sus facultades morales y físicas. El legislador ha sido

[43] *Ibidem*, p. 115.

> establecido no para conceder, sino para proteger nuestros derechos. Si a veces limita nuestra libertad, lo hace en virtud de aquellos de nuestros actos que resulten perjudiciales a la sociedad y, por tanto, la libertad civil se extiende a todo aquello que la ley no prohíbe.[44]

Para abundar en el sentido que "Conceder a alguno un privilegio exclusivo sobre lo que pertenece a todo el mundo sería hacer daño a todos en beneficio de uno solo, lo que representa a la vez la idea de la injusticia y de la más absurda sinrazón";[45] y sentenciar "Todos los privilegios son, pues, por su propia naturaleza, injustos, odiosos, y están en contradicción con el fin supremo de toda sociedad política"[46] y, por lo tanto, "La masa de ciudadanos es siempre la cosa principal, la que debe ser servida; ¿deberá, por tanto, ser ella sacrificada al servidor, a quien no se premia más que por haberla servido?"[47]

Advertirá el abate de Fréjus con visión clara y precisa,

> No confundamos, en ningún caso, la superioridad absurda y quimérica, obra de los privilegios, con la superioridad legal entre los gobernantes y los gobernados. Esta es real y necesaria. No enorgullece a los unos ni humilla a los otros; es una superioridad de funciones y no de personas. Pero si aún esta superioridad no puede compensar de las dulzuras de la igualdad, ¿qué hemos de pensar de la quimera de que se alimentan los simples privilegiados?[48]
>
> Si en el orden de lo malo y de lo absurdo hay clases, indudablemente los privilegios hereditarios deben ocupar la primera y no me daré por vencido hasta probar una verdad tan palpable. Hacer de un privilegio una propiedad transmisible es querer arrojar de sí hasta los menores pretextos para justificar la concesión de tales privilegios; es trastocar todo principio, toda razón.[49]
>
> El tema de los privilegios es inagotable, como los prejuicios que conspiran para sostenerlos. Pero dejemos este tema y ahorremos

---

44 *Ibidem,* pp. 115 y 116.

45 *Ibidem*, p. 116.

46 *Idem*.

47 *Idem*.

48 *Ibidem*, p. 122.

49 *Idem*.

> las reflexiones que inspira. Llegará un día en que nuestros descendientes, indignados, queden estupefactos ante la lectura de nuestra historia y den a esta inconcebible demencia el nombre que merece. Hemos visto en nuestra juventud cómo algunos escritores se distinguían atacando valerosamente opiniones de gran fuerza, pero perniciosas para la humanidad. Hoy se contentan con repetir en sus conversaciones y en sus escritos razonamientos anticuados contra prejuicios que no existen ya. Este de los privilegios es quizá el más peligroso de los que han aparecido sobre la tierra, el más íntimamente ligado con la organización social, el que más profundamente la corrompe y en que hay más intereses ocupados en defenderle. He aquí bastantes motivos para excitar el celo de los verdaderos patriotas y para enfriar el de la gente de letras.[50]

Palabras sólidas y contundentes, expresadas con valentía y solvencia. La situación de los privilegios en la Francia de fines del siglo XVIII era ya un escándalo y resultaba inaceptable e insostenible; máxime dada la crisis y el caos existentes. Sieyès supo interpretar ese sentir y, lo más importante, derrumbar las obsoletas y erradas tesis que pretendían salir en su defensa, con argumentos de una contundencia tal, que anularon toda posibilidad de discrepancia exitosa. La libertad de los seres humanos, todos iguales en su esencia, es anterior a toda sociedad y al legislador. Este está para proteger nuestros derechos. No para conceder privilegios, que son materializaciones de la injusticia y de la sinrazón, así como caldo de cultivo de la corrupción.

4.3. ¿Qué es el Tercer Estado?

(*Qu'est-ce le Tiers Etat?)*. Sobre este escrito es conveniente consignar aquí lo afirmado por Pantoja:

> Este célebre libelo se escribe inmediatamente después del anterior, en noviembre y diciembre de 1788, pero no es publicado hasta enero de 1789. Su argumento central consiste en asimilar a la nación con el Tercer Estado como resultado de la transformación social que acarreó el impulso a la industria y al comercio y que implicó la destrucción de la sociedad feudal. Se suceden cuatro ediciones en el

[50] *Ibidem*, p. 128.

mismo año, pero solo la última lleva el nombre del autor. En 1822 el abate Morelet y, después, en 1839, el diputado Chapuis-Montlaville. El 1875 Koppel lo publica en alemán. En 1888 Edme Champion le consagra una edición crítica, precedida del ensayo sobre *los privilegios*. En 1924 Otto Brant lo reedita en alemán, con introducción y notas. En 1970 Robert Zapperi da a la imprenta una edición crítica con introducción y notas. Francisco Ayala, en la prensa de América Lee de Buenos Aires, lo publica en 1943 en español, con estudio preliminar y notas. Precedido por el ensayo sobre *los privilegios* con prólogo de Valentín Sánchez Álvarez y versión castellana de José Rico Godoy, el Instituto de Estudios Políticos lo publica en Madrid en 1950. La Universidad Nacional Autónoma de México, en la colección Nuestros Clásicos, publica en 1973, con introducción de David Pantoja Morán, los dos ensayos. La colección Austral de Espasa Calpe en Madrid publicó en 1991, con introducción y traducción de Ramón Máiz los tres ensayos, pero carente de información, este se arroga el mérito de haberlos publicados juntos por primera vez en español: el mérito es de Raúl Cardiel Reyes, quien en la imprenta del PRI publicó en 1989 en México conjuntamente los tres ensayos.[51]

En el Sieyès formula y desarrolla tres preguntas y respuestas: ¿qué es el tercer estado? todo; ¿qué representa actualmente en el orden político? nada; y ¿qué pide? llegar a ser algo.

4.3. Preliminar de la constitución. Reconocimiento y exposición razonada de los derechos del hombre y del ciudadano

(*Préliminaire de la Constitution. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de e'homme et du citoyen*). Elaborado con rigor, a pesar que no fue tomado en cuenta directamente en los debates que concluyeron el 26 de agosto de 1789 con la redacción definitiva de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, constituye "su más importante antecedente doctrinal".[52] Sieyès lo leyó en las sesiones del 20 y del 21 de julio de dicho año en el seno del Comité de Constitución. Respecto de su publicación Pantoja afirma:

[51] *Ibidem*, p. 14.

[52] Idem.

> Fue varias veces publicado el mismo año de 1789 en Versalles y en París. La publicación que de este texto hace Zapperi en 1985 está basada en la edición parisiense publicada por Baudouin, el impresor de la Asamblea Nacional. Bajo los auspicios de la Universidad Nacional Autónoma de México, Carlos Sánchez Viamonte lo publicó en español como parte de un estudio sobre los derechos humanos en la Revolución francesa.[53]

Revelando un adecuado desarrollo de ideas y lo avanzado de su pensamiento, en cuanto a la primacía de los derechos de la persona en general y de los ciudadanos en particular, el abate afirmó en la primera de las referidas sesiones: "Los representantes de la nación francesa, al ejercer desde este momento las funciones de poder constituyente, consideran que toda unión social y, por consiguiente, toda Constitución política no puede tener más objeto que el de manifestar, ampliar y garantizar los *Derechos del Hombre y del Ciudadano*".[54] Y precisó: "Una *Declaración de los Derechos del Ciudadano* no es una serie de leyes, sino una serie de principios".[55]

Luego procederá a fundamentar su posición. Primero, la necesidad de consagrar, mediante una promulgación positiva y solemne, una declaración que a manera de preámbulo consagre, en forma clara, adecuada y entendible para todos los principales derechos del hombre y del ciudadano. Segundo, las razones que amparan tal declaración ante las injusticias, desigualdades y violaciones que se cobijaron en el anterior régimen. Al respecto, afirmará:

> Por consiguiente, es una verdad eterna, que no se puede repetir demasiado a los hombres, la de que el acto por el cual el fuerte mantiene al débil bajo su yugo, jamás puede convertirse en derecho; y que, por lo contrario, el acto por el cual el débil se sustrae a la opresión del fuerte, es siempre un derecho, es un deber que lo obliga siempre para consigo mismo.[56]

---

53 *Idem*.

54 *Ibidem*, pp. 177-178.

55 *Idem*.

56 *Ibidem*, p. 179.

> Para más adelante abundar con estas expresiones relativas a la libertad: Lejos de disminuir la libertad individual, el estado social amplía y asegura su uso; hace a un lado la multitud de obstáculos y de peligros, a los que está expuesta en demasía, cuando su única garantía es una fuerza privada, y la confía a la omnipotente guardia de la asociación por entero. Así, puesto que en el estado social el hombre cree en medios morales y físicos y puesto que se sustrae, al mismo tiempo, a las inquietudes que acompañarían su uso, podemos decir con verdad que la libertad es más plena y completa, en el orden social, que lo que puede serlo en el llamado estado de *naturaleza*.[57]
>
> El estado social añade además, en virtud de la fuerza de una convención general, una especie de consagración legal; y es necesario suponer este último acto para poder dar a la palabra *propiedad* toda la extensión del sentido que acostumbramos darle en nuestras sociedades civilizadas. Las propiedades *territoriales* son la parte más importante de la propiedad *real*.[58]
>
> La garantía de la libertad solo será eficaz cuando sea suficiente, y no será suficiente sino cuando los golpes que puedan lanzarse contra ella sean impotentes contra la fuerza consagrada a defenderla. Ningún derecho está completamente asegurado si no se halla protegido por una fuerza relativamente irresistible.[59]
>
> Las ventajas que se pueden sacar del estado social no se limitan a la protección eficaz y completa de la libertad individual; los ciudadanos tienen derecho también a todos los beneficios de la asociación. Estos beneficios se multiplicarán a medida que el orden social saque provecho de las luces que el tiempo, la experiencia y las reflexiones difundirán en la opinión pública. El arte de extraer todos los beneficios posibles del estado de sociedad es la primera y la más importante de las artes. Una asociación concebida para el mayor bien de todos será la obra maestra de la inteligencia y de la virtud.[60]

En lo que se refiere a los poderes públicos, en orden a los derechos en mención, enseñará que

---

57 *Ibidem,* p. 180.

58 *Idem*.

59 *Ibidem,* p. 181.

60 *Ibidem,* p. 182.

> El establecimiento público es una especie de cuerpo político, que al poseer, como el cuerpo del hombre, necesidades y medios, debe organizarse, poco más o menos, de la misma manera. Es preciso dotarlo de la facultad de *querer* y de la de *obrar*. El poder legislativo representa a la primera y el poder ejecutivo representa a la segunda de estas dos facultades.[61]

Y que "La Constitución abarca, a la vez, la formación y la organización interiores de los diferentes poderes públicos, su correspondencia necesaria y su independencia recíproca."[62]

Describirá el sentido del vocablo Constitución, diferenciándolo del de nación, insistiendo en que

> Tal es el verdadero sentido de la palabra *Constitución*; es relativa al *conjunto* y a la *separación* de los poderes públicos. Lo que se constituye no es la nación, sino su establecimiento político. La nación es el conjunto de los asociados, gobernados todos y todos sometidos a la ley, obra de su voluntad, todos iguales en derecho y libres en su comunicación y en sus compromisos respectivos. Los gobernantes, por lo contrario, forman, en relación exclusivamente con esto, un cuerpo político de creación social. Ahora bien, todo cuerpo tiene necesidad de ser organizado, limitado, etc., y por consiguiente, de ser constituido.[63]

Insistiendo en el tema de la Constitución, perfilará su pensamiento, ligando su concepto al de poder constituyente que había desarrollado en ¿Qué es el Tercer Estado?, con estas palabras:

> La constitución de un pueblo no es, ni puede ser, más que la constitución de su gobierno, y del poder encargado de proporcionar las leyes, tanto al pueblo como al gobierno. Una Constitución supone, ante todo, un poder constituyente. Los poderes que forman parte del establecimiento público están todos sujetos a leyes, reglas y formas que no pueden cambiar a su antojo. Tal y como no pudieron constituirse a sí mismos, tampoco pueden cambiar su Constitución; de igual modo, nada puede respecto a la constitución de unos y otros.[64]

---

61 *Idem*.

62 *Ibidem*, p. 183.

63 *Idem*.

64 *Idem*.

Apuntará en la misma dirección:

> El poder constituyente tiene capacidad para todo a este respecto. No está sometido de antemano a una Constitución dada. La nación, que entonces ejerce el más grande y más importante de sus poderes, debe estar, al cumplir está función, libre de toda coerción y de toda forma salvo aquella que le plazca adoptar. Pero no es necesario que los miembros de la sociedad ejerzan individualmente el poder constituyente; pueden otorgar su confianza a representantes que se reunirán con este objeto solamente, sin que puedan ejercer por sí mismos ninguno de los poderes constituidos. Además, al primer capítulo del Proyecto de Constitución corresponde aclarar cuáles serán los medios para formar y reformar todas las partes de una Constitución.[65]

Y antes de formular sus inéditos veintidós artículos que consagraban la exposición razonada de los derechos del hombre y del ciudadano, explicará en una digresión de avanzada sobre los derechos políticos, que adicionará a los naturales y civiles:

> Hasta ahora, no hemos expuesto más que los *derechos naturales y civiles* de los ciudadanos. Nos queda por conocer cuáles son los derechos *políticos*. La diferencia entre estas dos clases de derechos consiste en que los derechos naturales y civiles son aquellos *para cuyo* mantenimiento y desarrollo se ha formado la sociedad; y los derechos políticos son aquellos *mediante* los cuales la sociedad se forma. Mejor será, para dar mayor claridad al lenguaje, llamar a los primeros derechos *pasivos*, y a los segundos, derechos *activos*.[66]

Para acotar, concretamente sobre los derechos políticos,

> La igualdad de derechos políticos es un principio fundamental. Es sagrada, como la de los derechos civiles. De la desigualdad de derechos políticos nacerían pronto los privilegios. El privilegio es, o dispensa de una obligación común, o concesión exclusiva de un bien común. Todo privilegio, por consiguiente, es injusto, odioso y contradictorio del fin verdadero de la sociedad. Siendo la ley un instrumento común, obra de una voluntad común, no puede tener otro objeto que el interés común.[67]

---

65 *Idem*.

66 *Idem*.

67 *Ibidem*, p. 184.

Y, finalmente, expresar, refiriéndose al deber de quienes ejercen el poder público que

> Es un grave error creer que el ejercicio de un poder público es un *derecho*, cuando es un *deber*. Los funcionarios de la nación no tienen, por encima de los demás ciudadanos, sino deberes de más que cumplir; y que nadie se engañe, al pronunciar esta verdad lejos de nosotros está la intención de menospreciar el carácter del hombre público.[68]

> Aquí puede terminar la exposición razonada de los derechos del hombre y del ciudadano, que hemos querido ofrecer a la nación francesa, y que nos hemos propuesto a nosotros mismos, para que nos sirva de guía en la construcción de la Constitución a la que vamos a entregarnos. Pero, con el objeto de que esos derechos eternos sean conocidos por todos aquellos a quienes les pertenecen, y fin de que puedan ser recordados con mayor facilidad, exponemos, a todas las clases de ciudadanos, la parte más esencial en resultados fáciles de captar, y en la forma siguiente.[69]

A continuación, detallará los antes referidos veintidós artículos que se pueden encontrar, traducidos con gran precisión y completos, en el libro de Pantoja sobre Los Escritos Políticos de Sieyès antes citado, desde la página 185 hasta la 189.

4.5. Breves observaciones sobre los bienes eclesiásticos y opinión sobre el decreto relativo a los diezmos

(*Observations sommaires sur les biens ecclésiastiques y opinion sur l'arreté du 4 relatif aux dîmes*). Se trata, en puridad, de dos textos, que fueron publicados seguidos, en un solo cuadernillo, editado en cumplimiento de una disposición de la propia Asamblea Nacional. En ellos, Sieyès asume la defensa del diezmo y se opone a las medidas con relación a los bienes eclesiásticos. Arguye:

> Se ha afirmado que la nación es *propietaria* de los bienes del clero, porque estos bienes sirven, al mismo tiempo, de salario para los

[68] *Idem.*

[69] *Ibidem,* p. 185.

> eclesiásticos. La idea más sencilla, en lo que respecta a la propiedad, es la de que un bien pertenece a aquel al que le ha sido dado, o que lo ha adquirido. Los bienes eclesiásticos no han sido dados a la nación, sino al clero, con ciertas condiciones y obligaciones. Si no se niega a cumplir las obligaciones, no se le puede despojar.[70]

Igualmente acota:

> Pero, se ha dicho, la nación puede decretar que ya no tiene necesidad de clero. Tal vez haya quien que piense que voy a luchar contra esta idea: pues no, en lo más mínimo; lo que quiero, antes bien, es demostrarla. El ejercicio eclesiástico es un servicio público; el cuerpo del clero es uno de los cuerpos políticos cuyo conjunto forma el gobierno. Según esto, existió para la cosa pública; existió legítimamente. Pero, como todos los poderes públicos, está sujeto a la voluntad nacional, a lo que llamamos poder constituyente, el cual está capacitado, indiscutiblemente, para suprimirlo por completo si lo juzga inútil, o para constituirlo de manera diferente. Pero mientras exista, es propietario; ¿por qué? Porque, en su calidad de cuerpo moral, está habilitado para poseer, y porque, en efecto, grandes bienes le han sido dados en propiedad.[71]

En cuanto al diezmo, defenderá su no eliminación sino se ha previsto otra fuente, manifestando

> [...] el diezmo es un verdadero azote para la agricultura, de que es más necesario redimir las tierras de esta carga que de cualquier otro censo, y de que es seguro además que lo que se obtenga por la redención del diezmo puede ser empleado más útil y más igualmente que el diezmo mismo, no saco en conclusión que sea necesario regalar alrededor de 70 millones de renta a los propietarios de tierras. Cuando el legislador exige o recibe sacrificios en una circunstancia como esta, no deben resultar en provecho de los ricos; 70 millones de renta eran un recurso inmenso: hoy se ha perdido. Debería creer que estoy en un error, puesto que la Asamblea lo ha juzgado de otra manera; pero quizá este error no parecerá tan grave a quienes quieran escucharme.[72]

---

70 *Ibidem,* p. 190.

71 *Idem*.

72 *Ibidem,* p. 201.

> Los diezmos de toda naturaleza y los censos que tienen lugar, bajo cualquier denominación por la que se les conozca y perciba, incluso por abono, *poseídos por los cuerpos seculares y regulares*, por los beneficiarios, las fábricas, o todas las personas de manos muertas, incluso por el Orden de Malta, y otras órdenes religiosas y militares, sin exceptuar a las que hubiesen sido confiadas a laicos, en sustitución y por opción de porciones congruas, QUEDAN ABOLIDOS, a reserva de avisar acerca de los medios de subvenir, de otra manera, a los gastos del culto divino, al mantenimiento de los ministros de los altares, a la asistencia para los pobres, a las reparaciones y reconstrucciones de iglesias y presbiterios, y a todos los establecimientos, seminarios, escuelas, colegios, hospitales, comunidades y otros, para cuyo mantenimiento se destinan actualmente. Sin embargo, hasta que haya sido provisto, y hasta que los antiguos poseedores hayan entrado en disfrute de su sustitución, la Asamblea Nacional *ordena* que los dichos diezmos sigan siendo percibidos conforme a las leyes y de la manera acostumbrada.[73]

4.6. Palabras sobre la cuestión del veto real

(*Dire de l'abbé Sieyès sur la question du veto royal*). Siguiendo al mismo Pantoja, cabe sostener que es la publicación del texto del discurso de Sieyès de la sesión del 7 de setiembre de 1789, con el que trató de reimpulsar la revolución jurídica que parecía haber reducido su marcha, con una fundamentación en contra del veto real.

Sostendrá en ese sentido:

> Convengo en que un poder, cualquiera que sea, no se contiene siempre en los límites que le prescribe su Constitución, y que los cuerpos públicos, lo mismo que los particulares, pueden dejar de ser justos los unos con los otros. Añado a esto, a mi vez: que la historia nos enseña a temer a los atentados del poder ejecutivo contra los cuerpos legislativos mucho más que a los del poder legislativo contra los depositarios de la ejecución. Pero poco importa; tanto uno como otro de estos inconvenientes merecen que se les ponga remedio; y puesto que el peligro amenaza por igual a todos los poderes, la defensa debe ser la misma para todos.[74]

[73] *Ibidem,* p. 216.

[74] *Ibidem,* p. 214.

Concluyendo con proponer un mecanismo alternativo, consistente en reclamar ante el poder constituyente, que plantea como sigue:

> Acabo de demostrar que la constitución del poder ejecutivo y la prerrogativa real nada tienen que temer de los decretos del poder legislativo, y que si los diferentes poderes se dedican a invadirse unos a otros, el verdadero remedio para tal desorden público no es el *veto real*, sino una verdadera apelación al poder constituyente, cuya convocatoria o delegación nacional tiene derecho a pedir, entonces, la parte perjudicada. Permitidme añadir, de paso, que esta convocatoria extraordinaria tendrá que ser pacífica en un país en el que todas las partes estarán organizadas por un sistema de representación general, en el que el orden de las diputaciones estará bien regulado y las diputaciones legislativas serán frecuentes.[75]

Sieyès perfila su innovador pensamiento relacionado con los mecanismos de compensación e intercontrol del poder, apuntando a una mecánica que elimine la posibilidad que el monarca pueda frenar las decisiones del legislativo y constriñendo tal opción a favor del propio poder constituyente.

4.7. Observaciones sobre el informe del Comité de Constitución acerca de la nueva organización de Francia

(*Observations sur le rapport du comité de constitution, concernant la nouvelle organisation de la France par un député á l'Assamblée Nationale*). En la orientación bibliográfica del libro de Pantoja sobre los "Escritos Políticos de Sieyès",[76] se sostiene "Thouret hará alusión el 3 de noviembre a este panfleto, considerándolo como una obra esencial para meditar sobre esta materia",[77] refiriéndose a los temas comentados por el abate en aquel panfleto, sobre el Informe del Comité de Constitución acerca de la nueva organización de Francia, que abarcan la división territorial, las asambleas primarias, la composición y las funciones de las asambleas pri-

75 *Ibidem*, p. 215.

76 *Ibidem*, p. 15.

77 *Idem*.

marias, la elección de representantes, el grado intermedio entre la asamblea comunal y la Asamblea Nacional.[78] Fue publicado en octubre de 1789 y el *Moniteur Universal* de los días 28 y 29 de octubre lo atribuye a Sieyès.

Se trata de las observaciones que en su calidad de diputado de la Asamblea Nacional presenta al mencionado informe, en concreto a los artículos I, II, III, IV y V propuestos, que se referían a los tópicos señalados en el párrafo anterior, respectivamente; concretándolos a la nueva división de Francia y a la doble Constitución, municipal y nacional.

Esgrime la necesidad de Francia de someter su superficie a una nueva división y a la ocasión de hacerlo con motivo de la nueva Constitución. Dirá al respecto, "Si dejamos pasar esta ocasión, no habrá de volver, y las provincias conservarán eternamente su espíritu de cuerpo, sus privilegios, sus presunciones, sus celos. Francia jamás llegara a esa *adunación* política tan necesaria para construir *un* solo gran pueblo regido por las mismas leyes y sujeto a las mismas formas de administración."[79] Y ensayará el derrotero a seguir, que estará preñado de dificultades provenientes de la naturaleza de las cosas o de las pasiones de los hombres, frente a los cuales imaginará como superarlas por medio de las asambleas comunales, que serían convocadas por los funcionarios municipales, en una primera vez, auxiliados por algunos de los habitantes más notables. Aquellas serían entonces las asambleas primarias.[80]

Se pregunta "¿Podrá hacerse algo mejor con los hombres, como no sea dejarlos consultar primero su interés particular, y luego irlo olvidando poco a poco, o situarlo mejor, consultando a la razón que, aunque tardía, no deja por ello de ejercer su influencia?"[81] y se responde "Todo el arte de tratar con los hombres se limita a darles la oportunidad de montar en cólera, y luego dejarles tiempo para colmarse".[82]

---

78 *Ibidem,* pp. 219-239.

79 *Idem.*

80 *Ibidem,* pp. 219-222.

81 *Ibidem,* p. 222.

82 *Idem.*

Para él, las asambleas primarias son el fundamento de dos edificios políticos: la "Constitución nacional"[83] y la "Constitución municipal".[84] Sostendrá "En cada cantón, por consiguiente, habrá una asamblea primaria por más reducido que sea el número de votantes. Constituirá esto una razón para que los hombres que ambicionaban papeles políticos adquieran una propiedad, un domicilio, y la población saldrá ganando para ventaja de la nación entera".[85]

Coincide con las condiciones planteadas para el Comité para ser miembro de las asambleas primarias: ser francés o haber adquirido la calidad de tal, ser mayor de edad, estar domiciliado en el lugar por lo menos desde un año antes, pagar una contribución directa equivalente a tres jornadas de trabajo y no encontrarse en estado o condición servil.[86] Coincide, asimismo, con el Comité en las funciones de tales asambleas primarias, que se resumen en las siguientes: recepción de los ciudadanos antiguos; comparar, formar y conservar el cuadro de elegibles para la presentación; y elegir a sus representantes.[87] Desarrolla con amplitud el tema de la elección de representantes de las asambleas primarias, para arribar, finalmente, a la intermediación entre la asamblea comunal y la Asamblea Nacional, así como a estas últimas, explicando el sistema de representación propuesto por el Comité,[88] reforzando las tesis contenidas en el informe que observó y, al decir, del mismo Pantoja "Puso aquí las bases para la organización del Estado centralizado",[89] a lo que habría que adicionar, partiendo de una concepción de democracia de base y de amplia participación ciudadana.

83 *Ibidem,* p. 224.

84 *Idem*.

85 *Ibidem,* p. 225.

86 *Ibidem,* p. 227.

87 *Ibidem,* pp. 227-231.

88 *Ibidem*, pp. 231-239.

89 *Ibidem*, p. 15.

4.8. Opinión sobre varios artículos de los títulos IV y V del Proyecto de Constitución

(Opinion de *Siéyes sur plusieurs articles des tigres IV et V du Project de Constitution*). El texto fue impreso por disposición de la Convención Nacional y corresponde al discurso pronunciado por Sieyès el 25 de julio de 1795 (2 termitor del año tercero) en su seno. "Contiene la crítica al proyecto de Constitución elaborado por la comisión encargada de sustituir a la constitución jacobina, pero es un texto capital, pues es la única ocasión en que el autor expone su concepción total sobre las instituciones políticas".[90]

En aquel discurso, el abate de Frejús abordó los siguientes puntos: la razón de ser de su discurso, la Constitución y el Gobierno, la unidad y la división, el equilibrio y el concurso, la necesidad de representación, la crítica de la idea de soberanía, la crítica del sistema de equilibrio, el sistema de concurso, el plan que debe oponerse al de la comisión, la corte constitucional (la *jurie constitucionaire*), el tribunado, el Gobierno, el poder legislativo, la legislatura, las ventajas del plan propuesto, y la legislatura comparada con un Tribunal de justicia.[91]

Al empezar su discurso, Sieyès expresó su preocupación respecto a la Constitución en comento con los términos siguientes: "Después de haberle examinado temo que no posea el grado de solidez necesaria para precaverse con ella al orden público, de un nuevo choque revolucionario".[92] Después desarrollaría sus inquietudes y recomendaciones, de las cuales se transcriben solo algunas, en la idea de brindar mayores elementos demostrativos de la visión premonitoria y de avanzada que poseía Sieyès.

Afirmó: "Después de haberla examinado temo que no posea el grado de solidez necesaria para precaverse, y precaver con ella al orden público, de un nuevo choque revolucionario".[93]

---

90 *Idem*.

91 *Ibidem*, pp. 240-256.

92 *Ibidem*, p. 240.

93 *Idem*.

Si diésemos a la palabra *Constitución* su justo valor, lo descubriríamos casi por entero en la organización del establecimiento público central, es decir, en esa parte de la máquina política que constituís para formular la ley, y en aquella que la contiene inmediatamente y que destináis a procurar, desde el punto de vista central en que la colocáis, la ejecución de la ley en todos los puntos de la República. Queréis un gobierno capaz de mantener a cada uno en sus derechos y sus deberes, en vano lo habréis deseado si, bajo este nombre, por más fuertemente que haya sido pronunciado en vuestra tribuna, no habéis decretado más que la creación de un gobierno de etiqueta, privado de la mayoría de los atributos que necesita tener para cumplir con certeza los deberes que le imponéis. Cualquiera que pueda ser la magia de las palabras en nuestra nación, no sustituye durante largo tiempo al vacío de la cosa. Por consiguiente, creo que el gobierno y esa mezcla de poderes legislativo y ejecutivo que os ha sido presentada por vuestra comisión, no podrían inspirar confianza a los amigos del orden social. No hay allí todo lo que se necesita para mantener a cada cual en sus derechos y sus deberes. Este gobierno está mal dividido; no conserva su carácter propio ni en la primera ni en la segunda parte del establecimiento central; además, os falta, en la primera parte de este establecimiento, es decir, en la que está encargada de dictar la ley, una garantía indispensable, esencial; hablo de aquella de vuestra Constitución precisamente: se le ha olvidado en todos los proyectos y en todas las épocas.[94]

En materia de gobierno y, más en general, en materia de Constitución política, *unidad,* sin más, es despotismo, como *división* sin más es anarquía: división con unidad nos proporciona la garantía social sin la cual es precaria cualquier libertad.[95] La cuestión consiste en saber cómo se dividirán los poderes. Nos da la respuesta la regla que he enunciado al comenzar: dividir para impedir el despotismo; centralizar para evitar la anarquía.[96]

Tanto en un caso como en el otro, nada debe hacerse arbitrariamente; pues no hay nada arbitrario en la naturaleza moral y social, como no lo hay en la naturaleza física.[97]

Además, explicó:

94 *Ibidem*, pp. 240-241.

95 *Ibidem*, p. 241.

96 *Idem*.

97 *Ibidem*, pp. 241-242.

> No conozco sino dos sistemas para la división de los poderes: el sistema del equilibrio y el del concurso o, para decirlo en términos más o menos semejantes, el sistema de los contrapesos y el de la unidad organizada. Fijaos en que no hago, a quienes me escuchan, la injuria de llevar su entendimiento más allá del sistema representativo; más allá de este, no hay sino usurpación, superstición y locura.[98]

Para adicionar el siguiente argumento:

> Todos sabemos que es una sociedad no puede existir sino *un* poder político, y este es el de la asociación. Pero se puede llamar impropiamente poderes, en plural, a las diferentes procuraciones que ese poder único confía a sus diversos representantes; así como, también, por abuso, o por pura cortesía, tomamos, o nos dan individualmente, el título de representantes. No hay aquí más que un representante y lo es el cuerpo de la Convención; fuera de él hay tantos representantes como géneros de procuraciones políticas confiadas a cuerpos o a individuos dedicados a las funciones públicas.[99]

Seguido de este: "En el estado social, todo es representación. Se la encuentra por doquier tanto en el orden público; es madre de la industria productiva y comercial, y también de los progresos liberales y políticos. Más aún, se confunde con la esencia misma de la vida social".[100]

Advirtió:

> En vez de convencer al pueblo de que reserve el ejercicio de todos los poderes que le conviene dejar en representación sería más justo y útil decirle: cuidaos de no vincular a la calidad de un representante único todos los derechos que tenéis; distinguid cuidadosamente vuestras diferentes procuraciones representativas y ved por que la Constitución no permita a ninguna clase de vuestros representantes salirse de los límites de su procuración especial [...] Pero, se dirá ¿en qué se convierten entonces los poderes ilimitados? Los poderes ilimitados son un monstruo político, y un gran error de parte del pueblo francés.[101]

98 *Ibidem*, p. 242.

99 *Idem*.

100 *Idem*.

101 *Ibidem*, p. 243.

Todos los actos por los cuales el arte social sabe extraer de la masa de las voluntades individuales el resultado de una voluntad común para forjar la ley, todos esos actos, digo, los depositan en representación dentro del mismo cuerpo de representantes, con lo cual confunden y resuelven la voluntad constituyente, la voluntad peticionaria, la voluntad encargada de la ejecución y la voluntad legislativa propiamente dicha; luego, espantados por el enorme poder que acaban de conceder a los mismos representantes, ¿qué se le ocurre hacer? En vez de separar esas diferentes procuraciones, dejando entre ellas solamente el lazo que debe obligarlas a concurrir a la realización del mismo fin, las dejan juntas; pero, se les ocurre luego dar a un segundo cuerpo de representantes la misma masa de poderes, o bien, asignan a uno respecto al otro el derecho de *veto*. Se precian entonces de no haber caído en el inconveniente de una *acción única*, la cual, a decir verdad, sería el despotismo en toda su pureza. Tal es el sistema del equilibrio o de los contrapesos. Pero, llevad vuestra mirada por dondequiera que ha sido establecido, examinad cómo se arreglan los asuntos, pues, a pesar de los errores constitucionales, es necesario que se arreglen asuntos.[102]

De otro lado, sostuvo:

Me place rendir homenaje al plan de vuestra comisión; como ningún otro, ha reunido buenas instituciones; adelanta, como ningún otro, por el camino verdadero. Ha adoptado la idea de separar la proposición de la decisión, y ha dividido, aunque con mano poco firme, al poder ejecutivo en sus dos partes principales. Pero todo esto tendría necesidad aún de armonía y de conjunto. Y al tratar de proporcionárselos, quizá se descubrirá que todavía le faltan partes esenciales; pero será mejor que explique en seguida lo que pido.[103]

Pido, en primer lugar, un *jury de constitution* o, para afrancesar un poco más esa palabra de *jury* y distinguirla por su sonido del de *juré* (jurado), pido una *jurie constitutionnaire* (corte constitucional). Lo que pido es un verdadero cuerpo de representantes que tenga la misión especial de juzgar las reclamaciones que se pueden hacer contra todo atentado cometido contra la Constitución.[104]

102 *Ibidem*, pp. 244 y 245.

103 *Ibidem*, p. 246.

104 *Ibidem*, p. 247.

> En 1788 se estableció una idea sana y útil: la de la división del poder constituyente y de los poderes constituidos. Habrá de figurar entre los descubrimientos que han hecho avanzar a la ciencia; se la debe a los franceses.[105]
>
> Si queréis dar una salvaguardia a la Constitución, un freno saludable que mantenga a cada acción representativa dentro de los límites de su procuración especial, estableced una *jurie constitutionnaire*. Es tan palpable su necesidad, que pasaré en seguida a exponer mi segunda petición.[106]

Por lo demás, acotó:

> Doy un conservador, un guardián a la Constitución mediante el establecimiento de la corte constitucional, una representación a las necesidades del pueblo para proponer las leyes que deben satisfacerlas, y una representación a las necesidades del pueblo y a las de la ejecución de la ley. Se me presentan todavía muchas otras razones para demostrar la necesidad de hacer del gobierno un taller, una *jurie de proposition* (instancia de proposición): me extenderé acerca de ellas en otra parte. Permítaseme solamente añadir, por una parte, que el gobierno, tal cual lo propongo, carece de acción directa sobre los ciudadanos: pues es falsa la idea de hacer gobernar a los ciudadanos por el poder público. Se gobiernan los medios de acción que ofrece el establecimiento público para la ejecución de la ley. Los ciudadanos se gobiernan por sí mismos, procurando tan solo no infringir la ley; pero los funcionarios públicos, los administradores, son gobernados en sus funciones.[107]

4.9. Opinión sobre las atribuciones y la organización de la jury constitutionnaire

(Opinion de *Siéyes sur les attributions et l'organisation du jury Constitutionnaire proposé le 2 Thermidor*). Al respecto, los comentarios de Sieyès que son bastante claros:

---

105 *Idem*.

106 *Idem*.

107 *Ibidem*, p. 251.

> La necesidad de una *jury de constitution* constituye una suerte de cuestión preliminar; no ha tropezado con dificultades. En efecto, ¿cómo sería posible que la previsión del legislador se acostumbrase a la idea de una Constitución abandonada a sí misma, valga la expresión, desde el momento de su nacimiento? Una Constitución es un cuerpo de leyes obligatorias, o no es nada; si es un cuerpo de leyes, se pregunta uno dónde se encontrará su guardián y dónde la magistratura de tal código. Es preciso poder dar una respuesta. Un olvido, a este respecto, sería tan inconcebible como ridículo en el orden de lo civil; ¿por qué lo permitiríais en el orden de lo político? Las leyes, cualesquiera que puedan ser, suponen la posibilidad de su infracción, junto con una necesidad real de hacerlas respetar.[108]
>
> Pasemos al verdadero punto de la dificultad. ¿Cuáles funciones otorgaremos a la *jury constitutionnaire?* ¿Cuál será la justa magnitud de esta atribución? ¿Cuáles serán sus límites precisos?[109]
>
> Le pido a la *jury constitutionnaire* tres servicios: *1)* que vele fielmente por la guardia del depósito constitucional; *2)* que se ocupe, al abrigo de las pasiones funestas, de todos los pareceres que puedan servir para perfeccionar la Constitución; *3)* por último, que ofrezca a la libertad civil un recurso de equidad natural en ocasiones graves en las que la ley tutelar haya olvidado su justa garantía. En otras palabras, considero a la *jury constitutionnaire:* 1) como tribunal de casación en el orden constitucional; 2) como taller de proposiciones para las enmiendas que el tiempo pudiese exigir en la Constitución; 3) finalmente, como suplemento de jurisdicción natural para los vacíos de la jurisdicción positiva. Se trata de desarrollar estos diferentes puntos de vista.[110]

Se refiere a la propuesta detallada sobre la organización y funciones de la corte constitucional, esbozada en el anterior documento.

108 *Ibidem*, p. 258.

109 *Idem*.

110 *Idem*.

V. El significado general de su obra

Sieyès, analizado a la luz de las líneas matrices de su pensamiento, no de aquellas situaciones coyunturales que se presentaron después de la Revolución Francesa con motivo de su participación política, es uno de los personajes de mayor valía en el desarrollo de las ideas políticas, en la construcción de la democracia moderna y en el diseño de origen del Estado constitucional. Contribuyó a la destrucción del antiguo régimen y a la creación de la nueva sociedad; desarrolló la teoría del Gobierno representativo, con el "enorme mérito teórico que entraña [...] el tratar de llevar a cabo un análisis político partiendo de constataciones de orden sociológico";[111] desentrañó el problema de la fuente de legitimidad para gobernar; dio forma cabal al sistema representativo y a la naturaleza del mando; solucionó la antinomia que presentaba el principio de la indivisibilidad de la soberanía de Rousseau con el de la división de poderes de Montesquieu; creó la teoría del poder constituyente, de los poderes constituidos y del poder comitente; sistematizó los derechos del hombre y del ciudadano; compatibilizó las nociones de nación, poder constituyente con propiedad; y, como si todo esto fuera poco, dio basamento sólido a la formación del Estado constitucional.[112]

Referencias

Deusen, Glyndon van, *Sieyés: his life and his nationalism*, Nueva York, Ams Press, Inc., 1968.

Lefebvre, Georges, *La Revolución Francesa y el Imperio (1787–1815)*, Bogotá, FCE, 1993.

Madelin, Louis, *Los hombres de la Revolución Francesa*, trad. de Amanda Fons de Gioia, Buenos Aires, Ediciones B Argentina, 2004.

111 *Ibidem*, p. 24.

112 Se reitera, un detalle del significado de su obra aparece en el precitado Estudio Preliminar Pantoja Morán, David (comp.), *Escritos políticos de Sieyès..., cit*., pp. 17-59.

Pantoja Morán, David (comp.), *Escritos políticos de Sieyès Introducción, estudio preliminar y compilación de David Pantoja Morán*, México, FCE, 1993.

Pascuale Pasquino, "Emmanuel Sieyès, Benjamín Constant et le «Gouvernement des Modernes», contribution à l'historie de representation politique", *Revue Francaise de Science Politique,* abril de 1987.

Sieyès, Emmanuel-Joseph, *Ecrits Politiques*, selección y presentación de Robert Zapperi, París, Des Archives Contemporaines, 1985.

El control político de la justicia constitucional, la degradación y falseamiento del Estado de derecho. El caso de Venezuela[1]

***

Political control of constitutional justice and the degradation and falsification of the State of law Venezuela's case

*Allan R. Brewer-Carías**

Sumario: I. Introducción. II. Desarrollo. III. Conclusiones. Referencias.

I. Introducción

En Venezuela, como ha venido ocurriendo en otros países del Continente, ante nuestros ojos y utilizando inicialmente instituciones democráticas, ha aparecido como una innovación histórica, un nuevo "modelo" de Estado de derecho de mentira, falso y fraudulento, resultado precisamente de su falseamiento, degradado o degenerado la democracia.

* Profesor emérito, Universidad Central de Venezuela. Antiguo Profesor en la Universidad de Cambridge, UK; Universidad de Paris II y Universidad de Columbia.

1 Texto preparado para el XVI Congreso Internacional de Derecho Constitucional, "El constitucionalismo para la democracia del siglo xxi" Homenaje a la Constitución Federal de 1824," Ciudad de México, octubre 2024.

Por supuesto, se trata de un "Estado de derecho" nominal, que incluso tienen una Constitución —de texto muy florido, y lleno de principios—, que lo declara formalmente como un "Estado democrático y social de derecho" y aún "de justicia," pero que no es sino una Constitución de plastilina,[2] que se cambia, modula y moldea libremente por los órganos del Estado, la cual, por tanto, ni se respeta, ni se cumple. Al contrario, se manipula y muta libremente; trastocando su contenido de manera que, en lugar de separación de poderes, lo que se ha establecido es un sistema de concentración total del poder, donde no hay control ni independencia alguna, de ningún tipo entre ellos.

Y lo más grave es que en ese proceso, quienes gobiernan, desde el inicio en 2000, asaltaron específicamente el poder judicial y lo convirtieron en el principal instrumento del autoritarismo, en particular, con jueces constitucionales que nada controlan en materia de control de constitucionalidad, sino que más bien avalan las inconstitucionalidades del Gobierno.[3]

II. Desarrollo

El Estado de derecho donde no se garantiza el acceso al poder conforme a las reglas del Estado de derecho, pues el órgano electoral es utilizado a mansalva por quienes controlan el poder, tal y como el mundo entero acaba de presenciar con lo ocurrido en Venezuela con la elección presidencial del pasado mes de julio

[2] Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de plastilina y vandalismo constitucional. La ilegítima mutación de la Constitución por el Juez Constitucional al servicio del autoritarismo*, núm. 13, Caracas, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Católica Andrés Bello, Editorial Jurídica Venezolana, 2022.

[3] Véase Allan R. Brewer-Carías, *La demolición de la independencia y autonomía del Poder Judicial en Venezuela 1999-2021*, núm. 7, Caracas, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, Editorial Jurídica Venezolana, 2021; "Dismantling the Rule of Law by politically controlling the Judiciary in Venezuela and its harmful projection on the Inter-American judicial system for the protection of human rights," *European Review of Public Law/Revue Européenne de Droit Public*, vol. 33, núm. 3, autumn/automne 2021 pp. 877-918.

(de 2024),[4] que fue secuestrada, poniendo en evidencia que en el país no ha habido ni puede haber, elecciones limpias, ni justas ni confiables.[5]

Se trata, por supuesto, de un régimen donde no hay respeto a los derechos humanos, bastando solo mencionar los Informes recientes de los Comisionados de Naciones Unidas para los Derechos Humanos y, en particular los de la Misión Independiente para la comprobación de los hechos de la misma ONU, el último de los cuales indica cómo antes, durante y después de la elección de julio, el Gobierno cometió crímenes de lesa humanidad,[6] siendo ello una conducta repetitiva que coloca al país en el insólito rango de ser el único de América Latina cuyo Gobierno está sometido a investigación por parte de la Corte Penal Internacional, por la comisión de dichos delitos, en los cuales se involucra a toda la cadena de mando que va desde el presidente de la República hacia abajo.

Un sistema, en fin, en el cual se atenta contra la libertad de expresión y se confisca y controla todos los medios de comunicación; sistema en los cuales se desaparece e incomunica a personas, se las tortura y donde, incluso, a los defensores de derechos humanos se los acusa de terroristas o de traidores a la patria, como tantas veces ha ocurrido en Venezuela en los úl-

---

4 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Crónica Constitucional del Secuestro de la participación política y las elecciones en Venezuela, que dejaron de ser libres, justas, plurales y transparentes 1999-2024*, núm. 7, Caracas, Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Universidad Católica Andrés Bello, 2024.

5 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Crónica Constitucional sobre el secuestro de la elección presidencial del 28 de julio de 2024*, núm. 10, Caracas, Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Universidad Católica Andrés Bello, 2024; y *Ruina de la democracia, elección presidencial y momento constituyente en 2024*, Colección de Crónicas constitucionales para la Memoria Histórica, núm. 9, Caracas, Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Universidad Católica Andrés Bello, 2024.

6 Véase el Informe de la Misión Internacional Independiente de Determinación de los Hechos de las Naciones Unidas sobre la República Bolivariana de Venezuela, de 15 de octubre de 2024, que "revela graves violaciones de derechos humanos en Venezuela durante el período electoral 2024," *https://www.ohchr.org/es/press-releases/2024/10/un-international-mission-reveals-gross-human-rights-violations-venezuela*

timos años, apresándose incluso a quienes defienden derechos humanos, acusados por ello, de instigar al odio; cuando el odio ha sido, precisamente, la forma más burda de violencia institucional utilizada por el régimen.

Ese es el "nuevo" Estado de derecho falso, falseado y fraudulento que ha hecho aparición en nuestra América Latina en estos comienzos del siglo XXI,[7] a luz de todo el mundo democrático, desmantelando todos los principios del Estado de derecho, comenzando por la degradación de la justicia, y en particular de la justicia constitucional,[8] por cuya causa, sea por abstenerse de controlar el poder o por legitimar lo inconstitucional de su ejercicio, la Constitución desde su sanción, perdió todo valor de norma suprema convirtiéndose en un conjunto normativo maleable por absolutamente todos los poderes públicos, con la anuencia del juez constitucional.

---

7 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Kaistocracia depredadora e inhabilitaciones políticas: El falso Estado de derecho en Venezuela,* núm. 20, Caracas, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, Editorial Jurídica Venezolana, 2023.

8 Véase sobre el proceso de degradación de la justicia constitucional durante los últimos 20 años: Allan R. Brewer-Carías, *La ruina de la democracia. Algunas consecuencias. Venezuela 2015*, (Prólogo de Asdrúbal Aguiar), núm. 12, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2015; *La mentira como política de Estado. Crónica de una crisis política permanente. Venezuela 1999-2015*, núm. 10, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2015; *Estado totalitario y desprecio a la ley. La desconstitucionalización, desjuridificación, desjudicialización y desdemocratización de Venezuela*, 2a. ed., Caracas, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, 2015; *La patología de la justicia constitucional*, 3a. ed., Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, 2014; *El golpe a la democracia dado por la Sala Constitucional (De cómo la Sala* Constitucional *del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela impuso un gobierno sin legitimidad democrática, revocó mandatos populares de diputada y alcaldes, impidió el derecho a ser electo, restringió el derecho a manifestar, y eliminó el derecho a la participación política, todo en contra de la Constitución),* núm. 8, Caracas, Editorial Jurídica venezolana, 2014, p. 354; *Práctica y distorsión de la justicia constitucional en Venezuela (2008-2012),* núm. 3, Caracas, Acceso a la Justicia, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Metropolitana, Editorial Jurídica Venezolana, 2012; *Crónica sobre la "in" justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, núm. 2, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2007.

De allí que sus normas, una vez abandonada su rigidez, han tenido en la práctica la vigencia y el alcance que dichos órganos han dispuesto mediante inconstitucionales leyes ordinarias y decretos leyes, que el juez constitucional se ha negado a juzgar y controlar, e incluso, para mayor tragedia, con la participación activa del mismo, mediante sentencias de interpretación constitucional todas hechas a la medida, o mediante mutaciones ilegítimas para "garantizar" que dichas actuaciones inconstitucionales no fueran controladas,[9] vaciándose la Constitución Política del principio del constitucionalismo, de la soberanía popular, y de la separación de poderes.

Y así, al contrario de lo prescrito en la Constitución, en Venezuela hemos visto desarrollarse un Estado donde todo el poder se ha concentrado en las manos del poder ejecutivo, al cual todos los otros poderes públicos están sometidos, particularmente el Tribunal Supremo de Justicia, su Sala Constitucional y el órgano electoral, e incluso la propia Asamblea Nacional, incluso al ahogarla cuando estuvo controlada por la oposición al Gobierno (2015-2020).

En ese proceso de concentración del poder, por supuesto, lo más devastador ha sido el control político que el poder ejecutivo ha ejercido sobre el poder judicial y en particular sobre el juez constitucional; proceso que comenzó desde 1999 cuando la Asamblea Constituyente intervino el poder judicial,[10] y comenzó a integrar el Tribunal Supremo de Justicia con magistrados controlados políticamente, secuestrándose totalmente a la judicatura, que quedó integrada por jueces provisorios o temporales sometidos a presiones políticas, que comenzaron a ser despedidos sin garantías algunas del debido proceso.

---

9 Véase sobra la mutación constitucional por la sala Constitucional Allan R. Brewer-Carías, "El juez constitucional al servicio del autoritarismo y la ilegítima mutación de la Constitución: el caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (1999-2009)", *IUSTEL, Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 21, Madrid, junio 2009.

10 Véase nuestro voto salvado a la intervención del poder judicial por la Asamblea Nacional Constituyente en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente, (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, t. I, (8 agosto–8 septiembre), Caracas, 1999; y las críticas formuladas a ese proceso en Allan R. Brewer–Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela,* México, UNAM, 2002.

El resultado de todo ello fue la trágica desaparición de la autonomía del poder judicial,[11] que pasó a funcionar como instrumento al servicio del autoritarismo; tal cual, como aquellos jueces del horror del régimen nazi, al punto de que las propias sentencias del Tribunal Supremo de Venezuela han sido repudiadas expresamente en jurisdicciones de otros países.[12]

El control del Tribunal Supremo, en particular convirtió a su Sala Constitucional, a cuyo cargo está la jurisdicción constitucional, de guardián de la Constitución que fue,[13] en el instru-

[11] Véase Allan R. Brewer–Carías, "La progresiva y sistemática demolición de la autonomía en independencia del Poder Judicial en Venezuela (1999–2004)", en *XXX Jornadas J.M Domínguez Escovar, Estado de derecho, Administración de justicia y derechos humanos,* Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 2005, pp. 33-174; "La justicia sometida al poder [La ausencia de independencia y autonomía de los jueces en Venezuela por la interminable emergencia del Poder Judicial (1999–2006)]", *Cuestiones Internacionales. Anuario Jurídico Villanueva 2007,* Madrid, Centro Universitario Villanueva, Marcial Pons, 2007, pp. 25-57; "La demolición de las instituciones judiciales y la destrucción de la democracia: La experiencia venezolana," *Instituciones Judiciales y Democracia. Reflexiones con ocasión del Bicentenario de la Independencia y del Centenario del Acto Legislativo 3 de 1910,* Bogotá, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 2012, pp. 230-254.

[12] Véase Allan R. Brewer-Carías, "Las Cortes Supremas de Costa Rica, Brasil y Chile condenan la falta de garantías judiciales en Venezuela. De cómo, ante la ceguera de los gobiernos de la región y la abstención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han sido las Cortes Supremas de estos países las que con base en la jurisdicción universal de protección de los derechos humanos, han comenzado a juzgar la falta de autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela, dictando medidas de protección a favor de ciudadanos venezolanos contra el Estado venezolano," *Revista de Derecho Público*, núm. 143-144, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2015, pp. 495-500.

[13] Véase Allan R. Brewer-Carías, *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999 (Comentarios sobre su desarrollo jurisprudencial y su explicación, a veces errada, en la Exposición de Motivos),* Caracas Editorial Jurídica Venezolana, 2000. Véase en general, Allan R. Brewer-Carías, *El sistema mixto o integral de control de la constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia y Pontificia Universidad Javeriana, 1995; Allan R. Brewer-Carías, "La justicia constitucional en la Constitución de 1999", *Derecho Procesal Constitucional*, México, Colegio de Secretarios de la SCJN, Editorial Porrúa, 2001, pp. 931-961.

mento más utilizado por el régimen autoritario, para demoler el Estado de derecho y sus principios.[14] Para ello, incluso, el juez constitucional se inventó un endémico "proceso autónomo de interpretación abstracta de la Constitución"[15] que le ha permitido administrar una "justicia constitucional a la carta," a solicitud del Gobierno y, en particular, del Procurador General de la República, mediante la cual ha modificado y mutado ilegítima y fraudulentamente la Constitución,[16] usurpando así incluso, hasta las potestades del poder constituyente originario,[17] y se ha lle-

[14] Sobre el tema nos hemos ocupado desde hace unos años. Véase por ejemplo: Allan R. Brewer-Carías, "El juez constitucional al servicio del autoritarismo...", *cit*.; "La ilegítima mutación de la Constitución por el juez constitucional y la demolición del Estado de derecho en Venezuela," *Revista de Derecho Político*, núm. 75-76, Madrid, Homenaje a Manuel García Pelayo, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2009, pp. 289-325. Véase además, Allan R. Brewer-Carías, "Los problemas del control del poder y el autoritarismo en Venezuela", en Peter Häberle y Diego García Belaúnde (coords.), *El control del poder. Homenaje a Diego Valadés,* México, IIJ-UNAM, t. I, 2011, pp. 159-188

[15] Véase Sentencia 1077 de la Sala Constitucional de 22 de septiembre de 2000, caso: *Servio Tulio León Briceño*. Véase en *Revista de Derecho Público,* núm. 83, Caracas, 2000, pp. 247 y ss. Véase en general sobre ello, Allan R. Brewer-Carías, "*Quis Custodiet Ipsos Custodes*: de la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación," *VIII Congreso Nacional de derecho Constitucional,* Perú, Fondo Editorial, 2005, pp. 463-489.

[16] Véase sobre la ilegítima mutación constitucional por el juez Sagües, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires, 2006, pp. 56-59, 80-81, 165 y ss.

[17] Todos mis estudios sobre las sentencias dictadas por la Sala Constitucional en Venezuela, además de los publicados en la *Revista de Derecho Público*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pueden consultarse en los siguientes libros: Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado..., cit.,* p. 405; *La Sala Constitucional versus el Estado democrático de derecho. El secuestro del poder electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política*, Caracas, Los Libros de El Nacional, Colección Ares, 2004, p. 172; *Crónica sobre la "In" Justicia Constitucional..., cit*., p. 520; *El golpe a la democracia dado por la Sala Constitucional (De cómo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela impuso un gobierno sin legitimidad democrática, revocó mandatos populares de diputada y alcaldes, impidió el derecho a ser electo, restringió el derecho a manifestar, y eliminó el derecho a la participación política, todo en contra de la Constitución),* Caracas, Editorial Jurídica venezolana, 2014, p. 354; *La patología de la Justicia Constitucional..., cit.,* p. 666; *Estado totalitario y desprecio a la ley...,*

gado incluso a controlar la "constitucionalidad de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y a declararlas inejecutables en el país.[18]

Ese rol del Juez constitucional se exacerbó a partir de enero de 2016 hasta 2020, después de que en 2015 se eligiera una nueva Asamblea Nacional que resultó controlada por la oposición al Gobierno, originando una perversa colusión entre el poder ejecutivo y el juez constitucional, con lo cual se privó progresivamente a la representación popular de absolutamente todas sus competencias y funciones a través de una serie interminable de desafueros judiciales, que nadie pudo controlar,[19] muchos de

cit., p. 542; *La ruina de la democracia..., cit.,* p. 694; *La dictadura judicial y la perversión del Estado de derecho. El juez constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela* (Prólogo de Santiago Muñoz Machado), Madrid, Ediciones El Cronista, Fundación Alfonso Martín Escudero, Editorial IUSTEL, 2017, p. 608; *La consolidación de la tiranía judicial. El Juez Constitucional controlado por el Poder Ejecutivo, asumiendo el poder absoluto,* núm. 15, Caracas-Nueva York, Editorial Jurídica Venezolana International, 2017, p. 238. Véase, además, los estudios de: Carlos M. Ayala Corao y Rafael J. Chavero Gazdik, *El libro negro del TSJ de Venezuela: del secuestro de la democracia y la usurpación de la soberanía popular a la ruptura del orden constitucional (2015-2017)*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2017, p. 394; *Memorial de agravios 2016 del Poder Judicial. Una recopilación de más de 100 sentencias del TSJ,* p. 155, *https://www.scribd.com/-document/336888955/Memorial-de-Agravios-del-Poder-Judicial-una-recopi-lacion-de-mas-de-100-sentencias-del-TSJ*; y Haro, José Vicente, "Las 111 decisiones inconstitucionales del TSJ ilegítimo desde el 6D-2015 contra la Asamblea Nacional, los partidos políticos, la soberanía popular y los DDHH," *Buscando el Norte*, 10 de julio de 2017, *http://josevicenteharo-garcia.blogspot.com/2016/10/las-33-decisiones-del-tsj.html*

[18] Por ejemplo, la sentencia de la Corte Interamericana de 5 de agosto de 2008 en el caso *Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela* .Véase Allan R. Brewer-Carías, "La interrelación entre los Tribunales Constitucionales de América Latina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la cuestión de la inejecutabilidad de sus decisiones en Venezuela," en Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan y Mariela Morales Antonorzi (coords.), *Direitos Humanos, Democracia e Integraçao Jurídica na América do Sul*, Rio de Janeiro, Lumen Juris Editora, 2010, pp. 661-670.

[19] Véase Allan R. Brewer-Carías, *Crónica constitucional del sofocamiento del poder legislativo 2016-2020*, núm. 6, Caracas, Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Universidad Católica Andrés Bello, 2024.

los cuales llevados a cabo por el juez constitucional, de oficio, violando los principios más elementales del debido proceso.[20] En ese desafuero, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo dictó más de cien sentencias declarando la inconstitucionalidad de materialmente todas las leyes sancionadas por la Asamblea Nacional hasta 2019;[21] procedió a "reformar" el Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea para someter la función de legislar de la Asamblea Nacional a la obtención de un visto bueno previo del poder ejecutivo;[22] eliminó las funciones de control político de la Asamblea Nacional sobre el Gobierno y la administración pública; impuso el visto bueno previo del vicepresidente ejecutivo para que la Asamblea pudiera interpelar a un ministro, con preguntas que solo podían formularse por escrito;[23] eliminó la posibilidad de que la Asamblea pudiera improbar los estados de excepción que se decretasen, y la posibilidad de que aprobara

---

20 Véase Allan R. Brewer-Carías, "The Unconstitutional *Ex Officio* Judicial Review Rulings Issued by the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Venezuela Annulling all the 2019 National Assembly Decisions Sanctioned within the framework of the 2019 Transition Regime Towards Democracy and for the Restoration of the enforcement of the Constitution," en *VII Congreso de Derecho Procesal Constitucional 2021,* Caracas, Universidad Monteávila, febrero de 2021.

21 Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, "La aniquilación definitiva de la potestad de legislar de la Asamblea Nacional: el caso de la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia," 16 de mayo de 2016, *http://www.allanbrewer-carias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/ Brewer.%20Aniquilaci%C3%-B3n%20%20Asamblea%20Nacional.%20 Inconstituc.%20Ley% 20TSJ % 2015-5-2016.pdf.*

22 Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, "El fin del poder legislativo: la regulación por el juez constitucional del régimen interior y de debates de la Asamblea Nacional, y la sujeción de la función legislativa de la Asamblea a la aprobación previa por parte del poder ejecutivo", *Revista de Derecho Público,* núm. 145-146, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2016, pp. 428-443

23 Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, "Comentarios al decreto Nº 2.309 de 2 de mayo de 2016: La inconstitucional 'restricción' impuesta por el presidente de la República, respecto de su potestad de la Asamblea Nacional de aprobar votos de censura contra los Ministros," *Revista de Derecho Público,* núm. 145-146, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2016, pp. 120-129

votos de censura a los ministros;[24] resolvió que el presidente de la República presentase su Memoria anual, no ante la Asamblea Nacional como constitucionalmente correspondía, sino ante la propia Sala Constitucional; y eliminó la función legislativa en materia de presupuesto, convirtiendo la Ley que regula la Constitución en un inconstitucional decreto ejecutivo presentado no ante la Asamblea, sino insólitamente, ante el propio juez constitucional.

Este, además, eliminó la potestad de la Asamblea Nacional para poder incluso emitir opiniones políticas mediante Acuerdos, habiendo anulado todos los que adoptó; eliminó la potestad de la Asamblea Nacional de revisar sus propios actos y de poder revocarlos, como fue el caso respecto de la viciada elección de los magistrados al Tribunal Supremo efectuada en diciembre de 2015; y finalmente, eliminó la potestad de legislar de la Asamblea Nacional en el marco de un inconstitucional y permanente estado de emergencia que se prorrogó por varios años incluso antes de la pandemia.[25]

Es decir, el poder legislativo representado por la Asamblea Nacional fue totalmente neutralizado y vaciado de poderes y fun-

---

[24] Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, "El ataque de la Sala Constitucional contra la Asamblea Nacional y su necesaria e ineludible reacción. De cómo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo pretendió privar a la Asamblea Nacional de sus poderes constitucionales para controlar sus propios actos, y reducir inconstitucionalmente sus potestades de control político sobre el gobierno y la administración pública; y la reacción de la Asamblea Nacional contra a la sentencia Nº 9 de 1-3-2016", *http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb-849fea3/Con-tent/Brewer.%20El%20ataque%20Sala%20Constitucional%20v.%20 Asam blea%20Nacional.%20Sent-No.%209%201-3-2016).pdf*; y "Nuevo golpe contra la representación popular: la usurpación definitiva de la función de legislar por el Ejecutivo Nacional y la suspensión de los remanentes poderes de control de la Asamblea con motivo de la declaratoria del estado de excepción y emergencia económica," *Revista de Derecho Público,* núm. 145-146, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2016, pp. 444-468.

[25] Véase el estudio de todas esas sentencias en Allan R. Brewer-Carías, *Dictadura judicial y perversión del Estado de Derecho*, 2ª. ed., Madrid, (Presentaciones de Asdrúbal Aguiar, José Ignacio Hernández y Jesús María Alvarado), núm. 13, Editorial Jurídica Venezolana International, 2016; edición española Editorial IUSTEL, 2017.

ciones, al punto de que mediante una sentencia de 2017, con base en un supuesto desacato a una decisión de la Sala Electoral de diciembre de 2015 de suspender cautelarmente la proclamación de cuatro diputados del Estado Amazonas ya proclamados, la misma Sala Constitucional del Tribunal Supremo llegó al colmo de disponer la cesación definitiva, de hecho, de la Asamblea Nacional en el cumplimiento de sus funciones constitucionales como órgano que integra a los representantes del pueblo, procediendo a anular, "todas las actuaciones pasadas y futuras de la Asamblea Nacional y de cualquier órgano o individuo en contra de lo decidido como nula y carente de toda validez y eficacia jurídica",[26] amenazando incluso con enjuiciar a los diputados de la Asamblea por desacato, revocarle su mandato popular y encarcelarlos.

Todo este desaguisado constitucional que no fue sido un golpe de Estado continuado, dado por el juez constitucional, culminó en marzo de 2017 con la adopción por parte de la Sala Constitucional de dos sentencias vergonzantes desde el punto de vista constitucional,[27] mediante las cuales *usurpó como juez*

---

[26] Sentencia núm. 2 de 11 de enero de 2017. Véase *http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/194891-02-11117-2017-17-0001.HTML* Esa decisión fue ratificada mediante otras sentencias núm. 3 de 11 de enero de 2017, *http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/194892-03-11117-2017-17-0002.HTML*, y núm. 7 de 26 de enero de 2017, *historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/195578-07-26117-2017-17-0010.HTML*

[27] Véase Sentencia núm. 155 de 27 de marzo de 2017, *http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/197285-155-28317-2017-17-0323.HTML* Véase los comentarios a dicha sentencia en Allan. Brewer-Carías: "La consolidación de la dictadura judicial: la Sala Constitucional, en un juicio sin proceso, usurpó todos los poderes del Estado, decretó inconstitucionalmente un estado de excepción y eliminó la inmunidad parlamentaria (sentencia núm. 156 de la Sala Constitucional), 29 de Marzo de 2017, *http://diarioconstitucional.cl/noticias/actualidad-internacional/2017/03/31/opinion-acerca-de-la-usurpacion-de-funciones-por-el-tribunal-supremo-de-venezuela-y-la-consolidacion-de-una-dictadura-judicial/* Véase la sentencia núm. 156 de 29 de marzo de 2017, *http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/197364-156-29317-2017-17-0325.HTML* Véase los comentarios a dicha sentencia en Allan. Brewer-Carías, "El reparto de despojos: la usurpación definitiva de las funciones de la Asamblea Nacional por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia al asumir el poder absoluto del Estado (sentencia no. 156 de la Sala Constitucional), 30

constitucional la totalidad de los poderes del Estado, ordenando al presidente ejercer ciertas funciones en materia de relaciones internacionales, decretando inconstitucionalmente un estado de excepción, eliminando la inmunidad parlamentaria, asumiendo de pleno derecho todas las competencias parlamentarias de la Asamblea Nacional y delegando poderes legislativos que no tiene, sin límites, en el presidente, ordenándole reformar leyes y Códigos a su arbitrio, y entre ellos el Código Penal y el Código Orgánico Procesal Penal.

El escándalo mundial fue tal que el Secretario General de la OEA, Luis Almagro, dijo que "despojar de las inmunidades parlamentarias a los diputados de la Asamblea Nacional y al asumir el Poder Legislativo en forma completamente inconstitucional son los últimos golpes con los que el régimen subvierte el orden constitucional del país y termina con la democracia",[28] todo lo cual condujo a que en la Asamblea de la OEA aplicara la Carta Democrática Interamericana a Venezuela.[29]

---

de marzo de 2017, *http://diarioconstitucional.cl/noticias/actualidad-internacional/2017/03/31/opinion-acerca-de-la-usurpacion-de-funciones-por-el-tribunal-supremo-de-venezuela-y-la-consolidacion-de-una-dictadura-judicial/*

28 Véase *El Nacional*, "Almagro denuncia auto-golpe de Estado del gobierno contra Asamblea Nacional," 30 de marzo de 2017, *http://www.el-nacional.com/noticias/mundo/almagro-denuncia-auto-golpe-estado-del-gobierno-contra-asamblea-nacional_88094* Véase la insólita declaración sobre el tema de la antigua Fiscal general de la república, responsable hasta entonces de todas las persecuciones políticas en el país: *RedacciónBBC,* "Fiscal General de Venezuela, Luisa Ortega Díaz, dice que sentencias del Tribunal Supremo sobre la Asamblea Nacional violan el orden constitucional," 31 de marzo de 2017, *http://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-39459905* Véase el video del acto en *https://www.youtube.com/watch?v=GohPIrveXFE*

29 Lo más grave en torno este desaguisado fue que a requerimiento del poder ejecutivo, el Consejo para la Defensa de la Nación, "exhortó" al Tribunal Supremo de Justicia para que cometiera abiertamente la ilegalidad de "revisar las decisiones 155 y 156 (Véase su texto en "Consejo de Defensa Nacional exhorta al TSJ a revisar sentencias 155 y 156 // #MonitorProDaVinci,"1 de abril de 2017, *http://prodavinci.com/2017/04/01/actualidad/consejo-de-defensa-nacional-exhorta-al-tsj-a-revisar-sentencias-155-y-156-monitorprodavinci/*; lo que un juez no puede hacer nunca, en ninguna parte del mundo, excepto en Venezuela, donde lo hizo al día siguiente, 1 de abril de

Todo este proceso lo que consolidó fue una dictadura judicial, resultando desde entonces que de los cinco poderes públicos que conforman la separación de poderes en Venezuela (ejecutivo, legislativo, judicial, ciudadano y electoral), al neutralizar el juez constitucional a la Asamblea Nacional como consecuencia del golpe de Estado continuado que ha dado el poder ejecutivo en colusión con el poder judicial, el resto de los poderes públicos, también han quedado todos dependientes de ejecutivo habiendo abandonado sus poderes de control.

Todo este sometimiento del poder judicial a control político del ejecutivo nacional, y la utilización del juez constitucional por el mismo como instrumento del autoritarismo, producto de la concentración del poder, provocó otra catastrófica consecuencia en el falseamiento del Estado de derecho, que ha sido la deslegalización o desjudicialización del Estado y del país, al quedar eliminado de hecho el derecho ciudadano a controlar judicialmente las actuaciones de los funcionarios públicos.

Habiendo sido los magistrados del Tribunal Supremo y de la Sala Constitucional designados en forma progresiva desde 2000, entre personas totalmente comprometidas con el partido oficial, que incluso habían expresado públicamente que su misión, antes que impartir justicia, era contribuir a la ejecución de la política socialista del Gobierno;[30] y estando integrado el poder judicial, por jueces provisionales y temporales, totalmente dependientes y controlados políticamente, designados por dicho Tribunal Su-

2017, reformando y revocando parcialmente dichas sentencias mediante sentencias 157 y 158 todo en violación de los principios más elementales del debido proceso. Véase en *http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/197399-157-1417-2017-17-0323.HTML*. Sobre esta sentencia los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, "La nueva farsa del Juez Constitucional controlado: la inconstitucional y falsa 'corrección' de la usurpación de funciones legislativas por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo (sentencias Nos. 157 y 158 de 1 de abril de 2017)", Nueva York, 4 de abril, 2017, *http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2017/04/151.-doc.-Brewer-Nueva-farsa-del-Juez-Constitucional.-Falsa-correcci%C3%B3n.-Sentencias-Sala-Constit.-157-y-158-.-4-4-2017.pdf*:

30 Véase el discurso de orden de la magistrada Deyanira Nieves Bastidas, Apertura del Año Judicial 2014, *http://www.tsj.gov.ve/informacion/miscelaneas/DiscursodeOrdenAper-tura2014DeyaniraNieves.pdf*.

premo controlado, los jueces en Venezuela, en general, no son capaces ni pueden realmente impartir justicia justa, particularmente, si con ello afectan en alguna forma alguna política gubernamental o a algún funcionario público, sabiendo, como lo saben, que una decisión de ese tipo significaría su destitución inmediata, como tantas veces ha ocurrido en los últimos años. En algunos casos, incluso con encarcelamiento de los jueces que osaron dictar una sentencia que no complació al Gobierno.

En consecuencia, en el país, después de que a partir de 1999 los jueces fueron destituidos a mansalva y masivamente, sin garantías al debido proceso,[31] jamás se celebraron los concursos públicos de oposición para la elección de los nuevos jueces como lo prevé la Constitución para que ingresen a una carrera judicial, que materialmente no existe.[32] Llenándose la judicatura de jueces de jueces temporales y provisionales,[33] sin garantía de estabilidad; quedando la destitución de los mismos al arbitrio de una

---

31 Véase nuestro voto salvado a la intervención del Poder Judicial por la Asamblea Nacional Constituyente en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente..., cit.,* y las críticas formuladas a ese proceso en Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente..., cit*.

32 Como lo destacó la misma Comisión Internacional de Juristas, en un *Informe* de marzo de 2014, que resume todo lo que en el país se ha venido denunciando en la materia, al dar "cuenta de la falta de independencia de la justicia en Venezuela," se destaca que "el Poder Judicial ha sido integrado desde el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) con criterios predominantemente políticos en su designación. La mayoría de los jueces son "provisionales" y vulnerables a presiones políticas externas, ya que son de libre nombramiento y de remoción discrecional por una Comisión Judicial del propio Tribunal Supremo, la cual, a su vez, tiene una marcada tendencia partidista." *http://icj.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2014/06/VENEZUELA-Informe-A4-elec.pdf*

33 En el *Informe Especial* de la Comisión sobre Venezuela correspondiente al año 2003, la misma también expresó, que "un aspecto vinculado a la autonomía e independencia del Poder Judicial es el relativo al carácter provisorio de los jueces en el sistema judicial de Venezuela. Actualmente, la información proporcionada por las distintas fuentes indica que más del 80% de los jueces venezolanos son "provisionales". Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela 2003, párr. 161. Véase en Allan R. Brewer-Carías y Asdrúbal Aguiar (eds.), *Venezuela. Informes sobre violaciones grave de derechos humanos,* Miami, Iniciativa Democrática España América, Editorial Jurídica Venezolana, 2019, p. 160.

Comisión *ad hoc* del Tribunal Supremo de Justicia, todo ello con el aval del juez constitucional.[34]

El resultado ha sido que los principios de independencia judicial, de legalidad y de justiciabilidad insertos en la Constitución, no pasaron de ser declaraciones formuladas para no ser cumplidas, dada la trágica dependencia del poder judicial sometido en su conjunto a los designios y control político por parte del Poder ejecutivo,[35] terminando al servicio del Gobierno del Estado y de su política autoritaria.

Todo ello ha conducido, en definitiva, a una desjusticiabilidad del Estado, siendo inconcebible que por ejemplo, no solo que la jurisdicción constitucional llegue a controlar alguna inconstitucionalidad que cualquiera de los órganos del Estado cometa, sino que la jurisdicción contencioso administrativa en Venezuela pueda hoy llegar a decidir y enjuiciar la conducta de la administración y sus funcionarios, y frente a ellos, garantizar los derechos ciudadanos; siendo también el control por la vía del amparo constitucional de las violaciones a los derechos humanos letra muerta ante el Estado totalitario.

Y lo más grave es que con la dependencia del juez constitucional respecto del poder ejecutivo, por vía interpretaciones constitucionales vinculantes adoptadas por la Sala Constitucional, la Constitución ha sido objeto de mutaciones a mansalva, a gusto del ejecutivo, por ejemplo, para centralizar competencias que eran exclusivas de los Estados de la Federación;[36] para eli-

---

34 Así lo resolvió expresamente la Sala Constitucional mediante sentencia núm. 516 de 7 de mayo de 2013, sobre la continuación del funcionamiento de dicha Comisión con el "derecho" de destituir los jueces sin garantía alguna del debido proceso. Véase en *http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Mayo/516-7513-2013-09-1038.html*.

35 Véase Allan R. Brewer-Carías, "La progresiva y sistemática demolición de la autonomía...", *cit.,* pp. 33-174; y "La justicia sometida al poder ...", *cit*., pp. 25-57; "La demolición de las instituciones judiciales y la destrucción de la democracia...," *cit.,* pp. 230-254.

36 Véase Allan R. Brewer-Carías, "La Ilegítima mutación de la Constitución y la Legitimidad de la Jurisdicción Constitucional: la 'Reforma' de la forma federal del Estado en Venezuela mediante interpretación constitucional," *Anuario No. 4,* El Salvador, Instituto de Investigación Jurídicas, Facultad de

minar el principio de la alternabilidad republicana dando paso a la reelección indefinida;[37] para asegurar el financiamiento de las actividades electorales del partido oficial;[38] para impedir la revocación popular del mandato del presidente de la República;[39] para ampliar las competencias de la jurisdicción constitucional, como por ejemplo ocurrió en materia de interpretación abstracta de la Constitución[40] e incluso para asegurar el absurdo e inconvencional "control de la constitucionalidad" de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que condujo a que las mismas fueran declararlas "inejecutables" en Venezuela.[41]

Esta interpretación constitucional a la carta, además, ha servido para que la Sala Constitucional haya procedido a reformar leyes, como por ejemplo sucedió, en materia del procedimiento de amparo[42] o para establecer normas tributarias nuevas en

---

Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad Dr. José Matías Delgado de El Salvador, 2010, pp. 111-143.

37 Véase Allan R. Brewer-Carías, "El Juez Constitucional vs. La alternabilidad republicana (La reelección continua e indefinida), *Revista de Derecho Público*, núm. 117, Caracas, 2009, pp. 205-211.

38 Véase Allan R. Brewer-Carías, "El juez constitucional como constituyente: el caso del financiamiento de las campañas electorales de los partidos políticos en Venezuela", *Revista de Derecho Público*, núm. 117, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2009, pp. 195-203.

39 Véase Allan R. Brewer-Carías, "El secuestro del Poder Electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000-2004", en Juan Pérez Royo, Joaquín Pablo Urías Martínez, Manuel Carrasco Durán, (eds.), *Derecho Constitucional para el Siglo XXI. Actas del Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional,* Madrid, Thomson-Aranzadi, 2006, t. I, pp. 1081-1126.

40 Véase Luis A. Herrera Orellana, "El recurso de interpretación de la Constitución: reflexiones críticas desde la argumentación jurídica y la teoría del discurso," *Revista de Derecho Público*, núm. 113, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2008, pp. 7-29.

41 Véase Allan R. Brewer-Carías, "La interrelación entre los Tribunales Constitucionales de América Latina...", *cit*., pp. 661-701

42 Véase Allan R. Brewer-Carías, "El juez constitucional como legislador positivo y la inconstitucional reforma de la Ley Orgánica de Amparo mediante sentencias interpretativas," en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como in-*

materia de impuesto sobre la renta;[43] o para la reforma de la ley sobre elecciones, como antes se expresó, y todo ello, casi siempre a iniciativa de los propios abogados del Estado.

III. Conclusión

Con una Constitución maleable en esa forma, es difícil imaginar un Estado de justicia, salvo que sea de justicia solo impartida a la medida del propio Estado; todo lo cual implica que antes de existir un Estado de justicia, lo que en realidad existe en Venezuela es un Estado de injusticia, por el hecho de que simplemente la justicia no funciona para juzgar y castigar a quienes violan la ley. Así, la impunidad campea y es absoluta, por ejemplo, respecto de los depredadores del patrimonio público, quedando la Contraloría General de la República como se dijo, solo para investigar lideres de la oposición, e inhabilitarlos políticamente.[44]

Por todo ello, el Estado venezolano no es un Estado de justicia, pues la práctica política del Gobierno autoritario que se apo-

vestigador del derecho, México, IIJ-UNAM, 2008, t. V, pp. 63-80. Publicado en *Crónica sobre la "In" Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, núm. 2, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Editorial Jurídica Venezolana, 2007, pp.545-563.

43 Véase Allan R. Brewer-Carías, "De cómo la Jurisdicción constitucional en Venezuela, no solo legisla de oficio, sino subrepticiamente modifica las reformas legales que "sanciona", a espaldas de las partes en el proceso: el caso de la aclaratoria de la sentencia de Reforma de la Ley de Impuesto sobre la Renta de 2007, *Revista de Derecho Público*, núm. 114, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2008, pp. 267-276.

44 Véase por ejemplo, Allan R. Brewer-Carías, "La incompetencia de la Administración Contralora para dictar actos administrativos de inhabilitación política restrictiva del derecho a ser electo y ocupar cargos públicos (La protección del derecho a ser electo por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 2012, y su violación por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo al declarar la sentencia de la Corte Interamericana como "inejecutable")", en Alejandro Canónico Sarabia (coord.), *El Control y la responsabilidad en la Administración Pública, IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo*, Caracas, Centro de Adiestramiento Jurídico, Editorial Jurídica Venezolana, 2012, pp. 293-371.

deró de la República desde 1999,[45] lo que ha originado es un Estado totalitario que además de haber empobrecido aún más al país, realmente no está sometido al derecho, cuyas normas no siempre son justas y la mayor de las veces se ignoran y desprecian; o se mutan o amoldan a discreción por los gobernantes; y que además, no está sometido a control judicial alguno, por la sumisión del poder judicial al poder ejecutivo y legislativo.

Referencias

Allan R. Brewer-Carías, "El juez constitucional al servicio del autoritarismo y la ilegítima mutación de la Constitución: el caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (1999-2009)", *IUSTEL, Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 21, Madrid, junio 2009.

Allan R. Brewer-Carías, "La interrelación entre los Tribunales Constitucionales de América Latina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la cuestión de la inejecutabilidad de sus decisiones en Venezuela," en Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan y Mariela Morales Antonorzi (coords.), *Direitos Humanos, Democracia e Integraçao Jurídica na América do Sul*, Rio de Janeiro, Lumen Juris Editora, 2010.

Allan R. Brewer-Carías, "La justicia constitucional en la Constitución de 1999", *Derecho Procesal Constitucional*, México, Colegio de Secretarios de la SCJN, Editorial Porrúa, 2001.

Allan R. Brewer–Carías, "La progresiva y sistemática demolición de la autonomía en independencia del Poder Judicial en Venezuela (1999–2004)", en *XXX Jornadas J.M Domínguez Escovar, Estado de derecho, Administración de justicia y derechos humanos,* Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 2005.

Allan R. Brewer-Carías, "Las Cortes Supremas de Costa Rica,

[45] Véase Allan R. Brewer-Carías, *Authoritarian Government vs. The Rule of Law, Lectures and Essays (1999-2014) on the Venezuelan Authoritarian Regime Established in Contempt of the Constitution*, Caracas, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, 2014.

Brasil y Chile condenan la falta de garantías judiciales en Venezuela. De cómo, ante la ceguera de los gobiernos de la región y la abstención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han sido las Cortes Supremas de estos países las que con base en la jurisdicción universal de protección de los derechos humanos, han comenzado a juzgar la falta de autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela, dictando medidas de protección a favor de ciudadanos venezolanos contra el Estado venezolano," *Revista de Derecho Público*, núm. 143-144, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2015.

Allan R. Brewer-Carías, "Los problemas del control del poder y el autoritarismo en Venezuela", en Peter Häberle y Diego García Belaúnde (coords.), *El control del poder. Homenaje a Diego Valadés,* México, IIJ-UNAM, t. I, 2011.

Allan R. Brewer-Carías, "*Quis Custodiet Ipsos Custodes*: de la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación," *VIII Congreso Nacional de derecho Constitucional,* Perú, Fondo Editorial, 2005.

Allan R. Brewer-Carías, "The Unconstitutional *Ex Officio* Judicial Review Rulings Issued by the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Venezuela Annulling all the 2019 National Assembly Decisions Sanctioned within the framework of the 2019 Transition Regime Towards Democracy and for the Restoration of the enforcement of the Constitution," en *VII Congreso de Derecho Procesal Constitucional 2021,* Caracas, Universidad Monteávila, febrero de 2021.

Allan R. Brewer-Carías, *Crónica Constitucional del Secuestro de la participación política y las elecciones en Venezuela, que dejaron de ser libres, justas, plurales y transparentes 1999-2024*, núm. 7, Caracas, Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Universidad Católica Andrés Bello, 2024.

Allan R. Brewer-Carías, *Crónica Constitucional sobre el secuestro de la elección presidencial del 28 de julio de 2024*, núm. 10, Caracas, Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Universidad Católica Andrés Bello, 2024.

Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente, (Aportes a la*

Asamblea Nacional Constituyente), t. I, (8 agosto–8 septiembre), Caracas, 1999.

Allan R. Brewer-Carías, *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999 (Comentarios sobre su desarrollo jurisprudencial y su explicación, a veces errada, en la Exposición de Motivos),* Caracas Editorial Jurídica Venezolana, 2000.

Allan R. Brewer-Carías, *El sistema mixto o integral de control de la constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia y Pontificia Universidad Javeriana, 1995.

Allan R. Brewer–Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela,* México, UNAM, 2002.

Allan R. Brewer-Carías, *Kaistocracia depredadora e inhabilitaciones políticas: el falso Estado de derecho en Venezuela,* núm. 20, Caracas, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, Editorial Jurídica Venezolana, 2023.

Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de plastilina y vandalismo constitucional. La ilegítima mutación de la Constitución por el Juez Constitucional al servicio del autoritarismo*, núm. 13, Caracas, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Católica Andrés Bello, Editorial Jurídica Venezolana, 2022.

Allan R. Brewer-Carías, *La demolición de la independencia y autonomía del Poder Judicial en Venezuela 1999-2021*, núm. 7, Caracas, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, Editorial Jurídica Venezolana, 2021.

Allan R. Brewer-Carías, *La ruina de la democracia. Algunas consecuencias. Venezuela 2015*, (Prólogo de Asdrúbal Aguiar), núm. 12, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2015.

Brewer-Carías, *Crónica constitucional del sofocamiento del poder legislativo 2016-2020*, núm. 6, Caracas, Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Universidad Católica Andrés Bello, 2024.

Sagües, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires, 2006.

El proceso de acción popular y el control constitucional de las normas infralegales en Perú

***

The popular action process and the constitutional review of infralegal norms in Peru

*Renzo Santiago Carrasco Domhoff**

Resumen: el Tribunal Constitucional peruano es el órgano encargado de salvaguardar la supremacía de la Constitución y su fuerza normativa a través del proceso de inconstitucionalidad y los procesos de tutela de derechos. En el primero se ejerce un control abstracto; mientras que en el segundo se ejerce un control concreto. El problema radica en que el control abstracto no es exclusivo del Tribunal Constitucional, pues también esta competencia ha sido atribuida a la justicia ordinaria del poder judicial a través del proceso de acción popular. El Tribunal Constitucional no participa en ninguna instancia dentro del trámite del proceso de acción popular, siendo el único proceso constitucional donde no es posible su intervención en ninguna circunstancia. Dicha exclusión debilita el rol del Tribunal Constitucional como controlador de la constitucionalidad y como supremo intérprete de la Constitución; entre otras desventajas.

* Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura (Perú). Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestría en Derecho Procesal Constitucional por la Universidad de Lomas de Zamora, Buenos Aires (Argentina). Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

Abstract: the Peruvian Constitutional Court is the body in charge of safeguarding the supremacy of the Constitution and its normative force through the process of unconstitutionality and the processes of protection of rights. In the former, an abstract control is exercised; while in the latter, a specific control is exercised. The problem lies in the fact that the abstract control is not exclusive to the Constitutional Court since this jurisdiction has also been attributed to the ordinary justice of the Judiciary through the process of popular action. The Constitutional Court does not take part in any instance within the process of the popular action process, being the only constitutional process where its intervention is not possible under no circumstances whatsoever. This exclusion weakens the role of the Constitutional Court as comptroller of constitutionality and as supreme interpreter of the Constitution, among other disadvantages.

Palabras clave: normas infralegales, Acción popular, Tribunal Constitucional, control concreto, control abstracto.

Key words: sublegal norms, Popular action, Constitutional Court, specific control, abstract control.

Sumario: I. Introducción. II. Control de constitucionalidad: control abstracto y control concreto. III. Control de constitucionalidad en la experiencia latinoamericana. IV. Control de constitucionalidad en Perú. V. El rol del Tribunal Constitucional en Perú. VI. Hacia una necesaria intervención del Tribunal Constitucional en el control de constitucionalidad de las normas infralegales. Referencias.

I. Introducción

En Perú, los medios de control de la constitucionalidad[1] se ven reflejados mediante dos clases de procesos constitucionales; es-

1 Tradicionalmente, se entiende por medios de control constitucional a los mecanismos (procesales) orientados a conservar el orden constitucional contenido en una Constitución.

tos son: *i)* los procesos de tutela de derecho (*habeas corpus*, *acción de amparo, habeas data* y *acción de cumplimiento*) y *ii)* los procesos de control normativo (acción de inconstitucionalidad y acción popular).

Estas dos clases de procesos encierran, a su vez, un total de seis procesos constitucionales individualizados;[2] y, solo en uno de ellos, el Tribunal Constitucional no interviene. Nos referimos al proceso de acción popular, que tiene por finalidad el control constitucional abstracto de *normas infralegales* con relación a su compatibilidad con la Constitución.

Así, pues, los procesos de tutela de derecho son de conocimiento, en primera y segunda instancia, de la justicia ordinaria que forma parte del poder judicial; pero, es el Tribunal Constitucional, mediante el denominado Recurso de Agravio Constitucional,[3] que actúa como instancia última y definitiva en este

---

2 Constitución Política del Perú
Artículo 200. Son garantías Constitucionales:
1. La Acción de Hábeas Corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos.
2. La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente. No procede contra normas legales ni contra Resoluciones Judiciales emanadas de procedimiento regular.
3. La Acción de Hábeas Data, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2, incisos 5 y 6 de la Constitución.
4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.
5. La Acción Popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen.
6. La Acción de Cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

3 El recurso de agravio constitucional es un medio de impugnación que procede contra las sentencias de segunda instancia emitidas en los procesos

tipo de procesos. Sin embargo, los procesos de control normativo como la acción de inconstitucionalidad (control constitucional de leyes) y la acción popular (control constitucional de normas infralegales) han sido atribuidos al Tribunal Constitucional y poder judicial, respectivamente. Ambos órganos jurisdiccionales ejercen esta labor de forma exclusiva y excluyente. Así, en el caso de la acción popular, el Tribunal Constitucional no interviene en este proceso. Lo mismo sucede en el caso de la acción de inconstitucionalidad, que es competencia exclusiva del Tribunal Constitucional, y el poder judicial no interviene en este proceso.

Es decir, a diferencia de todos los demás procesos constitucionales, en la acción popular,[4] el Tribunal Constitucional ha sido excluido del conocimiento de este proceso por el constituyente peruano; en ese sentido, el órgano supremo de interpretación y control de constitucionalidad es apartado de emitir su veredicto respecto de la constitucionalidad de una norma infralegal que es cuestionada.

Entonces, si el Tribunal Constitucional es el intérprete supremo de la Constitución, ¿por qué no participa en el control constitucional de las normas infralegales? ¿es correcto que el control constitucional de las normas infralegales recaiga de forma exclusiva en la justicia ordinaria conformada por el poder judicial? ¿qué desventajas acarrea atribuir competencia a dos órganos distintos para ejercer el control abstracto de constitucionalidad de las normas?

Con base en estas dudas, intentaremos determinar si la adopción del Constituyente peruano de otorgar competencia para el control abstracto de normas en dos órganos distintos ha sido una

de tutela de derecho por los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial. Mediante este recurso los justiciables acceden al Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución que resuelve la litis constitucional en última instancia.

[4] A diferencia de sus pares latinoamericanos, que entienden a la acción popular como un instrumento procesal para el ejercicio de los derechos colectivos o también denominado *"class actions"*, en Perú, se entiende a la acción popular como un proceso constitucional o garantía constitucional que tiene por finalidad el control constitucional de normas de rango inferior a la ley.

buena decisión o si corresponde realizar reformas constitucionales para establecer un esquema distinto en cuanto al control constitucional abstracto.

II. Control de constitucionalidad: control abstracto y control concreto

El control constitucional busca verificar la compatibilidad y coherencia de las leyes, normas de rango inferior o de los actos estatales (y los actos particulares, inclusive[5]) con respecto a la Constitución. Precisamente, la justicia constitucional evoca al control constitucional de normas y de actos estatales con respecto a la supremacía de la Constitución y su fuerza normativa.

Pero ¿Quién ejerce esta justicia constitucional? La respuesta dependerá de cada caso en particular, pues no todos los Estados establecen un mismo marco de atribución o facultades para el ejercicio del control constitucional. En otras palabras, es la Constitución de cada país que establece sobre quien recaerá el ejercicio de las atribuciones o facultades para ejercer el control constitucional.

En la actualidad, es ampliamente conocido de que existen dos modelos de control de constitucionalidad que buscan salvaguardar la supremacía de la Constitución: el control difuso y el control concentrado. En líneas generales, si la Constitución de un determinado país atribuye a un solo órgano jurisdiccional la competencia exclusiva y excluyente para realizar el control de constitucionalidad, ese ordenamiento habrá adoptado un modelo de control concentrado. Mientras que, si se atribuye la compe-

[5] Al respecto, en la sentencia recaída en el expediente núm. 4053-2007-HC/TC, el Tribunal Constitucional del Perú señaló lo siguiente: "14. [...] Afirmar que existen actos de alguna entidad estatal cuya validez constitucional no puede ser objeto de control constitucional, supone sostener, con el mismo énfasis, que en tales ámbitos la Constitución ha perdido su condición de norma jurídica para volver a ser una mera carta política referencial, incapaz de vincular al poder (Cfr. Exp. Nº 5854-2005-AA/TC). Es por ello que constituye una consecuencia directa del carácter jurídico de la Constitución, el control jurisdiccional de los actos de todos los poderes públicos y de los particulares."

tencia a cualquier órgano jurisdiccional o Juez —independientemente del grado que este tenga— para realizar el control de constitucionalidad, se habrá adoptado un modelo de control difuso.

El control concentrado está basado en el modelo europeo, el cual se sustenta en los aportes del jurista Hans Kelsen, quien propuso la existencia de un organismo *ad hoc* de control de la constitucionalidad y lo denominó Tribunal Constitucional, con competencia exclusiva y excluyente sobre otros órganos. Mientras que el control difuso deriva del desarrollo jurisprudencial norteamericano; específicamente de la sentencia del juez Marshall en el caso *Marbury vs. Madison*, que sienta los antecedentes del *Judicial Review*, y, en este modelo, el control de constitucionalidad es ejercido por el poder judicial, en sus distintos órganos jerárquicos.

Más allá de las características que cada uno de estos modelos tiene en particular, así como las ventajas o desventajas que cada modelo podría brindarnos, lo cierto es que ambos tienen por finalidad salvaguardar la supremacía de la Constitución. Entonces, ambos modelos proporcionan las herramientas para la defensa de la Constitución.

Pero, independientemente de la adopción de cualquiera de los modelos anteriormente descritos o una mixtura de ellos como en el caso de Perú, la doctrina constitucional también establece una diferencia en cuanto al control de constitucionalidad, entendiéndose que aquel puede realizarse respecto de una norma en sí o respecto de su aplicación a un caso concreto. En el primer caso, estaremos frente a un control constitucional abstracto, que se ejerce cuando una ley u otra norma de menor jerarquía de alcance general (reglamento) se opone al mandato constitucional; mientras que, en el segundo caso, estaremos frente a un control constitucional concreto que se ejerce cuando la aplicación de la normal legal se contrapone con el mandato Constitucional.

El control abstracto tiene como finalidad verificar la compatibilidad de la ley o una norma infralegal de alcance general con la Constitución; sin necesidad de que dicha la norma cuestionada haya sido aplicada en un caso en concreto. Si el órgano de control constitucional declarase la inconstitucionalidad de esta norma,

ordenará su expulsión del ordenamiento jurídico.[6] En otras palabras, el control abstracto "se realiza sobre normas o leyes que aún no han sido aplicadas a un caso concreto, pero que se considera violan derechos por su simple existencia".[7]

Por otro lado, el control concentrado se realiza sobre leyes o normas que han sido aplicadas a casos concretos y en los que se considera existe una violación de derechos por la aplicación de la norma.[8] Es decir, en relación con el control concreto, los jueces tienen la potestad para declarar una norma como inconstitucional y no aplicarla en un caso concreto; el Juez se encuentra investido con la competencia para invalidar la norma de carácter general al caso concreto; pero como bien se dice solo para el caso concreto, pues la norma como tal conserva su validez y puede, por tanto, ser aplicada en otros casos.[9]

En resumen, el control abstracto obedece a la naturaleza normativa de dicho control; mientras que el control concentrado obedece a la existencia de un caso particular.

Por último, es importante precisar que tanto el control abstracto como el control concreto se vincula con los modelos antes expuestos. Así, puede existir el control difuso con la forma de control concreto y puede existir el control concentrado con la forma de control concreto y de control abstracto.[10] Por ejemplo, en el control difuso con la forma de control concreto, cualquier órgano jurisdiccional (Tribunal Constitucional o poder judicial), sin importar su jerarquía, pueden revisar las leyes, reglamentos y los actos estatales en un caso concreto.

---

6 Fonseca Sarmiento, C. A., "El control de constitucionalidad en Latinoamérica", *Advocatus*, núm. 42, 2022, p. 286.

7 Bustillo Marín, Roselia, *El control de convencionalidad: la idea del bloque de constitucionalidad y su relación con el control de constitucionalidad en materia electoral*, México, Tribunal Electoral, 2014, p. 10.

8 *Idem*.

9 Kelsen, H., "Judicial review of legislation a comparative study of the Austrian and the American Constitution", *The Journal of Politics*, vol. 4, 1942, p. 185, *https://www.journals.uchicago.edu/doi/10.2307/2125770*

10 Bustillo Marín, Roselia, *op. cit*., p. 10.

III. Control de constitucionalidad en la experiencia latinoamericana

Si damos una mirada a los modelos adoptados en Latinoamérica, especialmente en México, Chile, Colombia y Ecuador, como veremos a continuación, podremos concluir que solo en este último país, tanto en lo que concierne al control concreto y el control abstracto, existe un control concentrado que recae en la *Corte Constitucional*. Todos los demás países mencionados adoptan un sistema mixto de control constitucional.

Ecuador: la actual y vigente Constitución del estado ecuatoriano fue promulgada en el año 2008, reemplazando a la anterior Constitución de 1998. De la lectura de la Constitución ecuatoriana se puede inferir que en ella se adopta *un sistema de control concentrado en cuanto al control normativo de leyes;*[11] es decir, solo sobre un órgano recae la competencia para realizar el control de constitucionalidad de las leyes, excluyéndose, por ende, a los demás jueces de la justicia ordinaria.

De acuerdo con la acotada Constitución, la *Corte Constitucional* es quien tiene la competencia exclusiva y excluyente para ejercer el control de constitucionalidad, tanto en lo que corresponde al control abstracto y el control concreto, siendo el máximo órgano de control e interpretación constitucional. De modo que el ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes e, inclusive, las normas infralegales es atribución de la Corte Constitucional (artículo 436). En consecuencia, la Corte Constitucional es el único órgano para declarar inconstitucional una norma.

Colombia: la Constitución colombiana (1991) adopta un sistema mixto de control constitucional; es decir, comparte características del control concentrado y el control difuso. Según esta carta fundamental, todos los órganos jurisdiccionales, sin excepción, se encuentran adscritos o pertenecen a la *rama judicial*; es decir, se encuentran vinculadas al poder judicial. *La rama judicial* está conformada por *i)* la jurisdicción ordinaria; *ii)* la jurisdicción contenciosa administrativa; *iii)* la jurisdicción constitucional; *iv)*

[11] Esta conclusión se desprende de la lectura conjunta de los artículos 428, 429, 430 y 436 de la Constitución ecuatoriana.

la jurisdicción especial, y *v)* la Fiscalía General de la Nación. La primera se rige por su órgano máximo que es *la Corte Suprema*; la segunda se rige por *el Consejo de Estado* y el tercero se rige por *la Corte Constitucional*.

De la lectura de la Constitución colombiana,[12] se advierte que el constituyente colombiano delegó el control constitucional a *la Corte Constitucional* y *al Consejo de Estado*.

Así, la Corte Constitucional es competente para realizar de forma exclusiva y excluyente el control constitucional de las leyes y normas de rango y fuerza de ley; mientras que el Consejo de Estado es competente para realizar un control constitucional, de forma exclusiva y excluyente, de normas infralegales como lo son los decretos expedidos por el Gobierno nacional, los cuales hacen referencia a los decretos de contenido administrativo (decretos reglamentarios, decretos que desarrollan leyes marco, los decretos ejecutivos, etc.), cuya fuerza vinculante es inferior a la de las leyes y a los decretos de contenido legislativo.

En cuanto al control concreto, el artículo 4 de la Constitución colombiana[13] habilita a todos los órganos jurisdiccionales (de la justicia ordinaria, inclusive) preferir y aplicar la norma constitucional, en caso de presentarse contradicción con una norma de rango legal. A nivel jurisprudencial, los órganos jurisdiccionales colombianos han denominado este mecanismo como "*la excepción de inconstitucionalidad*". En ese sentido, es claro que esta norma habilita a cualquier órgano jurisdiccional el uso del denominado "*control difuso*".

Cabe agregar que, a diferencia de su par ecuatoriano, que señala que de existir una contradicción entre una norma con rango de ley y una norma constitucional, se deberá consultar a la Corte

---

12 Esta conclusión se desprende de la lectura conjunta de los artículos 237 y 241 de la Constitución Colombiana.

13 Constitución colombiana
Artículo 4°. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.
Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

Constitucional mediante la denominada "cuestión de inconstitucionalidad", el modelo colombiano no adopta este mecanismo dentro de su Constitución.

Por otro lado, en cuanto al control constitucional de actos del Estado y los particulares, se tiene que, al igual que la Constitución ecuatoriana, esta competencia ha sido delegada a la justicia ordinaria; y si bien la misma es la que concluye de forma definitiva la controversia constitucional, todas las sentencias ejecutoriadas emitidas por la justicia ordinaria son remitidas a la Corte Constitucional para su conocimiento y eventual selección y revisión. La Corte Constitucional puede seleccionar de forma discrecional y someterla a revisión para que emita un pronunciamiento definitivo, no obstante haber quedado ejecutoriada.

Chile: la Constitución de 1980 es la que actualmente rige en Chile. El control de constitucionalidad en la experiencia chilena es un caso particular, pues aquella delega u otorga la competencia de dicho control en tres órganos distintos. Los órganos jurisdiccionales, que podríamos señalar son la justicia ordinaria; la Contraloría General de la República y el Tribunal Constitucional.

Según el artículo 93 de la Constitución chilena, la competencia exclusiva y excluyente para el control constitucional de las leyes (y además de normas infralegales) recae en el Tribunal Constitucional. La exclusividad de esta competencia a favor del Tribunal Constitucional se reafirma específicamente de la lectura del numeral 6 del referido artículo 93, donde se le otorga la competencia para declarar inaplicable un precepto legal que esté sujeto a un proceso judicial concreto. En tal sentido, solo el Tribunal Constitucional puede declarar la inconstitucionalidad de una norma legal, excluyendo, de esta manera, a los demás órganos jurisdiccionales. Este mecanismo de acción de inaplicabilidad se asemeja a la figura de la cuestión de inconstitucionalidad que se encuentra regulada en Ecuador.

Esto significa que Chile habría adoptado un sistema de control constitucional concentrado, que recae exclusivamente en el Tribunal Constitucional. Sin embargo, la competencia de control constitucional también ha sido asignada a nivel administrativo a

la Contraloría General de la República.[14] En tal sentido, no solo existe un control constitucional ejercido por el Tribunal Constitucional, sino que, además, a nivel administrativo, la Contraloría General de la República (órgano constitucionalmente autónomo) puede ejercer también este control. Pero aquí hay que establecer una diferencia esencial; el control realizado por la Contraloría General de la Republica es preventivo y no posterior. En segundo lugar, este órgano, a diferencia de las facultades concedidas al Tribunal Constitucional, no puede declarar la invalidez de una norma legal; pues solo emiten un pronunciamiento sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, entre otros, a través de dictámenes jurídicos que son de obligatorio cumplimiento para la administración pública y sus funcionarios.

Cabe agregar que existe cierta duda en relación al modelo adoptado por el Constituyente Chileno, pues, en relación con los órganos jurisdiccionales, las Cortes de Apelaciones y, de forma definitiva, la Corte suprema, a través de los procesos de protección y *habeas corpus*, deben aplicar los preceptos constitucionales e inaplicar, en el caso concreto, cualquier norma que pudiere atentar contra la Constitución y, en especial, contra los derechos fundamentales de las personas, conforme se desprende de la interpretación de los artículos 5 y 6 de la Constitución Chilena.[15]

Sin embargo, en el mismo país, no hay un consenso en los doctrinarios constitucionalistas, respecto si la Constitución chilena ha adoptado un sistema concentrado o difuso, habiendo afirmado inclusive que

---

[14] Esta conclusión se desprende de la lectura conjunta de los artículos 98 y 99 de la Constitución chilena.

[15] Constitución de Chile Artículo 5º.- [...]. El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.
Artículo 6º.- Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.
Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. [...]

> [...] la reforma de 2005 puso fin al debate que se había planteado en la doctrina constitucional en el sentido de si el artículo 6º de la Constitución Política habilitaba una interpretación en el sentido que nuestro constituyente habría optado por un modelo de justicia constitucional difuso, al estilo norteamericano. Ese planteamiento es difícilmente sostenible hoy día, entregado como está el control de constitucionalidad de preceptos legales al TC [...].[16]

México: no existe propiamente un Tribunal Constitucional. El control constitucional recae en la *Suprema Corte de Justicia de la Nación*, que es el máximo órgano jurisdiccional de este país y pertenece al Poder Judicial de la Federación. Es decir, no es independiente ni autónomo al poder judicial. Por tanto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación funge de Tribunal Constitucional, ergo: goza de competencia para la protección de la supremacía de la Constitución.

En cuanto al sistema de control constitucional adoptado en México, podemos sostener que se trata de un sistema hibrido donde coexisten un sistema de control concentrado y difuso de la Constitución. En efecto, el artículo 133 de la Constitución mexicana habilita el uso del control difuso para todos los órganos jurisdiccionales del país. En efecto, esta norma permite a todos los órganos jurisdiccionales (de la justicia ordinaria, inclusive) preferir y aplicar la norma constitucional, en caso de presentarse contradicción con una norma de rango legal.

Pero, adicionalmente, existen otros mecanismos provistos por el Constituyente mexicano para ejercer el control de constitucionalidad; por ejemplo: el amparo, las controversias constitucionales (proceso competencial) y la acción de inconstitucionalidad. Estos tres mecanismos son competencia del Poder Judicial Federal.

En cuanto al *control constitucional abstracto de las normas*, la acotada Constitución delega exclusivamente esta atribución a

[16] Hernández Emparanza, Domingo, "Acerca del rol del Tribunal Constitucional, su relación con Poder Judicial (sic), la interpretación constitucional y los derechos fundamentales", *Diario Constitucional,* núm. 124, 3 de julio de 2012, *https://www.diarioconstitucional.cl/entrevistas/acerca-del-rol-del-tribunal-constitucional-su-relacion-con-el-poder-judicial-la-interpretacion-constitucional-y-los-derechos-fundamentales/*

la Suprema Corte de Justicia de la Nación, excluyendo a los demás órganos jurisdiccionales del Poder Judicial, conforme se advierte del artículo 105 de la referida Constitución. Este artículo establece que la acción de inconstitucionalidad procede contra normas generales; es decir, ley, tratado internacional, reglamento o decreto. Por tanto, el control abstracto de dichas normas es un *control concentrado* que recae en la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

IV. Control de constitucionalidad en Perú

En Perú se adopta un sistema mixto de control de constitucionalidad. Así, en lo que concierne al control abstracto este recae en dos órganos independientes y distintos: El Tribunal Constitucional y el poder judicial. El primero ejerce un control abstracto en relación con las leyes; mientras que el segundo realiza un control abstracto respecto a las normas de inferior jerarquía de alcance general (normas infralegales). En merito a ello, podemos afirmar que existe un control concentrado respecto de cada tipo de control abstracto. Existe un sistema de control concentrado de las leyes y un sistema de control concentrado de las normas infralegales. En lo que concierne al control concreto, esta competencia recae tanto en el poder judicial y el Tribunal Constitucional.

V. El Rol del Tribunal Constitucional en Perú

El Tribunal Constitucional tiene como principal función la de ejercer la defensa de la Constitución, así como la protección de los derechos fundamentales de las personas. Pero, para ejercer esta defensa y protección, se le dota de una autoridad que no goza ningún otro órgano: es el supremo interprete y controlador de la constitucionalidad.

Así, pues, el Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y contralor de la constitucionalidad; en ese sentido, el pronunciamiento de este máximo Tribunal adquiere relevancia para todos los efectos donde se ejerza el control constitucional y, en consecuencia, su participación se hace necesaria

en todos los medios de control constitucional. En la sentencia recaída en el expediente 30-2004-AI, el Tribunal Constitucional del Perú ha dejado sentado que esta es una atribución encomendada por el propio Constituyente peruano:

> 46. Si bien entre los órganos constitucionales no existe una relación de jerarquía, al interior del Poder Jurisdiccional sí existe una jerarquía constitucional, pues aun cuando todo juez se encuentra obligado a preferir la Constitución frente a las leyes (artículo 138° de la Constitución) y, consecuentemente, facultado a interpretarlas, el Poder Constituyente ha establecido que el contralor, por antonomasia, de la constitucionalidad es el Tribunal Constitucional (artículo 201° de la Constitución).
>
> En efecto, si es a través de los procesos constitucionales (artículo 200°) que se garantiza jurisdiccionalmente la fuerza normativa de la Constitución, y es este Tribunal el encargado de dirimir en última (en el caso de las resoluciones denegatorias expedidas en los procesos de amparo, hábeas corpus, hábeas data y cumplimiento) o única instancia (procesos de inconstitucionalidad y competencial) tales procesos (artículo 203°), resulta que al interior del Poder Jurisdiccional "llamado a proteger en definitiva (artículos 138° y 200° a 204°) la supremacía normativa de la Constitución (artículos 38°, 45° Y 51°)" el Tribunal Constitucional es su órgano supremo de protección (artículo 201°) y, por ende, supremo intérprete. No el único, pero sí el supremo.

En ese sentido, como supremo interprete y contralor de la constitucionalidad, el Tribunal Constitucional es el llamado a controlar la interpretación que realicen otros operadores jurídicos u órganos constitucionales como, por ejemplo, el poder judicial.

VI. Hacia una necesaria intervención del Tribunal Constitucional en el control de constitucionalidad de las normas infralegales

Cuando se analizó la experiencia latinoamericana respecto de control constitucional, se pudo observar que solo Colombia mantiene una diferencia en cuanto al control constitucional que ejerce sobre las leyes y normas infralegales. Por un lado, la Corte Constitucional ejerce el control constitucional de las leyes; mien-

tras que el Consejo de Estado ejerce el control constitucional de las normas infralegales. Pero ello ha traído una serie de consecuencias negativas como es el denominado "choque de trenes" entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

Algo similar ocurre en Perú; pues el control constitucional abstracto sobre las leyes la ejerce el Tribunal Constitucional; mientras que el control constitucional abstracto sobre normas infralegales la ejerce el poder judicial (a través de la decisión final de la *Corte Suprema* como órgano de segunda instancia). Es decir, existen dos altos tribunales que emiten una decisión sobre la constitucionalidad y validez de normas, aunque las normas sean de distinto nivel.

Sin embargo, consideramos que otorgar el control constitucional abstracto de normas en dos instituciones independientes –con la facultad de invalidar o expulsar del ordenamiento jurídico– conduce al riesgo de posibles conflictos de criterios entre el poder judicial y el Tribunal Constitucional; ello, no solo termina repercutiendo en la predictibilidad y la seguridad jurídica; sino que, además, principalmente, merma el rol del Tribunal Constitucional. Esto con un matiz adicional que genera más dudas que seguridades, y es que cuando el control abstracto es de normas con rango legal se hace en instancia única por el Tribunal Constitucional y cuando el control es de normas infralegales se hace en doble instancia por el poder judicial.

Así, al existir dos instituciones con dicha prerrogativa, cada órgano jurisdiccional intentará que prevalezca su sentido interpretativo y el alcance que le brinda a la norma objeto de control. En ese sentido, se producen problemas de uniformidad del sentido interpretativo de la norma constitucional, pudiendo existir dos decisiones con sentidos interpretativos diametralmente opuestos. Es más, a raíz de la dación del Nuevo Código Procesal Constitucional ahora se permite a la Corte Suprema del Poder Judicial emitir precedentes vinculantes con respecto del control constitucional de normas infralegales.[17]

[17] Código Procesal Constitucional peruano. Artículo VI. Precedente vinculante. [...] En los procesos de acción popular, la sala competente de la Corte Suprema de la República también puede crear, modificar o derogar prece-

Esto evidentemente no puede ser permitido dentro del orden constitucional porque, como bien lo señaló Kelsen en su oportunidad, los órganos de control constitucional no pueden tener opiniones diferentes respecto de la constitucionalidad de la ley o reglamento. La ausencia de una decisión uniforme en torno a la cuestión sobre cuando una ley o reglamento es constitucional, "por ejemplo, si es que la Constitución es violada o no" es un gran peligro para la autoridad de la Constitución.[18]

Además, si el Tribunal Constitucional es el contralor de la constitucionalidad y órgano supremo de protección y, por ende, supremo intérprete de la Constitución, ¿por qué no interviene en el control constitucional de las normas infralegales cuando estas agravian directamente la Constitución?

Como se señaló supra, en todos los demás procesos constitucionales que sirven como mecanismo de salvaguardar la primacía de la Constitución, el Tribunal Constitucional tiene participación; pero en el caso de la acción popular, este proceso ha sido excluido de su conocimiento, sin que existan razones para ello.

En ese sentido, consideramos que, en el proceso de acción popular, resulta trascendental la intervención del Tribunal Constitucional cuando la afectación de la norma infralegal contraviene directamente la Constitución. Solo así se afianzaría el rol del Tribunal Constitucional; pero, además, y lo más importante, se evitaría posibles conflictos de criterios en cuanto a la interpretación de la Constitución.

La doctrina constitucional peruana se encuentra de acuerdo en la intervención del Tribunal Constitucional en el control constitucional abstracto de normas infralegales;[19] sin embargo,

---

dentes vinculantes con el voto conforme de cuatro jueces supremos. La sentencia que lo establece formula la regla jurídica en la que consiste el precedente, expresa el extremo de su efecto normativo y, en el caso de su apartamiento, los fundamentos de hecho y de derecho en que se sustenta.

18 Kelsen, H., o*p. cit.,* p. 185.

19 Si bien mediante una impugnación directa de una norma infralegal el Tribunal Constitucional no podría ejercer un control abstracto sobre la validez constitucional; ello sí es posible cuando el Tribunal Constitucional

se discute si la actuación del Tribunal Constitucional debe ser exclusiva o puede compartir el control normativo de normas infralegales con el poder judicial. En este último caso, el Tribunal Constitucional actuaría como segunda y última instancia.

Así, por ejemplo, se señala que si bien es importante permitir la unificación procesal de los mecanismos de control abstracto de las normas jurídicas en el Tribunal Constitucional ello no necesariamente deriva en aceptar una instancia única en ese organismo, ya que puede abrirse como última instancia de revisión.[20] En el mismo sentido, se ha sostenido que, si bien la acción popular podría tramitarse en sede judicial, debería, en última instancia, ser resuelta en sede constitucional, a fin de integrar las decisiones judiciales dentro de la supremacía de interpretación de la Constitución, a cargo del Tribunal Constitucional.[21]

Sin embargo, otros autores sostienen que solo cuando la impugnación es por una directa inconstitucionalidad o si lo que se discute es la competencia que dictó el reglamento, la acción popular debería ser competencia del Tribunal Constitucional; pero para un asunto donde se discute el quebrantamiento de leyes y en donde no se atiende una interpretación de las disposiciones de la Constitución, la acción popular debería se tramitada en el Poder Judicial.[22]

En nuestra opinión, el control abstracto tanto de normas legales como infralegales debería recaer en un solo órgano como ocurre en las experiencias mexicana, chilena y ecuatoriana. En el caso del Perú, esta competencia debería recaer en el Tribunal Constitucional; o, como última opción, ser compartida con el poder judicial, actuando este último como sede de primera

---

conoce otros procesos que sí son de su competencia. Al respecto, véase las sentencias: Exp. 0045-2004-PI/TC y Exp. 00051-2011-PA/TC.

20 Morón Urbina, J.C. "Evolución de la acción popular: el modelo peruano de control constitucional sobre reglamentos", *Pensamiento Constitucional,* núm. 19, 2014, p. 375.

21 Landa Arroyo, César, *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*, Lima, Palestra Editores, 2004, p. 150.

22 Borea Odria, A., *Los procesos constitucionales en el marco de la reforma constitucional*, 2002, pp. 135 y 137.

instancia, y el Tribunal Constitucional como instancia última y definitiva; o, en su defecto, el poder judicial solo debería conocer los conflictos de las normas infralegales con las leyes; pero, en los casos en los cuales se denuncia que una norma infralegal colisiona con la Constitución, este conflicto debería ser conocido por el Tribunal Constitucional. Solo así podríamos obtener unidad en relación con el sentido interpretativo de la Constitución; ergo, bajo ninguna circunstancia, se debe permitir la exclusión del Tribunal Constitucional en los procesos constitucionales que tienen por finalidad salvaguardar la Constitución y su fuerza normativa.

Esta conclusión, nos acerca a un tema que consideramos fundamental, el cual radica en unificar la justicia constitucional, lo cual pasaría por que nuestro Tribunal Constitucional "órgano autónomo" tenga bajo su organigrama jerárquico a Salas Constitucionales de Segunda Instancia y jueces constitucionales de primer grado, lo cual nos dotaría de una justicia especializada, con unidad de criterio, con amplia predictibilidad sin que esto enerve la posibilidad del control difuso de la justicia ordinaria.

Referencias

Abad Yupanqui, Samuel, *Derecho procesal constitucional*, Lima, Gaceta Jurídica, 2005.

Borea Odria, A., *Los procesos constitucionales en el marco de la reforma constitucional*, 2002.

Bustillo Marín, Roselia, *El control de convencionalidad: la idea del bloque de constitucionalidad y su relación con el control de constitucionalidad en materia electoral*, México, Tribunal Electoral, 2014.

Fonseca Sarmiento, C. A., "El control de constitucionalidad en Latinoamérica", *Advocatus*, núm. 42, 2022.

Hernández Emparanza, Domingo, "Acerca del rol del Tribunal Constitucional, su relación con Poder Judicial (sic), la interpretación constitucional y los derechos fundamentales", *Diario Constitucional,* núm. 124, 3 de julio de 2012.

Kelsen, H., "Judicial review of legislation a comparative study of the Austrian and the American Constitution", *The Journal of Politics*, vol. 4, 1942.

Landa Arroyo, César, *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*, Lima, Palestra Editores, 2004.

Morón Urbina, J.C. "Evolución de la acción popular: el modelo peruano de control constitucional sobre reglamentos", *Pensamiento Constitucional,* núm. 19, 2014.

Pulido Ortiz, Fabio Enrique, "Control Constitucional Abstracto, Concreto, Maximalista y Minimalista", *Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. XIV, núm. 27, Bogotá, enero-junio, 2011.

Los criterios de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay en el control de constitucionalidad de las leyes [1]

***

The criteria of the Supreme Court of Uruguay in the constitutionality of laws

Rubén Correa Freitas[*]

Resumen: se analiza el sistema uruguayo en materia de declaración de inconstitucionalidad de los actos legislativos, que se caracteriza por ser un sistema judicialista y concentrado en la Suprema Corte de Justicia, pero con efectos del fallo en el caso concreto. Asimismo, se explicitan los criterios de interpretación de la Constitución de la República elaborados por la doctrina y la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, en donde se observa una clara evolución de los criterios tradicio-

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UDELAR). Magister en Educación, Universidad de la Empresa (UDE). Profesor Titular de Derecho Constitucional, Facultad de Ciencias Jurídicas (UDE). Excatedrático de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho (UDELAR). Exdirector del Instituto de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho (UDELAR). Miembro del Consejo de la Facultad de Derecho por el orden docente (2018-2023). Exdecano de la Facultad de Ciencias Jurídicas (UDE). Académico de Número Fundador de la Academia Nacional de Derecho del Uruguay. Director de la Revista de Derecho Constitucional editada por Fundación de Cultura Universitaria (F.C.U.).

[1] Ponencia presentada para el XVI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, a celebrarse en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Ciudad de México, entre el 21 y 25 de octubre de 2024.

nales del método lógico-sistemático-teleológico. En tal sentido, se tiene especialmente en cuenta la aceptación por parte de la Suprema Corte de Justicia del llamado "bloque de constitucionalidad", concepto elaborado por la jurisprudencia del consejo constitucional francés y desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. También se consideran los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y ponderación en la jurisprudencia del órgano jerarca del poder judicial en Uruguay.

Abstract: this work analyzes the uruguayan system for the declaration of unconstitutionality of legislative acts. This system is judicial and concentrated in the Supreme Court of Justice, but its rulings apply to the specific cases brought before the court. Furthermore, we make explicit the criteria to interpret the Constitution of Uruguay as developed by the doctrine and jurisprudence of the Supreme Court of Justice, where a clear evolution of the traditional criteria of the logical-systematic-teleological method is observed. In this sense, we especially consider the Supreme Court of Justice's acceptance of the so-called "block of constitutionality", a concept developed by the jurisprudence of the French Constitutional Council and developed by the Inter-Americana Court of Human Rights. Additionally, we consider the reasonableness, proportionality and evaluation criteria in the jurisprudence of the Supreme Court of Uruguay.

Palabras clave: Constitución, interpretación, inconstitucionalidad, jurisprudencia, razonabilidad, proporcionalidad, ponderación.

Keywords: Constitution, interpretation, unconstitutionality, jurisprudence, reasonableness, proportionality, evaluation.

Sumario: I. Introducción. II. La declaración de inconstitucionalidad de los actos legislativos. III. Los criterios de interpretación de la Constitución. IV. Los criterios de la Suprema Corte de Justicia sobre la declaración de inconstitucionalidad de las leyes. V. El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia. VI. Los principios de razonabilidad y proporcionalidad. VII. El principio de ponderación de los derechos. VIII. Conclusiones. Referencias.

I. Introducción

La celebración del XVI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Ciudad de México, se da en circunstancias muy especiales para el constitucionalismo latinoamericano y especialmente para México, porque estamos conmemorando nada menos que los 200 años de la Constitución de México de 1824. Dicha Constitución fue redactada y aprobada por el Congreso General Constituyente de la Nación mexicana el 4 de octubre de 1824, declarando en el artículo 1 que México es un Estado libre e independiente para siempre; asimismo, dispuso en el artículo 4 que "La Nación mexicana adopta para su gobierno la forma de república representativa popular federal."

Esta Constitución mexicana de 1824 se inscribe dentro de lo que se denomina en la doctrina, como el primer ciclo del constitucionalismo latinoamericana, caracterizado por Constituciones que, siguiendo el modelo de la Constitucional Federal norteamericana de 1787 y de la Constitución española de Cádiz de 1812, consagraron un modelo liberal, en el que por un lado se reconocen los derechos individuales y por otro lado se consagra la separación de los poderes del Estado, tal como como exigía el artículo 16 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789. Así nos encontramos con las Constituciones de Brasil de 1824, de Argentina de 1826, de Chile de 1828 y 1833, de Uruguay de 1830, entre otras.

En tal sentido, sobre este punto sostiene Gros Espiell:

> Es un ciclo que cubre el proceso de adopción de las primeras Constituciones que siguieron, en cada país, a la Independencia, a la afirmación de las identidades y de los Estados nacionales y que incluye la difícil e inconclusa lucha para establecer Estados de Derecho, ante todos los elementos de disgregación y de inestabilidad, comprendiendo el caudillismo, la prepotencia militar, los golpes de Estado, el predominio excesivo del Poder Ejecutivo, todas las consecuencias de la existencia de sociedades anárquicas y de la falta de preparación cívica.[2]

[2] Gros Espiell, Héctor, *Estudios Constitucionales*, Ed. Ingranussi Ltda., 1998, pp. 517 y 518.

Tiene especial significación desde el punto de vista político y jurídico la Constitución mexicana de 1824, porque afirma dos de los principios fundamentales para su organización, como es el sistema republicano, por oposición al monárquico; y el sistema federal, dejando de lado el sistema unitario. Debe tenerse en cuenta, que en México hubo fuertes defensores del sistema de Gobierno monárquico, como fue el caso de Agustín de Iturbide y los llamados "borbonistas", que pretendían la reinstalación de la monarquía española.[3]

Dentro de la tendencia del primer constitucionalismo latinoamericano, la Constitución mexicana de 1824 adopta el sistema de Gobierno presidencial, con un presidente electo por cuatro años, no pudiendo ser reelegido sino transcurridos cuatro años del cese. Es así, como en el artículo 74 de dicha Constitución, dispone que: "Se deposita el supremo poder ejecutivo de la federación en un solo individuo, que se denominará presidente de los Estados Unidos Mexicanos". También se preveía la existencia del vicepresidente, que era electo conjuntamente con el presidente, en forma indirecta por las legislaturas de los Estados, por mayoría absoluta de votos.

Sobre el tema de la soberanía en la Constitución mexicana de 1824, afirma el expresidente de México Miguel de la Madrid que:

> Si en 1814 la doctrina era un anhelo y una declaración ideológica, en 1824 se plasmó en el acto constituyente del pueblo mexicano, liberado definitivamente de su dependencia colonial y vencidas, en un primer encuentro, las fuerzas que pretendieron canalizar la Independencia en favor de las clases privilegiadas tradicionales, sin alteración sustancial de su marco institucional y su estructura socioeconómica. El triunfo de la república sobre el imperio positivizó en 1824 el principio de la soberanía del pueblo mexicano.[4]

En lo que se refiere al federalismo consagrado por la Constitución mexicana de 1824, enseña Burgoa que: "[...] la idea fe-

[3] Hernández, Antonio María, *Estudios de Federalismo Comparado*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2018, p. 310.

[4] Madrid Hurtado, Miguel de la, *Estudios de Derecho Constitucional*, México, Editorial Porrúa, 1986, p. 147.

deralista nace en la breve etapa histórica de nuestro país comprendida entre 1812 y la Constitución de 1824, en que expresa y claramente se proclama".[5]

En honor a este magno acontecimiento que celebramos en este Congreso Iberoamericano, es que me voy a referir en esta exposición a los criterios de interpretación de la Constitución uruguaya por parte de la Suprema Corte de Justicia, en los casos en que realiza el control de constitucionalidad de los actos legislativos.

Es un tema de suma importancia, por cuanto ha habido una interesante evolución en la aplicación de los criterios de interpretación de la Constitución de la República, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como de la moderna doctrina constitucionalista. En tal sentido, estimo oportuno analizar algunas sentencias de la Suprema Corte de Justicia, que nos orientan en la evolución que se ha producido en esta materia.

II. La declaración de inconstitucionalidad de los actos legislativos

En primer lugar, corresponde distinguir conceptualmente en la Constitución uruguaya vigente de 1967, entre el control de constitucionalidad de los actos jurídicos, tales como leyes, decretos, reglamentos y resoluciones; y la declaración de inconstitucionalidad de los actos legislativos, que en el Uruguay está confiada en forma originaria y exclusiva a la Suprema Corte de Justicia. En segundo lugar, es necesario distinguir entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad de los actos jurídicos.

Sobre el primer punto, corresponde afirmar que en la Constitución uruguaya el control de constitucionalidad es un concepto más amplio que la declaración de inconstitucionalidad de los actos legislativos, es decir de los actos jurídicos con fuerza de

[5] Burgoa, Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano*, México, Editorial Porrúa, 1989, p. 422.

ley. Así, por ejemplo, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que es un órgano independiente del poder judicial y de los demás poderes del Estado, tiene la competencia para declarar la nulidad de los actos administrativos dictados con desviación de poder (Constitución, art. 309). La Suprema Corte de Justicia tiene competencia para: a) resolver sobre el recurso por lesión de autonomía de los Gobiernos Departamentales, que promuevan los Intendentes o las Juntas Departamentales (Constitución, art. 283); resolver las contiendas de competencias fundadas en la Constitución que se puedan plantear entre el Poder Ejecutivo, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados y también en las contiendas o diferencias entre uno y otro de estos órganos (Constitución, art. 313). La Cámara de Representantes tiene competencia para resolver el recurso de apelación contra los decretos de las Juntas Departamentales o de los Intendentes, contrarios a la Constitución, promovido por un tercio de los miembros de la Junta Departamental o por mil ciudadanos inscriptos en el Departamento (Constitución, art. 303).[6]

En cambio, la declaración de inconstitucionalidad de las leyes y de los decretos con fuerza de ley de los Gobiernos Departamentales, es decir de los actos legislativos con fuerza de ley, es una competencia originaria y exclusiva que la Constitución uruguaya le atribuye a la Suprema Corte de Justicia, conforme a lo previsto por el artículo 256. El instituto de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes como competencia de la Suprema Corte de Justicia, fue incorporado a la Constitución uruguaya de 1934. En las Constituciones de 1830 y de 1918 no había una previsión expresa sobre el tema, por lo que tanto la doctrina como la jurisprudencia en forma mayoritaria, consideraron que los jueces del poder judicial no podían declarar la inconstitucionalidad de las leyes, porque el artículo 152 de la Constitución de 1830 y el artículo 176 de la Constitución de 1918, establecían que: "Corresponde exclusivamente al Poder Legislativo interpretar, o explicar la presente Constitución." Estas disposiciones de las Constituciones uruguayas de 1830 y 1918, son similares al artículo 165 de la Constitución de México de 1824, cuyo texto era el siguiente:

[6] Correa Freitas, Rubén, *Derecho Constitucional Contemporáneo,* Montevideo, F.C.U., 2019, t. I, núm. 92, p. 211.

"Solo el congreso general podrá resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de los Artículos de esta constitución y de la acta constitutiva".

La solicitud de declaración de inconstitucionalidad de una ley o de una norma que tenga fuerza de ley (art. 508 del Código General del Proceso), la puede formular toda aquella persona física o jurídica que se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo, tanto por vía de acción en forma directa ante la Suprema Corte de Justicia, o por vía de excepción en cualquier procedimiento judicial; también la puede formular de oficio el Juez, Tribunal de Apelaciones o el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, antes de dictar resolución definitiva (Constitución, art. 258). El fallo de la Suprema Corte de Justicia, solo tendrán efectos en el caso concreto (Constitución, art. 259), es decir que beneficia exclusivamente a quien o a quienes hayan realizado la solicitud de declaración de inconstitucionalidad y en los procedimientos en que se haya pronunciado la sentencia.

Sobre el segundo punto, es necesario distinguir entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad. Mientras que el control de constitucionalidad tiene que ver con la incompatibilidad entre una ley, un decreto o una resolución administrativa, con las disposiciones de la Constitución de la República; el control de convencionalidad, instituto de creación pretoriana por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* de 26 de setiembre de 2006, es aquel control que se hace de los actos jurídicos de un Estado con relación a las normas contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, de 22 de noviembre de 1969. Este control de convencionalidad se debe realizar exoficio por parte de los jueces del poder judicial de los Estados parte, según la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el caso *Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú* de 24 de noviembre de 2006.[7]

[7] Correa Freitas, Rubén, *Fundamentos de la Constitución,* Buenos Aires, Ed. Bdef, 2017, pp. 182-190.

III. Los criterios de interpretación de la Constitución

La interpretación es el acto por el cual se le da sentido a una norma jurídica. Es el acto por el cual se comprende lo que significa un precepto jurídico y cuál es el alcance del mismo. Como enseña García Máynez, "interpretar es desentrañar el sentido de una expresión".[8] En la doctrina italiana, Riccardo Guastini sostiene que *interpretar* un texto significa atribuir significado, sentido y referencia a algún fragmento de lenguaje; en otros términos, "en el ámbito jurídico 'interpretar' significa (como dice el Código Civil italiano) 'atribuir sentido' a un texto".[9]

Se interpreta una norma jurídica tanto cuando la misma es clara y no da lugar a dudas en cuanto a su significado y alcance, como también se interpreta cuando es necesario encontrar el sentido y lo que quiere decir la norma jurídica, para lo cual tenemos que recurrir a otros métodos, como es el contexto y la finalidad. En tal sentido, en la doctrina nacional Gamarra Antes sostiene que debe distinguirse entre una concepción amplia y una concepción restringida de la interpretación, dado que en la primera se considera que debe entenderse por interpretación la que se hace respecto de cualquier texto jurídico, sea que ofrezca dudas o no; mientras que, en la concepción restringida, se postula que no hay interpretación donde no hay dudas, es decir frente a un texto jurídico claro.[10]

El problema del método en la interpretación de la Constitución de la República, fue un tema que dividió a la Cátedra de Derecho Constitucional en Uruguay desde su creación en 1871, con dos escuelas bien diferenciadas: por un lado, los Ramírez, es decir Carlos María Ramírez (1871-1874) y Juan Andrés Ramírez (1905-1910), que defendieron el método histórico, entre otras razones porque como sostuvo Juan Andrés Ramírez en su obra

8 García Máynez, Eduardo, *Introducción al Derecho*, México, Porrúa, 1974, p. 325.

9 Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar,* Buenos Aires, Valletta Ediciones, 2020, pp. 7 y 15.

10 Gamarra Antes, Diego, *La interpretación de la Constitución y la Ley,* Montevideo, La Ley Uruguay, 2018, p. 114.

El Derecho Constitucional en la Universidad, publicada en 1905: "Las Constituciones no son inmutables y eternas. En torno de ellas la vida jurídica se sigue desenvolviendo. Al aplicarse por razón de la interpretación y de la voluntad de los que la ponen en práctica, sufren modificaciones ligeras que pueden importar a la larga la transformación de un régimen". Y, por otro lado, los Aréchaga, tanto Justino Jiménez de Aréchaga Moratorio (1875-1884 y 1889-1905), como su hijo Justino E. Jiménez de Aréchaga Vargas, afirmando este último en su obra *El Poder Ejecutivo y sus ministros*, publicada en 1915, la necesidad de recurrir al método jurídico, expresando entre otros argumentos que: "Es funesto para la democracia querer penetrar por vía de los historiadores el sentido íntimo de nuestras Constituciones. Ellas conciben y realizan un orden jurídico que los predicadores y los videntes de la Revolución, los teóricos primitivos de la República forjaron más para el porvenir que para sus contemporáneos".[11]

Posteriormente, Juan Carlos Gómez Haedo sostuvo desde la Cátedra en 1929, que debían conciliarse ambos métodos, el histórico y el jurídico, porque "la utilización exclusiva de uno solo, no nos ofrece sino una visión incompleta, excluyéndose una serie de fenómenos que debemos tener en cuenta para comprender el de la organización del Estado y abarcarlo en su integridad".[12]

El Profesor Emérito de Derecho Constitucional, Justino Jiménez de Aréchaga Mac Coll (el tercero de los Aréchaga), quien fuera Catedrático entre 1938 y 1957, sostuvo que en realidad debe distinguirse entre los métodos de construcción, de interpretación y de enseñanza del Derecho Constitucional. Sobre este tema, afirma que "el método de construcción del Derecho supone el estudio de la técnica legislativa y propone un problema de axiología jurídica"; "la interpretación supone una técnica de intelección del Derecho, de un Derecho dado, preexistente al intérprete"; "los métodos de enseñanza suponen la aplicación de una

[11] Gómez Haedo, Juan Carlos, *Los métodos en el Derecho Público,* Montevideo, Imp. Peña Hnos., 1929, pp. 17-22; Gros Espiell, Héctor, *Universidad y Derecho Constitucional,* Montevideo, Ed. Oficina Nacional del Servicio Civil, 1988, pp. 11-13.

[12] Gómez Haedo, Juan Carlos, *op. cit.,* p. 57.

técnica que no es ni la legislativa ni la de intelección del Derecho, sino una técnica pedagógica".[13]

Por su parte, Héctor Gross Espiell, quien fuera catedrático de Derecho Constitucional entre 1958 y 1969, se afilia a la tesis de que la interpretación de la norma constitucional debe realizarse con el criterio jurídico, pero aclara que "en nuestro sistema el intérprete no puede dejar totalmente de lado la situación histórico-política en que surgió la norma, porque muchos conceptos constitucionales no pueden interpretarse debidamente si no se conoce su razón de ser, el por qué de su nacimiento y el proceso político de elaboración". Agrega que también "podrá recurrirse a la interpretación evolutiva, en cuanto supone una racional adecuación del texto a las nuevas realidades políticas, sociales y económicas, y que sin desconocer la letra y sin violentar los principios y los objetivos del sistema constitucional, lo adecue a estas nuevas realidades".[14]

Siguiendo las enseñanzas de Jiménez de Aréchaga Mac Coll (el tercero de los Aréchaga) del año 1944, y posteriormente de Horacio Cassinelli Muñoz en 1957, tanto en la cátedra de Derecho Constitucional como en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, tradicionalmente se admitieron los tres criterios de interpretación de la Constitución: el textual, el contextual y el teleológico. El método textual, en el que se debe tener en cuenta el sentido natural y obvio de las palabras; el método contextual, por medio del cual se debe recurrir al contexto de la Constitución para una correcta interpretación, es decir que se debe armonizar la interpretación de un artículo con otro u otros de la Constitución; el método teleológico, al que se debe recurrir buscando los fines y los principios contenidos en la Constitución.[15]

---

13 Jiménez de Aréchaga, Justino, *La Constitución Nacional,* Montevideo, Ed. Cámara de Senadores, 1991, t. I, pp. 129 y 130.

14 Gros Espiell, Héctor, *Universidad y Derecho Constitucional..., cit.,* pp. 18 y 19.

15 Jiménez de Aréchaga, Justino, *op. cit*., p. 150; Cassinelli Muñoz, Horacio, "Oposición superviniente ¿derogación o inconstitucionalidad?", *Derecho Constitucional y Administrativo*, Montevideo., Ed. La Ley Uruguay 2010, pp. 633 y 650-651.

Como he afirmado antes, considero que es imprescindible reexaminar la cuestión de los métodos de interpretación de la Constitución uruguaya, analizando los significativos aportes realizados por una muy prestigiosa doctrina en los últimos años, tanto nacional como extranjera, así como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.[16] Pero debe señalarse, como con acierto lo hace Guastini, que a pesar de que en la doctrina mayoritaria se afirma que la interpretación de la Constitución exige algunos métodos especiales, sin embargo destaca que, en primer lugar, "los intérpretes de la Constitución no necesariamente son diferentes de los intérpretes de la ley"; y en segundo lugar, que "la mayoría de los problemas de la interpretación constitucional no son propiamente problemas interpretativos, sino problemas dogmáticos, de 'construcción jurídica'".[17] En la doctrina nacional, Risso Ferrand afirma que "el método lógico sistemático teleológico, utilizado tradicionalmente en Uruguay para la interpretación constitucional, debe ser completado con elementos que le faltan".[18]

En tal sentido, deben tenerse en cuenta los criterios de interpretación *pro persona* o *pro homine*, es decir a favor de las personas o de los individuos; la interpretación *conforme* a los derechos humanos y a las normas internacionales en materia de derechos humanos; la interpretación evolutiva; los criterios de la ponderación de los derechos; de razonabilidad y de la proporcionalidad de los derechos.[19]

Un claro ejemplo de esta tendencia en materia de interpretación de la Constitución, es el artículo 1 inciso segundo de la Constitución de México vigente, en la redacción dada por la reforma constitucional de 2011, que establece: "Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia

16 Correa Freitas, Rubén, *Fundamentos de..., cit.,* p. 53.

17 Guastini, Riccardo, *op. cit.*, pp. 419-422.

18 Risso Ferrand, Martín, *Derechos Humanos, Interpretación y aplicación,* Montevideo, F.C.U., 2022, p. 89.

19 Carbonell, Miguel, "El neoconstitucionalismo en su laberinto", *Teoría del neoconstitucionalismo,* Madrid, Trotta, 2007, pp. 9-11.

favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia".

Como ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, el principio interpretativo *pro persona*, implica que se deberá preferir, privilegiar o favorecer la aplicación de aquella norma que otorgue una mayor protección a los derechos de la persona, independientemente de si dicha norma se encuentra en un tratado internacional o en una disposición de derecho interno.

Asimismo, debe distinguirse la interpretación de la argumentación, como lo hace en la doctrina española Manuel Atienza, para quien el concepto de interpretación es más amplio que el concepto de argumentación, porque la interpretación la encontramos en cualquier proceso comunicativo, sea o no de carácter argumentativo. Afirma que el concepto de interpretación "es el de aclarar el significado de un texto (de una ley o de algún documento normativo) que por alguna razón se ha vuelto dudoso, de manera que los problemas interpretativos serían entonces un subtipo de los argumentativos".[20] Por su parte, en la doctrina alemana, Robert Alexy afirma que el punto de partida de la teoría de la argumentación jurídica, "es que en la fundamentación jurídica de lo que siempre se trata en definitiva es de preguntas prácticas, es decir, de qué es lo que está ordenado, prohibido y permitido".[21] Riccardo Guastini sostiene que hay diferenciar entre interpretar y argumentar, porque "la argumentación no es propiamente parte de la interpretación" sino que "es más bien el conjunto de razones que se aducen como fundamento de la interpretación elegida".[22]

[20] Atienza, Manuel, *Curso de Argumentación Jurídica,* Madrid, Trotta, 2013, pp. 513 y 514.

[21] Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, pp. 70 y 71.

[22] Guastini, Riccardo, *op. cit*., pp. 16-17.

IV. Los criterios de la Suprema Corte de Justicia sobre la inconstitucionalidad de las leyes

Es necesario aclarar cuáles son los criterios fundamentales que utiliza la Suprema Corte de Justicia cuando juzga la constitucionalidad de una ley o de un acto jurídico con fuerza de ley. En tal sentido, corresponde afirmar que según la sentencia 79/2016 de 5 de abril de 2016, se reitera la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en el sentido de que "el juzgamiento de la cuestión constitucional se hace partiendo de dos premisas que tienen plena vigencia: a) presunción de constitucionalidad de la ley; b) el contralor del acierto o desacierto de una ley corresponde al Cuerpo Electoral y es ajeno al control de constitucionalidad de la Corte."

Es así, como la Suprema Corte de Justicia afirma, en primer lugar, que: "Toda ley goza de una presunción de regularidad constitucional mientras no se prueba lo contrario" (sentencias 433/2011, 735/2012, 1/2013, 735/2014 y 135/2015), entre otras). En segundo lugar, sostiene la Suprema Corte de Justicia que: "Un segundo aspecto que no puede perderse de vista es que la norma legal que, dentro de los límites constitucionales, dispone una solución equivocada o desacertada respecto al punto que regula será una mala ley, pero no por ello es inconstitucional" (sentencias de la Corte 415/2009, 374/2013, y 735/2014, entre otras). "El contralor del acierto o desacierto del legislador, en todo caso, será evaluado por el Cuerpo Electoral en las instancias constitucionalmente previstas a tal efecto".

V. El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia

En el año 2009, la Suprema Corte de Justicia uruguaya cambió el criterio sostenido a lo largo de 20 años, declarando la inconstitucionalidad de la llamada "Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado", Ley 15.848 de 22 de diciembre de 1986, por la cual se amnistiaron a los militares y policías que cometieron delitos de violación de los derechos humanos, durante el período de la dictadura militar entre 1983 y 1985.

Fue así como en la sentencia 365/2009 de 19 de octubre de 2009, la Suprema Corte de Justicia sostuvo en el Considerando III.8, lo siguiente: "La Corporación comparte la línea de pensamiento según la cual las convenciones internacionales de derechos humanos se integran a la Carta por la vía del art. 72, por tratarse de derechos inherentes a la dignidad humana que la comunidad internacional reconocer en tales pactos".

De esta forma, se reconoce por parte de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, lo que la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, denomina como el "bloque de constitucionalidad", que se integra por las normas sobre derechos humanos previstos en la Constitución de la República y los que surgen de los tratados, pactos y convenciones internacionales en materia de derechos humanos. Como ha dicho la Corte Interamericana en el caso *Yatama vs. Nicaragua* de 2005:

> Las normas sobre derechos humanos se consideran como un conjunto de estándares mínimos que generan sistemas normativos de reenvíos hacia otros ordenamientos con los que se integran en la medida que se amplía su cobertura a favor de las personas; es el sentido de la integración en un "bloque de constitucionalidad", y del "principio de interpretación conforme", que han sido asumidos por una buena parte de las constituciones de la región, y el criterio que, en función de estos diseños normativos, permite determinar la norma prevalente en caso de antinomias.[23]

Como se sabe, este concepto del *bloque de constitucionalidad* fue creado por el Consejo Constitucional de Francia en la Decisión 71-44 DC, Libertad de Asociación, de 16 de julio de 1971, por la cual se dio plena vigencia al Preámbulo de la Constitución francesa de 4 de octubre de 1958, afirmando que: "El pueblo francés proclamó solemnemente su apego a los Derechos del hombre y a los principios de la soberanía nacional tal como ellos han sido definitivos por la Declaración de 1789 confirmada y completada

[23] Steiner, Christian y Fuchs, Marie-Cristine, *Convención Americana de Derechos Humanos-Comentario*, 2a. ed., Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2019, p. 688.

por el Preámbulo de la Constitución de 1946".[24] En definitiva, la noción de *bloque de constitucionalidad* en Francia ha permitido la integración de las Declaraciones y de los Preámbulos en el sentido de un verdadero sistema constitucional.[25]

VI. Los principios de razonabilidad y de proporcionalidad

El criterio de la razonabilidad en la interpretación de la Constitución de la República surge de lo dispuesto por el artículo 7 que prescribe: "Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general." Claramente la Constitución dispone que para privar o limitar algunos de estos derechos, se requiere que el legislador lo haga por "razones de interés general".

En tal sentido, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en la sentencia 79/2016 de 5 de abril de 2016, ha afirmado en lo referente a la limitación de los derechos por ley lo siguiente:

> Así las cosas, considera que si bien algunos derechos pueden ser limitados por el legislador, debe analizarse, en cada caso, si la norma efectivamente tutela el interés general. Para hallarlo, debemos aplicar las reglas de razonabilidad. En tal sentido, esta Corte, en Sentencia Nº 564/2012, ha sostenido: "[...] más allá de toda duda razonable, que en nuestra organización constitucional no existen derechos absolutos y como indicó en Sentencia Nº 220/2002. "Ello determina que no exista la alegada vulneración de los principios constitucionales invocados en tanto, si bien consagran la tutela de los derechos, a su vez regulan la propia limitación por cuanto se encuentran sujetos a las limitaciones que surge del interés general [...]."

Asimismo, la Corte ha indicado que "[...] es potestad de la Corporación aplicar reglas de razonabilidad cuando juzga si el

[24] Favoreu, Louis *et al.*, *Droit Constitutionnel*, París, Dalloz, 2015, p. 131.

[25] *Ibidem*, p. 907.

motivo justificativo de la Ley, está o no basado en el concepto de interés general". Ya la consagraba el ilustre maestro Justino Jiménez de Aréchaga, al enseñar que

> [...] se ha admitido, además la posibilidad de que la Suprema Corte, en los procedimientos de contralor de constitucionalidad, revise la razonabilidad de ese juicio formulado acerca de las conveniencias del interés general (La Constitución Nacional, edición de la Cámara de Senadores, 1992, T. I, pág. 226). Esto es, razonabilidad del motivo invocado por el legislador, para limitar esos derechos, en función del interés general y no, en cambio, razonabilidad u oportunidad de la legislación misma. (sentencia 42/93).

Más adelante, en esta sentencia 79/2016 expresó la Suprema Corte de Justicia sobre el principio de proporcionalidad lo siguiente:

> Segundo requisito material: proporcionalidad. Cabe detenerse en el concepto de proporcionalidad. Ha señalado certero estudio sobre el punto: "Toda limitación o restricción legal de derechos fundamentales debe satisfacer las exigencias del principio de proporcionalidad, también denominados de prohibición de exceso, que en la jurisprudencia constitucional europea ha desempeñando una función capital en el control de las injerencias legislativas en tales derechos [...]. Como principio implícito propio del Estado de Derecho, el principio de proporcionalidad ha desplegado su potencialidad en el control de la licitud de la actividad legislativa. Sus implicaciones jurídicas o algunas de estas se cubre en ciertos ordenamientos bajo el concepto de razonabilidad.
>
> Son tres las manifestaciones del principio mencionado: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto de la medida restrictiva o limitativa (Casal Hernández, obra citada, págs. 124-125).
>
> La idoneidad supone que la restricción es apta para alcanzar el fin perseguido por la Ley que la contempla; es un criterio fáctico en el sentido de que debe existir un cierto grado de probabilidad de que, mediante la restricción, se logre el objetivo de la Ley restrictiva (cf. Casal Hernández, obra citada, pág. 125).

En la sentencia 87/2016 de 11 de abril de 2016, la Suprema Corte de Justicia analizando el derecho de igualdad consagrado en la Constitución de la República, afirmó lo siguiente:

> Con respecto al principio de igualdad -en el caso igualdad ante la Ley-, la Corte, en reciente pronunciamiento Nº 87/2015, reiterando su jurisprudencia sobre el punto, sostuvo: [...] En cuanto al principio de igualdad [...]. No se aprecia que la norma impugnada trate en forma desigual a quienes se encuentran dentro del mismo grupo o situación jurídica, por lo que no se identifican las discriminaciones caprichosas e irracionales que se invocan.
>
> Sobre el principio de igualdad, ha dicho esta Corte que: "Al analizar la regularidad constitucional de una norma presuntamente violatoria del derecho de igualdad, es necesario, en primer lugar, que todos los miembros de la clase sean alcanzados igualmente por la Ley que para la clase se dicte [...]. Pero, además, es necesario que cuando la Ley define un grupo de personas para hacerla objeto de una legislación especial, la constitución de ese grupo sea razonable y no arbitraria [...] Naturalmente, la razonabilidad de la formación de los grupos o clases no puede ser juzgada independientemente del objeto mismo perseguido por la Ley" (Justino Jiménez de Aréchaga, 'La Constitución Nacional', Tomo I, Edición de la Cámara de Senadores, págs. 367 y 368).

En la sentencia 61/2023 de 15 de febrero de 2023, la Suprema Corte de Justicia reiteró su jurisprudencia en la aplicación de los principios de razonabilidad y de proporcionalidad para la limitación o restricción de los derechos, afirmando que:

> El precepto constitucional de igualdad es violado cuando la ley, sin un razonable motivo o sin una justificación constitucionalmente relevante, ante situaciones iguales dispone un tratamiento diverso y cuando ante situaciones diversas dispone un tratamiento idéntico (Cfme. Corte Constitucional italiana, Sentencia Nº 15 de 1960). La violación del principio de igualdad subsiste cuando situaciones sustancialmente idénticas son disciplinadas en modo injustificadamente diverso y no cuando esas diversidades de disciplina corresponden a situaciones no asimilables (Cfme. Corte Constitucional italiana Sentencia Nº 155/2014).
>
> Ahora bien, a efectos de determinar si existe una violación del precepto objeto de examen cobra vital importancia el principio de racionalidad según el cual el criterio del juez debe establecer conforme al principio de justicia razonablemente la elección de parámetros que establezca una regla adecuada, proporcionada y no discriminatoria.

> El principio de racionalidad de la ley prescribe que una diversidad de tratamiento prevista por el legislador debe ser esencialmente racional, justificada y no arbitraria. No se prohibe al legislador prever reglas diversas para situaciones diversas, lo que se veda es la diferenciación legislativa arbitraria (Cfme. Olivetti, Marco: 'I diritti Fondamentali lezioni" Claudio Grenzi Editorie; 2015; pág. 163).

VI. El principio de ponderación de los derechos

Sobre el concepto del principio de ponderación, enseña Guastini que: "La ponderación (o balance) consiste en establecer entre ambos principios en conflicto una jerarquía que presenta dos caracteres marcados: es una jerarquía (a) axiológica y (b) móvil". Así, por ejemplo, la Corte Constitucional italiana ha considerado algunas veces, que el principio de la autonomía regional debe prevalecer sobre el principio de igualdad; pero en otras ocasiones por el contrario ha afirmado que el principio de la autonomía regional debe ceder ante el principio de igualdad. Esto lleva a Guastini a afirmar que "la ponderación de principios no es una operación interpretativa en sentido estricto: antes bien, pertenece al domino de la 'construcción jurídica'". En definitiva, porque "la ponderación no sirve para aplicar uno u otro principio, sino para elegir el principio aplicable".[26] Por su parte, en la doctrina alemana Robert Alexy afirma en el tema de la ponderación, que nos encontramos ante la colisión de dos principios, como es el ejemplo de un principio en que algo está prohibido y otro principio en donde lo mismo está permitido. Ejemplo de ello lo constituye la libertad de expresión del pensamiento y el derecho al honor cuando entran en conflicto. Según Alexy uno de los principios debe ceder ante el otro, lo que no significa que se declare inválido al principio que se desplaza.[27]

La Suprema Corte de Justicia en forma reiterada en su jurisprudencia ha aplicado este principio, aunque sin nombrarlo expresamente. Así, por ejemplo, al analizar una cuestión planteada sobre la obligación legal de los legisladores de declarar sus bienes

[26] Guastini, Riccardo, *op. cit*., pp. 250-254.

[27] Alexy, Robert, *op. cit*., pp. 70 y 71.

propios y de su esposa y la eventual violación del derecho a la intimidad, en la sentencia 889/2023 de 15 de setiembre de 2023, expresó lo siguiente:

> II.II) Asimismo, como se ha dicho en reiteradas ocasiones, el mencionado derecho puede sufrir restricciones dado que la Constitución de la República habilita la limitación de goce de la mayoría de los derechos por ella reconocidos -entre los que están los invocados como infringidos por el accionante- en la medida en que tal restricción sea establecida 'conforme a las leyes que se establecieren por razones de interés general' (art. 7 de la Constitución de la República).

Explicita la Suprema Corte de Justicia su criterio interpretativo de la Constitución afirmando:

> Este criterio, conforme al cual toda restricción de derechos fundamentales debe ajustarse a ciertos requisitos formales y materiales ha sido adoptado expresamente por los miembros naturales de la Suprema Corte en anterior integración, en ocasión de resolver múltiples asuntos relativos a la llamada "Ley de Medios" (en el mismo sentido, entre muchas otras, 180/2016, 221/2016, 239/2016). Como se señalara, la jerarquía constitucional de estos principios se desprende de lo dispuesto en los arts. 7 y 71 de la Constitución de la Republica.

En este caso están contrapuestos dos derechos, el derecho de la ciudadanía a tener conocimiento sobre el patrimonio y los ingresos de sus gobernantes y el derecho a la intimidad o a la privacidad de quienes ejercen cargos públicos de Gobierno, como es el caso de los senadores y de los representantes nacionales.

VII. Conclusiones

Una vez realizado el análisis del sistema que rige en el Uruguay en materia de declaración de inconstitucionalidad de las leyes, es decir de los actos legislativos con fuerza de ley, se comprueba que el sistema uruguayo es un sistema mixto adoptado por la Constitución de 1934, en la que se tuvo en cuenta los antecedentes del Tribunal de Garantías Constitucionales adoptado por la Constitución republicana española de 1931.

De allí que en Uruguay se adopta, por un lado, el sistema judicialista, siguiendo el precedente norteamericano y que fue el que adoptaron los países de América Latina luego de la independencia en el siglo XIX. Pero, por otro lado, el sistema uruguayo es un sistema concentrado, como es el ejemplo de los Tribunales y Cortes Constitucionales europeos, siguiendo el modelo kelseniano de la Constitución de Austria de 1920. La concentración del modelo uruguayo se da en la Suprema Corte de Justicia, que es el órgano jerarca del poder judicial, que tiene a su cargo la competencia originaria y exclusiva para declarar la inconstitucionalidad de los actos legislativos. Pero con una particularidad, que es que los efectos del fallo de la Suprema Corte de Justicia, solo se aplican en el caso concreto, con lo que nuevamente se produce un movimiento pendular hacia el sistema norteamericano.

En lo que se refiere a los métodos de interpretación de la Constitución, se ha visto cómo se planteó este problema en la cátedra de Derecho Constitucional, donde se produjo una división entre quienes proponían el método histórico y los que sostuvieron la utilización rigurosa del método jurídico. Finalmente, en la década de los cuarenta del siglo XX, con la notable influencia del Profesor Emérito Justino Jiménez de Aréchaga, se adoptó tanto por la doctrina como por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, el método lógico-sistemático-teleológico, en donde se toma en cuenta el texto, el contexto y la finalidad.

En virtud de la influencia de las nuevas corrientes doctrinales, influidas por el llamado neoconstitucionalismo, así como por la jurisprudencia de los Tribunales internacionales de Derechos Humanos y de los Tribunales y Cortes Constitucionales, se fue abriendo paso una nueva corriente interpretativa de la Constitución. En este sentido, nos encontramos con el llamado "bloque de constitucionalidad", una creación pretoriana del Consejo Constitucional de Francia de 1971, que rápidamente se extendió y que fue aceptada por primera vez por la Suprema Corte de Justicia uruguaya en la sentencia 365/2009, afirmando que por vía del artículo 72 de la Constitución de la República, ingresan a nuestro orden jurídico, todos los derechos consagrados por los tratados o instrumentos internacionales ratificados expresamente por nuestro país.

Finalmente, en los últimos quince años, la Suprema Corte de Justicia también ha utilizado en su jurisprudencia, los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y ponderación de los derechos, con lo que se produjo un avance importante en los métodos de interpretación y aplicación de las normas constitucionales, permitiendo una mayor protección de los derechos, libertades y garantías consagrados por la Constitución de la República.

Montevideo, 24 de abril de 2024.

Referencias

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

Atienza, Manuel, *Curso de Argumentación Jurídica,* Madrid, Trotta, 2013.

Burgoa, Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano*, México, Editorial Porrúa, 1989.

Carbonell, Miguel, "El neoconstitucionalismo en su laberinto", *Teoría del neoconstitucionalismo,* Madrid, Trotta, 2007.

Cassinelli Muñoz, Horacio, "Oposición superviniente ¿derogación o inconstitucionalidad?", *Derecho Constitucional y Administrativo*, Montevideo., Ed. La Ley Uruguay 2010.

Correa Freitas, Rubén, *Fundamentos de la Constitución,* Buenos Aires, Ed. Bdef, 2017.

Correa Freitas, Rubén, *Derecho Constitucional Contemporáneo,* Montevideo, F.C.U., 2019, t. I, núm. 92.

Favoreu, Louis *et al.*, *Droit Constitutionnel*, París, Dalloz, 2015.

Gamarra Antes, Diego, *La interpretación de la Constitución y la Ley,* Montevideo, La Ley Uruguay, 2018.

García Máynez, Eduardo, *Introducción al Derecho*, México, Porrúa, 1974.

Gómez Haedo, Juan Carlos, *Los métodos en el Derecho Público,* Montevideo, Imp. Peña Hnos., 1929.

Gros Espiell, Héctor, *Universidad y Derecho Constitucional,* Montevideo, Ed. Oficina Nacional del Servicio Civil, 1988.

Gros Espiell, Héctor, *Estudios Constitucionales*, Ed. Ingranussi Ltda., 1998.

Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar,* Buenos Aires, Valletta Ediciones, 2020.

Hernández, Antonio María, *Estudios de Federalismo Comparado*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2018.

Jiménez de Aréchaga, Justino, *La Constitución Nacional,* Montevideo, Ed. Cámara de Senadores, 1991, t. I.

Madrid Hurtado, Miguel de la, *Estudios de Derecho Constitucional*, México, Editorial Porrúa, 1986.

Risso Ferrand, Martín, *Derechos Humanos, Interpretación y aplicación,* Montevideo, F.C.U., 2022.

Steiner, Christian y Fuchs, Marie-Cristine, *Convención Americana de Derechos Humanos-Comentario*, 2a. ed., Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2019.

La justicia constitucional como instrumento colaborador de regímenes autoritarios: el caso del derecho internacional de los derechos humanos en Venezuela

***

Constitutional justice as a collaborative instrument of authoritarian regimes: the case of international human rights law in Venezuela

Margarita Escudero León

Resumen: la justicia constitucional garantiza el respeto de la Constitución, del Estado de derecho y de los derechos de los ciudadanos solo en democracias o regímenes híbridos en que el juez constitucional conserve cierta independencia. En los regímenes autoritarios, sin independencia del juez constitucional, la justicia constitucional se torna, por el contrario, en un poderoso instrumento del autoritarismo. Usamos el caso venezolano, devenido en régimen autoritario, para evidenciar, a través del ejemplo de sentencias del juez constitucional que desconocen normas constitucionales vinculadas al derecho internacional de los derechos humanos, esta grave paradoja. Ello exige centrar el foco de análisis en el estudio de mecanismos de fortalecimiento de la independencia del juez constitucional. Sin ella no hay medios de control de constitucionalidad ni sistema internacional de protección de derechos humanos que logre cumplir con los objetivos para los cuales fueron creados.

Abstract: constitutional justice guarantees respect for the Constitution, the rule of law and the rights of citizens only in democracies or hybrid regimes in which the constitutional ju-

dge retains a certain degree of independence. In authoritarian regimes, without independence of the constitutional judge, constitutional justice becomes, on the contrary, a powerful instrument of authoritarianism. We use the Venezuelan case, which became an authoritarian regime, to evidence, through the example of rulings of the constitutional judge that ignore constitutional norms linked to international human rights law, this serious paradox. This requires focusing the analysis on the study of mechanisms to strengthen the independence of the constitutional judge. Without it, there are no means of constitutional control or international system for the protection of human rights that can achieve the objectives for which they were created.

Palabras clave: justicia constitucional, régimen autoritario, derecho internacional de los derechos humanos, independencia judicial.

Key words: constitutional justice, authoritarian regime, international human rights law, judicial independence.

Sumario: I. La justicia constitucional en Estados con regímenes autoritarios. II. Violación de la jerarquía supraconstitucional de los tratados de derechos humanos. III. Violación al derecho de acceso al sistema de justicia internacional de los derechos humanos. IV. La ineficacia de la justicia constitucional en regímenes autoritarios. Referencias.

I. La justicia constitucional en Estados con regímenes autoritarios

La justicia constitucional, característica destacada del constitucionalismo de la posguerra, ideada como garante de la supremacía constitucional y del Estado de Derecho puede convertirse, paradójicamente, en uno de los instrumentos más eficientes para el debilitamiento de estos principios que está obligada a proteger. El análisis de los regímenes autoritarios, en los cuales se ha logrado controlar al juez constitucional despojándolo de su independencia, se presenta como una clara evidencia de cómo la justicia constitucional es verdaderamente garantista solo en

democracias o en regímenes híbridos que conservan cierta independencia judicial. Sin embargo, en regímenes autoritarios con escasa o nula independencia judicial la justicia constitucional es un mero instrumento del Gobierno de turno para mantenerse en el poder. Venezuela, ubicada en la actualidad en el oprobioso grupo de regímenes autoritarios de América Latina (junto con Cuba, Nicaragua y Haití), es un claro ejemplo de cómo la justicia constitucional se convierte en un arma de destrucción de lo que supuestamente pretende defender.

En Venezuela el Gobierno nacional, devenido en autoritario, ha logrado eliminar la independencia judicial, incluida la del juez constitucional.[1] La justicia constitucional, ejercida principalmente por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ha sido utilizada en múltiples ocasiones para apoyar al partido de Gobierno, no solo a través de la violación abierta del texto constitucional sino incluso modificándolo a su antojo, en caso de ser necesario. Es más, el protagonismo que desde muy pronto asumió nuestra Sala Constitucional en la defensa del Gobierno nacional ha llevado a considerar su actuación como un claro ejemplo de autoritarismo judicial, que excede incluso al mero control del poder ejecutivo.

Esta vocación de servir al gobernante y no al Estado de derecho y a la supremacía constitucional ha llevado a nuestro juez constitucional no solo a huir del orden constitucional interno, cuando es necesario para apoyar o legitimar al Gobierno nacional, sino también a huir del orden internacional que regula el sistema de derechos humanos. Esta situación es muy desalentadora. Tanto la justicia constitucional como el derecho internacional de los derechos humanos se convierten en los protagonistas responsables, después de la Segunda Guerra Mundial, del aseguramiento del Estado de derecho y de los derechos humanos de los ciudadanos precisamente ante el riesgo de nuevos regímenes autoritarios. En la práctica podemos ver que los regímenes autoritarios que logran controlar al juez constitucional no logran

[1] Así lo ha alertado reiteradamente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Véase por ejemplo, Informe Anual Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2022, pp. 789 y ss., *https://www.oas.org/es/cidh/informes/ia.asp?Year=2022*

ser limitados en sus excesos, pudiendo desconocer con bastante libertad y conforme a las necesidades del momento, la Constitución, los principios básicos del Estado de derecho, así como el derecho internacional de los derechos humanos.

En Venezuela, la justicia constitucional, captada por el Gobierno nacional, primero caracterizado como un régimen híbrido y finalmente como uno autoritario, ha servido, entre tantas otras cosas, para desconocer garantías del derecho internacional de los derechos humanos que han sido además incorporadas a nuestro ordenamiento constitucional. Hemos querido utilizar este ejemplo no solo por lo emblemático que es en lo que respecta a la forma cómo se desconoce la propia Constitución que se pretende proteger, sino porque enseña una justicia constitucional que, contrario a su esencia, ayuda a eliminar los controles sobre el ejercicio del poder, tanto los internos constitucionales, como los controles internacionales existentes en materia de derechos humanos.

Es importante recordar que Venezuela es un ejemplo paradigmático de un juez constitucional fuerte, pero al servicio del régimen autoritario y del desmantelamiento de la democracia; dispuesto al desconocimiento del texto constitucional y de las garantías de protección de los derechos de los ciudadanos.[2] Decimos esto porque a nivel de consagración de derechos y garantías constitucionales Venezuela se presenta como uno de los países más avanzados en lo que respecta a su enunciación y alcance. Además de ello contamos con un juez constitucional muy poderoso, probablemente de los más poderosos si se estudia la variedad de sus potestades bajo la óptica comparada. Esta realidad pareciera la fórmula perfecta para que los venezolanos gocen y ejerzan sus derechos de la forma más amplia visto el importante catálogo de protecciones en la materia y la robustez del juez constitucional para defender dicho ejercicio. Sin embargo, nues-

[2] Para un análisis detallado de cómo fue captado por el autoritarismo el juez constitucional venezolano y la evolución de su jurisprudencia en el desmantelamiento de la democracia, véase Casal, Jesús María, "La Sala Constitucional y el desmantelamiento de la democracia en Venezuela", *El falseamiento del Estado de derecho*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2021, pp. 395 y ss.

tro juez constitucional ha usado ese inmenso poder para debilitar toda la estructura de protección interna e internacional con la que cuentan los ciudadanos ante los desmanes del Gobierno.

Para evidenciar los resultados de este tipo de justicia constitucional, controlada por el autoritarismo, tomaremos solo dos ejemplos en materia del derecho internacional de los derechos humanos: *i)* la violación de la jerarquía supraconstitucional de los tratados relativos a derechos humanos que contengan un tratamiento más favorable al derecho que el contenido en la Constitución, y *ii)* la violación al derecho de acceso de los venezolanos al sistema de justicia internacional de los derechos humanos. Tal como veremos en seguida, estos ejemplos demuestran la debilidad del sistema de justicia constitucional ante Gobiernos autoritarios que logran anular la independencia del juez constitucional.

Considero este tema de especial importancia pues la justicia constitucional es estudiada principalmente desde su faceta de protectora de los derechos humanos y de la democracia, pero poco desde su faceta de protagonista del desmantelamiento del Estado de derecho y del desapego del texto constitucional. Veremos muy brevemente las principales sentencias a través de las cuales se ejecutaron las violaciones referidas, solo a los fines de ilustrar cómo a través de distintos medios de justicia constitucional y variados e inconsistentes argumentos el juez constitucional pretendió legitimar y proteger las actuaciones públicas que desconocían la Constitución en lo que respecta a la protección del derecho internacional de los derechos humanos.

II. Violación de la jerarquía supraconstitucional de los tratados de derechos humanos

El artículo 23 del texto constitucional venezolano señala:

> Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

Dicha norma ha sido desconocida por la Sala Constitucional venezolana cada vez que ha sido necesario para respaldar acciones del Gobierno nacional. Para ello ha desarrollado una jurisprudencia que se basa principalmente en las siguientes ideas: *i)* la Sala Constitucional es la única competente para determinar cuándo un tratado de derechos humanos prevalece en el orden interno, *ii)* los derechos e intereses colectivos siempre están por encima de los derechos e intereses individuales, por lo que si el tratado tiene un tratamiento más favorable que la Constitución a los intereses individuales, en detrimento de los colectivos, no puede prevalecer el tratado de derechos humanos sobre la Constitución. Veamos cómo ha sido el desarrollo de esta línea de argumentación.

En el 2003 se interpone una acción de nulidad por inconstitucionalidad en contra de normas contenidas en el Código Penal (conocidas como leyes de desacato). Es este caso, conocido como *Rafael Chavero*, la Sala Constitucional permite introducir nuevas limitaciones a la libertad de expresión, previstas en el texto constitucional, a pesar de ellas no estar permitidas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Dicho desconocimiento de la prevalencia del tratado, que trae normas más favorables para el ejercicio de la libertad de expresión, se ve justificado por el supuesto favorecimiento que hace la Constitución de los derechos humanos colectivos. Señala la Sala:

> [E]l artículo 23 constitucional es claro: la jerarquía constitucional de los Tratados, Pactos y Convenios se refiere a sus normas, las cuales, al integrarse a la Constitución vigente, el único capaz de interpretarlas, con miras al Derecho Venezolano, es el juez constitucional, conforme al artículo 335 de la vigente Constitución, en especial, al intérprete nato de la Constitución de 1999, y, que es la Sala Constitucional, y así se declara.
>
> [...]
>
> Sin embargo, las prohibiciones del artículo 57 constitucional son en parte distintas de aquellas que el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos contempla, las cuales nunca pueden ser objeto de censura anterior a su difusión o comunicación, pero que sí generan responsabilidades (de acuerdo con lo que establece la ley) a quien las exprese en cualquier forma. [...]

> Resultan de aplicación preferente, ya que garantizan mayor protección a los derechos humanos de la colectividad, las prohibiciones, y los efectos que ellas producen, contempladas en el artículo 57 constitucional, sobre las que, a su vez, establece el artículo 13.2 del "Pacto de San José", por lo que la propaganda de guerra, los mensajes discriminatorios y los que promuevan la intolerancia religiosa, además de la responsabilidad personal de quienes los emitan, podrán ser censurados previamente si la Ley lo señala.
>
> El artículo 13.2 aludido, consideró a la propaganda de guerra y a los mensajes discriminatorios o promotores de la intolerancia religiosa, sólo como generadores de responsabilidad, pero no sujetos a censura previa. La Sala considera, que los bienes jurídicos tutelados por la Constitución favorecen más a los derechos humanos colectivos y, por ello, el artículo 57 constitucional es de aplicación preferente al ser desarrollado por la ley.[3]

Esta supuesta prevalencia de los derechos o intereses colectivos protegidos por la Constitución venezolana sobre los derechos e intereses individuales protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos es desarrollada con más detalle por la Sala Constitucional en sentencia del 2008, caso *Ziomara Lucena*. Se trataba de una acción de nulidad por inconstitucionalidad en contra de un acto de inhabilitación política y sanción emanado de la Contraloría General de la República. Señala sobre el particular:

> La Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José el 22/11/69 y ratificada por nuestro país el 09/08/1977, es una declaración de principios, derechos y deberes de corte clásico que da preeminencia a los derechos individuales, civiles y políticos dentro de un régimen de democracia formal. Obviamente, como tal, es un texto que contiene una enumeración de libertades de corte liberal que son valiosas para garantizar un régimen que se oponga a las dictaduras que han azotado nuestros países iberoamericanos desde su independencia.
>
> Ahora bien, en ella no hay norma alguna sobre derechos sociales (solo hay una declaración de principios acerca de su desarrollo

[3] Sentencia del 15 de julio de 2003, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, caso *Rafael Chavero*, *www.tsj.gob.ve*

progresivo en el artículo 26), ni tampoco tiene previsión sobre un modelo distinto al demócrata liberal, como lo es la democracia participativa, ni contempla un tipo de Estado que, en lugar de construir sus instituciones en torno al individuo, privilegie la sociedad en su conjunto, dando lugar a un Estado social de derecho y de justicia.

[...]

Estas previsiones contenidas en los artículos 30 y 32.2 de la Convención adquieren particular importancia cuando estamos en presencia, en el caso de Venezuela, de un ordenamiento constitucional que, sin duda, privilegia los intereses colectivos sobre los particulares o individuales, al haber cambiado el modelo de Estado liberal por un Estado social de derecho y de justicia.

En tal sentido, en el supuesto negado de que exista una antinomia entre el artículo 23.2 y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la prevalencia del tratado internacional no es absoluta ni automática. En efecto, el artículo 23 constitucional exige para la aplicación preferente del tratado, pacto o convención relativos a derechos humanos, que éstos contengan normas más favorables a las de la Constitución.

[...]

En concreto, es inadmisible la pretensión de aplicación absoluta y descontextualizada, con carácter suprahistórico, de una norma integrante de una Convención Internacional contra la prevención, investigación y sanción de hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa (artículo 271 constitucional) y las atribuciones expresamente atribuidas por el Constituyente a la Contraloría General de la República [...]. En tal sentido, deben prevalecer las normas constitucionales que privilegian el interés general y el bien común, debiendo aplicarse las disposiciones que privilegian los intereses colectivos involucrados en la lucha contra la corrupción sobre los intereses particulares de los involucrados en los ilícitos administrativos; y así se decide.[4]

Por último, en 2011, en el caso conocido como *Leopoldo López* la Sala Constitucional reitera la supuesta prevalencia de las normas constitucionales que privilegian el "interés general y

[4] Sentencia del 5 de agosto de 2008, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, caso *Ziomara Lucena*, *www.tsj.gob.ve*

el bien común". Se trató de una acción de control innominado de constitucionalidad interpuesta en contra de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ordenaba la habilitación al ciudadano Leopoldo López para ejercer cargos públicos. La Sala Constitucional sobre el tema señala:

> 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 (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.[5]

En todos estos casos, la referida argumentación ha sido utilizada para proteger decisiones o situaciones favorables al Gobierno en desmedro de los derechos de los ciudadanos. Con ese fin la Sala se ha arrogado la competencia exclusiva y excluyente de determinar cuándo un tratado está por encima de la Constitución. Para ello, además, la Sala ha violentado el posible carácter supraconstitucional de los tratados internacionales de derechos humanos, regulado en el artículo 23 constitucional, desconociendo la necesaria ponderación que debe hacerse en cada caso entre los derechos e intereses en juego. Pretende, de forma abstracta, otorgarles constante superioridad a unos derechos sobre otros. Más allá de si el tratado solo protege derechos individuales y la Constitución derechos colectivos, lo cual rechazamos, con esta

[5] Sentencia del 17 de octubre de 2011, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, caso *Leopoldo López*, *www.tsj.gob.ve*

argumentación del juez constitucional los derechos colectivos necesariamente deben privilegiarse sobre los individuales, sin ninguna base constitucional que sustente esta supuesta jerarquía.

III. Violación al derecho de acceso al sistema de justicia internacional de los derechos humanos

La Constitución venezolana establece en su artículo 31 el derecho de toda persona a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos, en los términos de los tratados sobre derechos humanos ratificados por la República. Asimismo, la norma señala que el Estado adoptará las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los referidos órganos internacionales, conforme a los procedimientos establecidos en la Constitución y en la ley.

Vemos pues que la obligación del Estado venezolano de cumplir con las decisiones dictadas por los órganos internacionales sobre derechos humanos, no es solo una obligación que se desprende de la soberana decisión del Estado de suscribir, por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que habilita el sistema de peticiones ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino que en nuestro caso se está ante una clara obligación constitucional.[6] Dicha obligación es determinante para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva internacional y para que el sistema internacional de derechos humanos pueda cumplir con su razón de ser.

En el caso venezolano la Sala Constitucional ha desconocido el artículo 31 constitucional al someter las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a un control de cons-

[6] Sobre la obligación de ejecución de las sentencias internacionales de derechos humanos, véase el completo análisis de Ayala Corao, Carlos, "El incumplimiento de las sentencias internacionales: de las excepciones, al Estado autárquico y las tendencias autoritarias" en *VI Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional & IV Congreso de Derecho Administrativo*, Caracas, Universidad Monteávila, 2016, pp. 153 y ss.

titucionalidad ejercido por ella, decidiendo reiteradamente que dichos fallos son inconstitucionales e inejecutables. Revisemos brevemente el contenido de dichos fallos.

En 2003, en el ya mencionado caso *Rafael Chavero*, la Sala Constitucional se asigna la competencia de revisar la constitucionalidad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el marco de la ejecución de dichos fallos.

> 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, éstos 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.
>
> [...]
>
> Mientras existan estados soberanos, sujetos a Constituciones que les crean el marco jurídico dentro de sus límites territoriales y donde los órganos de administración de justicia ejercen la función jurisdiccional dentro de ese Estado, las sentencias de la justicia supranacional o transnacional para ser ejecutadas dentro del Estado, tendrán que adaptarse a su Constitución. Pretender en el país lo contrario sería que Venezuela renunciara a la soberanía.[7]

La revisión de la constitucionalidad de las sentencias de los organismos internacionales la sustentan en una idea de soberanía

[7] Sentencia del 15 de julio de 2003... *cit*.

absoluta que olvida que los compromisos adquiridos en los tratados sobre derechos humanos han sido precisamente adquiridos en el ejercicio de dicha soberanía.[8] Más adelante, en 2008 da un paso más hacia la huida del orden constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos. Ante una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en que se ordenaba la reincorporación a sus cargos de exmagistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, la Sala conoce a través de un recurso de interpretación constitucional del alcance de la ejecución de dicha sentencia. La Sala Constitucional ejerce el control de constitucionalidad de la sentencia de la Corte, declarándola inconstitucional, inejecutable y exhortando a la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los siguientes términos:

> En este caso, estima la Sala que la ejecución de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 5 de agosto de 2008, afectaría principios y valores esenciales del orden constitucional de la República Bolivariana de Venezuela y pudiera conllevar a un caos institucional en el marco del sistema de justicia, al pretender modificar la autonomía del Poder Judicial constitucionalmente previsto y el sistema disciplinario instaurado legislativamente, así como también pretende la reincorporación de los hoy ex jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo por supuesta parcialidad de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Poder Judicial, cuando la misma ha actuado durante varios años en miles de casos, procurando la depuración del Poder Judicial en el marco de la actividad disciplinaria de los jueces.
>
> [...]
>
> 2) Con fundamento en el principio de colaboración de poderes (artículo 136 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se solicita al Ejecutivo Nacional proceda a denunciar este Tratado o Convención, ante la evidente usurpación de funciones en que ha incurrido

[8] El Artículo 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita y ratificada por Venezuela, señala que los Estados Parte de la Convención se comprometen a cumplir las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en todo caso en que sean partes.

> la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, con el fallo objeto de la presente decisión.[9]

En el 2011, en el ya mencionado caso de *Leopoldo López*, la Sala nuevamente realiza un control de constitucionalidad e incluso señala que está realizando un control de convencionalidad de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se trataba, recordamos, de la inhabilitación política del referido ciudadano realizada en vía administrativa, y no judicial, por parte de la Contraloría General de la República. La Sala en este caso hace uso del argumento de que la sentencia viola convenciones suscritas por Venezuela en materia de corrupción, declarando nuevamente el fallo de la Corte inconstitucional e inejecutable. En este sentido señala:

> [Se trata] de aplicar un estándar mínimo de adecuación del fallo al orden constitucional interno, lo cual ha sucedido en otros casos y ejercer un "control de convencionalidad" respecto de normas consagradas en otros tratados internacionales válidamente ratificados por Venezuela, que no fueron analizados por la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 1 de septiembre de 2011, como lo son las consagradas en la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, lo que ha obligado a esta Sala a ponderar un conjunto de derechos situados en el mismo plano constitucional y concluir en que debe prevalecer la lucha contra la corrupción como mecanismo de respeto de la ética en el ejercicio de cargos públicos, enmarcada en los valores esenciales de un Estado democrático, social, de derecho y de justicia. Ese mecanismo de "control de convencionalidad" ha sido señalado por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el voto contenido en la sentencia del 24 de noviembre de 2004, caso: Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, donde tal función se despliega "*en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del corpus juris convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado*", entre los que se encuentran las Convenciones contra la corrupción, ratificadas por Venezuela, por lo que no puede ejercerse una interpretación aislada y exclusiva de la Convención Americana de Derechos Humanos sin

[9] Sentencia del 18 de diciembre de 2008, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, caso *Ana María Ruggieri y otros*, *www.tsj.gob.ve*

> que con ello se desconozca el "*corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*", a los que aluden también las Opiniones Consultivas de la CIDH Nº OC-16/99 y Nº OC-17/2002.[10]

Por último, en el 2015, la Sala Constitucional conoce nuevamente de una acción de control de constitucionalidad de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, relacionada con la negativa gubernamental a prorrogar la concesión de televisión al medio audiovisual denominado RCTV, con línea editorial crítica al Gobierno. En este caso la Sala incluso entra a analizar y rechazar la motivación utilizada por la Corte, negando la posibilidad de protección de personas jurídicas ante las instancias internacionales de derechos humanos, además de considerar que no se agotaron los recursos internos que legitiman el acceso a la justicia internacional. Con ocasión de dicha argumentación entra incluso a señalar que ejerce un control de convencionalidad porque la sentencia viola la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos por los argumentos señalados. Señala, sobre la inejecutabilidad del fallo, lo siguiente:

> Este fallo, asimismo, expone al mundo el empleo indiscriminado y parcializado de las herramientas con que fue dotado un sistema que en teoría fue instalado para la protección de los derechos humanos, pero que en la práctica pareciera perseguir el objetivo de proporcionar cautelas y protecciones a intereses económicos espurios, alejados de las nociones del Estado social que hoy día se imponen en buena parte del concierto de naciones.
>
> Sobre la base de las consideraciones expuestas, es deber de esta Sala declarar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó la decisión de fecha 22 de junio de 2015, sometida al presente control de constitucionalidad, en franca violación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a otros instrumentos internacionales sobre la materia y a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; por tanto, que es inejecutable el fallo dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 22 de junio de 2015, en el caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela, por constituir una grave afrenta a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y al propio sistema de protección internacional de los derechos humanos.

[10] Sentencia del 17 de octubre de 2011..., *cit*.

> Se sugiere al Ejecutivo Nacional, a quien corresponde dirigir las relaciones y política exterior de la República Bolivariana de Venezuela, a tenor de lo dispuesto en el artículo 236, numeral 4, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como al órgano asesor solicitante de conformidad con el artículo 247 *eiusdem* para que evalúen la posibilidad de remitir a la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, copia de este pronunciamiento con el objeto de que ese órgano analice la presunta desviación de poder de los jueces integrantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.[11]

Es necesario recordar que Venezuela denuncia la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 10 de septiembre de 2012 ante la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos. En todo caso, dicha denuncia se presenta como inconstitucional visto que los tratados de derechos humanos suscritos y ratificados por Venezuela, de acuerdo con el artículo 23 constitucional, como es el caso de dicha Convención, son de rango constitucional por lo que el Ejecutivo Nacional no tendría competencia para dejarlos sin efecto.[12]

Si los Estados pueden desconocer las sentencias y decisiones de los organismos internacionales de derechos humanos será ineficaz la protección internacional de los derechos humanos de los ciudadanos. El particular que no consigue justicia dentro de su Estado accede al sistema internacional para obtenerla y si la protección internacional acordada puede ser desconocida por el propio Estado, que no lo protegió en primera instancia, la tutela judicial internacional está herida de muerte. El resultado en Venezuela: se ha tornado ilusorio el derecho de petición ante órganos internacionales, en amparo de los derechos humanos de los ciudadanos, con la consecuente violación de la tutela judicial efectiva y del principio de progresividad que debe inspirar la regulación en materia de derechos humanos (art. 19 constitucional). La Sala así violenta de forma abierta el artículo 31 constitucional que consagra el derecho a dirigir peticiones ante órganos

---

11 Sentencia del 10 de septiembre de 2015, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, caso *RCTV*, *www.tsj.gob.ve*

12 La Convención Americana sobre Derechos Humanos es incluso expresamente citada en nuestra Constitución en su artículo 339.

internacionales de derechos humanos y lograr el cumplimiento de las decisiones emanadas de ellos.

IV. La ineficacia de la justicia constitucional en regímenes autoritarios

Hemos visto cómo las sentencias anteriores, de huida del ordenamiento constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, evidencian los peligros de la justicia constitucional en regímenes autoritarios. Venezuela es solo un ejemplo más de esta situación.[13]

Si bien los regímenes autoritarios intentan controlar a las distintas ramas del poder público para concentrar el poder en la rama ejecutiva, el control de la rama judicial y más concretamente del juez constitucional es de singular importancia. Recordemos que, de acuerdo con el sistema constitucional imperante en el mundo occidental, el principal y último garante del texto constitucional es precisamente el juez constitucional quien tiene en su poder la capacidad de determinar qué es constitucional o no y de anular o aprobar, de forma definitiva, cualquier conducta realizada en ejercicio del poder público.

Así, en regímenes autoritarios sin juez constitucional independiente, los medios de justicia constitucional son utilizados más como instrumento para el mantenimiento del Gobierno autoritario que como salvaguarda de la Constitución y los derechos fundamentales de los ciudadanos. En consecuencia, los Gobiernos autoritarios, que son en los que los ciudadanos requieren más protección ante la violación de los principios democráticos y derechos constitucionales, utilizan la justicia constitucional como uno de los principales instrumentos de fortalecimiento de su poder. Es decir, en las circunstancias en donde los medios de

[13] Ver ejemplos comparados de este fenómeno del autoritarismo judicial constitucional en Urosa Maggi, Daniela, "El rol de las Cortes Constitucionales en democracias iliberales: de guardianes de la supremacía constitucional a soporte fundamental del autoritarismo", *Estudios Constitucionales y Parlamentarios Anuario 2018-2020*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2021, pp. 39 y ss.

control de constitucionalidad son más necesarios para cumplir con su razón de ser, se convierten contrariamente en mecanismos eficientes de violación del texto constitucional a través de los cuales no se anulan las conductas públicas inconstitucionales, sino que se las barniza de constitucionalidad a través de las sentencias dictadas por el juez constitucional.

Es por lo anterior que considero fundamental, para que la justicia constitucional cumpla con su finalidad en aquellos lugares donde es más necesaria, enfocar el estudio en cómo evitar la pérdida de autonomía del juez constitucional. Sin duda, ello requiere variados elementos. Creo necesario para disminuir el riesgo de captura del juez constitucional por parte de Gobiernos con vocación autoritaria el fortalecimiento de valores ciudadanos, la construcción de instituciones fuertes, el perfeccionamiento de los mecanismos de elección y estabilidad del juez constitucional que fortalezcan su independencia, ética e idoneidad, entre otras. Este es un tema que es necesario abordar desde el punto de vista académico de forma constante.

La justicia constitucional y el sistema internacional de protección de derechos humanos han conseguido un notable protagonismo después de la Segunda Guerra Mundial por considerarse como novedosos mecanismos que pueden evitar las atrocidades de los gobiernos autoritarios. La realidad actual y el caso venezolano en particular nos enseña que el sistema internacional de protección de derechos humanos se debilita enormemente o se hace del todo ineficiente ante jueces constitucionales aliados de los Gobiernos autoritarios. Asimismo, los medios de control de constitucionalidad, garantes de la democracia y el Estado de derecho, son abusados por estos jueces constitucionales, haciendo nugatoria la protección de los ciudadanos, a lo interno, ante los desmanes autoritarios. Todo ello nos lleva, repito, a entender la importancia central de los mecanismos de fortalecimiento de la independencia del juez constitucional. Sin ella no hay medios de control de constitucionalidad ni sistema internacional de protección de derechos humanos que logre proteger a los ciudadanos de las consecuencias del autoritarismo.

Referencias

Ayala Corao, Carlos, "El incumplimiento de las sentencias internacionales: de las excepciones, al Estado autárquico y las tendencias autoritarias" en *VI Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional & IV Congreso de Derecho Administrativo*, Caracas, Universidad Monteávila.

Casal, Jesús María, "La Sala Constitucional y el desmantelamiento de la democracia en Venezuela", *El falseamiento del Estado de derecho*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2021.

Urosa Maggi, Daniela, "El rol de las Cortes Constitucionales en democracias iliberales: de guardianes de la supremacía constitucional a soporte fundamental del autoritarismo", *Estudios Constitucionales y Parlamentarios Anuario 2018-2020*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2021.

Garantías constitucionales en contra de actos de autoridad en Guatemala. Medios de control constitucional

***

Constitutional guarantees against authority acts in Guatemala. Means of constitutional control

*Allan Amilkar Estrada Morales**

Resumen: dentro del tema de justicia constitucional, a desarrollarse en el Congreso, en el presente trabajo se abordan las garantías constitucionales que en Guatemala sirven como medios procesales para ejercer el control constitucional sobre actos realizados por autoridades. La fuente legal del contenido del trabajo es la Constitución Política de la República de Guatemala promulgada en el año 1985 y la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, vigente desde 1986. Las garantías constitucionales que se abordan son: la exhibición personal y el amparo. La estructura del trabajo presenta, una definición, el origen de la garantía, los requisitos para su admisibilidad y los casos de procedencia, y principalmente los efectos jurídicos que provoca su otorgamiento. La investigación busca presentar en forma general, la forma en la que en Guatemala se desarrollan los medios de control constitucional frente a actos emanados de autoridad.

* Profesor Universitario. Abogado y Notario. Maestro en Derecho Constitucional, *mscestradamorales@gmail.com*

Abstract: within the topic of constitutional justice, to be developed in Congress, this work addresses the constitutional guarantees that in Guatemala serve as procedural means to exercise constitutional control over acts carried out by authorities. The legal source of the content of the work is the Political Constitution of the Republic of Guatemala enacted in 1985 and the Law of Amparo, Personal Exhibition and Constitutionality, in force since 1986. The constitutional guarantees addressed are personal exhibition and protection. The structure of the work presents a definition, the origin of the guarantee, the requirements for its admissibility and the cases of origin, and mainly the legal effects caused by its granting. The research seeks to present in a general way, the way in which in Guatemala the means of constitutional control are developed against acts emanating from authority.

Palabras clave: garantías constitucionales, medios de control constitucional, Guatemala.

Keywords: constitutional guarantee, means of constitutional control, Guatemala.

Sumario: I. Introducción, garantías constitucionales. II. Exhibición personal. III. Amparo. IV. Conclusiones. Referencias.

I. Introducción, garantías constitucionales

A mediados del siglo xx, se dieron cambios significativos en los sistemas jurídicos constitucionales, principalmente con la implementación de Tribunales Constitucionales, que fueron diseñados para defender el contenido de las Constituciones, y garantizar que el poder público no violentara el principio de supremacía constitucional.[1]

Guatemala no fue la excepción, y en el año 1965, con la implementación de la Constitución, se creó a la Corte de Consti-

[1] Cordón Aguilar, Julio, *El Tribunal Constitucional de Guatemala*, Guatemala, Talleres, 2009, p. 47.

tucionalidad,[2] el primer tribunal constitucional especializado de jurisdicción privativa del continente con facultades de contralor de la constitucionalidad de las leyes. Con este avance, la nación se planteó la necesidad de mejorar sus mecanismos procesales, a fin de garantizar de mejor forma las instituciones y los derechos que el texto constitucional establecía.

Después de un golpe de Estado llevado a cabo en 1982, la Constitución de 1965 quedó sin vigencia, y hubo necesidad de convocar a una nueva Asamblea Nacional Constituyente, para redactar un nuevo texto.

Con el apoyo del Ilustre Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, se generó un proyecto de constitución que rompió la tradición de incluir en el texto constitucional únicamente derechos fundamentales y la organización del Estado, y se promovió la implementación de un bloque especializado que abordara las garantías constitucionales, como medios procesales para proteger la Constitución desde la perspectiva formal y material, y las instituciones que en atención a las garantías constitucionales, velaran por la defensa del orden constitucional.

La Constitución de Guatemala decretada en 1985 se concibe doctrinariamente,[3] en tres partes: la parte dogmática, en donde se encuentra configurados los derechos humanos de los habitantes; la parte orgánica, que determina la estructura y organización de las instituciones que componen al Estado, y la parte práctica, que es donde se establecen las garantías constitucionales y defensa del orden constitucional.

Es en esta última parte donde la Constitución de Guatemala, decretada en 1985, determinó los mecanismos para el control constitucional de los actos del Estado, a través de la exhibición personal y el amparo; y de las leyes, reglamentos y disposiciones, a través de la inconstitucionalidad en dos modalidades.

A continuación, se desarrollan las garantías constitucionales que en Guatemala buscan realizar un control constitucional so-

---

2 Constitución Política de la República de Guatemala de 1965, art. 262, *42728.pdf (oj.gob.gt)*

3 Pereira-Orozco, Alberto y Richter, Marcelo, *Derecho Constitucional*, 6a. ed, Guatemala, Ediciones de Pereira, 2011, p.166.

bre los actos que pueden en determinado momento estar en contra de la Constitución nacional.

II. Exhibición personal

La exhibición personal es una garantía constitucional, desarrollada en la Constitución, para proteger el derecho de la libertad personal y el derecho a la dignidad de la persona. Este mecanismo procesal representa una herramienta sencilla y rápida, para garantizar que las personas individuales no sean detenidas arbitrariamente. Además, la exhibición personal en Guatemala presenta una modalidad especial, distinta al *habeas corpus*, y es que por medio de esta se permite garantizar que una persona que se encuentra sufriendo vejámenes, tenga una protección de su dignidad, y permite que el juez ordene que cesen los vejámenes de forma inmediata.

La Ley de Amparo Exhibición Personal y de Constitucionalidad (en adelante Ley de Amparo), determina que la exhibición personal, puede ser promovida por cualquier persona sin necesidad de representación alguna,[4] y los medios de promoción son libres, puede ser en forma verbal o escrita, y no debe llenar formalidad alguna. El planteamiento puede realizarse ante cualquier tribunal con jurisdicción de la República y su trámite es sumario, tras el planteamiento de la garantía constitucional, el Juez ante quien se ha promovido, debe inmediatamente emitir un auto en el que se establezca:

> a) Quién ordenó la detención o vejación y quién la ejecutó, indicando la fecha y circunstancias del hecho; b) Si el detenido ha estado bajo la inmediata custodia del informante o si la ha transferido a otro, en cuyo caso expresará el nombre de este, así como el lugar, tiempo y motivo de la transferencia; y c) La orden que motivó la detención.[5]

[4] Ley de Amparo Exhibición Personal y de Constitucionalidad de 1986, art. 85, *https://pdba.georgetown.edu/Parties/Guate/Leyes/Decreto1-86.pdf*

[5] *Ibidem*, art. 86.

La práctica de la diligencia se deberá realizar en un plazo que no exceda las veinticuatro horas a partir del momento del planteamiento de la acción constitucional. De esa cuenta, la acción procesal es una herramienta sencilla para tutelar el derecho de libertad personal y de la dignidad humana, cumpliendo con el estándar internacional establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su artículo 7 numeral seis establece:

> 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que este decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.[6]

En el desarrollo de la diligencia, el juez se apersona al lugar donde se presume se encuentra la persona detenida o que está sufriendo vejámenes. La ley faculta para que el juez que recibió la denuncia, delegue la práctica de la diligencia a un juez que ejecute la misma, si la persona se encuentra fuera de su jurisdicción, deberá comisionar a la autoridad que se encuentre más inmediata al lugar donde presuntamente se encuentra el detenido.[7]

La práctica de la diligencia es presidida por el juez ejecutor, quien, al apersonarse al lugar, puede auxiliarse de cualquier funcionario que garantice que la diligencia cumpla su cometido.

Como se ha relacionado, el objeto de la exhibición personal es determinar en primer lugar la legalidad de la detención, y posteriormente determinar la condición física en la que se encuentra. Como se establece en los requisitos del auto inicial, el juez debe requerir a la autoridad o persona que esté custodiando al

---

[6] Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 7, *https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf*

[7] Ley de Amparo..., *cit*., art. 90.

detenido, la justificación de la detención. Esto obviamente dependerá de que la persona sea hallada. Si esta situación no se da, el juez está obligado a buscar a la persona en todos los lugares.

El juez ejecutor goza de todas las prerrogativas para garantizar el éxito de la diligencia, empezando con la capacidad para ordenar la detención de las personas que impida la práctica de la diligencia o desobedezcan las órdenes dictadas por el juez.

Una vez exhibida la persona frente al juez, este debe indagar sobre los motivos de la detención y si esta es legal o no. La valoración sobre la arbitrariedad o legalidad de la detención se realiza en base a los parámetros que la Constitución de la República de Guatemala establece en el artículo sexto, el cual indica:

> Artículo 6o. Detención legal. Ninguna persona puede ser detenida o presa, sino por causa de delito o falta y en virtud de orden librada con apego a la ley por autoridad judicial competente. Se exceptúan los casos de flagrante delito o falta. Los detenidos deberán ser puestos a disposición de la autoridad judicial competente en un plazo que no exceda de seis horas, y no podrán quedar sujetos a ninguna otra autoridad. El funcionario o agente de la autoridad que infrinja lo dispuesto en este artículo será sancionado conforme a la ley, y los tribunales, de oficio, iniciarán el proceso correspondiente.[8]

En caso de ser legal la detención, el juez lo hará constar en el acta que debe redactar, en donde indique lo acontecido en la práctica de la diligencia. En caso de ser ilegal la detención, la persona deberá ser puesta inmediatamente en libertad, por orden del juez ejecutor, debiendo hacer de conocimiento esta situación dentro del acta correspondiente.

Dentro del supuesto que la detención sea legal, durante la práctica de la exhibición personal, el juez ejecutor puede evaluar, si la persona se encuentra sufriendo vejámenes. Es claro que, si la detención fuera ilegal y la persona estuviere sufriendo vejámenes, será suficiente para garantizar los derechos de la persona, que la misma quede en libertad para que cesen los mismos, sin menoscabo de las implicaciones que el juez estime dictar en

[8] Constitución Política de la República..., *cit*., art. 6.

contra de la persona o personas que mantuvieren en detención irregular a la persona.

La legislación guatemalteca, permite que la garantía sea promovida para garantizar la dignidad de la persona, en el sentido de que si a pesar de ser legal la detención, la persona se encuentra sufriendo vejámenes, el juez ejecutor debe pronunciarse al respecto, ordenando que los mismos cesen y garantizando que el agraviado no vuelva a sufrirlos.

El término vejámenes abarca una variedad de aspectos que pudieran constituir una vejación a la dignidad humana, el artículo 19 de la Constitución Política de la República determina algunas situaciones que podrían hacer viable el planteamiento y el otorgar una exhibición personal, tales como:

> Artículo 19. Sistema penitenciario. El sistema penitenciario debe tender a la readaptación social y a la reeducación de los reclusos y cumplir en el tratamiento de los mismos, con las siguientes normas mínimas: a) Deben ser tratados como seres humanos; no deben ser discriminados por motivo alguno, ni podrá infligírseles tratos crueles, torturas físicas, morales, psíquicas, coacciones o molestias, trabajos incompatibles con su estado físico, acciones denigrantes a su dignidad, o hacerles víctimas de exacciones, ni ser sometidos a experimentos científicos; b) Deben cumplir las penas en los lugares destinados para el efecto. Los centros penales son de carácter civil y con personal especializado; y c) Tienen derecho a comunicarse, cuando lo soliciten, con sus familiares, abogado defensor, asistente religioso o médico, y en su caso, con el representante diplomático o consular de su nacionalidad. La infracción de cualquiera de las normas establecidas en este artículo, da derecho al detenido a reclamar del Estado la indemnización por los daños ocasionados y la Corte Suprema de Justicia ordenará su protección inmediata. El Estado deberá crear y fomentar las condiciones para el exacto cumplimiento de lo preceptuado en este artículo.[9]

Como conclusión vale la pena señalar que esta garantía constitucional es muy amplia y permite una reacción rápida y sencilla ante una detención ilegal, lo que propicia que el garantizar la libertad personal y la dignidad pueda ser revisado de forma pronta

[9] Constitución Política de la República..., *cit*., art. 19.

por un Juez, quien tendrá la facultad de decretar la libertad si la detención fuere arbitraria, o en su caso que los vejámenes cesen.

Es atribución del juez ejecutor, dar cuenta al juez competente para resolver la exhibición personal, de lo acontecido en la práctica de la diligencia, y de las decisiones tomadas en beneficio de los derechos del agraviado, debiendo remitir el expediente por el medio más expedito, con el fin de que, en un plazo de tres días de recibido el expediente, el Juzgado competente resuelva la exhibición personal, declarando *con lugar o sin lugar* la misma. En caso fuere declarada con lugar, el juez deberá realizar las consideraciones necesarias para sancionar penal, civil o administrativamente a los responsables, y garantizar los derechos del detenido. En caso fuere declarada sin lugar, el juez deberá establecer si la persona fue exhibida o no. En caso de haber sido exhibida y esta estuviere detenida legalmente y sin sufrir vejamen alguno, el juez archivará el caso. Si, por el contrario, la persona no fue exhibida, se puede iniciar el procedimiento especial de averiguación,[10] el cual incumbe a la Corte Suprema de Justicia, dirigirlo y al Ministerio Público y al Procurador de los Derechos Humanos, el darle seguimiento, a fin de establecer el paradero de la persona.

La efectividad de la exhibición personal en Guatemala ha tenido una evolución en beneficio de las personas, pero a raíz del conflicto armado interno que se vivió de 1960 a 1996, en sus inicios esta garantía no era respetada e inclusive era tratada con miedo por parte de los jueces, por el cúmulo de desapariciones forzosas que inclusive fueron llevadas a la Corte Interamericana de Derechos Humanos[11] por la ineficacia de la exhibición personal.

---

[10] El procedimiento se establece en los artículos del 467 al 473 del Código Procesal Penal, vigente a partir del año 1994.

[11] Esto queda demostrado en casos como: Corte IDH. *Caso Edgar García y Familiares vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2012. Serie C, núm. 190, párr. 143; *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C, núm. 190, párr. 26. Ambos con sentencias de fondo emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los que evidenció la ineficacia de la *exhibición personal* durante el conflicto armado interno en Guatemala, en donde hubo necesidad de acudir al sistema internacional para buscar la tutela que no se encontró dentro del Estado.

Es de señalar que hoy día esta garantía constitucional, es más efectiva, y más utilizada, debido al sistema que impera en Guatemala, incluso, existen dos medidas que se le asemejan, pero que son más eficientes, la alerta Alba Keneth y la alerta Isabel Claudina, la primera es cuando desaparece un niño y la segunda cuando desaparece una mujer. Con ello el Estado ha creado mecanismos que buscan garantizar los derechos humanos de los habitantes de la libertad personal y de la dignidad humana.

III. Amparo

El amparo es una garantía constitucional que posee el sistema jurídico de Guatemala, un alcance ilimitado para la protección de derechos, este alcance tiene su respaldo en la Constitución en el artículo 265, la cual establece:

> Artículo 265. Procedencia del amparo. Se instituye el amparo con el fin de proteger a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o para restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido. No hay ámbito que no sea susceptible de amparo, y procederá siempre que los actos, resoluciones disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitos una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan.[12]

Desde la perspectiva funcional, el amparo representa el medio de control constitucional más importante en relación con los actos que un funcionario pueda ejercer, como puede establecerse de la lectura del artículo antes citado, la tutela se encuentra a favor de cualquier derecho que encuentre un asidero en el sistema legal de Guatemala.

En el intento de describir la forma en la que esta garantía opera en Guatemala, habrá que indicar algunos elementos que devienen del texto del artículo 265 constitucional.

En primer lugar, esta garantía la puede promover cualquier persona, es decir puede ser una persona individual o una perso-

[12] Constitución Política de la República..., *cit*., art. 265.

na jurídica, no existe una limitación sobre la legitimación activa que se pretenda ejercer, salvo que existe un principio que desde su creación la Corte de Constitucionalidad ha sostenido de forma general (con algunas excepciones que más adelante se harán ver) que consiste en el agravio personal y directo, con lo que el postulante de la acción constitucional debe ser exclusivamente quien pretende que se le garanticen sus derechos. De esa cuenta los efectos del amparo son únicamente en relación a los intereses y derechos de la persona solicitante. Al promotor de la acción se le denomina "amparista".

Tomando en cuenta la relevancia que tiene la promoción de la acción constitucional, debido a que los Tribunales constitucionales no pueden actuar de oficio, en la Ley de Amparo, se estableció en el artículo 25 la posibilidad que el Ministerio Público y el Procurador de los Derechos Humanos, puedan promover acciones constitucionales, a efecto de proteger los intereses que les han sido encomendados, denominados intereses difusos. Así mismo el artículo 26, permite el planteamiento verbal del amparo, cuando el amparista sea una persona notoriamente pobre, un menor, un incapacitado, conminando a que sea el Procurador de los Derechos Humanos, quien otorgue el auxilio profesional al amparista, para la continuidad del amparo.

En segundo lugar, la legitimación pasiva es amplia, ya que cuando el artículo 265 señala que el amparo puede promoverse en contra de actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad, el constituyente le otorgó al amparo la posibilidad de promover esta acción en contra de cualquier entidad que ejerza autoridad, sin que ello signifique que tenga que ser un funcionario o empleado público. El artículo 10 de la Ley de Amparo, establece:

> Artículo 10.- Procedencia del amparo. La procedencia del amparo se extiende a toda situación que sea susceptible de un riesgo, una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes de la República de Guatemala reconocen, ya sea que dicha situación provenga de personas y entidades de derecho público o entidades de derecho privado.[13]

[13] Ley de Amparo..., *cit*., art. 10.

De esa cuenta, se rompió una tradición constitucional que data de 1927, en donde se determinó que el amparo se debía promover únicamente en contra de funcionarios públicos. A partir de la implementación de la Ley de Amparo, en 1986, han sido numerosos los casos donde la autoridad impugnada es una entidad de derecho privado, y con ello resulta ilimitado en contra de quien se puede promover el Amparo. La jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad ha denominado al sujeto pasivo, como la "autoridad impugnada".

El sujeto pasivo dentro de un amparo es quien ha emitido el acto en contra del cual se promueve la acción constitucional. Este acto, se le denomina "acto reclamado". La naturaleza de este acto es en un principio, que debe ser emitido por una autoridad que sus efectos provoquen una amenaza, una restricción o una violación a los derechos del amparista. El acto reclamado, encuentra un límite sobre su reclamo en el planteamiento del amparo, y es la definitividad del mismo. El amparo se presenta como un medio procesal de jurisdicción privativa constitucional, subsidiario a la jurisdicción ordinaria, complementario a los actos que dentro de los procedimientos ordinarios pueden resolverse por medio de los recursos establecidos de conformidad con las reglas del debido proceso, según el área del derecho del que provengan.

La definitividad resulta ser el principio que tiende a limitar el momento del planteamiento del amparo:

> Artículo 19.- Conclusión de recursos ordinarios. Para pedir amparo, salvo casos establecidos en esta ley, deben previamente agotarse los recursos ordinarios, judiciales y administrativos, por cuyo medio se ventilan adecuadamente los asuntos de conformidad con el principio del debido proceso.[14]

El citado artículo 265, determina que no hay ámbito que no sea susceptible de amparo, sin embargo, para que la acción constitucional proceda, es menester que el amparista haya instado los medios procesales que la legislación ordinaria establece, y si a pesar de haber planteado dichos recursos, la amenaza o la violación se mantiene, entonces se puede acudir al amparo.

[14] Ley de Amparo..., *cit*., art. 19.

El principio de definitividad se presenta como la única forma de depurar materialmente el amparo, sin embargo, a través de su jurisprudencia, la Corte de Constitucionalidad ha interpretado el artículo 28 de la Ley de Amparo, indicando que en los supuestos que se establecen en ese artículo, el amparo puede otorgarse sin necesidad de agotarse la definitividad, estos supuestos son vinculados con el riesgo de privación de la vida[15] o su integridad personal, cuando la autoridad esté actuando con notoria ilegalidad.[16] Con la interpretación que el máximo Tribunal constitucional ha realizado, se han promovido acciones de amparo en las que se ha obviado el principio de definitividad, por la gravedad o ilegalidad del acto reclamado.

El amparo debe promoverse en un plazo de treinta días, a partir de conocido el acto o de ser notificado del acto reclamado, con ello existe una limitación del amparo en cuanto a su planteamiento, ya que el amparista tiene treinta días para promover la acción constitucional, caso contrario será extemporáneo su reclamo.

La competencia para conocer en materia de amparo se extiende a los Tribunales de jurisdicción ordinaria tales como Juzgados de Primera Instancia, Salas de la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema de Justicia, y la competencia la determina la autoridad impugnada en contra de quien se promueva la acción constitucional, sin embargo, existe un área concentrada hacia la Corte de Constitucionalidad, y es la competencia de apelación, ya que todo recurso que se presente en esta materia, será conocido por dicha Corte, así mismo se le asignó la competencia en única instancia para conocer amparos que sean planteados en contra de la Corte Suprema de Justicia, el Presidente en Consejo de Ministros, y el Congreso de la República. De esa cuenta la Corte de Constitucionalidad, por la amplitud del amparo, tiene competencia para revisar por vía del amparo cualquier acción que realicen las máximas autoridades de los tres Organismos del Estado.

[15] Por ejemplo, en procesos penales cuando el Tribunal había ordenado la aplicación de la pena de muerte, cuando esta estaba vigente en el país.

[16] Verbigracia, en casos donde se inscriben documentos firmados por personas que hubieren fallecido antes del otorgamiento de dicho documento.

En relación a los objetivos del planteamiento, el artículo 265 ya citado, determina que el amparo protege los derechos cuando exista una amenaza de violación, y restaura los mismos cuando la violación se ha consumado. Con esta consideración la sentencia de una acción constitucional debe ir encaminada a determinar la existencia o no de la amenaza, violación o restricción del derecho y en función de ello determinar la necesidad del otorgamiento de la garantía constitucional. El artículo 42 de la Ley de Amparo, se presenta como una norma de avanzada en relación a la tutela de los derechos de las personas, contiene el principio de máxima protección y de la interpretación extensiva, y hace proclive a que todo el sistema jurídico pueda sujetarse a la decisión del tribunal constitucional de amparo, en garantía de la tutela de los derechos del amparista.

Los fallos de la Corte de Constitucionalidad emitidos en forma consecutiva en el mismo sentido, en tres casos diferentes, es de observancia obligatoria por parte de todos los Tribunales, con lo que se concentra en la Corte un poder de directriz sobre el control constitucional de todo el sistema jurídico del Estado de Guatemala.

Los efectos del amparo encuentran su asidero en el artículo 49 de la Ley de Amparo, donde se establece:

> Artículo 49.- Efectos del amparo. La declaración de procedencia del amparo tendrá los siguientes efectos: a) Dejar en suspenso, en cuanto al reclamante, la ley, el reglamento, resolución o acto impugnados y, en su caso, el restablecimiento de la situación jurídica afectada o el cese de la medida; b) Fijar un término razonable para que cese la demora, si el caso fuere de mero retardo en resolver, practicar alguna diligencia o ejecutar algún acto ordenado de antemano; c) Cuando el amparo hubiese sido interpuesto por omisión de la autoridad en la emisión de la reglamentación de la ley, el Tribunal de Amparo resolverá fijando las bases o elementos de aplicación de esta al caso concreto, según los principios generales del derecho, la costumbre, los precedentes para otros casos, la analogía de otros reglamentos y la equidad, siguiendo el orden que el tribunal decida.[17]

[17] Ley de Amparo..., *cit*., art. 49.

Como puede determinarse, con los efectos procesales que el amparo contiene, su naturaleza no es de un recurso, sino de un proceso de conocimiento, en el que se escudriña la viabilidad de la suspensión del acto reclamado exclusivamente en cuanto al reclamante, debido a que dicho acto reclamado está amenazando un derecho o restringiéndolo, en su sentido material, además ordena el restablecimiento de la situación jurídica afectada, o el cese de la medida, con lo que se le otorga una característica restaurativa, de derechos garantizados por una norma jurídica.

La amplitud del contenido de esta garantía constitucional, en relación a los derechos que puede tutelar, se ha ampliado a partir de la inclusión en el sistema constitucional guatemalteco, del bloque de constitucionalidad,[18] y con ello se genera la posibilidad de conocimiento de violaciones de derechos contenidos en tratados internacionales en materia de derechos humanos, firmados y ratificados por Guatemala.

Puede observarse, que dentro de los efectos del amparo existe una modalidad de esta acción que consiste en la omisión de hacer por parte de la autoridad, es decir la omisión de resolver, lo que se conoce como silencio administrativo, y frente a ello el literal b del artículo 49 citado, se refiere al efecto del amparo cuando se trata de esta modalidad en su planteamiento, en donde lo que se pretende es que cese la demora en resolver una petición

[18] Dentro del expediente 1822-2011 de la Corte de Constitucionalidad, sentencia de 17 de julio de 2012, el máximo Tribunal en materia Constitucional, incorporó por la vía jurisprudencial el término bloque de constitucionalidad, indicando lo siguiente: "El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que aunque no forman parte del texto formal de la Constitución, han sido integrados por otras vías a la Constitución y que sirven a su vez de medidas de control de constitucionalidad de las leyes como tal. La conceptualización del 'bloc de constitutionalité' surgió en Francia, gracias a la intervención consultiva del Consejo Constitucional francés en la década de los setenta y la labor investigativa doctrinal acerca de la justicia constitucional desarrollada, especialmente, por el profesor Luis Favoreau, así como la carencia de reconocimiento expreso de derechos fundamentales en la Constitución que les rige desde mil novecientos cincuenta y ocho (1958), por lo que con esas opiniones, se integró al bloque de constitucionalidad la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de mil setecientos ochenta y nueve (1789) y el Preámbulo de la Constitución francesa de mil novecientos cuarenta y seis (1946)".

planteada por el amparista, con lo que el acto reclamado será la omisión por parte de la autoridad en emitir una decisión sobre un asunto que le fue planteado.

IV. Conclusiones

La exhibición personal es la garantía que tutela los derechos de libertad personal y de dignidad humana, con una amplitud mayor que el *habeas corpus*.

El amparo es la garantía general de tutela de cualquier derecho que tenga su asidero en una norma jurídica vigente en Guatemala, y con ello busca proteger o restaurar ese derecho, cuando una autoridad por medio de un acto, sea la naturaleza que sea, lo esté amenazando, restringiendo o violentando. Su aplicación no tiene restricción de materia o grado, y puede interponerlo cualquier persona quien directamente se vea amenazada o restringida en sus derechos.

El objetivo del presente trabajo es presentar los dos medios de control constitucional, que en Guatemala se utilizan como garantías para la tutela de los derechos constitucionales frente al poder público, y como tal se presentan elementos de ambos, y puede representar una herramienta para realizar análisis comparativos con legislaciones que poseen estas garantías, en cuanto a sus similitudes, pero principalmente en relación a sus diferencias y con ello generar criterios para mejorar tanto en Guatemala como en otros países, mejores formas del control constitucional.

Referencias

Constitución Política de la República de Guatemala de 1965.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Cordón Aguilar, Julio, *El Tribunal Constitucional de Guatemala*, Guatemala, Talleres, 2009.

Corte de Constitucionalidad, expediente 1822-2011, sentencia de 17 de julio de 2021, Guatemala.

Corte IDH. *Caso Edgar García y Familiares vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2012. Serie C, núm. 258.

Corte IDH. *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C, núm. 190.

Ley de Amparo Exhibición Personal y de Constitucionalidad de 1986.

Pereira-Orozco, Alberto y Richter, Marcelo, *Derecho Constitucional,* 6a. ed., Guatemala, Ediciones de Pereira, 2011.

La sorprendente riqueza y ambigüedad de la interpretación constitucional[1]

***

The amazing richness and ambiguity of constitutional interpretation

*Javier García Roca**

Resumen: la proporcionalidad domina, pero no agota la interpretación constitucional, que es una tarea ingente y central, y se proyecta transversalmente sobre muchos ámbitos donde juega con especificidades en función de la estructura de las normas constitucionales. Hay una pluralidad de intérpretes y constructores de la Constitución en un constitucionalismo en red y global. La transformación de las Constituciones se produce más frecuentemente mediante sentencias "mutativas" que, por reformas constitucionales, pero sus interrelaciones son complejas. La buena interpretación constitucional tiende a ser evolutiva, realista y sociológica, como un árbol vivo. La proporcionalidad es más precisa que el juicio de razonabilidad, se descompone en varias fases y subprincipios, y conecta con el principio de legalidad y la calidad de ley; es una doctrina más

* Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid, presidente emérito de la Asociación de Constitucionalistas de España, vicepresidente de la *International Association of Constitutional Law*.

[1] El texto reelabora dos versiones previas: mi presentación a la Mesa "Interpretación constitucional y convencional" en el *XII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional* en marzo de 2022; y mi participación en el homenaje a Eduardo Espín.

exigente que la del mínimo vital y asimismo conlleva una obligación reforzada de justificar la regresividad de los derechos.

Abstract: proportionality dominates, but does not exhaust, constitutional interpretation, which is a huge and central task, projected transversally into many areas where it plays with specificities depending on the structure of constitutional norms. There is a plurality of constitutional interpreters and constructors in a networked and global constitutionalism. Constitutional change occurs more often through mutative judgments than through constitutional reform, but their interrelationships are complex. Good constitutional interpretation tends to be evolutionary, realistic and sociological, like a living tree. The principle of proportionality is more precise than that of reasonableness, it is divided into several stages and subprinciples, it is linked to the principle of legality and the quality of law, it is a more demanding doctrine than that of the vital minimum and it also entails a greater obligation to justify the regressiveness of rights.

Palabras clave: interpretación constitucional, proporcionalidad, reforma constitucional, sentencias "mutativas", interpretación evolutiva, mínimo vital, regresividad.

Key Words: constitutional interpretation, proportionality, constitutional reform, "mutative" judgments, evolutionary interpretation, vital minimum, regressivity.

Sumario: I. Introducción. II. Dinámica constitucional. III. Ámbitos. IV. Criterios. V. Proporcionalidad. Referencias.

I. Introducción

La insuficiencia de los estudios y el falso monopolio de la proporcionalidad. Escribir sobre la interpretación constitucional no es una labor sencilla. Existe la creencia generalizada de que este asunto está ya consolidado en la cultura del constitucionalismo.[2]

[2] Véase Häberle, Peter, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura,* Madrid, Tecnos, original de 1982. La exégesis constitucional reclama no solo textos normativos sino "cristalizaciones culturales".

Pero me temo que no es así, más allá de compartir los estudiosos unas mínimas ideas y de numerosos estudios sobre el principio de proporcionalidad, que se ha convertido en el paradigma. Sin embargo, la proporcionalidad domina, pero no agota, la interpretación constitucional.[3] Me limitaré a dar unas pinceladas.

La centralidad y la transversalidad de la interpretación constitucional: una tarea ingente. La interpretación constitucional es un tema transversal que afecta a todas las materias en Derecho Constitucional, pero no juega igual en todas ellas. Depende esencialmente de la diferente estructura de las normas constitucionales que se interpreten, pero también de los diversos contextos históricos y culturales.[4] La tarea es ingente y central.[5]

Cuádruple objeto. El objeto de la interpretación constitucional es muy amplio y abarca tanto el *texto impugnado*, la norma objeto de control, como el *texto constitucional* o parámetro, que es en España un amplio bloque de la constitucionalidad formado por normas de diverso rango habilitadas por la Constitución, así como un océano de *precedentes jurisprudenciales y especificaciones legales*.[6]

La pluralidad de constructores de la Constitución. La aplicación de la Constitución no es igual a cualquier otra aplicación del derecho, tiene especificades. Las argumentaciones en que se fundan las interpretaciones constitucionales son discrecionales, a menudo constructivas de normas, y se abren a las comprensiones sociales e históricas y contextos culturales. Sus artífices no son solo el legislador, el Tribunal Constitucional y los órganos judiciales, sino las prácticas y convenciones de los órganos

---

3 *Cfr.* Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional,* México, Porrúa, 2005.

4 Zagrebelsky, Gustavo, *Historia y Constitución,* Madrid, Trotta, 2005, original de 1996.

5 Véase *Crisafulli,* Vezio, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio, Milán, Giuffrè, 1952*. También Dogliani, *M*ario, *Interpretazioni della Costituzione*, Franco Angeli, 1982.

6 Véase Canosa Usera, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, Madrid, CEC, 1988, p. 64 y Ribeiro Bastos, Celso, *Hermenêutica e interpretação constitucional*, Sao Paulo, IBDC, 1987, p. 83.

constitucionales, la doctrina de los autores y los diversos actores europeos en un escenario de pluralismo de constituciones y desde la cultura global del constitucionalismo.[7] Cada vez son más intensos los efectos de una influencia recíproca con el Derecho Europeo[8] y un diálogo entre constituciones.

La interpretación constitucional define la jurisdicción constitucional: el intérprete supremo de la constitución y las responsabilidades compartidas. Es la función de ser de la jurisdicción constitucional. La labor de los tribunales constitucionales es ser intérpretes supremos de la Constitución como define al Tribunal Constitucional el artículo 1.1 LOTC con origen en Alemania. No son "comisionados del poder constituyente", sino poderes constituidos, tampoco son "legisladores negativos", pues, aunque crean derecho no legislan ni se limitan a una labor negativa sino antes bien construyen principios lo que es una tarea positiva. Gustavo Zagrebelsky ha sostenido la idea de la Constitución como una tarea (*compito*):[9] cada interpretación constitucional se convierte en una investigación sobre un caso concreto deducida de una norma abstracta y general. No siempre basta con aplicar precedentes. La exégesis no es tan sencilla como extraer el sentido de una norma que está ya claro y expreso en una disposición escrita de la que fluye la norma con soltura, como si el derecho emanara, al igual que el agua, del caño de una fuente. Esta descripción de las fuentes del derecho no refleja ya una comprensión realista de un fenómeno con rasgos más complejos. Por otra parte, el Tribunal Constitucional es el intérprete supremo de la Constitución, pero no el único y comparte su tarea con la jurisdicción ordinaria, son responsabilidades compartidas. Además, no es el intérprete supremo[10] de todo el ordenamiento jurídico

7 Volkman, Uwe, *Elementos de una teoría de la Constitución alemana*, Madrid, Marcial Pons, 2019.

8 Véase Bogdandy, Armin Von y Pérez de Nanclares, José Martín y (coords.), *La justicia constitucional en el espacio jurídico europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

9 Zagrebelsky, Gustavo, *Tiempos difíciles para la Constitución. Las confusiones de los constitucionalistas*, Madrid, Palestra, 2024, prólogo de Javier García Roca.

10 *Cfr.* Medina, Manuel, "Artículo 1", en Juan Luis Requejo (coord.), *Comen-*

sino de la Constitución. Si bien la conexión de los derechos fundamentales relacionales y las normas atributivas de competencia a entes territoriales con las normas legales y reglamentarias le lleva a revisar buena parte de las normas legales y reglamentarias mediante interpretaciones conformes.[11]

II. Dinámica constitucional

La revisión de las Constituciones mediante reformas constitucionales o sentencias interpretativas. Otro tanto ocurre con la teoría de la Constitución que tiene entre sus ingredientes centrales la revisión de las constituciones. El concepto de constitución presupone el de reforma: no existe Constitución sin reforma. Si bien clásicos como John Locke proclamaron la inmutabilidad de las Constituciones, pero son raras excepciones a la opinión común. Recordemos el debate entre Jefferson y Madison sobre la posibilidad de una vigencia limitada de las constituciones, un período de tiempo que coincidiera más o menos con una generación; un debate que concluyó con la exclusión de esa posibilidad, con realismo, pero también con la introducción de un procedimiento de reforma como alternativa. Está en la razón de ser de toda Constitución y su misma existencia y supervivencia depende de la reforma.[12] Las constituciones cambian y se actualizan en una permanente dinámica constitucional. No hay estabilidad constitucional sin dinámica constitucional y otro tanto en sentido contrario.[13] La Constitución es la única norma que prevé su modificación. La revisión de una constitución se produce mediante la reforma constitucional, que es una fuente prácticamente insólita

tarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Madrid, TC-BOE, 2001, pp. 69-89 *y* García Roca*,* Javier, *La experiencia de veinticinco años de jurisdicción constitucional en España,* México, Porrúa, 2009, pp. 16 y ss., "La posición del intérprete supremo de la Constitución".

11 Sorrenti*,* Giusi, *L'interpretazione conforme a Costituzione,* Giufrè, Milán, 2006.

12 García Roca, Javier, "De la revisión de las constituciones: constituciones nuevas y viejas", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 40, 2017, pp. 181-222.

13 Verdú, Pablo Lucas, "Teoría jurídica de los cambios de la Constitución", *Curso de Derecho Político*, Madrid, Tecnos, 1974.

en España —ha habido solo tres excepciones—, a diferencia de en muchos países europeos. Pero, es verdad que no es tan frecuente, salvo en países con constituciones muy largas y reglamentistas como México, donde el poder de reforma a menudo ocupa el lugar del poder legislativo como si fueran leyes reforzadas. No obstante, es difícil sentar reglas generales, porque v.gr. la Constitución liberal de Noruega de 1814, se ha reformado nada menos que en tres centenares de ocasiones. Depende de la cultura política de los pueblos y de su respeto al Estado de derecho.

La transformación de las constituciones se produce, mucho más a menudo, mediante numerosas *sentencias constitucionales interpretativas.14* Pueden ser coherentes e integrar un sistema o albergar contradicciones y ambigüedades, algo que no es extraño y amortigua su legitimidad y eficacia transformadora. Algunas de estas sentencias interpretativas constituyen verdaderas *sentencias "mutativas".15* Unas mutaciones jurisdiccionales que modifican las disposiciones constitucionales, creando exégesis nuevas, constitutivas de verdaderas normas diferentes, sin alterar el texto o la literalidad de las disposiciones escritas, algo que ya describieron Georg Jellinek "y otros autores" de forma clásica.[16]

Si las constituciones no se reforman, crecen las sentencias mutativas. Podríamos agregar un largo listado de ejemplos de mutaciones constitucionales mediante interpretaciones que ha practicado el Tribunal Constitucional español durante cuatro décadas en los más variados temas como ha sistematizado Pablo Lucas Murillo: la regulación de los impuestos cedidos y la atribución de una potestad legislativa sobre ese tramo a las Comunidades

14 Díaz Revorio, Francisco Javier, "Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional, *Lex Nova*, Valladolid, 2001, y Díaz Revorio, Francisco Javier, *Interpretación de la Constitución y justicia constitucional*, México, Porrúa, 2009. Figueroa, Giovanni A., *Las sentencias constitucionales atípicas en el Derecho Comparado y en la acción de inconstitucionalidad mexicana*, México, Porrúa, 2011.

15 Néstor Sagués, "Efectos de las sentencias constitucionales en el Derecho argentino", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 12, 2008, pp. 333-356.

16 Georg Jellinek, *Reforma y mutación de la Constitución*, Madrid, CEPC, 2018, estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú y prólogo de Pablo Lucas Murillo.

Autónomas, la administración al servicio de la administración de justicia, el papel del Rey en la propuesta de candidato a la presidencia del Gobierno, y un largo etcétera.[17] Mas no es sencillo saber el lugar que debe ocupar la interpretación constitucional ante el silencio, la pasividad o, directamente, la falta de diligencia debida del poder de reforma constitucional. Todavía más cuando el poder de reforma tiene la insoportable levedad que posee en España. Su pasividad puede entenderse como una invitación a que el Tribunal Constitucional ocupe su espacio en la revisión constitucional a través de interpretaciones.

La autocontención y deferencia democrática hacia el poder de reforma constitucional. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional no debería invadir ese poder derivado del constituyente e intermedio respecto de los poderes constituidos. Es razonable esperar del oficio de un buen Tribunal Constitucional una cierta autocontención o deferencia con el poder de reforma por respeto a la división de poderes. No obstante, es un hecho que las constituciones modernas se actualizan constantemente mediante la justicia constitucional en lugares que podría ocupar la reforma constitucional. La revisión de las constituciones es una tarea tan grande que no puede asumirla únicamente la reforma constitucional, hay trabajo para todos y no solo las sentencias constitucionales producen mutaciones también ciertas leyes, y buenas prácticas o convenciones constitucionales, o cláusulas de los estatutos de autonomía aceptadas en su validez por el Tribunal Constitucional y que se integran en el bloque de la constitucionalidad. Pero por dónde transcurra la frontera entre una y otra función y qué espacios deben corresponder a uno y a otro instrumento sigue siendo en parte una incógnita. La literalidad de las normas constitucionales parece un claro límite de la interpretación constitucional y una llamada a la reforma constitucional. Pero no siempre es así.

El controvertido caso del matrimonio igualitario. En efecto, en el conocido caso del matrimonio igualitario u homosexual, la STC 198/2012 con una brillante ponencia del magistrado Pablo Pérez Tremps, hizo una exégesis del artículo 32.1 CE fundada

[17] Prólogo de Pablo Lucas Murillo, *ibidem*.

en una interpretación evolutiva de la institución del matrimonio, abierta a la cultura jurídica, a los nuevos contextos y a diversas normas internacionales y europeas. Se tuvieron en cuenta abundante información de Derecho comparado y el artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que reza: "Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia", y no indica expresamente los sujetos mediante el uso del impersonal. La nueva interpretación jurisprudencial llevó cabalmente a un resultado que reconocía el derecho al matrimonio igualitario entre personas del mismo sexo, interpretando la Constitución "a la luz de las condiciones de vida actuales" como suele decir el TEDH. Pero este pronunciamiento es verdad que pugnaba con el texto literal del artículo 32.1 CE: "El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica", según reprocharon los votos particulares que reclamaron que, en su caso, debía haberse ejercido el poder de reforma constitucional. Es un conflicto que ilustra que las cosas no son siempre tan sencillas. No es evidente qué controversias deben resolver las reformas constitucionales y cuáles las sentencias interpretativas. Es común señalar que la literalidad del precepto es un límite infranqueable, pero aquí no lo fue.

Interpretación constitucional secundum Conventionem. Bien es cierto que se produjo un diálogo entre declaraciones de derechos en un sistema multinivel europeo de protección de derechos y una situación de pluralismo de constituciones, y este conjunto de normas ofrecía una cierta cobertura en el parámetro de referencia de la interpretación constitucional. Una doble interpretación constitucional de las leyes *secundum Conventionem* o en armonía y de conformidad con el derecho de la Unión Europea, que posee una fuerte primacía sobre el derecho estatal, y el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la profusa jurisprudencia que de él emana.

III. Ámbitos

¿Derechos fundamentales de construcción legal o de construcción jurisprudencial? El Tribunal Constitucional suele afirmar que algunos derechos fundamentales son de configuración legal, dando

a entender que el legislador posee una intensa libertad de configuración normativa a la hora de delimitar o limitar su contenido esencial. La categoría dista de ser precisa y es a veces en la jurisprudencia poco más que un enunciado retórico. En otro estudio,[18] ya he señalado que el intérprete supremo usa esta terminología en diversos derechos con sentidos que no son coincidentes y resultan ambiguos.

La tutela judicial efectiva como cláusula abierta. Recapitulemos sobre la hidra de mil cabezas en que se ha transformado el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), que viene integrado por una docena de derechos que ha armado el Tribunal Constitucional sobre las pocas palabras que alberga ese precepto mediante una interpretación sistemática,[19] que lo relaciona con otros artículos constitucionales e internacionales mediante una interpretación finalista: acceder al proceso, acceder a la doble instancia penal o a otros recursos, recibir una motivación razonable, dictar un pronunciamiento fundado en las fuentes del derecho, ejecutar lo resuelto, subsanar los defectos procesales, impedir indefensiones e incongruencias, etcétera.

Los reglamentos parlamentarios identifican el ius in officium que protege un derecho fundamental. Lo mismo podríamos decir con el derecho a acceder, permanecer y ejercer los cargos públicos representativos que incluye la defensa de todo un *ius in officium:* el estatuto de los parlamentarios reconocido en los reglamentos de las Cámaras. Una garantía constitucional que se justifica en el acusado interés público en permitir la edificación de la representación de los ciudadanos y habilitar a los titulares de órganos del Estado con una legitimidad democrática para decidir por esta persona jurídica o ficticia, y como tal desprovista de una voluntad propia (art. 23.2 CE). Sin embargo, el Tribunal Constitucional no debería contentarse con rastrear los múltiples contenidos del derecho a ejercer el cargo de parlamentario, mediante una interpretación literal, en vez de esforzarse en afron-

[18] Véase García Roca, Javier, *Cargos públicos representativos. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución,* Pamplona, Aranzadi, 1999, cap. IV.

[19] Cfr. Vittorio Italia, *L'interpretazione sistematica delle regole giuridiche*, Milán, Giuffré, 1997. También Pietro Merola Chierchia, *L' interpretazione sistematica della Costituzione*, Padua, CEDAM, 1978.

tar una verdadera interpretación constitucional menos pegada a la letra de los Reglamentos parlamentarios. Un diputado que no está presente al menos en una Comisión no puede recibir el nombre de diputado. Un parlamentario que no recibe una retribución suficiente no puede ejercer el derecho de sufragio pasivo en un Estado democrático fundado en el sufragio universal en la realidad de las cosas; sin indemnización no hay representación para los pobres, se dijo en las revueltas democráticas francesas. Y así sucesivamente. Es esencial una interpretación constitucional del derecho parlamentario y no solo reglamentista.[20]

La interrelación entre interpretación constitucional y contenido esencial de los derechos. El contenido esencial de los derechos, en cuanto límite indisponible por el legislador, es una categoría que reclama una interpretación constitucional sobre los concretos derechos e intereses protegidos y las facultades que integran el derecho. Puede hacerse mediante una indagación *absoluta* o, más frecuentemente, *relativa*, ponderando concretas colisiones con otros derechos y erigiendo precedentes. Un método más adecuado, el segundo, para las exégesis jurisprudenciales, mientras el primero puede acomodarse a investigaciones doctrinales más ambiciosas. Lo mismo ocurre con buena parte de los contenidos de los derechos fundamentales, sean parte del contenido esencial o del adicional y que no vienen especificados expresamente en la Constitución o en las leyes ni siempre se deducen con facilidad del objeto o bien jurídico protegido. El juicio de ponderación, como método de resolver conflictos entre principios, lleva a establecer una preferencia en un caso concreto que puede no ser válida para todo tipo de conflictos, no es un "triunfo aplastante" de un principio sobre otro, el intérprete constitucional se ve obligado a tratar de armonizar bienes y derechos que parecen entrar en colisión, construyendo soluciones a partir de las razones en pugna.[21]

[20] *Cfr*. Ibrido, Renato, "L'interpretazione del diritto parlamentare. Politica e diritto nel proceso di risoluzione dei casi regolamentari", *Studi di Diritto Pubblico*, Milán, 2015.

[21] Prieto Sanchís, Luis, "El juicio de ponderación constitucional", en Francisco J. Laporta (ed.): *Constitución: problemas filosóficos*, Madrid, CEPC, 2003, pp. 251-253.

Las técnicas del precedente y la vinculación. Los derechos son inevitablemente un *case-law* y no solo una consecuencia de los principios de constitucionalidad y legalidad. Las normas sobre derechos carecen de hechos, a diferencia de otro tipo de normas, lo que acrecienta su apertura, y cuando la jurisprudencia conoce de casos y supuestos de hecho construye contenidos nuevos de derechos viejos, o directamente derechos nuevos, integrando los hechos en las disposiciones escritas de la Constitución con el auxilio y orientación de un conjunto de tratados internacionales sobre derechos y de la jurisprudencia que de ellos emana. Los derechos se construyen mediante el diálogo entre un conjunto de interpretaciones constitucionales y convencionales y las técnicas del precedente y la vinculación: se avanza de la solución de un caso semejante a otro, aplicando una misma doctrina o estándares constitucionales o convencionales.[22] Pero es evidente que cabe asimismo la abrogación de precedentes.[23]

El federalismo demanda una interpretación constitucional específica. Los cuasi federalismos como el español y cualquier forma constitucional de distribución de competencias reclaman un árbitro jurisdiccional de los inevitables conflictos que ocasiona la distribución territorial de competencias. El conflicto es una forma de relación entre entes territoriales junto a las relaciones de competencia, colaboración, cooperación y coordinación. Delimitar las materias competenciales, identificar las potestades de cada ente territorial y su alcance (la controversia sobre las bases estatales), o los puntos territoriales de conexión de las competencias, o el alcance de la unidad del mercado europeo multinivel, o de

[22] Cfr. García Roca, Javier y Nogueira, Humberto, "El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor de precedente e interpretación vinculante", en Javier García Roca y Encarna Carmona (eds.), *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* Thomson-Reuters, 2017, pp. 71-132.

[23] El Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el controvertido caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* de 24 de junio de 2022 dejó sin efecto los precedentes *Roe v. Wade* 410 US 113 (1973) y *Planned Parenthood v. Casey* 505 US 833 (1992), revirtiendo cincuenta años de reconocimiento de un derecho federal al aborto, para devolver a los Estados la decisión sobre permitir o no el aborto y en qué casos.

cláusulas generales como la ordenación general de la economía, o de la igualdad en el ejercicio de los derechos de todos los españoles son cuestiones centrales que han interpretado centenares de sentencias. Unos pronunciamientos no siempre coincidentes ni dotados de suficiente armonía como para construir claros estándares constitucionales. El Estado autonómico, dada la gran apertura de la Constitución en su Título VIII, es un Estado judicializado: ha estado en las manos de sucesivas interpretaciones constitucionales que han ido cerrando esa apertura. El papel de la interpretación constitucional es decisivo y puede llegar a resultados dispares. El grado de políticas sociales que puedan hacer las Comunidades Autónomas al amparo de sus competencias en materias con incidencia de derechos sociales "p.ej. pobreza energética, ingreso mínimo vital, o vivienda y desahucios" hemos comprobado durante la gran recensión que depende mucho de la sensibilidad social y el respeto al autogobierno que practique el Tribunal Constitucional, que se ha contentado con una mecánica aplicación del principio de estabilidad presupuestaria (art. 135 CE), erigiéndola en casi el único criterio de la interpretación constitucional. Pero comprender la interpretación por la Corte Suprema de la *commerce clause* en los Estados Unidos durante décadas de jurisprudencia y sus sucesivas evoluciones es una labor que puede acabar con la paciencia de cualquier investigador.[24]

IV. Criterios

Criterios de una interpretación de la Constitución territorial y diversidad de efectos de las sentencias. Me interesa resaltar que son muchos los criterios específicos de una interpretación constitucional que en la descentralización se usan hasta el punto de suponer una sección de materia con cierta autonomía: los principios de subsidiariedad de los fines y de proporcionalidad de las medidas, la prevalencia del derecho estatal y su supletoriedad, la preferencia de la competencia más especial sobre la más general, el seguimiento de la actividad instrumental y accesoria respecto de

[24] *Cfr.* Rosino Calle, Roberto, "Las complejas unidades económicas y de mercado: reflexiones desde la experiencia constitucional estadounidense", *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 35, 2021.

la facultad o competencia principal, la imposibilidad de leyes autonómicas repetitivas de las leyes básicas estatales, etc. Son muy diversos los criterios para ordenar una concurrencia de competencias. Por otra parte, en relación con los efectos de las sentencias, la incompetencia territorial como vicio de inconstitucionalidad no siempre entraña la invalidez de la norma impugnada y, cuando lo hace posee, distintas fórmulas de nulidad (constitutiva, declarativa, prospectiva o diferida) o incluso de inaplicación (directa y supletoria, solo supletoria).

La interpretación constitucional es constructiva de normas. El ámbito normativo que los intérpretes supremos de las constituciones enjuician suelen estar en cláusulas normativas muy abiertas, imprecisas y elásticas, y dotadas de cierta indeterminación. Que las normas constitucionales no deben ser reglamentistas es una buena recomendación, las leyes supremas deben ocuparse de los epígrafes generales de un ordenamiento jurídico; un exceso de densidad dificulta las modificaciones y el acceso a otras fuentes y puede ser contraproducente. Por el contrario, un derecho constitucional muy concentrado, con disposiciones escritas muy lacónicas y vagas, que las exégesis jurisprudenciales especifican en normas impredecibles, deviene una forma de creación del derecho que no está exenta de riesgos. La interpretación constitucional es constructiva de normas, pero el problema es cuando ese grado de construcción en las exégesis deviene un exceso y está desprovisto de la justificación que entraña la predeterminación normativa.[25]

Algunas características de la interpretación constitucional sobre derechos. Busquemos algunos rasgos comunes a muchas exégesis en interpretaciones constitucionales y convencionales sobre derechos fundamentales.

Interpretación evolutiva y sociológica. La interpretación constitucional tiende a ser una interpretación evolutiva y sociológica: *nowadays present conditions* afirma con frecuencia el TEDH. Una llamada a comprender las condiciones de vida actuales como par-

[25] Zagrebelsky, Gustavo, *Il Diritto mitte*, Turin, Einaudi, 1992, no siempre el intérprete esté en condiciones de ofrecer una única respuesta, lo que produce incertidumbre.

te del ámbito normativo del derecho y del supuesto de hecho. Las constituciones y sus normas se transforman permanentemente como las ramas de un árbol vivo en función de los cambios culturales, tecnológicos y, en general, del contexto.[26] Es aún más evidente en los casos en que los derechos tienen por objeto instituciones y son susceptibles de una comprensión institucional que fortalece un entendimiento objetivo de las restricciones, como límite al subjetivismo, recordemos por ejemplo la comprensión y defensa de las libertades de la comunicación cuando sirven para crear una opinión pública libre.

Interpretación realista. Debe asimismo ser una interpretación realista y efectiva, antiformalista, que proteja los derechos fundamentales en la realidad de las cosas y no mediante meras garantías teóricas e ilusorias según sostiene el Tribunal de Estrasburgo. La interpretación constitucional debe estar abierta al contexto y eludir exégesis formales que redunden en la desprotección de los derechos, contentándose con la literalidad de las normas y desentendiéndose de la conexión entre normalidad y normatividad, y entre validez y eficacia.[27]

El Estado de derecho como caja de herramientas. Es esencial comprender la interpretación constitucional a la luz del Estado de derecho. "*Democracy embeded in the Rule of Law*" afirma el TEDH. El Estado de derecho es el lecho en que se asientan los derechos. Una caja de herramientas de la cual pueden extraerse muchos criterios. No obstante, si revisamos los ingredientes de un Estado de derecho existe un cierto margen doctrinal para la discrepancia entre las comprensiones más formales "y mínimas"

[26] La STC 44/2023 resuelve un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica de 2010 de salud sexual y reproductiva e *interrupción voluntaria del embarazo*. El TC reconoce a la mujer un ámbito de libertad razonable, dentro de un sistema de plazos y ya no de causas, para adoptar la decisión que considere más adecuada sobre la continuación de la gestación. Un derecho a la autodeterminación. El Tribunal usa una interpretación evolutiva de acuerdo con la realidad del momento: una comprensión dinámica de la Constitución.

[27] Triepel, Heinrich, *Derecho Público y política*, Madrid, Civitas, 1974, original de 1926, prólogo y traducción de José Luis Carro, insistió en que no se puede renunciar a analizar las intenciones políticas y en que no basta con la formación de conceptos y categorías.

o, por el contrario, materiales "y máximas" de esta categoría. No es extraño que tanto la Unión Europea como el Consejo de Europa hayan acudido a la técnica de las listas de verificación, exigiendo unos mínimos ingredientes comunes, apoyados por las posiciones teóricas de diversos autores como Tom Bagehot y Cass Sunstein.[28] Pero es insuficiente.

V. Proporcionalidad

Los subprincipios que integran el juicio. La proporcionalidad se encuentra ya muy estructurada y ha arrinconado al viejo principio de razonabilidad (*raggionevolezza)* que es mucho más impreciso en su aplicación, la predictibilidad de sus resultados, y menos garantista, así que el uso de la fuerza por la policía pueda parecer razonable en un contexto de riesgo no quiere decir que sea proporcionado. La proporcionalidad suele estructurarse en dos o tres subprincipios, pero hay varios entendimientos de la misma según quién sea intérprete que use la herramienta.[29] Primero, la legitimidad del fin que la medida pretende, es difícil para el intérprete revisar las opciones del legislador democrático, si no son frontalmente inconstitucionales y existe un margen de apreciación del legislador. Segundo, el juicio de necesidad de la medida en una sociedad democrática obliga a asegurarse de que no exista otra acción equivalente en los resultados y que infrinja un menor sacrificio a los afectados. Tercero, la proporcionalidad en sentido estricto es una correlación entre las restricciones de los derechos que la medida enjuiciada ocasiona y los fines pretendidos, evitando sacrificios excesivos o desmedidos. Los dos últimos de este esquema escalonado como suele hacer el TEDH al revisar la existencia de una "medida necesaria en una sociedad democrática".

---

28 Bingham, Tom, *El Estado de Derecho*, México, Tirant lo Blanch, 2010, quien ha tenido influencia en las *check lists*, de la Unión y el Consejo de Europa. También Sunstein, Cass, "The Rule of Law", 2023, *https://ssrn.com/abstract=4405238 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4405238*

29 Bernal, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2007. Igualmente Barak, Aharon, *Proportionality. Constitutional rights and their limitations*, Cambridge U. Press, 2012.

Principio de legalidad e interferencias: interdicción de leyes vagas. Cabe asimismo fijar dos requisitos previos: que no se trate de una lesión o interferencia bagatela, de tan escasa entidad que no merezca ser enjuiciada; y que se satisfagan las exigencias de un férreo principio de legalidad de los derechos (*lex stricta, praevia, certa*). Esto impide que las restricciones se hagan mediante leyes vagas que no aseguren las notas de previsibilidad y certeza de las limitaciones. Es menester asegurarse de la *calidad de las leyes* que restrinjan derechos: un principio de legalidad material y no solo formal. "Una ley radicalmente oscura es incompatible con la Constitución", porque supone una violación del principio de legalidad y de la misma separación de poderes, sostiene acertadamente la *Corte Constitucional italiana* (Sentencia núm. 110 de 5 de junio de 2023).

El reinado global de la proporcionalidad. La proporcionalidad se usa por una infinidad de altas cortes: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el TEDH, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional Alemán, y, entre otros muchos, la Corte Suprema de Israel, y el Tribunal Constitucional español después de algunos controvertidos inicios.

La ductilidad de la proporcionalidad: su acomodación a los diferentes derechos y contextos no impide la predictibilidad. Es un principio que puede aplicarse de manera diversa, con más o menos intensidad, según los tipos de derechos. No es lo mismo su utilización en derechos absolutos como son la vida y la prohibición de malos tratos, que no admiten restricciones y reclaman un juicio de proporcionalidad estricto, que la regulación de la propiedad o la libertad de empresa donde cabe un amplio margen de configuración normativa por el legislador y un margen de apreciación nacional. También deben tenerse en cuenta los diferentes contextos: puede ser un control más laxo y deferente en situaciones como es un estado de emergencia (alarma, excepción o sitio), o en una intervención o coerción federal como la que prevé el artículo 155 CE. En esta ductilidad y flexibilidad del principio de proporcionalidad, su capacidad de adaptación a diferentes derechos y contextos, y al tiempo en la predictibilidad de las decisiones que produce su uso escalonado radica buena parte de su éxito. Es el más estable de los principios de la interpretación constitucional.

La doctrina del mínimo vital como alternativa: mínimo no es proporcional. Pero existen países y tribunales que siguen acudiendo a la razonabilidad, o a la técnica del *state compulsory interest* como los Estados Unidos, o jurisdicciones que se contentan con constatar la existencia de un mínimo vital. La cuestión es especialmente polémica en materia de derechos sociales por la escasez de los fondos y la limitación de lo presupuestariamente posible; algunas jurisdicciones se contentan con constatar que se respeta un mínimo contenido del derecho por el legislador tras efectuar unos recortes. Pero estimo que nada justifica la exclusión de un juicio de proporcionalidad en las interferencias en los derechos sociales, dada su universalidad y la necesidad de una normalización en su tratamiento. Desproporcionadas restricciones, a menudo sorpresivas e impredecibles, o adoptadas sin las necesarias cautelas de transitoriedad, no pueden estimarse constitucionales simplemente porque no produzcan una ablación absoluta del derecho.

La justificación reforzada de la regresividad. La progresividad de los derechos no asegura su inmutabilidad, no supone una cláusula de irreversibilidad de las conquistas sociales en cada caso, pero expresa una tendencia general, una norma de fines, un mandato a los poderes públicos de promocionar los derechos, y una necesidad de justificación reforzada de quien restringe derechos. No obstante, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 14 (E/C.12/200/4) sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible salud, ha mantenido que las medidas regresivas deben ser justificadas con referencias exhaustivas a todas las alternativas posibles y equivalentes, y a los recursos disponibles.

Referencias

Barak, Aharon, *Proportionality. Constitutional rights and their limitations*, Cambridge U. Press, 2012.

Bernal, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2007.

Bingham, Tom, *El Estado de Derecho*, México, Tirant lo Blanch, 2010.

Bogdandy, Armin Von y Pérez de Nanclares, José Martín y (coords.), *La justicia constitucional en el espacio jurídico europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

Canosa Usera, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, Madrid, CEC, 1988.

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

Díaz Revorio, Francisco Javier, "Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional", *Lex Nova*, Valladolid, 2001.

Díaz Revorio, Francisco Javier, *Interpretación de la Constitución y justicia constitucional*, México, Porrúa, 2009.

Dogliani, *M*ario, *Interpretazioni della Costituzione*, Franco Angeli, 1982.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.)*, Interpretación constitucional,* México, Porrúa, 2005.

Figueroa, Giovanni A., *Las sentencias constitucionales atípicas en el Derecho Comparado y en la acción de inconstitucionalidad mexicana*, México, Porrúa, 2011.

García Roca, Javier y Nogueira, Humberto, "El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor de precedente e interpretación vinculante", en Javier García Roca y Encarna Carmona (eds.), *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* Thomson-Reuters, 2017.

García Roca, Javier, "De la revisión de las constituciones: constituciones nuevas y viejas", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 40, 2017.

García Roca, Javier, *Cargos públicos representativos. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución,* Pamplona, Aranzadi, 1999.

García Roca, Javier, *La experiencia de veinticinco años de jurisdicción constitucional en España,* México, Porrúa, 2009.

Georg Jellinek, *Reforma y mutación de la Constitución*, Madrid, CEPC, 2018.

Häberle, Peter, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura,* Madrid, Tecnos, original de 1982.

Ibrido, Renato, "L'interpretazione del diritto parlamentare. Politica e diritto nel proceso di risoluzione dei casi regolamentari", *Studi di Diritto Pubblico*, Milán, 2015.

Medina, Manuel, "Artículo 1", en Juan Luis Requejo (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional,* Madrid, TC-BOE, 2001.

Néstor Sagués, "Efectos de las sentencias constitucionales en el Derecho argentino", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 12, 2008.

Prieto Sanchís, Luis, "El juicio de ponderación constitucional", en Francisco J. Laporta (ed.): *Constitución: problemas filosóficos*, Madrid, CEPC, 2003.

Ribeiro Bastos, Celso, *Hermenêutica e interpretação constitucional*, Sao Paulo, IBDC, 1987.

Rosino Calle, Roberto, "Las complejas unidades económicas y de mercado: reflexiones desde la experiencia constitucional estadounidense", *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 35, 2021.

Sorrenti, Giusi, *L'interpretazione conforme a Costituzione,* Giufrè, Milán, 2006.

Triepel, Heinrich, *Derecho Público y política*, Madrid, Civitas, 1974.

Verdú, Pablo Lucas, "Teoría jurídica de los cambios de la Constitución", *Curso de Derecho Político*, Madrid, Tecnos, 1974.

Vittorio, Italia, *L'interpretazione sistematica delle regole giuridiche*, Milán, Giuffré, 1997. También Pietro Merola Chierchia, *L' interpretazione sistematica della Costituzione*, Padua, CEDAM, 1978.

Volkman, Uwe*, Elementos de una teoría de la Constitución alemana*, Madrid, Marcial Pons, 2019.

Zagrebelsky, Gustavo, *Historia y Constitución,* Madrid, Trotta, 2005.

Zagrebelsky, Gustavo, *Il Diritto mitte*, Turin, Einaudi, 1992.

Zagrebelsky, Gustavo, *Tiempos difíciles para la Constitución. Las confusiones de los constitucionalistas*, Madrid, Palestra, 2024.

Tensiones entre la garantía de la independencia de la justicia electoral y la libertad de expresión

***

Tensions between guaranteeing independence of electoral justice and freedom of expression

*Elena Gómez**
*Marcelo López Alfonsín***

Resumen: la garantía de la independencia judicial tiene estándares desarrollados en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), al igual que la libertad de expresión. Ambos valores son imprescindibles para el normal desarrollo de un proceso electoral libre, justo y transparente. Por ello, resulta necesario fortalecer el rol de las autoridades electorales con dichos parámetros, asegurando la integridad personal de los

* Abogada UBA. Magister en Derecho Electoral, Universidad de Castilla - La Mancha, España. Especialista en Administración de Justicia, Facultad de Derecho UBA. Especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos, Universidad de Bolonia, Italia. Docente de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho UBA, integrante de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

** Abogado UBA. Doctor UBA con orientación en Derecho Constitucional. Magister en ambiente humano, Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Profesor regular de Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Garantías y Derecho de los Recursos Naturales y Protección del Ambiente, Facultad de Derecho UBA. Profesor Titular de Instituciones de Derecho Público, Facultad de Ciencias Económicas UBA. Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional. Integrante de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

magistrados para fortalecer la contienda electoral ante el uso de las redes sociales con reglas de respeto por la garantía de la transparencia del sistema democrático como garante de los derechos humanos según la propia Carta Democrática Interamericana.

Abstract: the guarantee of judicial independence, as well as freedom of speech, has developed standards in the Inter-American Human Rights System (IHRRS). These two values are essential for the normal development of a free, fair and transparent electoral process. Therefore, it is necessary to reinforce the role of the electoral justice authorities with these parameters, ensuring the personal integrity of the judges in order to strengthen the electoral process regarding the use of social networks with rules that guarantee transparency of the democratic system as a guarantor of human rights according to the Inter-American Democratic Charter itself.

Palabras clave: independencia judicial, justicia electoral, libertad de expresión, redes sociales, integridad personal, control de convencionalidad, democracia.

Key words: judicial independence, electoral justice, freedom of speech, social media, personal integrity, control of conventionality, democracy.

Sumario: I. La garantía de la independencia judicial conforme los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. II. El valor de la garantía de la independencia judicial en la autoridad electoral. III. Alcances de la libertad de expresión en la contienda electoral. IV. Alcances de las críticas en las expresiones públicas contra la autoridad electoral. V. Reflexiones finales. El necesario debate sobre el alcance de las expresiones públicas contra el sistema democrático. Referencias.

I. La garantía de la independencia judicial conforme los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Existe un alto grado de consenso en torno al reconocimiento de la independencia judicial como precondición para la efectiva vigencia del Estado de derecho. De allí derivan un conjunto de garantías a los magistrados a fin de impedir que reciban presiones de los poderes políticos, del mismo poder judicial o bien de la sociedad. Tal como enseñaba Joaquín V. González, el poder judicial "[h]a sido creado como un árbitro supremo, independiente, ilustrado, para dirimir todo conflicto o duda en el sentido o aplicación de las leyes a los casos litigiosos, y su existencia y funcionamiento son distintos y separados de los otros [...] poderes".[1]

En este orden de ideas, la Constitución Nacional argentina (CN) establece mecanismos específicos de designación y de remoción para los jueces, como también reconoce la estabilidad en el ejercicio de sus funciones y la intangibilidad de sus remuneraciones.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en el caso *Reverón Trujillo vs. Venezuela*,[2] destacó que los magistrados, a diferencia de los demás funcionarios públicos, cuentan con garantías reforzadas debido a la independencia que requiere el poder judicial, las que entiende esenciales para el ejercicio de la función judicial.

En esa misma oportunidad, al igual que lo hizo anteriormente en los casos *Tribunal Constitucional vs. Perú* y *Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo"),3* agregó que

---

1 González, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Ángel Estrada y Ca. Editores, 1897, p. 625.

2 Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de junio de 2009. Serie C, núm. 197, párr. 67.

3 Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C, núm. 71; *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C, núm. 182.

> [...] uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos es la garantía de la independencia de los jueces. Dicho ejercicio autónomo debe ser garantizado por el Estado en su faceta institucional, esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema, así como también en conexión con su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez específico. El objetivo de la protección radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al poder judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación. Adicionalmente, el Estado está en el deber de garantizar una apariencia de independencia de la magistratura que inspire legitimidad y confianza suficiente no solo al justiciable, sino a los ciudadanos en una sociedad democrática.[4]

Así pues, existe un vínculo directo entre la dimensión objetiva de la independencia judicial y el derecho de los jueces a acceder y permanecer en sus cargos en condiciones generales de igualdad, como expresión de su garantía de estabilidad.[5] En este punto, el Tribunal interamericano sostuvo que la inamovilidad exige la "permanencia en el cargo, un proceso de ascensos adecuado y no despido injustificado o libre remoción".[6] Ello, toda vez que "la libre remoción de jueces fomenta la duda objetiva del observador sobre la posibilidad efectiva de aquellos de decidir controversias concretas sin temor a represalias".[7]

La Corte IDH[8] concluyó que cuando se afecta en forma arbitraria la permanencia de los magistrados en su cargo, se vulne-

---

4 Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela...*, *cit*., párr. 67.

5 Corte IDH. *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de agosto de 2013. Serie C, núm. 266, párr. 151.

6 Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela...*, *cit*., párr. 79.

7 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela...*, *cit*., párr. 44.

8 Corte IDH. *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador...*, *cit*., y *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de agosto de 2013. Serie C, núm. 268.

ra el derecho a la independencia judicial (art. 8.1, CADH) y el derecho de acceso y permanencia en condiciones generales de igualdad en un cargo público (art. 23.1.c, CADH).[9]

Por supuesto que estas garantías no pueden convertirse en un *bill* de indemnidad para impedir que pueda adjudicarse a los jueces cualquier tipo de responsabilidad disciplinaria por la forma en que cumplen con sus funciones. En efecto, entre los principios rectores de las repúblicas se encuentra la responsabilidad de los funcionarios públicos, a la cual no escapan los magistrados.

En otras palabras, uno de los mecanismos institucionales para asegurar la independencia judicial es que los jueces sean estables; no obstante, la estabilidad en el cargo supone la responsabilidad por su accionar, por lo que pueden ser sancionados o destituidos cuando se compruebe —entre otras— la causal de mal desempeño en el ejercicio de sus funciones. En este sentido, la Corte IDH destacó que los juicios políticos en los que se discute la remoción de los magistrados no son *per se* contrarios al Pacto, siempre que respeten las garantías previstas en el artículo 8 y existan criterios que limiten la discrecionalidad del juzgador con miras a proteger la garantía de independencia.[10]

II. El valor de la garantía de la independencia judicial en la autoridad electoral

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a diferencia de lo que ocurre en el sistema europeo, en la mayoría de los Estados parte existen tribunales especializados en materia electoral que establecen los alcances de los derechos de partici-

9 Parra Vera, Oscar, "La independencia judicial en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Evolución, debates y diálogos", en Saiz Arnaiz, Alejandro *et al*., (dirs.), *Diálogos judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017, pp. 485-530.

10 López Alfonsín, Marcelo A., *Las garantías judiciales en el proceso de destitución de magistrados. El caso "Rico" y otra vez el diálogo interjurisdiccional como marco*, La Ley, 2020.

pación política contenidos en las normas internas, así como en las convencionales.[11]

Aquí, corresponde aclarar que en la práctica electoral de cada país la autoridad electoral se integra y funciona de distinta manera, como respuesta a su contexto sociocultural. Lo que sí debe tener esa autoridad electoral es independencia: esa es la verdadera garantía de la integridad electoral en este aspecto.[12]

En este sentido, la importancia de la especialidad y su capacidad técnica fue resaltada por la Corte IDH al analizar la garantía de la independencia judicial de los tribunales electorales, así enfatizó que la misma "resulta indispensable dentro de un sistema democrático, por cuanto estas instituciones forman parte de la columna vertebral del sistema electoral y son el mecanismo de revisión judicial que garantiza la realización de unas elecciones justas, libres y creíbles".[13] Por tanto, es menester garantizar y preservar la independencia de los tribunales electorales a fin de prevenir interferencias indebidas de otros poderes del Estado, en especial del poder ejecutivo. Dado que los mecanismos de control jurisdiccional son imprescindibles para proteger el ejercicio de los derechos políticos de los electores como de los candidatos que participan en una contienda electoral.[14] De esta manera, la protección de la independencia judicial de los tribunales electorales es una garantía *per se* para el ejercicio pleno y efectivo de los derechos políticos.[15] En efecto, las decisiones tanto jurisdiccionales como administrativas que adoptan los organismos electorales, "por su transcendencia en el reparto de los poderes como por su impacto en los derechos fundamentales tienen transcendencia constitucional".[16]

---

11 García Roca, Javier y Dalla Vía, Alberto, R., *Los derechos políticos y electorales: un orden público democrático*, Buenos Aires, La ley, 2013, pp. 1-126.

12 Gómez, Elena I., "La integridad electoral como garantía de las elecciones", *Pensar en Derecho,* núm. 22, Buenos Aires, Eudeba-Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, julio 2023, pp. 1-210.

13 Corte IDH. *Caso Aguinaga Aillón vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de enero de 2023. Serie C, núm. 483, párr. 70.

14 *Idem*.

15 *Idem*.

16 Rubio Núñez, Rafael y de Andrade Monteiro, Víctor, "Las decisiones jurisdiccionales de carácter constitucional de los organismos electorales

En este sentido, es conveniente resaltar lo señalado en el Informe del Observatorio de la Organización de Estados Americanos (OEA) sobre la Democracia en las Américas en oportunidad de la pandemia, elaborado por la Secretaría General de dicho organismo,[17] donde se destaca el papel de los organismos electorales en dicho contexto y subraya el rol de estos en la contribución decisiva a la resiliencia de la democracia regional, mostrando adaptación e innovación, con criterios de trabajo interinstitucional en la búsqueda de consensos, garantizando independencia y autonomía. En efecto, los organismos electorales mostraron capacidad de adaptación e innovación en la organización de las elecciones al incorporar un enfoque sanitario en todo el ciclo de la organización y desarrollo del proceso electoral, buscando siempre un equilibrio del ejercicio entre los derechos políticos y los derechos a la vida y a la salud de los ciudadanos.[18]

Todo ello, enfatiza aún más el imprescindible rol de la justicia electoral, ya que es fundamental para el ejercicio pleno y efectivo de los derechos de participación política. Así lo sostuvo la Corte IDH al señalar que "la garantía de la independencia judicial de juezas y jueces que resuelven cuestiones electorales tiene una intrínseca relación con la vigencia de la democracia".[19] Además, a fin de reforzar este punto, destacó la relevancia de tal garantía no es solo para el ámbito interno sino también "en el contexto mundial y regional actual de erosión de la democracia, en donde se utilizan los poderes formales para promover valores antidemocráticos, vaciando de contenido las instituciones y dejando solo su mera apariencia".[20]

---

en Iberoamérica: un difícil equilibrio", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2022, p. 433, *doi:https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.26.13*

17 Informe del Observatorio de OEA sobre la Democracia en las Américas: Pandemia 2021, Preparado y publicado por la Secretaria General de la Organización de los Estados Americanos. *https://www.oas.org/es/observatorio-democracia/docs/OEA_Informe_Observatorio_Democracia_Pandemia2021.pdf*

18 López Alfonsín, Marcelo A., *Los desafíos de la democracia en las Américas*, Rubinzal Culzoni editores, 2023, p. 1.

19 Corte IDH. *Caso Aguinaga Aillón vs. Ecuador*..., *cit*., voto concurrente y parcialmente disidente de los jueces Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot y Rodrigo Mudrovitsch, párr. 17.

20 *Ibidem,* párr. 71.

III. Alcances de la libertad de expresión en la contienda electoral

Ya desde hace tiempo la Corte IDH sostuvo, en lo que aquí interesa, que

> [...] la libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre.[21]

Sentado ello, expresó que

> [...] en el marco de una campaña electoral, la libertad de pensamiento y de expresión en sus dos dimensiones constituye un bastión fundamental para el debate durante el proceso electoral, debido a que se transforma en una herramienta esencial para la formación de la opinión pública de los electores, fortalece la contienda política entre los distintos candidatos y partidos que participan en los comicios y se transforma en un auténtico instrumento de análisis de las plataformas políticas planteadas por los distintos candidatos, lo cual permite una mayor transparencia y fiscalización de las futuras autoridades y de su gestión.[22]

Es oportuno recordar aquí que

> [...] los derechos políticos son derechos humanos de importancia fundamental dentro del sistema interamericano que se relacionan estrechamente con otros derechos consagrados en la Convención Americana como la libertad de expresión, la libertad de reunión y

[21] Corte IDH. OC-5/85. La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva del 13 de noviembre de 1985, párr. 70. *https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf*

[22] Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2004. Serie C, núm. 111, párr. 88.

> la libertad de asociación y que, en conjunto, hacen posible el juego democrático.[23]

En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), ha indicado que

> [d]urante los procesos electorales la libertad de expresión cobra particular importancia, en estos procesos los medios pueden fomentar la participación pública algo esencial en el desarrollo democrático de distintas maneras: informando sobre el desempeño del gobierno, orientando a los electores sobre como ejercer sus derechos, dando cuenta del desarrollo de las campañas, ofreciendo una plataforma para que los partidos políticos difundan su mensaje entre el electorado y permitiendo que los candidatos debatan entre sí.[24]

Por su parte, la Corte IDH consideró

> indispensable que se proteja y garantice el ejercicio de la libertad de expresión en el debate político que precede a las elecciones de las autoridades estatales que gobernarán un Estado. La formación de la voluntad colectiva mediante el ejercicio del sufragio individual se nutre de las diferentes opciones que presentan los partidos políticos a través de los candidatos que los representan. El debate democrático implica que se permita la circulación libre de ideas e información respecto de los candidatos y sus partidos políticos por parte de los medios de comunicación, de los propios candidatos y de cualquier persona que desee expresar su opinión o brindar información. Es preciso que todos puedan cuestionar e indagar sobre la capacidad e idoneidad de los candidatos, así como disentir y confrontar sus propuestas, ideas y opiniones de manera que los electores puedan formar su criterio para votar.[25]

Por tanto, la calidad de la deliberación pública en la contienda electoral es un elemento relevante de la integridad electoral y

---

23 Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones Y Costas. Sentencia del 6 de agosto de 2008. Serie C, núm. 184, párr. 140.

24 CIDH, Informe Anual 2005, vol. II, Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, Capítulo VI, párr. 16 con cita al Informe Anual 2001, vol. I Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión.

25 Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*..., *cit*., párr. 90.

por ende la desinformación afecta palmariamente a la integridad electoral.

Una de las actuales problemáticas en las elecciones, está dada por la propagación de noticias falsas, *fake news*, a través de la viralización de la información en las redes sociales y en las plataformas digitales durante el proceso electoral.[26] Al respecto, se sostiene que "las noticias falsas contribuyen a confirmar sesgos cognitivos y, por lo tanto, poseen un mayor atractivo para ser diseminadas".[27] Además, este tipo de noticias falsas que tienen por objeto engañar a la ciudadanía, daña(n) a la democracia, es fuente para conflictos y aporta al crecimiento de posiciones extremas y, por lo tanto, a la polarización. La polarización erosiona la democracia porque corta los canales de comunicación entre grupos divergentes.[28]

De este modo, "[l]as campañas de desinformación electoral engañan intencionalmente a los votantes, alterando así la noción de elecciones justas y desafiando a las democracias [...] a elaborar nuevas políticas que salvaguarden su integridad electoral".[29]

Recordemos que la Corte IDH dijo que

> [s]in una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se empiezan a tornar inoperantes y, en definitiva, se empieza a crear el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad.[30]

---

26 Gómez, Elena I., *op. cit*.

27 Informe del Observatorio de OEA sobre la Democracia en las Américas (Pandemia/2021)..., *cit*., p. 151.

28 *Idem.*

29 Judge, Elizabeth F. y Korhani, Amir M., "Desinformación, Igualdad Informativa Digital e Integridad Electoral", *Revista de Derecho Electoral: reglas, política y política*, junio de 2020, p. 240, *http://doi.org/10.1089/elj.2019.0566*

30 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones Y Costas. Sentencia del 2 de julio de 2004. Serie C, núm. 107, párr. 116, *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf*

IV. Alcances de las críticas en las expresiones públicas contra la autoridad electoral

En los últimos tiempos vemos como el debate público se produce en los eternos digitales y consecuentemente, la magistratura electoral no es ajena a esta circunstancia.

Ahora bien, la cuestión radica en establecer si hay un límite a las manifestaciones vertidas contra la magistratura electoral por su obrar durante la contienda electoral y si esas manifestaciones se pueden traducir en violencia o acoso en las redes sociales contra el propio sistema democrático.

Aquí, resulta necesario señalar que, en los últimos procesos electorales en la región, las autoridades electorales fueron objeto de críticas y ataques por redes sociales, cuya finalidad, en algunos casos, era poner en duda su imparcialidad e independencia y por ende, la legitimidad de todo el proceso electoral en general.

Como consecuencia de ello, la Corte IDH tuvo oportunidad de expresarse en su faz cautelar, en el marco de lo establecido en el artículo 63.2 de la Convención Americana,[31] ordenando medidas provisionales al fin de salvaguardar el derecho a la vida y la integridad personal del presidente del Jurado Nacional de Elecciones de Perú y, en consecuencia, de su familia.[32]

Recordemos que el Tribunal interamericano tiene la facultad de emitir medidas provisionales sin que sea necesario la existen-

---

31 CADH, art. 63.2, "En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión".

32 Corte IDH. Asunto Jorge Luis Salas Arenas y su núcleo familiar respecto de Perú. Medidas Provisionales, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 4 de septiembre de 2023, "Conforme a lo indicado en la presente Resolución y en aplicación del estándar *prima facie* requerido para la procedencia de las medidas provisionales, la Corte considera que existe una situación de extrema gravedad, urgencia y riesgo inminente de daño irreparable a los derechos a la vida e integridad personal del señor Salas Arenas. Esta situación de riesgo impacta también a su núcleo familiar", *https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/salas_arenas_se_01.pdf*

cia de un caso contencioso en sentido estricto, siempre que determinadas circunstancias puedan, palmariamente afectar grave e inminente los derechos humanos. Ante ello, debe valorarse la situación planteada, "la efectividad de las acciones estatales frente a la situación descrita, y el grado de desprotección en que quedarían las personas sobre quienes se solicitan medidas en caso de que no sean adoptadas".[33] Además, es importante tener presente el contexto dentro del cual se solicita la adopción de las medidas provisionales.

En el caso, la CIDH dio cuenta de los riesgos a la independencia e institucionalidad que atraviesan las autoridades electorales. Así, resaltó —en oportunidad de solicitar tales medidas— "su preocupación por [los] actos de hostigamiento contra personas que participan en la vida pública en el Perú, entre ellas las autoridades electorales; al igual que por la difusión de discursos estigmatizantes que alientan la discriminación".[34] A su vez, se tuvo particularmente de relieve que durante el proceso electoral del año 2021 "las instituciones electorales fueron víctimas de ataques mediante los medios de comunicación y redes sociales que cuestionaban su credibilidad y la imparcialidad de las autoridades electorales",[35] a las que se añaden las campañas de desinformación y divulgación de los datos personales de los integrantes de la justicia electoral.

A fin de emitir su resolución, el Tribunal interamericano tuvo en cuenta la especial función del presidente de la justicia electoral del país, ya que tal como lo resalta la CIDH es "la figura más visible del Jurado Nacional de Elecciones, el cual preside a la fecha en calidad de presidente, según normativa interna peruana".[36]

Ahora bien, a fin de considerar si la cuestión resulta de "*extrema gravedad*", el Tribunal interamericano da cuenta que "existen dos tipos de situaciones que han sido descritas como amenazas: (i) las menciones y mensajes difundidos por diversas personas

[33] *Ibidem,* considerando 4.

[34] *Ibidem,* considerando 9.

[35] *Ibidem,* considerando 10.

[36] *Ibidem,* considerando 59.

en redes sociales y (ii) los actos de hostigamiento, llamadas telefónicas, manifestaciones, plantones y otro tipo de actos que habrían afectado la esfera privada del señor Salas Arenas y su núcleo familiar".[37]

Con relación a la primera, es decir "las menciones y mensajes difundidos por diversas personas en redes sociales", la Corte IDH aplicó su jurisprudencia y recordó que "las expresiones públicas de crítica a altos funcionarios están protegidas por la Convención Americana"[38] y por tanto las personas que "influyen en cuestiones de interés público están más expuestas al escrutinio y la crítica del público",[39] este umbral diferente de protección tiene su razón de ser en que se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente, ya que las acciones que ejercen salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público,[40] debido a que "no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada".[41]

En efecto, para el Tribunal interamericano "es lógico y apropiado que las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública gocen [...] de una mayor protección que permita un margen de apertura para un debate amplio, esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático".[42] Asimismo, consideró que

---

37 *Ibidem,* considerando 60.

38 Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia del 6 de febrero de 2001. Serie C, núm. 74, párr. 155; *Caso Baraona Bray vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2022. Serie C, núm. 481, párrs. 111-115.

39 Corte IDH. *Caso Moya Chacón y otro vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de mayo de 2022. Serie C, núm. 451, párr. 75 y *Caso Baraona Bray vs. Chile*..., *cit*., párr. 111.

40 Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de noviembre de 2011. Serie C, núm. 238, párrs. 47 y 50.

41 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de noviembre de 2005. Serie C, núm. 135, párr. 84.

42 *Ibidem*, párr. 82.

> tratándose de funcionarios públicos, de personas que ejercen funciones de una naturaleza pública, de políticos y de instituciones estatales, se debe aplicar un umbral diferente de protección, el cual no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada.[43]

Sin perjuicio de ello, no escapa del estudio de la Corte IDH en este caso, que

> la frecuencia de [las manifestaciones], y en particular el tono de muchos de los mensajes dirigidos al [presidente del Jurado Nacional de Elecciones], son representativos de acoso selectivo, estigmatización y desprestigio en redes sociales y medios de comunicación, lo cual no debe ser ignorado por el Estado y activa su deber de prevención. En particular, el Estado debe actuar con la mayor diligencia para determinar el origen de aquellos mensajes que pueden suponer un riesgo para la vida y la integridad personal del señor Salas Arenas y su núcleo familiar.[44]

Por tanto, más allá de las manifestaciones en redes sociales, la restante situación en análisis "configurarían un considerable riesgo y deben entenderse como amenazas inminentes".[45] Resultan, así,

> particularmente graves los hostigamientos en la vía pública, las llamadas amenazantes a números privados del señor Salas Arenas, de su núcleo familiar y de las personas que laboran con estos, las manifestaciones públicas con artefactos pirotécnicos frente a la residencia del propuesto beneficiario y las manifestaciones con discursos agresivos dirigidos al señor Salas Arenas frente a su sitio de trabajo. Estas situaciones ponen en riesgo la vida e integridad personal del señor Salas Arenas y de su núcleo familiar, además de generar intimidación, angustia y temor. La conjunción de las recurrentes menciones negativas en redes sociales y los hostigamientos, llamadas amenazantes y arengas en discursos públicos deben entenderse como amenazas directas a la integridad personal del señor Salas

43 *Ibidem*, párr. 84.

44 Corte IDH. Asunto Jorge Luis Salas Arenas..., *cit*., considerando 61.

45 *Idem*.

> Arenas y de su núcleo familiar y, por ende, llevan a concluir que en el presente caso se configura el requisito de extrema gravedad.[46]

V. Reflexiones finales. El necesario debate sobre el alcance de las expresiones públicas contra el sistema democrático

Se ha destacado que "[e]l populismo y los movimientos de la posverdad ejercen una fuerte presión sobre las elecciones libres e imparciales, piedra angular de la legitimidad democrática, mediante el uso de las nuevas tecnologías y comunicaciones digitales, para confundir y engañar a la ciudadanía".[47]

No hay que olvidar que los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos sirven para valorar la eventual responsabilidad internacional del Estado y son una guía de interpretación en cualquier proceso constitucional, pero cada Estado puede estructurar sus procesos constitucionales de acuerdo con su propia historia e idiosincrasia institucional, respetando las garantías de tutela que la Convención Americana de Derechos Humanos establece.

Así como lo marca la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en materia de derechos políticos hay un límite en cuanto a su jurisdicción, y ese límite no es otro que la soberanía de cada Estado en cuanto a su diseño político electoral, mientras que este diseño no vulnere los derechos de participación política.

En efecto, en el ámbito exclusivo de los derechos políticos se permite a los Estados Parte de la Convención configuraciones muy variadas de los sistemas electorales, que atiendan diversas finalidades, así como de los procedimientos y administraciones electorales; todo lo cual hace previsible y deseable un control supranacional normalmente menos intenso.[48]

---

46 *Ibidem,* considerando 62.

47 Informe de la Comisión Kofi Annan sobre Elecciones y Democracia en la Era Digital, "La protección de la integridad electoral en la era digital", *Kofi Annan Foundation*, enero 2020, p. 9.

48 García Roca, Javier y Dalla Vía, Alberto, R., *op. cit*., p. 42.

Esta afirmación encuentran sustento en las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos[49] que reconocieron a los Estados su autonomía en la organización de sus instituciones políticas para dotar de efectividad los derechos de participación política en el que se asienta el Estado de derecho; "dejando[,] [por lo tanto,] margen a una amplia variedad de formas de gobierno, y resaltando que el objetivo no es crear un modelo uniforme de democracia representativa para todos los Estados, sino determinar si la legislación de un Estado infringe derechos fundamentales".[50]

La Corte IDH entendió que los jueces cuentan con la protección a su honra, establecida en el artículo 11 de la CADH. Asimismo, también entendió que "el ejercicio de cada derecho tiene que hacerse con respeto y salvaguarda de los demás derechos fundamentales"[51] y "acorde con los principios del pluralismo democrático".[52]

El contexto pandémico ha sido un catalizador de la virulencia, la polarización política y la desinformación, debido al deterioro de la calidad de vida, el crecimiento de las brechas de desigualdad como también las limitaciones al ejercicio de los derechos políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, lo que ha traído insatisfacción y desconfianza en el sistema democrático y sus instituciones.

El funcionamiento de las redes sociales, las interacciones y los refuerzos de las diferentes herramientas tecnológicas tiene una creciente importancia en todas las democracias del mundo. Tradicionalmente se piensa que la polarización es la que paraliza. Sin embargo, lo que realmente provoca la paralización es la falta o la ruptura de puentes entre polos políticos, eliminando los canales de comunicación entre ciudadanos y actores políticos, produciendo actos de movilización social, con alta probabilidad de producir acciones violentas.

---

49 CIDH, Informe Núm. 137/99; Informe 25/01; Informe 98/03. Corte IDH. O.C 4/84..., *cit*.; *Caso Castañeda Gutman vs. México*..., *cit*., entre otros.

50 Orden público.

51 Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de mayo de 2008. Serie C, núm. 177, párr. 75.

52 Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*..., *cit*.

El escenario pandémico ha sido tierra fértil para el florecimiento de posiciones extremas que cuestionan a la democracia, emergiendo en algunos lugares, o fortaleciéndose en otros, discursos autoritarios y populistas en la región, los cuales no solo cuestionan el funcionamiento de las instituciones básicas de una sociedad democrática, sino que amenazan con moldearlas hacia sus intereses, socavando y debilitando la institucionalidad a través de acciones continuas que colapsan al Estado de derecho y la vigencia de las libertades fundamentales. En este círculo vicioso, el deterioro en la calidad de vida de la población y el incremento de la pobreza se convierte en un riesgo para la propia democracia.[53]

La construcción de democracias resilientes no implica solo la celebración periódica de elecciones en las cuales se ejerzan los derechos políticos, sino también demanda que las agendas públicas y privadas a través de la inversión, la innovación y el establecimiento de medidas de protección social garanticen el pleno ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales y el cierre de brechas, siendo fundamental para que las personas y los pueblos bajo el enfoque del desarrollo humano, desarrollen sus capacidades y competencias para afrontar la incertidumbre proveniente del contexto mundial y regional actual.[54]

Referencias

Corte IDH. *Caso Aguinaga Aillón vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de enero de 2023. Serie C, núm. 483.

Corte IDH. C*aso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C, núm. 182.

Corte IDH. *Caso Baraona Bray vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. *S*entencia del 24 de noviembre de 2022. Serie C, núm. 481.

[53] López Alfonsín, Marcelo A., *Los desafíos de la democracia...*, *cit*., p. 2.

[54] *Ibidem,* p. 3.

Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones Y Costas. Sentencia del 6 de agosto de 2008. Serie C, núm. 184.

Corte IDH. *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de agosto de 2013. Serie C, núm. 266.

Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C, núm. 71.

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

Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia del 6 de febrero de 2001. Serie C, núm. 74.

Corte IDH. *Caso Moya Chacón y otro vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de mayo de 2022. Serie C, núm. 451.

Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de noviembre de 2005. Serie C, núm. 135.

Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de junio de 2009. Serie C, núm. 197.

Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2004. Serie C, núm. 111.

García Roca, Javier y Dalla Vía, Alberto, R., *Los derechos políticos y electorales: un orden público democrático*, Buenos Aires, La ley, 2013, pp. 1-126.

Gómez, Elena I., "La integridad electoral como garantía de las elecciones", *Pensar en Derecho,* núm. 22, Buenos Aires, Eudeba-Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, julio 2023.

González, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Ángel Estrada y Ca. Editores, 1897.

Judge, Elizabeth F. y Korhani, Amir M., "Desinformación, Igualdad Informativa Digital e Integridad Electoral", *Revista de Derecho Electoral: reglas, política y política*, junio de 2020.

López Alfonsín, Marcelo A., *Las garantías judiciales en el proceso de destitución de magistrados. El caso "Rico" y otra vez el diálogo interjurisdiccional como marco*, La Ley, 2020.

López Alfonsín, Marcelo A., *Los desafíos de la democracia en las Américas*, Rubinzal Culzoni editores, 2023.

Parra Vera, Oscar, "La independencia judicial en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Evolución, debates y diálogos", en Saiz Arnaiz, Alejandro *et al*., (dirs.), *Diálogos judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017.

Rubio Núñez, Rafael y de Andrade Monteiro, Víctor, "Las decisiones jurisdiccionales de carácter constitucional de los organismos electorales en Iberoamérica: un difícil equilibrio", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2022.

Control constitucional e internacionalismo arbitrario; dónde queda el equilibrio

***

Constitutional review and arbitrary internationalism: where does the balance lie?

*Saúl Mandujano Rubio**

Sumario: I. Introducción. II. El criterio de identidad con la Constitución y la condición obligatoria de los tratados. III. Eficacia en la supervisión constitucional de los tratados y el papel de la Corte en un mecanismo de control a priori. IV. El contexto argumentativo de la convencionalidad como mecanismo de control de una reforma constitucional. V. Control judicial de las reformas constitucionales inconstitucionales y el resguardo de las instituciones esenciales. Referencias.

I. Introducción

Existe cierta apertura constitucional en favor del derecho internacional, la cautela consiste en saber si eso logra un equilibrio con respecto a la recepción de las normas convencionales, pues desde siempre la perspectiva de la jerarquía define el marco de la relación entre las reglas del derecho de gentes y las normas nacionales del Estado.

* Maestro en Derecho Electoral por el Instituto de Investigaciones y Capacitación Electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial del Estado de Jalisco. Profesor e investigador de carrera de la UNAM-FES Acatlán.

Sobre la categoría o rango de la normativa interna, parece que ya están dadas las respuestas. En un escenario conocido, resulta común que los Estados adopten una postura defensiva hacia las normas de origen nacional, basándose con frecuencia en la supremacía constitucional. Dentro de todo sistema jurídico, para la existencia del control de regularidad, predomina el principio de conformidad con la Constitución.

Desde el punto de vista de la primacía del orden estatal, los tratados internacionales también se han considerado como actos inmediatamente subordinados a la Constitución. Siendo el fundamento de todo orden jurídico nacional, la Constitución configura un parámetro de validez, ya sea formal o material. Nada sugiere oponerse a que la constitución de un Estado se refiera a la competencia para invalidar un tratado que se juzgue inconstitucional.

Aproximarse a los mecanismos de control de los tratados, es el propósito inicial de la investigación, pero no el único. Mientras se asuma la existencia de un sistema de examen y comprobación constitucional de las leyes, tiene sentido aplicar algo semejante a los tratados internacionales, sean o no de derechos humanos. A través de esta construcción, cobra importancia la autoridad y el protagonismo de los tribunales constitucionales, antes y después de adherirse a una obligación internacional, pues el principio de la supremacía constitucional no descarta la posibilidad de considerar inconstitucional una norma de carácter convencional.[1]

[1] Desde Hans Kelsen, tal vez con diferentes aristas, fue construida y perfilada teóricamente la posibilidad de controlar la constitucionalidad de los tratados. Prácticamente todos los Estados han habilitado mecanismos y defensas a través de las cuales se puede inspeccionar la constitucionalidad de leyes y acuerdos internacionales. Independientemente de su fuente de producción, interna o externa, al incluirse en un determinado ordenamiento, las leyes y los tratados se acomodan y adaptan a un encaje jurídico que determina, entre otras cosas, su orden de prelación. Este principio de la jerarquía normativa permite consolidar la seguridad jurídica de su aplicabilidad en cada caso concreto. Sobre el tema, se recomienda consultar el artículo de Pablo Andrés Bonilla Hernández titulado *El control de constitucionalidad de los tratados internacionales: un breve análisis teórico-práctico de su posible operatividad,* publicado en el Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, año XVI, Montevideo, Uruguay, septiembre de 2010, *https://www.kas.de>es>web>rspla>einzeltitel>content*

Subrayar el papel de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), a partir de un criterio de identidad en la supervisión constitucional de los tratados, amerita insistir en la necesidad y pertinencia de incorporarla en la celebración de los acuerdos internacionales a cargo de nuestro país. Dotarla de esa potestad, no provoca, bajo ningún concepto, conflicto alguno frente al derecho internacional. [2]

Por otro lado, sostener que una constitución puede no ser convencional, dejó de ser una cuestión exclusivamente académica. Se ha convertido en una interpretación vinculante en términos de las sentencias condenatorias, pronunciadas por tribunales internacionales. Como parte del presente estudio, explicar el aparente internacionalismo arbitrario es otro tema para desarrollar. Ninguna disposición de derecho interno podría justificar el incumplimiento de un tratado debidamente ratificado.

Encumbrar a los tratados, particularmente sobre derechos humanos, es ya una realidad constitucional. Situar el equilibrio entre constitucionalidad y convencionalidad, es el punto medular del texto. Adecuada a los nuevos tiempos y las circunstancias, cada constitución debe coexistir con los ordenamientos convencionales y, en esa perspectiva, armonizarse con el derecho internacional imperativo. Como reflejo de la globalización jurídica y en términos de un bloque de regularidad, es necesario disponer del suficiente dominio y conocimiento de los principios y técnicas de interpretación de los acuerdos internacionales. De ahí la trascendencia de involucrar a la SCJN en la celebración de los tratados.

Cierra la pesquisa con un tópico controvertido, exponiendo comentarios y un breve análisis sobre las disposiciones consti-

[2] Previsto en el artículo 46 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, los Estados gozan de un margen de apreciación nacional para disponer el modelo constitucional de celebración de los acuerdos internacionales. En el ámbito de la comunidad internacional, varios países contemplan la intervención de su tribunal constitucional que permita verificar una condición previa de validez, la conformidad con la constitución. Si este requisito es salvado, procede entonces la jerarquización normativa de los tratados. La referida Convención de Viena, vigente desde 1980, *https://www.oas.org>espanol>convencion_viena*

tucionales que son inconstitucionales. Delante de los retos apremiantes que significa declarar la inconstitucionalidad de una reforma constitucional, se formulan algunas consideraciones a partir del control judicial de la constitución, señalando que el poder reformador debe respetar las fronteras formales y materiales para modificar la norma suprema, tanto en la dimensión procedimental como en la sustantiva.

II. El criterio de identidad con la Constitución y la condición obligatoria de los tratados

En buena parte, el cumplimiento de las normas internacionales, dependen del modo en que los ordenamientos jurídicos nacionales permitan su aplicación real y efectiva. Siendo frecuente medida de reparación, acorde con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) dispone la obligación de adoptar todas las acciones que sean necesarias para dar pronto acatamiento a las normas convencionales en materia de derechos humanos.[3]

Una de las grandes discusiones surgidas con la reforma constitucional de 2011, es la manera de entender la integración del bloque de regularidad. ¿Existe en realidad una rivalidad inevitable entre las normas locales y las de condición internacional? Por supuesto que no y eso nos aleja de la solución sencilla que plantea no comprometerse en los tratados que vayan en contra del derecho interno. La posición correcta es otra, apostar por la conformidad. No se trata de elegir entre constitucionalidad y convencionalidad, son ambas.

Dentro de los fenómenos que caracterizan al constitucionalismo contemporáneo, destaca la progresiva influencia de las

[3] Conforme con el artículo 2° de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en vigor desde el 18 de julio de 1978, si el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en ella, no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Parte se comprometen a adoptar, en arreglo a sus procedimientos constitucionales y lo previsto en la propia Convención, las medidas normativas o de otra condición que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades, *https://www.cndh.org.mx>Convencion_ADH*

fuentes comparadas. Como ha sucedido siempre, el derecho progresa a través de un proceso constante que responde a factores de creación original. En el ámbito de sus competencias, todas las autoridades deben cumplir con dos tipos de obligaciones concretas: 1) velar por los derechos humanos contenidos en la Constitución General y en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado mexicano, adoptando la interpretación más favorable de acuerdo al principio pro persona; 2) preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma de inferior grado.[4]

Sujetos al imperio de la ley, los jueces y tribunales están obligados en aplicar las disposiciones vigentes del ordenamiento jurídico, ello comprende guardar que los efectos de los acuerdos internacionales sobre derechos humanos no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin. En otras palabras, junto al control constitucional, el Poder Judicial debe ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas que aplican a los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por citar un fundamento, teniendo en cuenta el entendimiento que de ellos realice la Corte IDH, intérprete última de los acuerdos regionales.

Basado en el criterio de identidad con la Constitución, sin desconocer la condición obligatoria de los tratados y ante la posibilidad de inaplicar leyes, a partir de una presunción de armonía y avenencia, los jueces deben realizar una interpretación en sentido amplio del orden jurídico, a la luz y conforme a los derechos reconocidos en la Constitución y los tratados suscritos por nuestro país. En todo supuesto, cuando existan varias interpretaciones jurídicamente válidas, deberá preferirse aquella que haga la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y los tratados internacionales.

---

[4] Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, *Control de constitucionalidad y convencionalidad exoficio. Metodología para realizarlo*, Amparo directo en revisión 2283/2013, Undécima época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro XIV, junio de 2022, Tomo V, p. 4050, *https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/gaceta/documentos/tomos/2022-08/5_14_JUN.pdf*

Todas las normas cuentan con una presunción de constitucionalidad y convencionalidad que puede ser derrotada. Cuando la persona juzgadora sospeche de la no constitucionalidad o no convencionalidad de una norma que puede aplicar, debe examinar su regularidad constitucional de manera expresa en la resolución. En su caso, tendrán que dar una respuesta frontal a las peticiones que de modo expreso le formulen las partes en la controversia.

Como norma cúspide del ordenamiento jurídico y base de la organización estatal, la Constitución General tiene un carácter autorreferente. Solo puede ser el propio texto constitucional el que defina los procesos y parámetros materiales bajo los cuales se le puede limitar, restringir, modificar o suspender. Durante mucho tiempo se ha sostenido que no es posible acotar sus efectos y alcances mediante una revisión jurisdiccional, pues ello equivaldría a una restricción no justificada de la soberanía popular, en términos de cierto principio constitucional.

En su condición de autoridad constituida, se ha dicho que el Poder Judicial de la Federación no podría suspender la vigencia y aplicación de la norma que le otorga sus propias competencias. Aceptar la existencia de límites a la posibilidad de reformar o modificar una constitución, es una cuestión política que no corresponde decidir a un tribunal. Dentro de la teoría constitucional, se considera necesario que las mismas constituciones establezcan límites o fronteras expresas, es decir, cláusulas que excluyan la posibilidad de cambiar determinados preceptos, por ejemplo, la no regresividad en la protección de los derechos humanos.

Sostener la estabilidad de una constitución depende, ante todo, de la condición para satisfacer la función integradora. Por muy completa que fuere su defensa jurisdiccional, no sería capaz de garantizar su consistencia de encontrarse ausente aquella finalidad. Consustancial a un Estado con división de poderes, el resguardo de la constitución se reconoce también y especialmente frente al legislador, de ahí que la jurisprudencia constitucional puede contribuir en gran medida a reavivar dicha función integradora.

Todo análisis hace suponer que examinar la constitucionalidad de las normas, consiste en constatar su compatibilidad. Nada

complicado entenderlo con respecto a las normas inferiores o subordinadas, el tema se dificulta cuando se plantea la no convencionalidad de la Constitución o, en sentido inverso, la no constitucionalidad de un tratado. Entre la multitud de discusiones ya existentes, se agrega otra, la inconstitucionalidad de una reforma constitucional.[5]

Sin eludir al debate y solo por cuestión de orden, un primer aspecto es abordar la constitucionalidad de los tratados. Así, de advertirse una antinomia entre la Constitución y un tratado, el derecho internacional concede las declaraciones unilaterales para excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del pacto, siempre que no resulten contrarias a su efecto útil. Un Estado puede comprometerse de manera parcial con un acuerdo internacional, dejando fuera aquellas disposiciones contrarias a la Constitución.

Con plena vigencia en el orden fundamental del Estado, los mecanismos de control y verificación constitucional aplican en una variedad de esferas, pues la supremacía es una determinante dogmática en la protección del orden jurídico. Ningún precepto del derecho de los tratados compromete a la adopción de acuerdos contrarios al marco normativo de un Estado. Jamás se ha postulado algo semejante, lo que sí está previsto, es que la condición

[5] Con base en una pauta de jerarquía formal, ahora insatisfactoria, construida a partir de un enfoque tradicional del artículo 133 constitucional, se fueron construyendo los criterios de la SCJN sobre la incorporación de los tratados al orden jurídico nacional. Tanto doctrinal como jurisprudencialmente, se afirmaba, sin excepción, el principio de supremacía constitucional. Hablar entonces de la "jerarquía de fuentes" ignoraba una visión internacionalista, que no atendía la necesidad de una nueva perspectiva. Como consecuencia del predominio constitucional, los tratados se ubicaban siempre en un nivel inmediatamente inferior a la Constitución. Pero cambiaron las circunstancias, para dar cuenta ahora de lo ocurrido con las normas de derechos humanos, previstas en los tratados internacionales, es pertinente apuntar a una inédita dimensión de raíz gracias a las reformas constitucionales de 2011. Sobre el tema se recomienda acudir a la sentencia dictada por la SCJN en el expediente varios 912/2010, relativa al control de convencionalidad ex oficio en un modelo de control difuso de constitucionalidad, Semanario Judicial de la Federación, *https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/estrado_electronico_notificaciones/documento/2018-08/SENTENCIA -EXP-VARIOS/*

obligatoria de un acuerdo internacional no se diluye frente al derecho interno.[6]

Ante los mecanismos de salvaguarda, la identidad constitucional de los tratados es una premisa vigente en diversos países latinoamericanos. Dentro de un régimen general, extendido a todas las categorías de tratados no relativas a los derechos humanos, con base en el postulado de conformidad constitucional, los convenios internacionales son ley suprema, siempre y cuando estén de acuerdo con la Constitución. La articulación de un dispositivo de control constitucional de este tipo conlleva, indefectiblemente, en la estructura de fuentes del Estado, al principio de jerarquía infraconstitucional de las normas convencionales, pues la dirección de ajuste se prevé aquí de una sola vía.

Conceder que los tratados deben cumplir un filtro de constitucionalidad, de ninguna manera contraviene la condición obligatoria de los tratados. Ningún Estado exhibe poder jurídico para hacer prevalecer el imperio de sus propias leyes sobre las de otro. Cuando sea evidente la contradicción entre un tratado y la Constitución, la manera de eludir la obligación convencional no es por la vía jurisdiccional de la anulación unilateral, si no por los conductos que de manera expresa y taxativa previene la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.[7]

---

6 Durante años, demasiados, se consideró que la nacionalidad de los individuos debería ser única. En ese sentido, se manifestaron diversos organismos internacionales a través de declaraciones y convenciones internacionales. En el mes de marzo de 1997, fueron reformados distintos artículos de nuestra Constitución con el objeto principal de preservar la nacionalidad mexicana, aun cuando voluntariamente se adopte alguna otra. México reconocía la doble o múltiple nacionalidad apartándose de las reglas convencionales que disponían el compromiso de la nacionalidad única. Debido a la incompatibilidad entre el nuevo texto constitucional y la Convención de Montevideo sobre Nacionalidad de 1933, se denunció la Convención, surtiendo efecto el retiro voluntario doce meses después. Por esa razón, el decreto de la reforma constitucional entró en vigor al año siguiente, marzo de 1998. Apartarse de un tratado es una alternativa para superar una antinomia con el derecho interno, *https://www.dipublico.org/14588/*

7 Dispone el artículo 42 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, que la validez de un tratado o del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado, no podrá ser impugnada sino mediante la aplicación de la presente Convención. La terminación de un tratado, su denuncia

Como principio de santidad de la buena fe, la máxima *pacta sunt servanda* consigna el imperio del derecho internacional de diferentes maneras. A partir de ese hecho, con la declaratoria de inconstitucionalidad, un tratado puede perder su categoría de norma obligatoria en el ámbito interno, pero internacionalmente el vínculo subsiste, en tanto no se haga la denuncia correspondiente, concluya su plazo o se agote el objeto y fin.

Guiar las prácticas interpretativas del derecho, pasa ahora por el pluralismo jurídico, donde caben perfectamente la identidad constitucional y la circunstancia obligatoria de los tratados. Entendido como la coexistencia de espacios legales, el pluralismo reconoce que los sistemas interactúan entre sí. La existencia de conflicto, pero también su solución, parece ser una de sus notas esenciales. Entender que la constitucionalidad de un tratado se acompaña con la convencionalidad de una constitución, es una realidad del derecho contemporáneo.[8]

III. Eficacia en la supervisión constitucional de los tratados y el papel de la SCJN en un mecanismo de control *a priori*

Nuestra Constitución, como otras, no dispone controles de constitucionalidad de leyes o tratados de fase previa o simultánea, sino posterior. En México, los tratados no se revisan en sede ju-

o el retiro de una Parte, no podrán tener lugar sino como resultado de la aplicación de las disposiciones del tratado o de la presente Convención. La misma norma se aplicará a la suspensión de un Tratado.

8 Son los tratados actos jurídicos esencialmente internacionales y, en consecuencia, es el derecho internacional quien rige su celebración, validez y terminación. Toca al derecho interno, por su parte, designar al órgano que tiene competencia para celebrarlos; señalar los requisitos para su perfeccionamiento y determinar la jerarquía que tienen al interior del Estado. Entre los dos órdenes jurídicos hay una influencia recíproca. Sobra decir que, si una norma está incluida en las convenciones que codifican el derecho internacional de los tratados, como derecho consuetudinario, esa norma es aplicable a todos los Estados. Acerca del tema se recomienda el texto de Elma del Carmen Trejo García, *El procedimiento interno para la aprobación de un tratado internacional en México*, febrero de 2005, Cámara de Diputados, LIX Legislatura, *https://www.diputados.gob.mx/sia/coord/pdf*

risdiccional antes de su ratificación. Algunos países someten los tratados a la aprobación del parlamento, en un acto de control accesorio. Debatir acerca del predominio de los tratados, con base en lo dispuesto por la Convención de Viena de 1969, obliga a considerar la participación del Poder Judicial en un examen de constitucionalidad *a priori*.

Desde septiembre de 2009, existe una iniciativa que propone elevar la eficacia en la supervisión constitucional de los tratados. Destaca el proyecto la tarea de aprobación del senado y precisa que no lleva a cabo un procedimiento, propiamente, de control constitucional. Es cierto que debe cuidar la compatibilidad del tratado con la Constitución, pero se enfoca más en revisar: que se hayan resguardado debidamente los intereses nacionales; que no provoque una ruptura del sistema legal; que no exista desventaja o dificultad grave para su futuro cumplimiento; que haya un equilibrio de prestaciones y contraprestaciones; que recomiende reservas o declaraciones interpretativas en caso de advertir términos oscuros; que no sea incompatible con otros tratados o que existan cláusulas de denuncia.[9]

Sin duda el senado aporta una valiosa ayuda sobre las posibles repercusiones de un tratado, advirtiendo acerca de compromisos internacionales incómodos. Pero en estricto sentido, su actividad no constituye una labor especializada sobre control de constitucionalidad, sino una supervisión relativa a la conducción de los asuntos públicos. Su aprobación no se aleja de una función de contenido político, muchas veces supeditada al criterio de oportunidad.

Como único medio de control *a priori*, la aprobación del senado no confiere certeza absoluta de que el Estado mexicano no ratificará un tratado contrario a la Constitución. Cuando un órgano político desarrolla un mecanismo de control, el parámetro y los

[9] Indagar entre las iniciativas de reforma que pretenden ajustar el procedimiento de aprobación de un tratado, lleva hacia algunas que persiguen la incorporación de la Cámara de Diputados. Agregar al Congreso de la Unión aporta poco a la valoración no política de un acuerdo internacional. Considerando la férrea disciplina parlamentaria con relación al partido en el poder, los análisis en sede legislativa gozan de poca autonomía crítica.

criterios de valoración exceden una dosis razonable de subjetividad. A pesar del memorándum explicativo que suele acompañar la Secretaría de Relaciones Exteriores al texto del tratado, nunca faltan eventualidades o sucesos de cálculo político que se presentan en un contexto determinado.

Confiar a una corte la salvaguarda y custodia de la constitución implica, en diferentes sistemas jurídicos, la facultad de decidir definitivamente sobre la exigibilidad de los tratados internacionales. Con distintas peculiaridades, en ellos el control constitucional de los tratados resalta su carácter obligatorio a cargo de un órgano especializado. La declaración que emita el tribunal constitucional tendrá, en ese caso, condición vinculante.

Prever un procedimiento anticipado de constitucionalidad para los tratados, el cual no existe con respecto a las leyes, atiende el riesgo de posible responsabilidad internacional para el Estado. Conceder a un órgano técnico el control constitucional de los tratados, no implica que éste imponga las limitaciones, sino que verifique las que ya están preestablecidas. Declarada la constitucionalidad del tratado, no podría cuestionarse posteriormente, pues es una circunstancia que brinda certeza y fortalece la unidad del orden jurídico.

Darle protagonismo al tribunal constitucional en la celebración de los tratados, cuyas funciones de tutela alcanzan, incluso, la normativa internacional, cobra sentido ante la preeminente situación que la categoría de los acuerdos sobre derechos humanos adquiere en el orden jurídico interno, ya que dicha supremacía puede subordinar incluso a la propia norma constitucional. Sobre esta base, es vital contrastar que los tratados deberán ajustarse al principio de control constitucional que contempla el sistema.

Todo comienza con el deber de observar, obligadamente, el postulado de la primacía constitucional sobre cualquier ley que incluso alcanza a los tratados no versados en derechos humanos. El tema ajusta su notoriedad cuando la incongruencia sucede bajo dos escenarios diferentes; si el tratado es posterior a la Constitución o anterior a ella. Respecto al primer supuesto, el control constitucional de un tratado no podría sacrificarse por compromisos internacionales. Al margen de la distención que puede provocar la jerarquía de los tratados en materia de dere-

chos humanos y las distintas pautas que merecen guardarse en cuanto a su aplicación, para ser válidos, interna y externamente, los tratados tendrán que seguir el procedimiento constitucional de celebración, aprobación y ratificación.

Precisamente ahí se pone el énfasis. Un tribunal constitucional tendría que velar por la efectiva defensa de la primacía antes de la ratificación de un tratado. En su condición de tribunal supremo, debería señalar la inconstitucionalidad en caso de que exista, previo a la manifestación del Estado en obligarse. No es inédito que las cortes constitucionales participen de esa manera. En varios países, frente a un tratado que se tiñe de inconstitucionalidad, el tribunal supremo opina sobre la aprobación o no del acuerdo internacional.

Dado que a la SCJN le tocaría ponderar *ab initio* la constitucionalidad del tratado, el juicio positivo a realizar requiere el uso de criterios de interpretación propios de un órgano técnico: entendimiento del principio de supremacía y fines constitucionales; certeza razonable sobre la contradicción del tratado con la Constitución; presunción de constitucionalidad e interpretación conforme; aplicación armónica y unidad del orden jurídico. Cada uno de ellos, son pautas interpretativas más acorde a la tarea jurisdiccional que a la legislativa.

Todo tratado en México, incluso los de derechos humanos o materia económica, requieren el mismo porcentaje de aprobación en el Senado, pero no todos, ameritan similar tipo de análisis. Cuando son en materia económica, la congruencia va más dirigida hacia objetivos particulares en inversiones, solución de controversias e intercambio de bienes y servicios; si los acuerdos corresponden a los derechos humanos, el interés versa sobre la protección a los derechos y las libertades fundamentales.[10] Es

[10] En términos de lo dispuesto por la *Ley sobre la aprobación de tratados en materia económica*, artículo 2, su conformidad con la Constitución se da respetando las garantías individuales (sic) y la división de poderes, la distribución de facultades y las potestades de los órganos representantes del pueblo. Entre los objetivos generales, para la aprobación de un tratado se observará lo siguiente: contribuir a mejorar la calidad de vida y el nivel de bienestar de la población mexicana; propiciar el aprovechamiento de los recursos productivos del país; promover el acceso de los productos mexi-

cierto que el control de constitucionalidad opera en ambos, sin embargo, por el tema de las restricciones, adquiere un significado particular en los últimos. Al menos en éstos la opinión de la SCJN debiera considerarse previo a la ratificación.

IV. El contexto argumentativo de la convencionalidad como mecanismo de control de una reforma constitucional

Un importante fenómeno del constitucionalismo moderno es el impacto que ciertos principios del derecho internacional tienen sobre el orden constitucional. Absorber los parámetros internacionales en el contexto nacional, depende de la receptividad que tanto leyes y autoridades hagan de las disposiciones convencionales. Sería inadecuado suponer que esta clase de internacionalización sea una amenaza a la autonomía constitucional de los Estados.[11]

Son diversas las influencias normativas externas sobre las estructuras del derecho interno. Los nuevos desarrollos en materia de derechos humanos no solo obligan a ajustar el derecho ordinario, sino también el derecho constitucional, pues en el ámbito de la relación que el ordenamiento constitucional tiene con estándares internacionales, pueden generarse tensiones.

Aludido en el texto, una reforma constitucional podría ocurrir con posterioridad a la ratificación de un tratado. En ese caso, una vez incorporada válidamente al derecho interno, la norma internacional no puede ser objeto del control represivo de constitucionalidad que se aplica a las leyes, sin incurrir en una viola-

canos a los mercados internacionales; fomentar la integración de la economía nacional con la internacional; contribuir a elevar la competitividad del país; impulsar la transparencia en las relaciones comerciales internacionales y el pleno respeto a los principios de política exterior. La ley está *https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/271.pdf*

11 Acerca del tema, se recomienda el artículo de Matthias Herdegen denominado *La internacionalización del orden constitucional*, publicado en el Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, año XVI, Montevideo, Uruguay, septiembre de 2010, *https://www.kas.de>es>web>rspla>einzeltitel>content*

ción al principio *pacta sunt servanda* previsto en el artículo 27 de la Convención de Viena. Bajo tal supuesto es posible hablar, en sentido inverso, del control convencional de la Constitución.[12]

Destaca un cambio significativo que alude a la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse la supremacía en el derecho mexicano. Esta transformación amplía el catálogo de derechos humanos, mismo que constituye el factor o variable de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico nacional.

A la luz de un nuevo enfoque y como una conclusión anticipada, los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales y en la Constitución, no se relacionan entre sí en términos jerárquicos. Aquel enfoque tradicional de la subordinación convencional no representa, ahora, una herramienta satisfactoria para determinar el lugar que ocupan en el orden jurídico los derechos humanos reconocidos en los convenios o acuerdos internacionales.

Hablar de constitucionalidad y convencionalidad implica hacer referencia al mismo parámetro de regularidad o validez, aunque pueda diferenciarse entre el origen de la norma empleada. Interpretar así la Constitución en el ámbito de los derechos humanos, de la manera más favorable a la persona, podría plantear la posibilidad de una incompatibilidad entre la norma constitucional y la convencional. Nada extraño que, en una labor de contraste, la Corte IDH haya resuelto sobre algunas medidas como el arraigo y la prisión preventiva de oficio, que son contrarias al contenido de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.[13]

---

12 En el año 2008 se introdujo la reforma constitucional que dio lugar en México al sistema penal acusatorio, dando las bases para contextualizar a la medida cautelar de la prisión preventiva, de forma diferente a como se entendía y operaba en el sistema de justicia penal tradicional o mixto. A partir de entonces, el artículo 19 de la Constitución General alude a la prisión preventiva oficiosa, aquella que se ordenaría de manera automática respecto de los delitos expresamente señalados, suscitando incompatibilidad o antinomia con diversos tratados en materia de derechos humanos, debido a la afectación de las personas sometidas sin que antes se haya derrotado su presunción de inocencia en un juicio.

13 En el caso *Tzompaxtle Tecpile y otros vs México*, sentencia del 7 de noviembre de 2022, la Corte IDH determinó que la figura del arraigo es una me-

En los últimos años, la doctrina constitucional nos esboza preguntas que hace poco eran impensables, como reflexionar acerca de las implicaciones que tiene declarar no convencional un precepto constitucional. Discutida en la SCJN, la postura nos hace pensar en aquella evolución que incorporó el control de convencionalidad de las leyes, actos u omisiones y que llega a tal punto de cuestionar la no convencionalidad de una disposición constitucional.[14]

Someter a un mecanismo de control a la Constitución, no renuncia al principio de supremacía constitucional, jurídicamente hablando. Interesante y oportuna en sus méritos, existe una visión, hasta cierto punto rígida, para determinar la irregularidad de una norma constitucional desde la operación del derecho internacional. No es casualidad que una parte importante de la discusión académica asuma la noción de internacionalizar al derecho constitucional, con todas sus vertientes, implicaciones,

---

dida restrictiva a la libertad de naturaleza pre-procesal con fines investigativos, que resulta opuesta al contenido de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, vulnerando *per se* los derechos a la libertad personal y la presunción de inocencia de la persona arraigada. En cuanto a la prisión preventiva, la Corte IDH concluye que el Estado incumplió su obligación de adoptar disposiciones de derecho interno, artículo 2 de la Convención, con relación a los derechos de no ser privado de la libertad arbitrariamente, al control judicial de la privación de libertad y la presunción de inocencia, *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_470_esp.pdf*

14 Nada plano, el camino de aproximación de la SCJN al derecho internacional siempre ha estado lleno de balbuceos. Sigue vigente una corriente más recatada que no mira con decisión el control de convencionalidad de la propia Constitución. Al discutirse la contradicción de tesis 293/2011, fueron expuestos varios argumentos en contra. En el voto concurrente y particular del Ministro José Fernando Franco González Sada pueden advertirse razones como lo siguiente. La SCJN no puede declarar la inconstitucionalidad o, mucho menos, declarar inconvencional un artículo o precepto de la Constitución, puesto que ello significaría ejercer facultades que no tiene, además de invadir la tarea y funciones del Poder Constituyente. Para que el Tribunal Constitucional, pudiese llegar a ese extremo, el Constituyente originario o Permanente tendría que haberle otorgado esas facultades expresamente. Al igual que los otros Poderes u órganos del Estado mexicano, la SCJN y sus integrantes están obligados a desempeñarse conforme a las dotes específicamente conferidas, *https://www2.scjn.gob.mx>juridica>engroses*

diferencias o similitudes, hecho más patente a través de las cláusulas habilitantes de esa apertura.[15]

Razonar o analizar un precepto constitucional a partir del derecho internacional, es distinta si la apreciación es realizada por un corte nacional o un tribunal supranacional y mucho depende del indicador de referencia. En este marco de ideas, el control de convencionalidad de las reformas constitucionales parte siempre de una presunción de coincidencia y la incompatibilidad es la excepción. Cautelosa, la Corte IDH opta primero por la interpretación conforme en vez de la adecuación normativa. Como evidencia de la propia jurisprudencia interamericana, no es tan común que exista una incompatibilidad entre las constituciones y la Convención Americana.

Resolver, en su caso, esa clase de tensiones comienza procurando la armonización. En su esfuerzo interpretativo, la Corte IDH rara vez ordena modificar alguna constitución, ya que existen buenas razones para entender que la relación es más constructiva de lo que se suele pensar. Mediante un mecanismo de diálogo horizontal y no tanto vertical, la Corte IDH es proclive a resguardar, mientras sea posible, el ordenamiento jurídico interno. Al momento de establecer las medidas de reparación, la Corte IDH puede considerar autocontenerse.

Aludir a la tarea y la función del derecho internacional en el control de las normas constitucionales, comprende identificar los límites explícitos o implícitos de condición convencional. Así, en la forma de entender la ejecución del derecho internacional, surgen diferentes apreciaciones. Un primer aspecto, es precisar que no se habla de un régimen supraconstitucional, porque no desplaza a la norma suprema. En el ámbito internacional, el pronunciamiento está referido, en todo momento, al incumplimiento o no de una obligación derivada de un acto legislativo.

Mientras el control de convencionalidad se ubique en sede externa, la Corte IDH argumenta a partir del fincamiento de

[15] Medellín Urquiaga, Ximena y Caballero, José Luis, *¿La constitución inconstitucional? Estudio introductorio*, artículo publicado en Jurídica Ibero, revista semestral del Departamento de Derecho, año 8, número 16, enero-junio 2024, Universidad Iberoamericana A.C. *https://juridica.ibero.mx/index.php/juridi/issue/view/64/81*

responsabilidad para el Estado. Toda violación de un deber internacional que haya producido daño comporta la obligación de repararlo adecuadamente. Ahora bien, la Corte IDH no resuelve todas las tensiones entre el derecho interno y la Convención de la misma manera. En la medida de lo posible, intenta primero resguardar el ordenamiento jurídico interno, absteniéndose de ordenar adecuaciones normativas cuando existe una interpretación posible que permita armonizar la norma nacional con la Convención. Solo si resulta inviable y el choque es frontal, ordena la modificación de la disposición interna.[16]

Controlar la convencionalidad de algún precepto constitucional, cabe también en sede interna. A finales de 2022, en la acción de inconstitucionalidad 130/2019, la SCJN discutió la posibilidad de declarar la inconvencionalidad del artículo 19 y en consecuencia su inaplicación. En el proyecto de sentencia, primero se consideró necesario abandonar el criterio que había sostenido con respecto a la parte final del artículo 1° constitucional. Cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional. En segundo lugar, el proyecto propuso un test de inconvencionalidad que serviría para evaluar sí debe inaplicarse una restricción constitucional.[17]

Aunque no todo se juega en la dimensión internacional, el control convencional cuida la razonabilidad de una reforma constitucional. Suena imposible afirmar que el control de convencionalidad impone un internacionalismo arbitrario. Por su condición particular, las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos. Optar por la mayor protección de esta clase de derechos,

---

16 Serrano Guzmán, Silvia, *La malentendida relación entre la Convención Americana y las constituciones*, artículo publicado en Jurídica Ibero, revista semestral del Departamento de Derecho, año 8, número 16, enero-junio 2024, Universidad Iberoamericana A.C., *https://juridica.ibero.mx/index.php/juridi/issue/view/64/81*

17 Niembro O., Roberto, *¿Disposiciones constitucionales inconvencionales? A propósito de la prisión preventiva oficiosa,* artículo publicado en Jurídica Ibero, revista semestral del Departamento de Derecho, año 8, número 16, enero-junio 2024, Universidad Iberoamericana A.C. *https://juridica.ibero.mx/index.php/juridi/issue/view/64/81*

disminuye el margen de apreciación nacional, en ese sentido, los jueces nacionales tendrán que dar prevalencia a las normas más favorables, sean de fuente externa o interna.

V. Control judicial de las reformas constitucionales inconstitucionales y el resguardo de las instituciones esenciales

Comúnmente se alega que una norma no puede ser constitucional y, simultáneamente, inconstitucional. El trasfondo de la afirmación es claro, una vez que la norma ha sido válidamente incorporada al texto fundamental, sería conceptualmente imposible la determinación de su inconstitucionalidad.

Bastante avanza el pensamiento jurídico alrededor del control de regularidad de las normas constitucionales. A partir de la propia Constitución, se plantea construir un mecanismo de examen sobre una norma que también es parte de aquella. Identificar los límites tácitos a las reformas constitucionales conlleva la posibilidad de determinar la inconstitucionalidad de normas que, a pesar de resultar válidas por cumplir con el procedimiento requerido para su creación, no son compatibles materialmente con la Constitución misma.[18]

Hace muchos años Otto Bachof habló acerca de las normas constitucionales inconstitucionales. Apegada a su contexto histórico y al mismo tiempo tan intemporal, su obra hace un estudio de las normas constitucionales inválidas y la competencia jurisdiccional de su control. Defender la posibilidad de que ciertos preceptos del texto constitucional sean inconstitucionales, implica entender el concepto de constitución como algo diferente. Desde este especial punto de vista, la custodia de las normas constitucionales supone el abandono de las tesis más tradicionales.[19]

En el marco de estas discusiones, cuando el parámetro es la propia constitución, brinca la complejidad de conversar sobre

[18] Medellín Urquiaga, Ximena y Caballero, José Luis, *op. cit*., p. 24.

[19] Bachof Otto, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?* Traducción de Leonardo Álvarez Álvarez, Palestra Editores, Lima, 2010.

la inconstitucionalidad de una norma constitucional. La forma de razonar o analizar es distinta si se realiza con respecto a una norma de derecho internacional. Esa labor de contraste tiene un elemento adicional que facilita la comparación, el bloque de regularidad está apoyado en normas de origen distinto y criterios interpretativos transnacionales.

Quizás el primer aspecto a resolver es el relativo a la competencia para declarar la inconstitucionalidad de una norma constitucional. Cada sistema atiende diseños particulares, en distintos países se atribuye a las cortes nacionales garantizar la sustancia constitucional contra modificaciones indeseables. La revisión judicial se ha convertido en la forma más satisfactoria para examinar la actuación de los órganos reformadores. En dichos contextos, la competencia se alega como una consecuencia natural o facultad implícita derivada de la misma intangibilidad de ciertas disposiciones constitucionales. Expresamente, nuestro ordenamiento no prevé que la SCJN pueda llevar a cabo un control judicial de las reformas constitucionales, ya sea *ex ante* o *ex post*.

Centrada en la interpretación jurídica, las cortes han justificado sus atribuciones para ejercer alguna forma de control sobre las normas constitucionales. En la práctica comparada, el amparo judicial respecto de normas constitucionales parece responder a una forma de reivindicación de las cortes supremas. No faltan los cuestionamientos que señalan como argumento el peso de las decisiones políticas de las mayorías. Bajo esa línea, se alega que la actuación judicial frente a las normas constitucionales conllevaría un posicionamiento político que no corresponde a la naturaleza de sus funciones o atribuciones.[20]

Un segundo aspecto aborda los límites que rigen la actuación del poder reformador de la constitución. Mientras el control de convencionalidad busca proteger los derechos humanos en situaciones excepcionales, frente a restricciones excesivas, el control de las reformas constitucionales por inconstitucionales pretende resguardar diversas instituciones esenciales, previstas en la propia constitución, como la división de poderes, el Estado de derecho, el régimen democrático y los derechos fundamentales.[21]

---

[20] Medellín Urquiaga, Ximena y Caballero, José Luis, *op. cit*., p. 37.

[21] Niembro O., Roberto, *op. cit.,* p. 87.

Hacer una reflexión pausada sobre el tema deriva de un deficitario procedimiento de reformas. Más allá de un iluminado argumento, hay un semblante cuantitativo de inicio. Ante una mayoría absoluta y sin una oposición capaz de resistir, una modificación constitucional puede apartarse del modo o sistema adecuado de reforma, dejando de cumplir con los linderos formales previstos en la propia constitución. De no sujetarse a los limites sensatos en cuanto a los órganos facultados, como al procedimiento mismo de reforma que se debe efectuar, una modificación constitucional puede, formalmente, ser inconstitucional.

Debe también el poder reformador observar los límites materiales en toda reforma constitucional. Concebido como un órgano *sui generis* y con facultades extraordinarias, existen contornos de fondo establecidos en la misma constitución que deberían respetarse. Toda constitución es un instrumento complejo que puede contener diversos tipos de disposiciones, cláusulas y principios, entre los cuales se generan relaciones jerárquicas. Se trata de preceptos afianzados que no pueden ser modificados.

Una reforma constitucional podría no corresponder a la estructura elemental de la propia de constitución. Desmantelar, por ejemplo, la democracia constitucional es inconstitucional por qué atenta contra la coherencia de todo un sistema jurídico. Muchas constituciones incluyen reglas o cláusulas que ordenan la inmutabilidad de disposiciones constitucionales concretas o de principios, como aquellas relativas a la naturaleza o elementos constitutivos del Estado. A pesar de ser válidas por cumplir con el procedimiento requerido para su creación, son inconstitucionales al no ser compatibles materialmente con ella.

Toda vez que existe un parámetro de corrección o regularidad para las propias normas constitucionales, cuando una reforma a la constitución es contraria a los elementos esenciales del sistema constitucional, debe declararse inconstitucional. Si eso sucede, las consecuencias del mecanismo de control podrían bordar sobre la derogación de la norma impugnada o tal vez solo su inaplicación o la modulación interpretativa, con efectos correctivos o armonizadores.[22]

[22] Medellín Urquiaga, Ximena y Caballero, José Luis, *op. cit*., p. 40

Desde una mirada común, cabe la sensata afirmación de la supremacía jurídica del mismo cuerpo constitucional. Ante los retos apremiantes que significa declarar la inconstitucionalidad de una reforma constitucional, tres apuntes finales: 1) A partir de las facultades que cada sistema les reconozca, los tribunales supremos ejercen esa atribución con algún límite jurídico o político; 2) El poder reformador debe respetar las fronteras formales y materiales para modificar la constitución; 3) La revisión judicial con respecto a la actuación del poder reformador se ocupa, tanto de la dimensión procedimental como de la sustantiva.

Referencias

Bachof, Otto, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?* Traducción de Leonardo Álvarez Álvarez, Palestra Editores, Lima, 2010.

Bonilla Hernández, Pablo Andrés, *El control de constitucionalidad de los tratados internacionales: un breve análisis teórico-práctico de su posible operatividad,* Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, año XVI, Montevideo, Uruguay, septiembre de 2010.

Franco González Sada, José Fernando, voto concurrente y particular en la contradicción de tesis 293/2011.

Herdegen, Matthias, *La internacionalización del orden constitucional*, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, año XVI, Montevideo, Uruguay, septiembre de 2010.

Medellín Urquiaga, Ximena y Caballero, José Luis, *¿La constitución inconstitucional? Estudio introductorio*, artículo publicado en Jurídica Ibero, revista semestral del Departamento de Derecho, año 8, número 16, enero-junio 2024, Universidad Iberoamericana A.C.

Niembro O., Roberto, *¿Disposiciones constitucionales inconvencionales? A propósito de la prisión preventiva oficiosa,* artículo publicado en Jurídica Ibero, revista semestral del Departamento de Derecho, año 8, número 16, enero-junio 2024, Universidad Iberoamericana A.C.

Serrano Guzmán, Silvia, *La malentendida relación entre la Convención Americana y las constituciones*, artículo publicado en Jurídica Ibero, revista semestral del Departamento de Derecho, año 8, número 16, enero-junio 2024, Universidad Iberoamericana A.C.

Trejo García, Elma del Carmen, *El procedimiento interno para la aprobación de un tratado internacional en México*, febrero de 2005, Cámara de Diputados, LIX Legislatura.

Normativa nacional y convencional

Convención Americana sobre Derechos Humanos, 18 de julio de 1978.

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, vigente desde enero 1980.

Convención de Montevideo sobre Nacionalidad de 1933.

Ley sobre la aprobación de tratados en materia económica.

Sentencias

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, *Control de constitucionalidad y convencionalidad exoficio. Metodología para realizarlo*, Amparo directo en revisión 2283/2013, Undécima época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro XIV, junio de 2022, Tomo V.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, expediente varios 912/2010.

Corte IDH. *Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs México*. Sentencia del 7 de noviembre de 2022.

Las promesas inverosímiles del control difuso de constitucionalidad

***

The implausible promises of diffuse control of constitutionality.

*Piero Mattei-Gentili**

Resumen: este artículo examina las limitaciones del control difuso de constitucionalidad como herramienta para fortalecer el Estado de derecho y garantizar la protección de los derechos humanos. A partir de una revisión de los retos inherentes a la interpretación jurídica, el texto argumenta que este mecanismo puede generar incertidumbre jurídica y desigualdad en el goce de los derechos. Finalmente, el autor propone la necesidad de un diseño institucional que limite la discrecionalidad judicial y promueva la transparencia como condiciones fundamentales para consolidar el Estado de derecho.

Abstract: this article examines the limitations of diffuse constitutional control as a tool to strengthen the rule of law and guarantee the protection of human rights. Based on a review of the challenges inherent to legal interpretation, the text argues that this mechanism can generate legal uncertainty and inequality in the satisfaction of rights. Finally, the author proposes the need for an institutional design that limits judicial discretion

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Licenciado y Maestro en Derecho por la UNAM, y Doctor en Derecho por la Universitat de Girona. Especializado en temas de Filosofía del Derecho y de Derecho Constitucional.

and promotes transparency as fundamental conditions for consolidating the rule of law.

Palabras Clave: control de constitucionalidad, interpretación, Estado de derecho, derechos humanos.

Key words: constitutional control, interpretation, rule of law, human rights.

Sumario: I. Introducción. II. Exigencias del Estado de derecho. III. La interpretación a la luz de la constitución. IV. Optimismo interpretativo y control constitucional. V. Motivos para la cautela. VI. Conclusión. Referencias.

I. Introducción

El presente texto tiene como finalidad exponer el escepticismo que albergo frente al control difuso como de constitucionalidad como mecanismo para promover el Estado de derecho y la garantía de los derechos. Lo que a continuación expondré, y que ha servido como marco de la ponencia que he presentado en el XVI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, es una síntesis de ideas que he tenido la oportunidad de exponer con mayor detalle en la revista *Cuestiones Constitucionales*, trabajo que invito a consultar a quien desee profundizar sobre estos argumentos.[1]

Finalmente, en el año 2021, se ha consolidado la implementación del mecanismo de control difuso de constitucionalidad en México, cuando en sesión plenaria la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que el artículo primero constitucional obliga a todos los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de

[1] Mattei-Gentili, Piero, "Suspicacia ante el control difuso de constitucionalidad", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, Vol. 25, No. 50, 2024. En el texto de la revista se abordan de manera pormenorizada, y se ahonda en la discusión de varios temas que, por cuestiones de tiempo y espacio, en este texto solamente son tocados de manera superficial.

la Federación, cuando actúan en amparo directo o indirecto, a dejar de aplicar toda disposición jurídica que identifiquen como violatoria de derechos humanos. Como es de suponer, la decisión fue celebrada como un avance en materia constitucional y de protección de derechos, asumiendo como lo hacen autores como Vázquez Sánchez, que "[...] la práctica del control difuso [...] es la práctica de resolver cuestiones constitucionales con base en derechos humanos".[2]

No comparto este entusiasmo pues me parece que, cuando se analizan detenidamente los problemas que implica la identificación e interpretación del derecho, y se contrasta con las exigencias del Estado Constitucional de Derecho, el control difuso de constitucionalidad no es preferible al modelo concentrado e, incluso, potencialmente acarrea importantes problemas.[3] Para defender esta tesis, primero haré una exposición de las exigencias institucionales del Estado de derecho, continuaré por exponer los motivos por los cuales la interpretación en materia constitucional es casi ineludible, pero también potencialmente esquiva y subjetiva. Plateado este panorama, expondré los motivos por los cuales, con independencia de la teoría de la interpretación que se adopte, existen motivos sólidos para sospechar que el control difuso sea idóneo para perseguir los postulados del Estado de derecho.

II. Exigencias del Estado de derecho

El Estado de derecho es un concepto que tiene como finalidad indicar cómo debería configurarse un ordenamiento jurídico, sin embargo, un concepto cuya definición es objeto de múltiples debates acerca de sus condiciones formales y materiales. El objeto de este trabajo no es adentrarse en el debate acerca de la adecua-

[2] Vázquez Sánchez, Omar, "Las restricciones al control difuso y el paradigma constitucionalista en México: ¿Volver al pasado?", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, No. 44, 2020, p. 344.

[3] No en vano, la tradición constitucionalista europea mira con desconfianza al modelo de control difuso. Véase Ferreres Comella, Víctor, *Una defensa del modelo europeo del control de constitucionalidad*. Madrid, Marcial Pons, 2011, cap. 10.

da caracterización del Estado de derecho, por lo que considero que basta indicar que existe un acuerdo general en que gran parte de la razón de ser de este diseño de ordenamiento jurídico es la protección de los derechos humanos consolidados como fundamentales en los textos constitucionales.[4] Para esto existen ciertos postulados que históricamente han acompañado la idea de cómo deben operar los ordenamientos jurídicos:

a) La protección de los derechos solamente puede ser cabalmente realizada por medio del imperio de la ley, o expresiones similares como *rule of law* o *Rechtsstaat*, lo que significa sujetar el ejercicio del poder a reglas o normas por todos conocidas y cuyas consecuencias son previsibles.
b) Debe existir igualdad ante la ley (o, ante el derecho), para lo cual, las leyes deben ser generales, en el sentido de que su aplicación será igual para todos.
c) Todo ciudadano debe poder participar de la creación de las leyes en alguna medida, y estas deben ser públicas, inteligibles, y su aplicación no ha de ser retroactiva.
d) El poder no debe concentrarse. Distintas instancias del poder público deben controlarse mutuamente mediante un sistema de *pesos y contrapesos*, exigiendo que todos se conduzcan conforme a las normas jurídicas públicamente concertadas.

La historia del Estado de derecho ha ido de la mano con la del constitucionalismo, para el cual, la constitución no es solamente la norma suprema de un ordenamiento jurídico, sino una forma de concebir cómo deben ser esas normas supremas. En este tenor, la constitución del constitucionalismo tiene como finalidad limitar el poder y garantizar la protección de los derechos humanos.[5] En este sentido, puesto que la constitución es el

[4] Díaz, Elías, "Estado de derecho y legitimidad democrática", en Díaz, Elíaz y Colomer, José Luis (eds.), *Estado, justicia y derechos*, Madrid, Alianza Editorial, 2002, p. 77.

[5] Esta visión de la constitución como instrumento de la peculiar configuración de un Estado de Derecho se encuentra bien expresada en el artículo decimosexto de a Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano señala que "[u]na Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución".

instrumento jurídico fundamental para promover el Estado de derecho, el control de constitucionalidad se presenta como un mecanismo para cuidar que ninguna disposición jurídica inferior contravenga la ley fundamental y amenace el orden que esta busca concretar. A grandes rasgos, el control constitucional se lleva a cabo mediante una interpretación de las disposiciones jurídicas inferiores para verificar que no se contraponen con las del texto constitucional, en cuyo caso, se dejan de aplicar, e incluso pueden llegar a ser expulsadas del ordenamiento.

El control de constitucionalidad puede ser desplegado de manera difusa o concentrada. El control difuso tiene efectos *inter-partes* y corresponde al modelo de *judicial review* estadounidense en donde todos los jueces participan de esta labor. Como se suele decir, en el modelo de *judicial review*, todos los jueces son jueces de legalidad y de constitucionalidad.[6] Es importante señalar que los ordenamientos que asumen el modelo del control difuso también suelen tener alguna instancia de control último y concentrado, como en el caso mexicano, cuya Suprema Corte de Justicia resuelve de manera definitiva las controversias vigentes en materia de interpretación constitucional. Por su parte, los ordenamientos que adoptan el modelo de control concentrado otorgan el ejercicio exclusivo del control constitucional a un órgano que suele ser independiente del resto del Poder Judicial, esto es, un Tribunal Constitucional, propio de la tradición jurídica europea continental.

A primera vista, el control difuso parece presentar la ventaja de permitir la protección judicial de los derechos de manera expedita. En el instante en que un juez identifica que una determinada ley es inconstitucional, exige que cese su aplicación para ese caso. El control concentrado, por su parte, exige aguardar a que el supuesto caso de una disposición inconstitucionalmente irregular llegue al Tribunal Constitucional para que pueda dejar de ser aplicada.

---

6 Highton, Elena, "Sistemas difuso y concentrado de control de constitucionalidad", en Bogdandy, Armin von *et al* (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización*; Tomo I, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM; Max-Planck-Institut; Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, p. 108.

III. La interpretación a la luz de la constitución

La redacción de los textos constitucionales, particularmente respecto de los derechos humanos, suele ser bastante abstracta, lo que hace de la interpretación una actividad virtualmente ineludible cuando se trata de aspectos constitucionales. Esto hace que el control constitucional sea ineludible en alguna medida, puesto que la literalidad se antoja poco prometedora para todo órgano llamado a aplicar la constitución incluso para cuestiones elementales como tener que fijar su competencia tanto formal como materialmente. Esto es, en cierta medida todo ordenamiento jurídico acoge un control difuso de constitucionalidad. Entonces, ¿en qué radica la distinción entre adoptar formalmente una modelo de control concentrado y uno difuso?

Cuando hablamos del control constitucional solemos referirnos a algo más que a la determinación de la competencia judicial, nos interesan ante todo los derechos que están en juego y su operatividad en el ordenamiento. Por este motivo, considero que el aspecto diferencial entre los dos modelos radica en el modo en que se alienta a los jueces a realizar su labor de intérpretes. Con terminología weberiana, es posible indicar que el modelo concentrado promueve una ética de la responsabilidad, realizando una labor interpretativa cautelosa que procure mantener la integridad y estabilidad del ordenamiento jurídico. Por su parte, el modelo de control difuso se condice con una ética de la convicción en materia constitucional, en donde se estimula una actividad interpretativa más abierta y acaso valerosa que priorice hallar respuestas correctas en materia de protección de derechos.

Como es posible apreciar, la visión que promueve el control difuso asume que el conocimiento objetivo de los valores constitucionales es posible, y confía en que el adecuado empleo de técnicas interpretativas y ponderativas es promisorio como medio de protección y garantía de los derechos, permitiendo identificar inmediatamente incongruencias en contraste con la legislación. El modelo del control concentrado es algo más cauto respecto de su postura en materia de conocimiento de valores constitucionales. No se niega que el texto constitucional ampara valores en los que descansan los derechos, pero es más consciente de que se trata de que las cuestiones valorativas son intrincadas y que no es

sencillo determinar de manera objetiva cuál es el alcance y peso de esos valore que, además, pueden entrar en tensión. Entonces, es posible decir que el control difuso adopta una visión optimista de la interpretación constitucional. Del otro lado, el modelo del control concentrado no necesariamente es escéptico en materia de interpretación constitucional, pero sí es peculiarmente consciente de las dificultades que acarrea.

IV. Optimismo interpretativo y control constitucional

En general, consideramos a las normas jurídicas como el significado deóntico que se asocia con las fuentes del derecho, primordialmente, las fuentes escritas como son la legislación y los textos constitucionales. La teoría jurídica ha tendido a recurrir a la metáfora de la "textura abierta" para ilustrar las dificultades que acarrea la identificación de normas jurídicas.[7] En este tenor, se dice que las disposiciones jurídicas, expuestas en un lenguaje natural, cuentan con un núcleo de significado claro, socialmente compartido, que hace posible la idea de la legislación como forma ordinaria de regulación de la vida social. Pero el lenguaje no siempre es claro y su capacidad comunicativa tiene límites, por lo cual existe un entorno de penumbra respecto del cual no es del todo claro cuál es la norma que el legislador o el poder constituyente haya procurado transmitir, o si esa regla es aplicable al caso en cuestión. Cuando nos encontramos en estos supuestos de penumbra, es necesario recurrir a una actividad de interpretación, esto es, a la elección de un significado o norma-sentido, entre los diversos posibles.[8]

Cuando media la actividad interpretativa, y en la medida en que lo hace, se presenta una dimensión de discrecionalidad por parte del juez que decide cuál es la norma que ha de asociarse a determinada disposición legislativa o constitucional. En este

[7] Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 123-124.

[8] Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Sobre la existencia de normas jurídicas*, México, Fontamara, 1997, pp. 16 y 17.

sentido, la interpretación es una labor creativa, esto es, produce derecho. La dimensión de la discrecionalidad en la actividad judicial suele ser el primordial aspecto que divide a las distintas teorías y concepciones sobre la interpretación jurídica. En términos generales, están las *posturas escépticas* que consideran que el ejercicio de la discrecionalidad judicial es ampliamente subjetivo y no hay criterios objetivos para evaluar la corrección de la decisión. Las posturas optimistas, por el contrario, consideran que existen otros parámetros a los cuales los jueces deben atender en sus labores interpretativas y, como consecuencia, existe la posibilidad de evaluar la corrección de la decisión del intérprete. El grado de corrección estará determinado por el adecuado uso de las técnicas interpretativas y ponderativas a la luz de los valores políticos y morales insertos y promovidos por el ordenamiento jurídico, particularmente a nivel constitucional. Es más, en ocasiones, esto podría llegar a permitir al intérprete abandonar el significado convencional de las disposiciones en la medida en que encuentre que sostenerlo implicaría concretar un resultado contrario a los fines y principios constitucionales, en particular, a la salvaguarda de los derechos.

La postura optimista presupone, necesariamente, que para toda controversia existe una única respuesta correcta que motiva todo proceso de interpretación y ponderación. La respuesta correcta está fijada por los principios constitucionales, que son los valores que guían la pretensión de corrección del derecho.[9] En la visión de Dworkin, para alcanzar las respuestas correctas, los jueces deben guiarse por el prototipo del juez Hércules, esto es, como un personaje con peculiar sensibilidad filosófica y un amplio dominio de las leyes y precedentes, así como de los valores adoptados por la constitución, en consonancia con la historia del ordenamiento jurídico y de los principios políticos que han motivado su desarrollo.[10] En este tenor, frente a un caso novedoso, el juez Hércules no es propiamente creador de derecho, sino que

[9] Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, 2a. ed., trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 208 y 209.

[10] Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, 2a. ed., Cambridge (MA), Harvard University Press, 1978, pp. 105 y 106

decide de la adecuada, de forma integral, conforme a la narrativa que ha guiado la existencia del ordenamiento jurídico.

Por su parte, Alexy considera que la interpretación también ha de ser realizada por personas con el particular talento para trabajar con una gran cantidad de información jurídica y sensibilidad para seleccionar premisas axiológicas. Para Alexy, el derecho es un caso especial del discurso práctico general, esto es, el discurso moral. Esto implica que, mientras que la parte específica del discurso jurídico está guiada por el manejo de leyes, precedentes y dogmática, la corrección en la interpretación de los materiales jurídicos está regida por los estándares que establecen la racionalidad de los juicios morales. En esta línea, en su dimensión real, el derecho se concreta en normas positivas, mientras que, en su dimensión ideal, el derecho se guía por la pretensión de corrección del derecho positivo. Así, la dimensión real consagra a la seguridad jurídica como un principio formal, mientras que la justicia como principio sustantivo es promovida por la dimensión ideal. Cuando estos principios colisionan, la ponderación se presenta como la práctica de situar a ambos en su correcta proporción en la aplicación del derecho.[11]

Para las posturas optimistas en general, los casos que se presentan ante los jueces pueden ser difíciles, pero el derecho no carece de respuestas, puesto que es un mecanismo de protección de los derechos y del cumplimiento de obligaciones, lo cual excluye la discrecionalidad judicial, que implicaría una suerte de resolución retroactiva de los casos.[12] La respuesta puede no siempre ser clara, pero esto no implica que los jueces cuenten con abierta discrecionalidad para decidir como mejor les parezca. Así, si los jueces se apegan a los criterios interpretativos que impone el discurso jurídico y el discurso práctico general, no será posible afirmar que sus decisiones han sido arbitrarias. También, si bien es cierto que los modelos de interpretación y ponderación no se traducen en procedimientos infalibles para alcanzar la única

[11] Alexy, Robert, "La doble naturaleza del Derecho", trad. de Jorge Portocarrero Quispe, en Bernal Pulido, Carlos (*ed.*), *La doble dimensión del Derecho*, Lima, Palestra, 2011, pp. 42 y 43.

[12] Dworkin, Ronald, *op. cit.*, pp. 32 - 39.

respuesta correcta, esto no significa desistir de dichos procedimientos. Como indica Alexy, la respuesta correcta es un ideal al que perennemente hay que mirar conforme a los parámetros de corrección adoptados por el derecho.[13]

V. Motivos para la cautela

Hasta este punto, la adopción del control difuso se presenta cuando menos como una opción sensata, viable, que además promete una protección y restitución inmediata del goce de los derechos a los ciudadanos. Por supuesto, esto si se mantiene una perspectiva verdaderamente optimista. En cambio, desde una perspectiva suspicaz, e incluso aceptando como verdaderas las premisas de los optimistas de la interpretación jurídica, el control constitucional difuso puede ser visto como un modelo que propicia una fecundidad de respuestas, "todas erróneas en distintos grados, pues ninguna es *la* respuesta correcta".[14] La cuestión es que, los parámetros de la razón práctica y las técnicas de interpretación y ponderación no solo no garantizan obtener la respuesta correcta, sino que tampoco promueven la consistencia entre las decisiones adoptadas por los distintos juzgadores encargados de interpretar directamente la constitución y la legislación. Como Aarnio ha hecho notar, incluso dos jueces Hércules probablemente arribarían a respuestas distintas en consideración de la información que se les presente.[15] Esto es, los resultados de la interpretación, en el mundo real, no puede escapar al contexto.

Entonces, parece que incluso desde la perspectiva del optimista de la interpretación existen razones para ser más cautelosos respecto del control constitucional, particularmente del difuso. Podemos aceptar que existen parámetros de corrección, que es pertinente atenderlos, que incluso pueden ayudarnos a identificar respuestas sencillamente incorrectas, pero es menester ser

13 Alexy, Robert, Teoría de la argumentación jurídica , *cit*., p. 302.

14 Mattei-Gentili, Piero, *op. cit*., p. 237.

15 Aarnio, Aulius, "La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico", trad. de Josep Aguiló Regla, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 8, 1990, p. 32.

conscientes de que nunca nos garantizan obtener *la* respuesta correcta. Entonces, existen buenas razones para mirar con suspicacia al esquema de control difuso, pues promueve que se agudicen los siguientes problemas:

a) Disparidad en derechos. Un juez con competencia en una determinada jurisdicción A puede que la disposición legislativa N es inconstitucional, mientras que un juez en otra jurisdicción B considera que la disposición N es constitucional. Entonces, los ciudadanos de A y B gozan de diversos derechos y obligaciones jurídicas en el mismo ordenamiento jurídico. Ya no hay igualdad ante la ley.
b) Incertidumbre jurídica. El hecho de que distintos jueces puedan declarar las leyes como inconstitucionales si así lo consideran, pero que no exista garantía en la consistencia de sus resoluciones, aumenta la incertidumbre respecto de la aplicabilidad del derecho. Qué resolución judicial obtendrá un ciudadano dependerá en buena medida de la fortuna que tenga respecto del juez que atienda su caso. Aunado a esto, si se encuentran vigentes interpretaciones distintas acerca de cuestiones constitucionales, no solo se menoscaba la noción de seguridad jurídica para los ciudadanos, sino la previsibilidad que hace inteligible la noción de los límites del poder.
c) Debilitamiento de la presunción de constitucionalidad y estabilidad democrática. En sistemas políticos no patológicos, la promulgación de las leyes supone que el legislador cuenta con respaldo democrático para ello y, además, que no ha tenido la intención de quebrantar el orden constitucional con su actuar. En amplios términos, en esto consiste el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes. Pero, si los jueces dejan de aplicar disposiciones que fueron creadas de manera regular, basados en estimaciones subjetivas y no completamente controlables, el principio de constitucionalidad y el orden democrático quedan fuertemente comprometidos.

VI. Conclusión

Las ventajas aparentes del control difuso de constitucionalidad, en última instancia, no son realmente respaldadas por su diseño institucional, que no ofrece ninguna garantía de resultados positivos. Este modelo no puede hacer más que invitarnos a confiar en el mejor juicio y prudencia de los jueces en el ejercicio de los amplios poderes que el diseño institucional les otorga. Pero, otorgar poderes amplios, de difícil control y confiar en que las autoridades no abusaran de ellos, dista mucho de ser consistente con la lógica que ha motivado el desarrollo del constitucionalismo moderno.

Ciertamente, el escéptico en materia interpretativa no ofrece soluciones al problema de la vaguedad y la indeterminación en el derecho. Pero ese mismo escepticismo es el que permite hacer notar con ojos desencantados que los motivos del optimista para preferir un modelo institucional de control constitucional sobre el otro no descansan en postulados propios de la teoría jurídica, sino más bien en una visión peculiar sobre la racionalidad moral. Así, un optimista podría inclinarse por el modelo de control concentrado puesto que, aunque no niega la existencia de respuestas correctas y de que existen mecanismos mejores que otras para llegar a ellas, es consciente de la dificultad que esta actividad acarrea y, por tanto, políticamente considera que es preferible tener a un único organismo que lleve a cabo esta función, una cuyas decisiones serían más fáciles de controlar que las de muchos jueces actuando diacrónicamente.

Entonces, la interpretación es casi ineludible, y tampoco el modelo de control concentrado garantiza respuestas correctas por parte de los tribunales constitucionales. Pero el modelo de actuación judicial en el modelo concentrado promueve una actuación de los jueces más prudente, que mantiene mayor uniformidad de criterios, y con ello también es más afín a las exigencias de previsibilidad y generalidad que exige el Estado constitucional de derecho para poder garantizar de manera consistentes y sostenida la protección de los derechos.

Referencias

Aarnio, Aulius, "La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico", trad. de Josep Aguiló Regla, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 8, 1990.

Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Sobre la existencia de normas jurídicas*, México, Fontamara, 1997.

Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, 2a. ed., trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

Alexy, Robert, "La doble naturaleza del Derecho", trad. de Jorge Portocarrero Quispe, en Bernal Pulido, Carlos (*ed.*), *La doble dimensión del Derecho*, Lima, Palestra, 2011.

Bernal Pulido, Carlos (*ed.*), *La doble dimensión del Derecho*, Lima, Palestra, 2011.

Bogdandy, Armin von et al (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización*; Tomo I, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM; Max-Planck-Institut; Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010.

Díaz, Elías, "Estado de derecho y legitimidad democrática", en Díaz, Elíaz y Colomer, José Luis (eds.), *Estado, justicia y derechos*, Madrid, Alianza Editorial, 2002.

Díaz, Elíaz y Colomer, José Luis (eds.), *Estado, justicia y derechos*, Madrid, Alianza Editorial, 2002.

Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, 2a. ed., Cambridge (MA), Harvard University Press, 1978.

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

Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1994.

Highton, Elena, "Sistemas difuso y concentrado de control de constitucionalidad", en Bogdandy, Armin von et al (coords.), *La justicia constitucional y su internacionaliza-*

ción; Tomo I, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM; Max-Planck-Institut; Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010.

Mattei-Gentili, Piero, "Suspicacia ante el control difuso de constitucionalidad", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, Vol. 25, No. 50, 2024.

Vázquez Sánchez, Omar, "Las restricciones al control difuso y el paradigma constitucionalista en México: ¿Volver al pasado?". *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, No. 44, 2020.

El control de convencionalidad de las normas constitucionales en México

***

The conventionality control of constitutional norms in Mexico

*Raúl Montoya Zamora**

Resumen: el objetivo del presente trabajo consiste en plantear las implicaciones constitucionales que se desprenden de los casos *Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México*, y *García Rodríguez y otro vs. México*, resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), respectivamente, con fechas 7 de noviembre de 2022[1] y 25 de enero de 2023,[2] en donde se realiza control de convencionalidad de normas constitucionales, respecto de la aplicación del arraigo domiciliario y la prisión preventiva oficiosa.

* Doctor en Derecho por la Universidad Juárez del Estado de Durango, México; especialista en justicia constitucional y procesos constitucionales por la Universidad de Castilla-La Mancha; investigador nacional nivel II, del Consejo Nacional de Ciencias, Humanidades y Tecnología, profesor-investigador de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UJED, *raul.montoya@ujed.mx*

1 Conte IDH. *Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de noviembre de 2022.

2 Corte IDH. *Caso García Rodríguez y otro vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de enero de 2023.

Abstract: the objective of this work is to raise the constitutional implications that arise from the cases of *Tzompaxtle Tecpile and others vs. Mexico*, and *García Rodríguez and another vs. Mexico*, resolved by the Inter-American Court of Human Rights (IAC Court), respectively, with dates november 7, 2022 and january 25, 2023, where control of conventionality of constitutional norms is carried out, regarding the application of domiciliary arrest and informal preventive detention.

Palabras clave: control de convencionalidad, constitución, prisión preventiva oficiosa, arraigo.

Key words: conventionality control; constitution, informal preventive detention, arraigo.

Sumario: I. Introducción. II. Control de convencionalidad. III. Análisis de los argumentos de la Corte IDH en el caso *García Rodríguez y otro vs. México*; IV. Reflexión conclusiva: implicaciones constitucionales y legales del fallo de la Corte IDH. Referencias.

I. Introducción

El 7 de noviembre de 2022 y el 25 de enero de 2023, la Corte IDH dictó sentencias en sendos casos, por medio de los cuales, declaró responsable internacionalmente a México por violar los derechos humanos a la libertad personal, integridad, a la igualdad ante la ley, y a la protección judicial. Las mencionadas violaciones a los derechos humanos fueron cometidas en contra de personas en el contexto de su detención y privación a la libertad, dentro del proceso penal seguido en su contra, donde se les dictó la medida cautelar de arraigo, y se les impuso prisión preventiva, la que se extendió en el tiempo de manera injustificada.[3]

Como se aprecia, los casos resueltos por la Corte IDH, examinan dos figuras jurídicas que se encuentran previstas en la Cons-

[3] Conte IDH. *Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México..., cit., y Caso García Rodríguez y otro vs. México..., cit.*

titución mexicana, a saber, el arraigo y la prisión preventiva oficiosa. Figuras que al momento en que se dieron las violaciones a los derechos humanos se encontraban previstas en la legislación procesal penal, y a partir de 2008 en la Constitución Federal, por lo que siguen vigentes y se siguen aplicando en el país.

La importancia del análisis de los casos en mención, y una de las principales conclusiones que se obtienen, radica en que permite establecer con meridiana claridad, la posibilidad de que los jueces nacionales, puedan realizar el llamado control de convencionalidad sobre normas constitucionales, con lo que se puede establecer un principio de jerarquía de las normas de derechos humanos de origen convencional, sobre las restricciones a los derechos humanos previstos en una Constitución nacional. O, en otros términos, se establece al deber de los jueces de los estados parte de estudiar la conformidad con la convención de las restricciones a los derechos humanos contenidas en las Constituciones nacionales.

Por lo que, una vez justificada la importancia del tema, con apoyo en los métodos dogmático jurídico, exegético y estudio de caso, se procede a continuación de forma esquemática, a establecer un pequeño apartado sobre el control de convencionalidad, para posteriormente analizar los principales argumentos sostenidos por la Corte IDH en relación con las violaciones a los derechos humanos demandadas en el caso *García Rodríguez y otro vs. México*, por ser el caso más reciente, y finalmente, se fijará una postura personal sobre las implicaciones constitucionales de dicho fallo para los jueces nacionales del Estado mexicano, y por extensión, para los jueces nacionales de los estados parte de la convención americana sobre derechos humanos.

II. Control de convencionalidad

En primer término, consideramos pertinente precisar una definición de lo que se entiende o debe entenderse por "control de convencionalidad".

Juan Carlos Hitters[4] proporciona una definición de control de convencionalidad, que expresa: "lo que obviamente significa una comparación entre el Pacto de San José de Costa Rica (Adla, XLIV-B, 1250) y otras convenciones a las que nuestro país se ha plegado, como luego veremos, y las disposiciones del derecho interno de las naciones adheridas al modelo".

Para quien esto escribe, el *control de convencionalidad*, significa un acto de revisión o fiscalización de actos de los Estados signantes de la convención (se incluyen por su puesto las normas nacionales, incluyendo las de rango constitucional), realizados con la finalidad de que no se trasgreda el objeto y fin de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus protocolos adicionales, así como la interpretación que haga al respecto la Corte IDH, del *corpus iuris* del sistema interamericano de Derechos Humanos.[5]

De la anterior definición, se desprende con mediana claridad, que el control de convencionalidad admite dos expresiones. Una de tipo concentrado, y otra de tipo difuso.

La primera, de carácter concentrado, derivada de lo señalado por el artículo 62, párrafo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH o Convención), que confiere a la Corte IDH, competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso, hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ya sea por declaración especial, o por convención especial.

Igualmente, el control convencional concentrado, a cargo de la Corte IDH, se deriva del artículo 63 de la convención, el que le confiere competencia para que cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención,

---

4 Hitters, Juan C., "Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad- Comparación", *La Ley*, 2009, p. 9.

5 Montoya Zamora, R., *Del Estado de Derecho Decimonónico al Estado Constitucional y Convencionalidad de Derecho: avances y retos a 10 años de la Reforma Constitucional en materia de Derechos Humanos,* Tirant Lo Blanch, México, 2022, p. 88.

disponga que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Igualmente, dispondrá, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

El control de convencionalidad concentrado a cargo de la Corte IDH, constituye la razón de ser de ese órgano jurisdiccional, ya que su tarea se constriñe en controlar la compatibilidad de un acto -en sentido amplio, ya que también caben las omisiones- de la autoridad estatal, con la convención y sus protocolos adicionales.[6]

La Corte IDH, no tiene facultades para invalidar un precepto contrario a la convención, esto es, no se ocupa de la legislación nacional, sino que, en caso de que se dé una transgresión a la convención, emite una sentencia donde condena al Estado en cuestión, para que adopte las medidas en el derecho interno, tendentes a evitar que se siga vulnerando un derecho, a través de las modificaciones correspondientes a la norma de que se trate, o bien, para que se adopte una interpretación diversa.[7]

Esa tarea, se asemeja a la labor que realizan los Tribunales constitucionales en algunos países, dado que estos, contrastan las normas de rango inferior, con los principios y valores contenidos con la Constitución, con el objeto de elucidar si tales normas son compatibles con la Constitución. Así, la labor de la Corte IDH, consiste en contrastar actos de los Estados, con el objeto y fin de la convención, con el propósito de verificar si tales actos se ajustan o no a la convención.[8]

Por otra parte, el control convencional difuso, se desprende de los artículos 67 y 68, párrafo 1, de la convención, los que establecen, de forma respectiva, que los fallos de la Corte IDH, serán definitivos e inapelables. En todo caso, si hay desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte IDH lo interpretará a

---

6 *Idem*.

7 *Idem*.

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

solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo. Y que los Estados parte de la convención, se comprometen a cumplir los fallos de la Corte IDH.

Asimismo, el control difuso de convencionalidad, tiene su fundamento en el artículo 29 de la convención, en cuanto los Estados parte, incluidos en este concepto, todas las autoridades, poderes y órganos, pero sobre todo, los jueces y órganos encargados de la administración de justicia, se encuentran obligados a realizar interpretaciones que permitan la más amplia protección a los derechos y libertades consagrados en el Pacto de San José y sus protocolos adicionales —y a la luz del artículo 1º constitucional, de otros tratados internacionales en materia de derechos humanos—; situación que implica, por su puesto, interpretaciones restrictivas, cuando se trate de normas que establezcan limitaciones a tales derechos y libertades, tomando en cuenta también, las interpretaciones que establezca la Corte IDH al respecto.

Dicho control difuso, también encuentra su fundamento en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, conforme al cual, las obligaciones internacionales deben de ser cumplidas de buena fe, y la imposibilidad de alegar el derecho interno, como excusa para incumplirlas.[9]

Fue en el año dos mil seis, cuando la Corte IDH, por primera vez usó el término *control de convencionalidad*, refiriéndose con ello a un control difuso, al resolver el caso de *Almaocid Arellano vs. Chile*, según el cual, los jueces de los estados parte, tienen la obligación de velar por que las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no se vean transgredidas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, lo que implica que, los jueces tienen la obligación de aplicar en primer término lo establecido en la convención, a pesar de las disposiciones en contrario que formen parte del derecho interno.

[9] El artículo 47 de la Convención de Viena, prevé una excepción al cumplimiento de los tratados, permitiendo alegar el cumplimiento a una norma del derecho interno, si el consentimiento al elaborar el tratado estuvo viciado por una violación manifiesta, en materia de competencia para celebrarlo, y ello afecte una norma fundamental del derecho interno.

Ese tipo de control es el que deben de realizar los jueces nacionales de los estados parte que han suscrito la convención —también llamados "jueces domésticos"—, y con mayor razón, los que han aceptado la jurisdicción de la Corte IDH.

De lo antes expuesto, se puede definir "control difuso de la convencionalidad", como el deber que tienen los jueces nacionales de los estados parte, de revisar la compatibilidad entre los actos y normas nacionales, y la convención, sus protocolos adicionales y la jurisprudencia de la Corte IDH, que interpreta ese bloque de convencionalidad. Como se anticipó, este tipo de control tiene su fundamento en la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos, la convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y en la jurisprudencia emitida por la Corte IDH, en el ámbito de su competencia.

Fue en el caso *Almaocid Arellano vs. Chile*, cuando empezó el desarrollo jurisprudencial de la doctrina del control difuso de la convencionalidad. En el referido caso, la Corte IDH, resolvió la invalidez de un decreto de ley, que perdonaba los crímenes de lesa humanidad, cometidos dentro del periodo de 1973 a 1979, bajo la dictadura militar de Augusto Pinochet, dado que el decreto resultaba incompatible con la convención.[10]

En la sentencia de cuenta, se establece una obligación para los jueces nacionales de adoptar disposiciones internas, de conformidad con la convención. Refiere que cuando el poder legislativo falla en su tarea de emitir normas conforme a la convención, y emite normas contrarias a la misma, el judicial tiene la obligación de abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a la convención, atendiendo lo dispuesto en el artículo 1, párrafo 1, del ordenamiento internacional.[11]

En ese entendido, los jueces no son simples aplicadores mecánicos de la ley, antes bien, deben verificar que las disposiciones de derecho interno que vayan a aplicar en un caso concreto sean

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

[11] *Idem*.

compatibles con la Convención. Ya que, de no ser así, se origina una violación al artículo 1, párrafo 1, de la Convención, y con ello la responsabilidad del Estado parte, dado que la aplicación de una norma inconvencional, ocasiona una responsabilidad internacional del Estado.[12]

El precedente anterior, fue reiterado meses después, con algunos matices, en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú.*[13]

De lo anterior, se advierte que la Corte IDH, estableció la obligación para los órganos del Poder Judicial, de ejercer un *control de convencionalidad*, *ex officio*, entre las normas internas y la Convención Americana, dentro del marco de sus respectivas competencias y regulaciones procesales correspondientes, considerando, otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.

En el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, se estableció por la Corte IDH, que el control de convencionalidad le compete no solo al Poder Judicial, sino a todos los órganos del Estado que efectúen funciones materialmente jurisdiccionales, incluyendo así, a Tribunales Constitucionales, Tribunales Supremos o Superiores, Tribunales Administrativos, del trabajo, jueces ordinarios, y, en fin, todos los operadores jurídicos que realicen funciones materialmente jurisdiccionales.[14]

Lo antes expuesto, pone en evidencia que todos los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, en todos los niveles, están obligados a ejercer *ex officio,* el control de convencionalidad, entre las normas internas —incluso, como se verá, las de rango constitucional— y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias, y de las regulaciones procesales correspondientes.

---

12 *Idem*.

13 Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Sentencia del 24 de noviembre.

14 Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Sentencia del 26 de noviembre de 2010, párr. 225.

III. Análisis de los argumentos de la Corte IDH en el *caso García Rodríguez y otro vs. México*

En el presente apartado solo serán abordados los argumentos de la Corte IDH, relacionados con las violaciones a derechos humanos resultantes de la aplicación del arraigo domiciliario y la prisión preventiva oficiosa, por ser el tema central de la presente ponencia. Sin desconocer que el citado caso también hubo otras violaciones a derechos humanos, como la privación ilegal de la libertad, a la integridad personal, a los derechos procesales, entre otros.

Así, por lo que respecta a la figura de arraigo —vigente en el artículo 16 de la Constitución Mexicana—, la Corte IDH, argumentó que resultaba contraria a la Convención, al vulnerar por sí misma los derechos de libertad personal y la presunción de inocencia de la persona sujeta a dicha medida. En relación con el artículo 154 la legislación procesal penal del Estado de México, vigente en el año 2000, se razonó que el arraigo es una medida pre-procesal que buscaba restringir la libertad personal para llevar la investigación de delitos presuntamente cometidos por el sujeto de la medida, y en tal virtud, es evidentemente contraria a la Convención, por vulnerar sin lugar a dudas los derechos de libertad personal y de presunción de inocencia, amén de que tal medida, no permitía que la persona sujeta al arraigo fuese oída por un juez antes de que se decretase la misma, y de que el fin investigativo de dicha medida no era compatible con las finalidades legítimas para restringir la libertad personal.[15]

Por lo que, en conformidad con los razonamientos anteriores, la Corte IDH concluyó que el estado violó la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno, en relación con el derecho a no ser privado arbitrariamente de la libertad, al control judicial de la privación de la libertad y la razonabilidad del periodo de la prisión preventiva, a ser oído, y a la presunción de inocencia en perjuicio de las víctimas. Y dado que el estado aplicó una figura que *per se* resultaba contraria a la Convención, era igualmente

[15] *Ibidem,* párrs. 146-150.

responsable por incumplir su obligación de respetar los derechos humanos establecidos en la citada Convención, contenida en el numeral 1, párrafo 1 del citado ordenamiento.[16]

En lo que respecta al tema de la prisión preventiva oficiosa —restricción constitucional vigente en el artículo 19 de la Constitución Mexicana—, el Tribunal interamericano también la consideró contraria a la convención. Al respecto, consideró contrarios a la convención el artículo 19 de la Constitución Mexicana reformado en el año de 2008 y el numeral 319 de la legislación procesal penal del Estado de México, en la porción relacionada con la prisión preventiva oficiosa.

Sobre el particular, la Corte IDH estimó que los preceptos que regulan la prisión preventiva oficiosa no hacen referencia a los fines que debe de cumplir dicha medida, ni al peligro de carácter procesal que busca evitar. Tampoco impone un análisis sobre la necesidad de dicha medida de tal suerte que se pondere frente a otras medidas que resulten menos lesivas de la libertad personal, tal y como pudieran ser aquellas medidas alternativas a la privación de la libertad. En tal virtud, la corte IDH concluyó que, tal y como está configurada la prisión preventiva oficiosa, no tiene un fin cautelar y, por el contrario, resulta en una penalidad impuesta de forma previa a que la persona sea juzgada, vulnerando con ello el principio de presunción de inocencia.[17]

Asimismo, la Corte IDH argumentó que los preceptos en cuestión constituyen una limitante al papel de los juzgadores, afectando con ello el principio de independencia, dado que no tiene margen de decisión para imponer la medida. Con esto, la prisión preventiva oficiosa se constituye en un acto que no se encuentra sujeto a un control judicial real, ya que la motivación deviene de aplicar de manera directa la norma constitucional que la establece, con la consiguiente imposibilidad de controvertir las razones de su imposición.[18]

16 *Ibidem,* párr. 151.

17 *Ibidem,* párrs. 168 y 169.

18 *Ibidem,* párr. 170.

Es decir, para el Tribunal Interamericano, la prisión preventiva oficiosa regulada en las normas mexicanas, es una medida que se impone de manera mecánica, automática o irreflexiva, de oficio, por el solo hecho de acreditarse los supuestos materiales del delito, sin que los jueces tengan la oportunidad de realizar un control judicial real de dicha medida usando el test de proporcionalidad, que consiste en determinar la finalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida en cada supuesto concreto.[19]

La Corte IDH también estimó que la prisión preventiva oficiosa resultaba contraria a la convención, por vulnerar los principios de igualdad y no discriminación al que se encuentran obligados a respetar los estados parte de la Convención. Sobre el tema, la Corte IDH argumentó que la discriminación de la medida proviene de brindar un trato diferente a las personas que cometieron cierto tipo de delitos, como los enumerados por el artículo 19 constitucional, los cuáles no tendrán oportunidad de combatir o procurar una defensa frente a la prisión preventiva, dado que la norma constitucional impone la privación de la libertad sin que se justifique dicha medida. Con lo cual, a decir del Tribunal Interamericano, además de violar el principio de igualdad, también se violentan las garantías que procuran un debido proceso.[20]

En consecuencia, la Corte IDH concluyó que, en relación con la aplicación de la prisión preventiva oficiosa en contra de las víctimas, se violaron los derechos a no ser privados de manera arbitraria de la libertad, al control judicial de la medida de prisión, a la presunción de inocencia, y a la igualdad y no discriminación. La violación a tales derechos se realizó también en correlación al incumplimiento de la obligación que tiene el Estado de adoptar disposiciones legislativas en el orden interno, prevista en numeral 2 de la Convención.[21]

Sobre las medidas del arraigo y la prisión preventiva oficiosa que se encuentran reguladas a nivel constitucional en México, la Corte IDH realizó una serie de reflexiones a la luz del criterio jurisprudencial, adoptado por la Suprema Corte de Justicia de la

[19] *Ibidem,* párr. 171.

[20] *Ibidem,* párrs. 172 y 173.

[21] *Ibidem,* párr. 173.

Nación (SCJN), en la contradicción de criterios 293/2011, prevaleciente en México, sobre la preeminencia de las restricciones constitucionales pese a resultar violatorias de derechos humanos consagrados en la convención.[22] Por su trascendencia, se hará referencia a dicho posicionamiento dentro del apartado sobre las implicaciones del fallo del Tribunal Interamericano.

IV. Reflexión conclusiva: implicaciones constitucionales y legales del fallo de la Corte IDH

Una vez expuestos los argumentos que sustentaron la resolución del Tribunal interamericano, toca el turno de exponer algunas implicaciones constitucionales y legales que se derivan del cumplimiento de dicha sentencia, en particular, sobre las figuras del arraigo y prisión preventiva oficiosa.

Se recuerda que para la Corte IDH las figuras del arraigo y la prisión preventiva oficiosa, *per se,* son contrarias a la Convención Americana de Derechos Humanos, en virtud de que vulneran los derechos de libertad personal, presunción de inocencia, control judicial, igualdad y no discriminación. Por lo que se condenó al Estado Mexicano a dejar sin efecto alguno las disposiciones de orden interno que regulan el arraigo, así como a modificar el artículo 19 constitucional que regula la figura de la prisión preventiva oficiosa, para que sea acorde con la Convención.

Este fallo tiene importantes consecuencias jurídico-constitucionales, dado que conforme al criterio aún prevaleciente de la SCJN en la contradicción de criterios 293/2011, las restricciones de carácter constitucional deben de prevalecer a pesar de resultar violatorias de derechos humanos consagrados en la misma Constitución Federal y en la Convención.

Y dicho criterio, es el invocado por los tribunales de la federación para seguir aplicando actualmente estas figuras inconvencionales, tal y como se puede desprender la tesis aislada II.3o.P.60 P (11a.), emitida por el Tercer Tribunal Colegiado en materia

[22] *Ibidem,* párrs. 175-185.

penal del segundo circuito, de rubro: Suspensión provisional en el amparo contra la prisión preventiva oficiosa. Es improcedente con efectos restitutorios, ni aun con lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos Tzompaxtle Tecpile y otros y García Rodríguez y otro, ambos vs. México.[23]

Incluso, la tesis de cuenta desconoce el criterio de jurisprudencia emitido por un pleno regional en el que se establece la posibilidad de realizar control de convencionalidad sobre el artículo 19 de la constitución federal que regula la prisión preventiva oficiosa, aduciendo el tribunal colegiado que no puede dejar de acatar la jurisprudencia de la SCJN sobre la preeminencia de las restricciones constitucionales, ni tampoco puede realizar control de convencionalidad sobre dicha jurisprudencia de la SCJN, por lo que no le resulta vinculante la jurisprudencia del pleno regional. La tesis del pleno regional es la ubicada con el número PR.P.T.CN. J/3 P (11a.), de rubro: Suspensión provisional en amparo indirecto. Debe concederse para el efecto de que la parte quejosa no sea detenida, cuando reclame la orden de aprehensión por delitos que ameriten prisión preventiva oficiosa.[24]

Ante la evidente contradicción de criterios que el tema ha generado, se ha denunciado la contradicción ante la primera Sala de la SCJN, para que decida en definitiva qué criterio debe de prevalecer.[25]

En tal sentido, el fallo de la Corte IDH constituye un mandado obligatorio para todos los órganos del Estado Mexicano, incluyendo los jueces, pero, sobre todo, para la SCJN, que tendrá que adoptar un criterio interpretativo que sea conforme con la resolución de la Corte IDH. En tanto que los demás jueces del Estado Mexicano, como órganos y sujetos obligados a acatar la sentencia del Tribunal Interamericano, pero también, vincula-

---

23 Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación en línea, https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2028716*

24 Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación en línea, https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2028568*

25 Suprema Corte de Justicia de la Nación, *contradicción de criterios 107/2024, https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematicaPSCT/PaginasPub/ResultadosPub.aspx*

dos a realizar control de convencionalidad de manera oficiosa, tendrán que adoptar decisiones de inaplicación de los artículos 16 y 19 constitucionales ante los supuestos de arraigo y prisión preventiva oficiosa, en lo que el constituyente permanente realiza la modificación a la Constitución Federal para acatar el fallo de la Corte IDH.

A mayor abundamiento, la SCJN tiene que adoptar un criterio interpretativo a la luz del cumplimiento de la sentencia del Tribunal Interamericano, en donde en primer lugar establezca los parámetros para ejercer control de convencionalidad oficioso para dejar de aplicar el arraigo y la prisión preventiva oficiosa mientras el constituyente permanente realiza los cambios a la Constitución Federal, tal y como obró frente al cumplimiento del caso Radilla para interpretar los alcances del fuero militar para hacerlo compatible con la Constitución y con la Convención. Y, en segundo lugar, también tiene que adoptar un criterio interpretativo en donde se deje de aplicar el diverso criterio sobre la preminencia de las restricciones constitucionales sobre los derechos humanos, para establecer uno nuevo, donde en caso de conflicto o tensión normativa entre una restricción constitucional y un derecho fundamental de fuente convencional o constitucional, se le priorice la aplicación y potenciación de los derechos humanos, en aplicación al principio de interpretación pro persona, o bien, se realice el correspondiente test de proporcionalidad de la restricción, con el objeto de sustentar su finalidad constitucional o convencional legítima, su idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido.

Lo anterior, porque tal y como lo razonó la Corte IDH en su resolución, las autoridades estatales están vinculadas a realizar un control de convencionalidad de manera oficiosa entre las normas y prácticas de derecho interno (ya sean constitucionales, legales o reglamentarias) y la Convención, dentro del contexto de las competencias de cada autoridad involucrada, teniendo en cuenta, no solo el tratado internacional, sino la interpretación y aplicación que ha realizado ese Tribunal Interamericano.[26]

En ese orden de ideas, conforme al criterio de la Corte IDH, un Estado no puede alegar que realizó el acto en acatamiento de

[26] Corte IDH. *Caso García Rodríguez y otro vs., México..., cit*., párr. 177.

disposiciones constitucionales de orden interno, para dejar de cumplir con las obligaciones internacionales derivadas de la firma de la Convención, antes bien, tiene el deber de adoptar normas y prácticas de derecho interno que sean compatibles con la Convención y con los criterios jurisprudenciales emanados de la interpretación y aplicación de dicho instrumento internacional.

De igual manera, el resto de los jueces del país, al aplicar el arraigo o la prisión preventiva oficiosa, tienen el deber de realizar control de convencionalidad, con la finalidad de no afectar los derechos fundamentales de las personas implicadas en un procedimiento penal.[27]

Además, tanto el constituyente permanente, al modificar la figura de la prisión preventiva oficiosa, y los jueces nacionales al realizar control de convencionalidad, deben de tener en cuenta los parámetros señalados por la Corte IDH, en su sentencia, a saber: la prisión preventiva por sí misma no es contraria al derecho internacional de los derechos humanos, y los Estados la pueden establecer en tanto sea conforme con la Convención; Para que la prisión preventiva sea conforme con la Convención, en tanto no afecte la libertad personal y la presunción de inocencia, se necesita en primer término que se acrediten los elementos materiales del delito y la vinculación de la persona relacionada con el ilícito; en segundo lugar, que la medida supere el test de proporcionalidad, a saber, que persiga una finalidad convencional legítima, que sea idónea para cumplir con el fin que pretende conseguir, que sea necesaria y proporcional en sentido estricto, y en tercer lugar, que la decisión se encuentre lo suficientemente motivada, es decir, argumentada con el objeto de verificar que se cumpla con los elementos del test de proporcionalidad.[28]

En suma, el fallo de la Corte IDH que se analizó, implica una evolución del control de la convencionalidad, ya que, desde este enfoque, las normas constitucionales de un Estado también deben ser conformes con la Convención Americana de Derechos Humanos. En ese sentido, los jueces nacionales de los estados parte de la convención, en su calidad de jueces convencionales,

[27] *Ibidem,* párr. 303.

[28] *Ibidem*, párrs. 154-163, 184.

tienen el deber de estudiar de manera oficiosa, es decir, de realizar control de convencionalidad exoficio, de las normas o restricciones constitucionales, cuando las mismas puedan resultar no conformes con la convención.

Sin embargo, dadas las condiciones que se viven en el país, con una reforma judicial realizada con el fin de minar la independencia de los jueces, y con una visión del gobierno muy poco respetuosa de los derechos humanos (dada la aprobación de una reforma constitucional para ampliar el catálogo de delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa);[29] se vislumbra un panorama complejo para que los jueces nacionales puedan realizar un control de convencionalidad sobre las normas constitucionales contrarias a los derechos humanos de fuente convencional.

Referencias

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

Corte IDH. *Caso García Rodríguez y otro vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de enero de 2023.

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

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

Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Sentencia del 24 de noviembre.

[29] *Diario Oficial de la Federación* de 31 de diciembre de 2024, Decreto por el que se reforma el párrafo segundo del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de prisión preventiva oficiosa, *https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5746525&fecha=31/12/2024#gsc.tab=0*

Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Sentencia del 23 de noviembre de 2009.

Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Sentencia del 26 de noviembre de 2010.

Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Sentencia del 30 de agosto de 2010.

Corte IDH. *Caso Rosendo Cantu y otra vs. México*. Sentencia de 31 de agosto de 2010.

Diario Oficial de la Federación de fecha 31 de diciembre de 2024, Decreto por el que se reforma el párrafo segundo del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de prisión preventiva oficiosa.

Hitters, Juan C., "Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad- Comparación"*, La Ley*, 2009.

Montoya Zamora, R., *Del Estado de Derecho Decimonónico al Estado Constitucional y Convencionalidad de Derecho: avances y retos a 10 años de la Reforma Constitucional en materia de Derechos Humanos,* Tirant Lo Blanch, México, 2022.

Control jurisdiccional de la inconstitucionalidad por omisión reglamentaria en algunos países latinoamericanos (Argentina, México, Colombia y Perú)

***

Jurisdictional review of unconstitutionality due to regulatory omission in some Latin American countries (Argentina, Mexico, Colombia, and Peru)

*María Verónica Nolazco**

Resumen: este trabajo tiene como propósito el estudio del control jurisdiccional frente a la inconstitucionalidad por omisión reglamentaria en algunos países de Latinoamérica. Más allá de las particularidades de cada país, se advierte la existencia de un fenómeno común en la región: la intervención del Poder Judicial para solucionar la inconstitucionalidad por omisión reglamentaria del Poder Ejecutivo. En estos procesos, la tensión constitucional en torno al principio de separación de poderes es verdaderamente muy fuerte. A través de distintos mecanismos, el Poder Judicial, o bien ha exhortado al Poder Ejecutivo a

* Candidata a Doctora en Derecho y Magister en Derecho con Diploma de Honor (LL.M.) por la Universidad Austral, Bachiller en Leyes (LL.B.) por la Universidad de Londres, Abogada (Diploma de Honor) por la Pontificia Universidad Católica Argentina, profesora e investigadora de Derecho Constitucional en la Universidad Austral, *vnolazco@austral.edu.ar.*
Agradezco a los profesores Alfonso Santiago, Guido Águila Grados, Eduardo Esteva Gallicchio, Mario Becerra y a Doralba Muñoz por sus valiosos aportes para la elaboración de este artículo.

reglamentar la ley emanada del Poder Legislativo (en un plazo determinado o razonable), o bien, ha reglamentado por sí la norma omitida (en ciertos casos con efectos erga omnes y en otros, con efectos para el caso concreto). En efecto, en aras de salvaguardar la supremacía constitucional y garantizar la operatividad de los derechos reconocidos en la ley, han quedado comprometidos en la solución del problema los tres poderes del Estado (Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial).

Abstract: the purpose of this article is to analyze the judicial control of regulatory omission in some Latin American countries. Beyond the particularities of each country, the existence of a common phenomenon in the region is evident: the intervention of the Judicial Branch to sort out the unconstitutionality due to regulatory omission of the Executive Branch. In these cases, there is a very strong constitutional tension as regards the principle of separation of powers. Through different mechanisms, the judicial branch has either urged the executive branch to regulate the law approved by the legislative (within a determined or reasonable period), or it has itself regulated the omitted regulation (sometimes for the specific case but also on a general basis). Indeed, to safeguard constitutional supremacy and guarantee the operation of rights recognized by law, the three powers of the State have been committed to solving the problem (Executive, Legislative and Judicial Branches).

Palabras clave: control judicial, inconstitucionalidad por omisión reglamentaria, reglamentos ejecutivos, control legislativo, separación de poderes.

Key words: judicial review, unconstitutionality due to regulatory omission, executive regulations, congress oversight, separation of powers.

Sumario: I. Introducción. II. ¿Qué es la inconstitucionalidad por omisión reglamentaria? III. Control jurisdiccional de la inconstitucionalidad por omisión reglamentaria en algunos países de Latinoamérica. IV. Conclusiones. Referencias.

I. Introducción

Muchos de los países de Latinoamérica que han adoptado el sistema presidencialista como forma de gobierno prevén en sus Constituciones disposiciones dirigidas al Poder Legislativo para "hacer la ley", al Poder Ejecutivo para "ejecutar la ley" y al Poder Judicial para "aplicar la ley"[1]. Sin embargo, desde finales del siglo xx, cabe reconocer importantes transformaciones en la ciencia y práctica jurídica.[2] Conforme lo señalara Pünder, todos los países que adhieren al principio de división de poderes se encuentran en un dilema. De manera creciente, quien legisla no es la propia Legislatura, es decir, el Parlamento electo, sino el Poder Ejecutivo. Las exigencias del Estado moderno han llevado a los legisladores a transferir gran parte de sus facultades legislativas a los administradores, lo que ha otorgado a estos últimos mucho poder. Por consiguiente, una de las principales

[1] En el caso de los países analizados en este trabajo, a continuación, se detallan los artículos referidos a la potestad reglamentaria del Presidente: Ar. 99, inc. 2, Constitución de la República Argentina, *https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm* "El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: Expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias"; Art. 89, inc. I, Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos: "Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes: I. - Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia", *https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/cpeum/documento/2017- 03/CPEUM-089.pdf* Art. 189, Constitución Política de Colombia: Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: Inc. 9: Sancionar las leyes; Inc. 10: Promulgar las leyes, obedecerlas y velar por su estricto cumplimiento y, Inc.11: Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes. *https://www.constitucioncolombia.com/titulo 7/capitulo-1/articulo-189*

[2] Puede ampliarse en Vigo, Rodolfo, "Del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional", *A veinticinco años de Régimen Constitucional Actual: retos y desafíos,* Guatemala, Revista Jurídica Auctoristas Prudentium de la Universidad del ISTMO, mayo, 2010, *https://unis.edu.gt/wp-content/uploads/2015/09/ap-2010.pdf*. Véase también Gallo, Juan Manuel, "Alcances del control judicial en las omisiones inconstitucionales", *El Derecho*, Argentina, julio de 2021.

tareas de los derechos constitucional y administrativo ha sido encauzar este poder.[3]

Este creciente protagonismo del Poder Ejecutivo puede explicarse, en parte, a partir del surgimiento del Estado administrador, el cual demandó una vasta producción normativa por fuera de las posibilidades del procedimiento legislativo ordinario.[4] A su vez, el esquema original del constitucionalismo moderno fue transformado de manera muy profunda después de la Segunda Guerra Mundial con el progresivo desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos el cual modificó a su vez no solo el sistema de fuentes del derecho sino también, la concepción clásica rousseauniana de la ley como fruto de la voluntad general.

En este marco, los jueces también modificaron su rol, de aplicar de manera mecánica la ley, pasaron a ser controladores formales y materiales de la ley desde la Constitución. Así las cosas, el Poder Judicial es el poder constituido que tiene la última y definitiva palabra en nombre del poder constituyente. Esta última instancia judicial sobre el derecho torna de algún modo, de hecho, a los jueces en "infalibles", en tanto no existe posibilidad de revisión sobre las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una ley.[5] Los jueces son los guardianes de la Constitución con un rol más activo que antes, ello en miras de asegurar la vigencia práctica de los mandatos constitucionales. En su tarea de control jurisdiccional no solo actúan como garantes frente a las violaciones que existan a la Constitución por acción sino también por omisión.

---

3 Pünder, Hermann, "Legitimación democrática de la legislación delegada. Análisis comparativo en el derecho de los EE.UU., Gran Bretaña y Alemania", *El Derecho, Revista de Derecho Administrativo*, Argentina, núm. 390, 30 de abril de 2009.

4 Santiago, Alfonso, "Las relaciones entre el Congreso y el presidente en el ejercicio de la función legislativa en el gobierno contemporáneo. Especial referencia al sistema constitucional argentino", en Sagüés, María Sofía, *El cuidado de la persona humana ante los desbordes del poder. Una mirada de los derechos humanos y el control de convencionalidad*, Buenos Aires, Editorial Osmar Buyati, 2022, p. 205.

5 Vigo, Rodolfo, *op. cit*.

En el estudio de la inconstitucionalidad por omisión, cabe distinguir, al menos, dos supuestos: la omisión legislativa —cuando el Poder Legislativo no dicta la ley prevista por la Constitución en una cláusula programática—[6] y la omisión reglamentaria —cuando el Poder Ejecutivo no dicta el reglamento ejecutivo necesario para darle operatividad a una ley sancionada por el legislador—. A mi entender, en este segundo supuesto la tensión constitucional es aún más compleja, teniendo en cuenta que es el Poder Judicial quien puede ordenar al Poder ejecutivo a reglamentar una norma emanada del Poder Legislativo, quedando comprometidos en la solución los tres poderes del Estado. Por su parte, en la omisión legislativa, los poderes comprometidos son dos, el Poder Judicial —quien controla— y el Poder Legislativo —quien omite— la sanción de una norma dispuesta en la Constitución.

En Argentina, junto con el doctor Sagüés,[7] cabe reconocer los esfuerzos académicos de los doctores Bazán[8] y Bidart Cam-

---

6 Norma o cláusula "programática" es aquella que, cargada de mayor o menor intensidad ideológica, o aparentemente desprovista de ideología, traza un plan o "programa" cuya realización requiere que los órganos de poder hagan algo en el sentido propuesto. Se suele decir que la norma programática exige la ulterior reglamentación o actividad de aquellos órganos de poder para funcionar y aplicarse; y que, en caso de omisión o inactividad de esos mismos órganos, la norma programática queda inhibida de funcionamiento y aplicación. *Cfr.* Bidart Campos, Germán J., *Las obligaciones en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1987, p. 82.

7 Entre otros trabajos, se destacan Sagüés, N., "Problemas constitucionales en la solución de la inconstitucionalidad por omisión", *La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución Nacional a la constitución convencionalizada*, México, Porrúa, 2017, pp.179- 201 y Sagüés, N. P., "La acción de inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de la Provincia de Río Negro", en Bazán, V. (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión*, Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis S.A., 1997, pp. 109-122.

8 Entre otros trabajos, se destacan: Bazán, V., *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, Fundación Konrad Adenauer, Colombia, 2014; Bazán, V. (Coord.), "Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales: el control de las omisiones inconstitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y Argentina", en Bazán, V., *Inconstitucionalidad..., cit.*, pp. 41-108.

pos[9] en torno a la problemática general de la inconstitucionalidad por omisión. En particular, ellos han estudiado el primero de los supuestos, la omisión legislativa. Empero, hasta el momento, no se ha estudiado de manera sistemática y profunda el segundo supuesto, cual es la inconstitucionalidad por omisión reglamentaria en los reglamentos que dicta el Poder Ejecutivo. Puede advertirse fácilmente, no solo la importancia e interés científico de la temática planteada, sino también el interés social. La mayoría de las leyes no reglamentadas tienen que ver con políticas públicas orientadas hacia la población más vulnerable de la sociedad: asalariados, jubilados, migrantes, enfermos, niños, entre otros.[10]

Este artículo sostiene que la inconstitucionalidad por omisión reglamentaria representa un desafío significativo para el Estado de derecho constitucional y, por lo tanto, vale la pena invertir en su estudio a fin de terminar de perfilar este instituto en ciernes. Por ello, en primer lugar, se conceptualizará en el siguiente apartado la inconstitucionalidad por omisión reglamentaria. Luego, se pondrá de relieve la jurisprudencia en algunos países de Latinoamérica en materia de control jurisdiccional de la omisión reglamentaria. En línea con lo señalado por Bazán, las soluciones que ofrece el derecho comparado pueden funcionar, no sin beneficio de inventario, como disparadores o inductores de aportaciones doctrinarias y visiones jurisprudenciales que operan útilmente en aquellos países que, como Argentina en el ámbito federal, carecen de normas constitucionales o legales específicas que institucionalicen la figura de la inconstitucionalidad por omisión.[11] Finalmente, se presentarán las conclusiones más re-

9 Bidart Campos, G. J., *Manual de la Constitución reformada*, t. II, Buenos Aires, Ediar, 2019, p. 379 y ss.; y Bidart Campos, G. J., *Las obligaciones en el derecho constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1987.

10 Pueden consultarse estos trabajos previos donde analizo este tema: Nolazco, M. V., "Inconstitucionalidad por omisión reglamentaria. Análisis del fallo de la Corte Suprema en Etcheverry y propuesta de ley sobre la reglamentación de las leyes", *Revista Jurídica Austral*, vol. 3, núm. 2, diciembre de 2022, pp. 819-846, y en Nolazco, M. V., "Inconstitucionalidad por omisión reglamentaria. Análisis del fallo de la Corte Suprema en Etcheverry y propuesta de ley sobre la reglamentación de las leyes", *Revista de Derecho Administrativo de Abeledo Perrot*, septiembre-octubre 2022, pp. 80-93.

11 Víctor Bazán, *Control de las...., cit*., p. 24.

levantes del estudio, subrayando la importancia de un ejercicio adecuado y prudente del Poder Judicial a fin de no desvirtuar su rol jurisdiccional ni invadir la esfera de los otros poderes.

II. ¿Qué es la inconstitucionalidad por omisión reglamentaria?

Tal como se ha dicho anteriormente, derivado de la fuerza normativa de la Constitución, tanto las acciones como las omisiones de los poderes públicos se encuentran sujetas al control de constitucionalidad que realiza el Poder Judicial. En este contexto, Bidart Campos explica que sobreviene una inconstitucionalidad por omisión cuando existe un órgano que conforme a la Constitución debe hacer algo, pero se abstiene de cumplirlo. De acuerdo con este autor, para que se actualice la inconstitucionalidad por omisión es necesario que concurran cuatro elementos: (1) que la Constitución ordene a un órgano de algún poder el ejercicio de una competencia, ese órgano esté obligado a ponerla en movimiento; (2) que el órgano omita ejercerla, esté violando la Constitución por omisión, en forma equivalente a como la vulnera cuando hace algo que está prohibido; (3) que la abstención del órgano de poder implique o involucre un daño para alguien, quien sufre el daño sea un sujeto legitimado para impulsar a la justicia constitucional a controlar al órgano renuente en hacer lo que debe; y (4) que el mecanismo de control funcione debidamente, sea para obligar al órgano remiso a cumplir la actividad debida, sea para que el órgano constitucional supla la actividad omitida en beneficio del sujeto agraviado que provoca el control.[12]

Puede afirmarse que la inconstitucionalidad por omisión reglamentaria se configura cuando el Poder Ejecutivo no reglamenta dentro de un plazo razonable una disposición legislativa que exige para su operatividad el ejercicio de la función regla-

[12] Bidart Campos, Germán, 1979, "La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión", *Anuario Jurídico* VI-1979, México, IIJ-UNAM, p. 9 citado en el punto 186 del Amparo en revisión 57/2019, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 14 de agosto de 2019, *https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/170621*

mentaria. El problema reside en que, hasta que no se dicta la reglamentación, la ley queda como letra muerta, congelada y sin operatividad con la consecuente frustración de los derechos consagrados en la ley. A su vez, la falta de reglamentación produce una anomalía constitucional ya que permite la existencia de leyes vigentes, pero sin operatividad.

III. Control jurisdiccional de la inconstitucionalidad por omisión reglamentaria en distintos países de Latinoamérica

En este apartado se destacan algunas las sentencias más relevantes en materia de inconstitucionalidad por omisión reglamentaria en algunos países de Latinoamérica. Como puede advertirse, se trata de un instituto en vías de desarrollo por parte del Poder Judicial. De acuerdo con lo señalado por Sagüés, corresponde tener presente que algunas veces los tribunales han ideado, creativamente, recetas para atender la inconstitucionalidad por omisión. Afirma que son casos típicos de un atractivo activismo judicial, pensado para tomar a la constitución como norma real y ejecutiva.[13]

En concreto, al estudiar la problemática de la inconstitucionalidad "habitualmente del Poder Legislativo", por omisión respecto de la producción de normas generales, el Dr. Sagüés, ha analizado el comportamiento activista de ciertos tribunales constitucionales (en particular, los de Ecuador, México y Venezuela). Parece no preocupar demasiado a este autor que un órgano de la jurisdicción constitucional, ante un caso de omisión, ordene cumplir un acto concreto omitido; advierte que esto es frecuente en el derecho procesal constitucional, y para ello existen, habi-

[13] Acerca de los distintos tipos de remedios constitucionales frente a la inconstitucionalidad por omisión, véase Sagüés, Néstor, "Problemas constitucionales...", *cit.*, pp.179-201. Allí el autor destaca los distintos tipos de respuestas constitucionales efectuados por tribunales constitucionales y los problemas que conlleva cada uno en cuanto a su compatibilidad con el principio de separación de poderes: a) la denuncia ante un órgano superior, b) la recomendación, c) el llamado de atención, d) la intimación, e) la cobertura, f) la cobertura y el resarcimiento y g) la compulsión constitucional.

tualmente, pretensiones de amparo o mandamientos de ejecución.[14] Pero lo que sí llama la atención del autor, es la habilitación constitucional que existe en algunos países de Latinoamérica para que, ante supuestos de omisión inconstitucional en la producción de normas generales, los tribunales puedan convertirse en un órgano formalmente emisor de normas, aunque de manera subsidiaria y transitoria.[15]

3.1. Argentina

En el caso argentino, no existe cláusula constitucional que habilite expresamente a la Corte Suprema de Justicia de la Nación ni a los tribunales inferiores para suplir de modo general la facultad normativa o reglamentaria del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo, respectivamente.[16] Recién a partir del año 1994, treinta años atrás, se les ha reconocido expresamente en la Constitución nacional la facultad para declarar una inconstitucionalidad por omisión a través de la vía procesal del amparo prevista en el art. 43 de la Constitución nacional. A pesar de ello, por vía jurisprudencial los jueces han desarrollado progresivamente la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión a través de sentencias interpretativas, aditivas o exhortativas que integraron la norma faltante u ordenaron a las autoridades públicas correspondientes su cumplimiento o su reparación[17].

---

14 Sagüés, Néstor, *La Constitución bajo tensión*, México, IECEQ, 2016, *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4754/1.pdf*

15 *Ibidem*, p. 246.

16 De acuerdo a lo señalado por Bazán, "si bien en Argentina no existe, en el orden federal, una norma que institucionalice expresamente una acción específica de inconstitucionalidad por omisión, si es dable localizar o distinguir una plataforma constitucional legitimante de la competencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, para salvaguardar o restablecer la primacía constitucional respectivamente amenazada o lesionada por medio de omisiones, inactividades, inercias o silencios inconstitucionales, primordialmente procedentes del legislador", Bazán, Víctor, "Control de las omisiones...", *cit.,* p. 22.

17 "En efecto, en varias oportunidades la Corte ha debido abordar el control jurisdiccional sobre las omisiones legislativas y reglamentarias en las que

incurrieron diferentes autoridades federales y provinciales. Esas demoras frustraban tanto derechos fundamentales como cláusulas constitucionales vinculadas a la estructura de poder y al federalismo. A su vez, esos mandatos desoídos fueron remediados mediante órdenes a las autoridades públicas correspondientes o directamente por la propia decisión judicial. Por una parte, en una serie de precedentes que encuentran sus raíces incluso antes de la reforma de 1994, el Tribunal consideró que la omisión reglamentaria no obstaba a la vigencia de ciertos derechos que, por su índole, pueden ser invocados, ejercidos y amparados sin el complemento de disposición normativa alguna (vgr. "Ekmekdjian", Fallos: 315:1492; "Urteaga", Fallos: 321:2767; "Halabi", Fallos: 332:111). En 2006, en "Badaro" (Fallos: 329:3089), la Corte señaló que la ausencia de aumentos jubilatorios configuraba un apartamiento del mandato de movilidad del artículo 14 bis de la Constitución Nacional. Y consideró pertinente poner en conocimiento del Poder Ejecutivo Nacional y del Congreso de la Nación que la omisión de disponer un ajuste por movilidad estaba privando al actor de un derecho conferido por la Ley Fundamental. En esa misma causa, pero en 2007, el Tribunal señaló que, agotado el plazo razonable sin que se adoptaran las medidas necesarias, correspondía remediar la omisión legislativa que había advertido y el daño derivado de ella, determinando los porcentajes de aumento adecuados para nivelar la prestación jubilatoria (Fallos: 330:4866). Asimismo, en 2014, en el ya citado caso "Villarreal", la Corte remedió directamente la omisión del Poder Ejecutivo de reglamentar la ley 26.425 en cuanto al modo en que los jubilados que habían efectuado aportes voluntarios debían percibir el beneficio correspondiente en su haber jubilatorio (Fallos: 337:1564). Por otra parte, también se refirió a omisiones legislativas que afectaban la realidad de las normas más básicas del federalismo constitucional. En 2014, en "Intendente Municipal Capital" (Fallos: 337:1263), tuvo en cuenta la demora de dieciséis años en dictar la ley de coparticipación municipal prevista en la Constitución de la Provincia de La Rioja, y, al respecto, señaló que no era posible aceptar que el dictado de la ley -es decir, el acatamiento de la Constitución- quedara condicionado a la concreción de acuerdos políticos por un tiempo irrazonable, pues al "subordinar la realización del proyecto constitucional a la posibilidad o no de obtener esos acuerdos sin considerar la irrazonable demora en alcanzarlos, el argumento invierte una regla elemental del orden constitucional argentino, según el cual la Constitución materializa el consenso más perfecto de la soberanía popular; frente a sus definiciones, los poderes constituidos deben realizar todos los esfuerzos necesarios para asegurar el desarrollo del proyecto de organización institucional que traza su texto" (confr. Fallos: 337:1263, considerando 13). En atención a estas consideraciones, revocó la sentencia que había rechazado in limine el amparo interpuesto por la demora legislativa. Luego, en el año 2015, al resolver los tres casos referidos a la detracción de fondos de la coparticipación federal a las provincias ("Santa Fe, Provincia de c/ Estado Nacional", Fallos: 338:1356;

El hito clave en materia de omisión reglamentaria fue marcado por el caso "Etcheverry" del año 2021, donde la Corte Suprema de Justicia dela Nación por primera vez declaró la inconstitucionalidad por omisión reglamentaria y ordenó al Poder Ejecutivo a reglamentar, en un plazo de noventa días hábiles, un artículo de la Ley de Contrato de Trabajo que estaba sin operatividad desde hace casi cinco décadas. Allí la Corte Suprema dijo que "la omisión de reglamentar en un plazo razonable una ley puede ser motivo de escrutinio judicial cuando es una causa directa e inmediata para la lesión de un derecho individual o de incidencia colectiva, como también de cualquier otra cláusula constitucional, pues tanto se vulnera la Constitución Nacional cuando se hace lo que ella prohíbe como cuando no se hace lo que ella manda." También, dijo que "cuando existe un claro man-

---

CSJ 191/2009 (45- S)/CS1 "San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional" y, mutatis mutandis, CSJ 786/2013 (49- C)/CS1 "Córdoba, Provincia de c/ Estado Nacional y otros/ medida cautelar", sentencias del 24 de noviembre de dicho año), este Tribunal sostuvo que, si bien no desconocía la complejidad política de la cuestión, lo cierto era que conspiraba contra el federalismo el lapso de diecinueve años que había pasado desde la fecha fijada por la disposición transitoria sexta de la Constitución Nacional para establecer un régimen de coparticipación (Fallos: 338:1356, "Santa Fe, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", considerando 39). Más aún, sostuvo que esa complejidad no podía resultar un justificativo para un inmovilismo que ya superaba ampliamente los tres lustros y que conspiraba claramente contra el objetivo de fortalecer el federalismo fiscal perseguido por los constituyentes de 1994. A la luz de estos razonamientos, exhortó "a los órganos superiores de nuestra organización constitucional a dar cumplimiento con la disposición transitoria sexta de la Constitución Nacional". Finalmente, en 2019, al tratar el caso "Bazán" (Fallos: 342:509), sostuvo que el inmovilismo en llevar a cabo la transferencia de la justicia nacional ordinaria al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires configura una omisión que "constituye un incumplimiento literal de la Constitución Nacional con el consiguiente debilitamiento de la fuerza normativa de su texto" (Fallos: 342:509, considerando 12). Luego de advertir esta situación, resolvió que "de ahora en más, será el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el órgano encargado de conocer en los conflictos de competencia que se susciten -como en el caso- entre dos órganos jurisdiccionales con competencia no federal con asiento en esa ciudad", Consid. 12) del fallo "Etcheverry", CSJN, Fallos: 344:3011. En cuanto a los distintos tipos de sentencias, véase Sagüés, N.P., *Manual de Derecho Constitucional*, 3ª. ed., Buenos Aires, Astrea, 2019, pp. 328-329.

dato legislativo que ha sido desoído por un tiempo a todas luces irrazonable desde la promulgación de la ley, se configura una omisión de la autoridad pública, máxime cuando la naturaleza del mandato formulado por el legislador permite colegir el carácter imprescindible de la mediación reglamentaria".[18]

En suma, conforme lo delineado por el máximo tribunal argentino, para que se configure una inconstitucionalidad por omisión reglamentaria es preciso el transcurso de un plazo razonable, el cual, por ser un concepto jurídico indeterminado, será definido en cada caso por el juez que deba resolver la causa.

3.2. México

En el caso de México, es interesante resaltar la sentencia de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de agosto del año 2017, donde el tribunal fija el alcance y los elementos requeridos para que se configure una inconstitucionalidad por omisión reglamentaria. Al resolver un amparo en revisión, obligó al Poder Ejecutivo a emitir un reglamento en salvaguarda del derecho a la salud de un menor de edad fijándole un plazo de 180 días para cumplir con la sentencia.[19] Para así resolver, hizo extensiva la doctrina de la omisión legislativa:

> el término de inconstitucionalidad por omisión puede ser igualmente aplicable a las conductas omisivas dentro de los otros poderes que también violentan la ley fundamental. De esta forma, optar por una interpretación estricta del concepto puede implicar una disminución en la protección de los derechos de las personas que, en realidad, no solo se ven afectados por las omisiones cuya fuente es el Poder Legislativo. Es por ello que, para garantizar el respeto y el goce efectivo de los derechos fundamentales, sea necesario reconocer la existencia de omisiones inconstitucionales provenientes también de otros poderes del Estado.[20]

---

18 CSJN, *Fallos*: 344:3011.

19 Recurso de revisión 57/2019, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 14 de agosto de 2019, *https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/170621*

20 Punto 175 de la sentencia de amparo en revisión, *ibidem*.

Además, la sentencia se sirve de lo desarrollado por Silvia Patiño y Víctor Orozco quienes plantean que las omisiones inconstitucionales no pueden suscribirse únicamente a la perspectiva de la inacción del legislador, ya que en diversos casos al Poder Ejecutivo también se le atribuye el deber de desarrollar los preceptos constitucionales a través del dictado de reglamentos que desarrollen la ley o la norma constitucional en forma directa.[21]

También sostuvo que el Poder Legislativo puede obligar al Ejecutivo a emitir reglamentos con el siguiente fundamento:

> El principio de primacía de la ley derivado de los artículos 89, fracción I, y 72, inciso F, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, implica la posibilidad de que el Congreso de la Unión establezca plazos específicos en los que el Ejecutivo Federal deba expedir los reglamentos correspondientes a la ley emitida, a fin de proveer a su exacta observancia. Por tanto, cuando la ley prevé un plazo o da líneas específicas materiales para el ejercicio de la facultad reglamentaria, el Presidente de la República no puede elegir si cumple o no con la norma, sino que está obligado a acatar lo ordenado por el legislador, toda vez que la norma le obliga por mandato constitucional y debe cumplirla.

Un criterio similar fue sostenido por esa misma Sala en el recurso de queja 27/2018 y en el amparo en revisión 515/2018 en los que señaló que la fuerza legal de un mandato constitucional que constriñe a la reglamentación normativa de principios o reglas en leyes ordinarias para lograr su plena eficacia jurídica, no puede quedar al arbitrio o capricho del legislador ordinario. Asimismo, afirmó que es necesario que los jueces federales aseguren, mediante sus fallos, la completa e íntegra observancia al principio de supremacía constitucional ante la pasividad de los órganos legislativos.[22]

Por último, a partir de las consideraciones antes expuestas, afirmó que para que se constituya una inconstitucionalidad por omisión reglamentaria es necesario: i. Que exista la inobservan-

---

21 Patiño Cruz, S. y V. Orozco Solano, *La inconstitucionalidad por omisión*, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas, 2010, pp. 69, 70, 71, 82 y 83.

22 *Ibidem*, punto 189.

cia absoluta de una obligación de reglamentar cierta materia; ii. Que la obligación derive de un mandato concreto, contenido en una norma jurídica de cumplimiento obligatorio y que cuente con un plazo cierto establecido; iii. Que sea resultado de la inacción de algún poder público; iv. Que tenga como consecuencia la afectación real y directa de un derecho constitucional y v. Que ocasione la pérdida de eficacia normativa de la Constitución.[23]

3.3. Colombia

En Colombia, la figura de la omisión reglamentaria también ha sido creada por vía jurisprudencial a partir de los desarrollos existentes en materia de omisión legislativa. A través de múltiples decisiones, se admitió la posibilidad de decidir respecto de una omisión reglamentaria por vía del estudio de la acción de nulidad.[24] Dentro de la Jurisprudencia del Consejo de Estado, se destaca la Sentencia del 27 de abril del año 2017, donde debió revisar si con ocasión de la respectiva reglamentación del artículo 8 del Convenio 151 de la OIT, el Presidente de la República había omitido una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución y/o la Ley, sería exigencia esencial para armonizar con ella.

Con argumento en los parámetros establecidos con anterioridad por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1009 de 2005,[25] recordó los requisitos que deben tenerse en cuenta para determinar si es procedente emprender el análisis de una norma por omisión reglamentaria, a saber: (i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por

[23] *Ibidem*, punto 191.

[24] Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 9 de octubre de 2008. C.P. Jesús María Lemos Bustamante, radicado 11001032500020040009 2 (1017-04). Tesis reiterada en las Sentencias del 9 de abril de 2009, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, Radicado Interno 9901-2005 y el 28 de febrero de 2013, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicado interno 0458- 2010.

[25] Corte Constitucional. Sentencia C-1009 de 2005. Magistrado Ponente, Doctor. Manuel José Cepeda Espinosa.

ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el Constituyente al Legislador. Además de los cinco requisitos anteriores, señaló que también se deben tener en cuenta otros dos requisitos más acogidos en la Sentencia C-833 de 2013: (vi) si la supuesta omisión emerge a primera vista de la norma propuesta, o (vii) si se está más bien, ante normas completas, coherentes y suficientes, que regulan situaciones distintas".

Sin embargo, en cuanto a cuáles son las vías de control judicial para que se conozca sobre la omisión reglamentaria y qué tipo de decisiones puede adoptar la autoridad judicial no ha sido un tema sobre el cual se ha pronunciado el Consejo de Estado.[26]

3.4. Perú

En el Perú, se ha desarrollado de forma superlativa la declaración del estado de cosas inconstitucionales cuando el Poder Judicial advirtió la inconstitucionalidad por omisión reglamentaria del Poder Ejecutivo. En ese país, el remedio específico para los casos de omisión reglamentaria es el proceso constitucional de cumplimiento.[27] En una de las sentencias más importantes de

[26] Ortiz Barragán, Andrea Carolina, *El control judicial a la omisión reglamentaria*, Tesis de maestría para optar al título de Magíster en Derecho Administrativo de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Colombia, 2022, pp. 44-46, *http://hdl.handle.net/10554/62093*

[27] De acuerdo al artículo 200, inciso 6, de la Constitución, el proceso de cumplimiento procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley. Por su parte, el artículo 66 del Código Procesal Constitucional (C.P.Const.) dispone que el objeto del proceso de cumpli-

los últimos años, el Tribunal Constitucional peruano declaró el estado de cosas inconstitucional frente a la ausencia de la reglamentación del procedimiento para la expulsión de los migrantes, conforme había sido previsto por el Decreto legislativo 1236.[28] Por lo tanto, declaró nula la resolución de la Superintendencia Nacional de Migraciones que había dispuesto la expulsión de inmigrantes brasileños y exhortó a las autoridades a dictar la reglamentación correspondiente en un plazo de tres meses. Allí dijo:

> En tal perspectiva, y si bien los efectos de la sentencia son, en principio, de carácter inter partes, el Tribunal Constitucional no puede ser ajeno a la situación de hecho cuya incompatibilidad con la Constitución ha quedado en evidencia. Esta omisión en la regulación no solo da cuenta de la indiferencia del Estado frente a la protección jurídica que reconoce la Constitución a los migrantes, sino que resulta por demás lesiva de su derecho al debido procedimiento. En consecuencia, si se toma en cuenta que la situación fáctica del caso de autos es parte de una realidad que atañe no solo a los sujetos intervinientes en este proceso...este Tribunal considera necesario recurrir a la técnica del estado de cosas inconstitucionales a fin de dotar de efecto expansivo general a las consideraciones realizadas en esta ocasión. Como es sabido, el fundamento de este tipo de decisiones radica en la doble dimensión y efecto que despliegan los derechos fundamentales, en tanto manifestaciones de los atributos que conciernen a cada persona, pero también en cuanto expresiones del sistema de valores y principios que vinculan, desde la Constitución, tanto a los poderes públicos como a la comunidad en su conjunto. Se trata, en buena cuenta, de proveer justicia no solo a

miento es ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme; o se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento. Asimismo, De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 69 del C.P.Const., para la procedencia del proceso de cumplimiento se requiere que el demandante previamente haya reclamado, por documento de fecha cierta, el cumplimiento del deber legal o administrativo, y que la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no haya contestado dentro de los diez días útiles siguientes a la presentación de la solicitud.

28 STC Tribunal Constitucional de la República del Perú, Jesús de Mesquita Oliviera y otros, sentencia de fecha 8 de noviembre de 2016, EXP N ° 02744 2015-PA/TC.

quienes se ven forzados a acudir a un proceso judicial para solicitar tutela a los órganos jurisdiccionales, sino también a todas aquellas personas que, estando en las mismas condiciones, sufren las mismas lesiones a sus derechos.

A su vez, puede mencionarse la sentencia en el caso Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva (AIDESEP) por ausencia de reglamentación del Convenio Nº 169 de la OIT donde el Tribunal Constitucional ordenó al Ministerio de Energía y Minas a emitir la reglamentación correspondiente.[29] Allí recordó un precedente en el que ya había precisado los requisitos que el actor debe acreditar para que proceda la acción por incumplimiento de una norma: a) Ser un mandato vigente; b) Ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitablemente de la norma legal o del acto administrativo; c) No debe estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares; d) Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento y e) Ser incondicional.[30]

IV. Conclusiones

La omisión reglamentaria se presenta como un problema para la teoría y la práctica del derecho. En primer lugar, viola varias de las exigencias básicas del *rule of law* postuladas por Lon Fuller en *The Morality of Law*,[31] la necesidad de normas claras, la estabilidad y la congruencia entre lo que la norma establece y lo que de hecho hace el quien dicta o aplica la norma. A su vez, incumple el principio de legalidad, el principio de razonabilidad desconoce la soberanía del pueblo representada en el Poder Legislativo y

[29] STC Tribunal Constitucional de la República del Perú, de fecha 30 de junio del año 2010, EXP. N.º 05427-2009-PC/TC. Puede verse también la sentencia dictada por el TC en el EXP. N. 02695-2006-PC/TC del 14 de de abril de 2009, donde se reclama al Ministerio de Educación que reglamente la Ley General de Educación N. 28044 que había fijado un plazo de 120 días.

[30] STC Tribunal Constitucional de la República del Perú, Exp. N. 00168-2005-PC/TC.

[31] Fuller, Lon, *The morality of Law*, New Haven, Connecticut, Yale University Press, 1964.

viola los derechos y garantías reconocidos a los particulares en las leyes al demorar o bloquear su efectividad. Todo ello afecta fuertemente el valor, eficacia y credibilidad en el Derecho por parte de la ciudadanía.

Más allá de la conveniencia o inconveniencia, justicia o injusticia de la ley, la falta de reglamentación de una norma vigente y, por ende, su congelamiento, tiene consecuencias muy negativas. No solo conspira contra la racionalidad básica del sistema jurídico, sino que obliga a los ciudadanos cuyos derechos fueron congelados a acudir a la justicia —con sus costos y tiempos— para solicitar la reglamentación de una ley vigente.

La jurisprudencia en los cuatro países de Latinoamérica que hemos examinado pone de manifiesto el progresivo desarrollo del instituto de la inconstitucionalidad por omisión reglamentaria. Los jueces se presentan como garantes frente a la inercia del Poder Ejecutivo. Sin embargo, a pesar del ánimo de justicia y de ejecución real de la Constitución, en aras de otorgar genuina eficacia y positiva vigencia a los derechos personales, Sagüés no aconseja proyectarla como una solución deseable para todo sistema constitucional.[32] Al respecto, Bazán sostiene que el desafío radica en idear dispositivos de protección desde la magistratura constitucional para superar en la realidad jurídica las pretermisiones inconstitucionales y las consecuencias lesivas que se desprenden de tal inactividad. A su vez, enfatiza, dichas técnicas deberán buscar un adecuado equilibrio que ni tolere una filtración

[32] Sagüés, N., *La Constitución bajo tensión...*, *cit.*, p. 255. En esta línea, la Dra. Sagüés reconoce la existencia de nuevas dimensiones de la jurisdicción constitucional en Latinoamérica en Sagüés, S.M., *Dimensiones de la jurisdicción dialógica desde una perspectiva comparada latinoamericana*, Artículo publicado en el libro en homenaje a Humberto Nogueira Alcalá, "El constitucionalismo transformador en el siglo XXI", Editorial Tirant Lo Blanch, 2023. Se "ha gestado un vasto universo de modalidades de pronunciamientos y herramientas en los que abandona los despachos de tribunales y su fórmula adjudicativa de subsunción formal, y adopta una impronta "dialógica" en la que interactúa con otros poderes el estado, tribunales, órganos internacionales e incluso sectores de la sociedad civil, tanto en la construcción deliberativa de la argumentación constitucional, como en la instrumentación de garantías o herramientas que concretizan los mandatos del bloque de constitucionalidad, y dan cuerpo a su fuerza normativa."

invasiva indiscriminada de la judicatura en el ámbito competencial de los otros poderes del Estado, ni consienta una sistemática postergación de los mandatos constitucionales al influjo de actitudes omisivas de las autoridades concernidas, para quienes la supremacía de la Constitución es indisponible.[33]

A partir de esta investigación, cabe cuestionarse si la autorización para suplir una omisión reglamentaria tiene que ser expresa en la Constitución o puede ser implícita, derivada de la función de control jurisdiccional. A mi entender, el control jurisdiccional debe limitarse a resolver causas o controversias concretas con efectos inter partes. Habilitar a los magistrados para emitir reglamentos con carácter general puede desvirtuar el principio basal del sistema republicano que nos rige, de separación de poderes con frenos y contrapesos. En todo caso, en lugar de dictar la norma, el juez puede exhortar al funcionario renuente y establecerle un plazo para exigir el cumplimiento de su obligación. Si aún persiste el incumplimiento, quedará habilitada la vía de sanción por incumplimiento de los deberes de funcionario público.

Referencias

Bazán, V., *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, Fundación Konrad Adenauer, Colombia, 2014.

Bazán, V. (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión*, Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis S.A., 1997.

Bidart Campos, G. J., *Manual de la Constitución reformada*, t. II, Buenos Aires, Ediar, 2019.

Bidart Campos, G. J., *Las obligaciones en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1987,.

Bidart Campos, Germán, 1979, "La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión", *Anuario Jurídico* VI-1979, México, IIJ-UNAM, 1979.

[33] Bazán, V., *Control de las omisiones incontitucionales..., cit.,* pp. 21 y 22.

Fuller, Lon, *The morality of Law*, New Haven, Connecticut, Yale University Press, 1964.

Gallo, Juan Manuel, "Alcances del control judicial en las omisiones inconstitucionales", *El Derecho*, Argentina, julio de 2021.

Nolazco, M. V., "Inconstitucionalidad por omisión reglamentaria. Análisis del fallo de la Corte Suprema en Etcheverry y propuesta de ley sobre la reglamentación de las leyes", *Revista de Derecho Administrativo de Abeledo Perrot*, septiembre-octubre 2022.

Ortiz Barragán, Andrea Carolina, *El control judicial a la omisión reglamentaria*, Tesis de maestría para optar al título de Magíster en Derecho Administrativo de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Colombia, 2022.

Patiño Cruz, S. y V. Orozco Solano, *La inconstitucionalidad por omisión*, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas, 2010.

Pünder, Hermann, "Legitimación democrática de la legislación delegada. Análisis comparativo en el derecho de los EE.UU., Gran Bretaña y Alemania", *El Derecho, Revista de Derecho Administrativo*, Argentina, núm. 390, 30 de abril de 2009.

Sagüés, Néstor, *La Constitución bajo tensión*, México, IECEQ, 2016.

Sagüés, N.P., *Manual de Derecho Constitucional*, 3ª. ed., Buenos Aires, Astrea, 2019.

Sagüés, N., "Problemas constitucionales en la solución de la inconstitucionalidad por omisión", *La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución Nacional a la constitución convencionalizada*, México, Porrúa, 2017.

Sagüés, N. P., "La acción de inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de la Provincia de Río Negro", en Bazán, V. (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión*, Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis S.A., 1997.

Sagüés, S.M., *Dimensiones de la jurisdicción dialógica desde una perspectiva comparada latinoamericana*, Artículo publicado en el libro en homenaje a Humberto Nogueira Alcalá, "El constitucionalismo transformador en el siglo XXI", Editorial Tirant Lo Blanch, 2023.

Santiago, Alfonso, "Las relaciones entre el Congreso y el presidente en el ejercicio de la función legislativa en el gobierno contemporáneo. Especial referencia al sistema constitucional argentino", en Sagüés, María Sofía, *El cuidado de la persona humana ante los desbordes del poder. Una mirada de los derechos humanos y el control de convencionalidad*, Buenos Aires, Editorial Osmar Buyati, 2022.

Vigo, Rodolfo, "Del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional", *A veinticinco años de Régimen Constitucional Actual: retos y desafíos,* Guatemala, Revista Jurídica Auctoristas Prudentium de la Universidad del ISTMO, mayo, 2010.

La acción de inconstitucionalidad y los efectos de la declaración de invalidez de una norma general. Análisis de las repercusiones de la declaración de invalidez del Decreto de Reformas a la Ley General de Telecomunicaciones y Radiodifusión de 2017

***

The action of unconstitutionality and the effects of the declaration of invalidity of a general rule. Analysis of the repercussions of the declaration of invalidity of the Decree of Amendments to the General Law of Telecommunications and Broadcasting of 2017

*Claudia Leticia Ortega Medina**

Resumen: los sistemas de control de constitucionalidad de las leyes son piedra fundamental de los estados democráticos; la acción de inconstitucionalidad en México tiene por objeto resolver la contradicción o no conformidad de las normas generales con la Constitución, con la posibilidad de expulsarlas del orden jurídico nacional. De ahí la importancia de definir su naturaleza, los efectos de las sentencias que declaren la invalidez de la norma y sus repercusiones prácticas, a fin de buscar soluciones a los casos en que esto pueda crear un vacío legal en perjuicio de la garantía de los derechos humanos.

Abstract: the Control of law's constitutionality systems are a cornerstone of democratic states; the action of unconstitu-

* Abogada postulante y Profesora por oposición de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

tionality in Mexico is intended to resolve the contradiction or non-conformity of general norms with the Constitution with the possibility of expelling them from the national legal order. Hence the importance of defining its nature, the effects of the sentences that declare the invalidity of the norm and its practical repercussions, in order to seek solutions to cases in which this may create a legal vacuum to the detriment of the guarantee of human rights.

Palabras clave: sistemas de control, defensa de la constitución, leyes, normas generales, acción de inconstitucionalidad, legitimación, sentencia, efectos, declaración de invalidez, reviviscencia, derechos humanos.

Key words: control system, defense of the constitution, laws, general norms, action of unconstitutionality, standing, judgment, effects, declaration of invalidity, reviviscence, human rights.

Sumario: I. Introducción. Los sistemas de control constitucional. II. El control de constitucionalidad de las leyes o normas generales. III. La acción de inconstitucionalidad. Naturaleza, alcances y partes legitimadas. IV. Las resoluciones en la acción de inconstitucionalidad y sus efectos. V. Análisis de los efectos de la acción de inconstitucionalidad 150/2017, en relación con la invalidez del Decreto de Reformas a la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión de 2017. Referencias.

I. Introducción. Los sistemas de control constitucional

El reconocimiento de la supremacía y permanencia de la Constitución, vinculado con la necesaria limitación del ejercicio del poder mediante contrapesos entre los órganos del Estado y la garantía de respeto a los derechos humanos, constituyen exigencias imprescindibles para la configuración de un Estado democrático; estos tres postulados han determinado ideológicamente el desarrollo y evolución del constitucionalismo.[1]

[1] Lucas Verdú, Pablo, *Curso de Derecho Político*, 3a. ed., Salamanca, Tecnos,1983, vol. II, p. 685.

De ahí la necesidad de contar con un sistema efectivo para la defensa de la Constitución que se integra, a decir de Fix Zamudio, con "[...] todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para conservar la normativa constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y, lo que es más importante, lograr el desarrollo y evolución de las propias disposiciones constitucionales".[2] A este concepto debemos agregar la referencia expresa a la posibilidad de invalidación del acto trasgresor del orden constitucional, que constituye la finalidad específica de los sistemas de control constitucional.[3] La importancia del control de constitucionalidad también es evidente cuando se declara que el acto impugnado sí es congruente con la ley suprema.

II. El control de constitucionalidad de las leyes o normas generales

Centrándonos en el control de la constitucionalidad de las leyes o normas generales, es importante apuntar los principios que deben regir en el dictado de las sentencias que las invaliden. Hans Kelsen[4] hace referencia al resultado del control de la constitucionalidad destacando que, para que la Constitución sea efectivamente garantizada es necesario que las resoluciones tengan fuerza anulatoria, lo que se traduce en su posibilidad de ejecución, esto es, que la norma invalidada sea efectivamente excluida del sistema jurídico; por otra parte, ante la disyuntiva de autorizar, o no, al Tribunal competente para anular un acto por vicios de forma, es decir, por irregularidad en el procedimiento legislativo, Kelsen sugiere darle libertad para decidir cuándo se trata de vicios esenciales y cuándo de no esenciales y, por lo tanto, calificar la gravedad y trascendencia de la violación que amerite la anulación de la ley.

---

2 Fix Zamudio, Héctor, *La Constitución y su Defensa*, México, UNAM, 1984, pp. 15-16.

3 Burgoa Orihuela, Ignacio, *El Juicio de Amparo*, 29a. ed., México, Porrúa, 1983, p. 168.

4 Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional),* trad. de Rolando Tamayo Salmorán, México, IIJ-UNAM-Defensoría de los Derechos Universitarios, 2016, pp. 82-87.

Así mismo, considera que es conveniente fijar un plazo para la posible anulación de la ley, ya que no es deseable que, si realmente resultara contraria a la Constitución, esté en vigor durante varios años; también, en interés de la seguridad jurídica, la declaratoria de invalidez no debe tener efectos retroactivos, sino anular la disposición para el futuro, salvo excepciones, como lo es en nuestro sistema jurídico, la materia penal. Finalmente, es importante destacar que la anulación no tiene el efecto automático de revivir la ley anterior que la anulada abrogó, lo cual puede originar un lamentable vacío legal si la sentencia correspondiente no sienta las bases para prevenirlo, lo que será uno de los puntos de reflexión en el presente trabajo.

El derecho procesal constitucional mexicano cuenta con tres medios de defensa jurisdiccional de la Constitución cuyas sentencias pueden tener efectos anulatorios de los actos contrarios a la Constitución: el juicio de amparo, la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad. Tratándose específicamente de los actos consistentes en leyes o normas generales, en el sistema vigente, únicamente la Suprema Corte de Justicia de la Nación, puede declarar su inconstitucionalidad o invalidez mediante el voto afirmativo de una mayoría especial de seis votos de las y los ministros que la integran. La necesidad de esta mayoría calificada se pretende justificar en el hecho de que, para revertir la presunción de constitucionalidad que tienen las decisiones del órgano legislativo derivada de que está integrado por representantes electos popularmente, es indispensable un consenso mayoritario de quienes conforman el órgano que decide sobre la invalidez de una ley que dejará de formar parte del orden jurídico.

En relación con los efectos de las resoluciones que declaran la inconstitucionalidad o invalidez de leyes o normas generales, derivadas de estos medios de defensa jurisdiccional, las dictadas en el juicio de amparo tienen efectos solo entre las partes que intervinieron en el proceso, con base en el principio de relatividad de las sentencias de amparo, aunque no podemos dejar de considerar que a partir de la reforma constitucional de 2011 también se tutelan derechos de entes colectivos, con un interés legítimo, que tienen la posibilidad de reclamar el incumplimiento de una obligación de actuar de cualquier autoridad en aras de hacer efectivos derechos humanos cuya titularidad corresponda a al-

gún grupo de personas, determinado o determinable;[5] sin embargo, una mayoría calificada de seis ministros y ministras del Alto Tribunal, tiene la facultad de emitir, en casos específicos, una declaratoria general de inconstitucionalidad, lo que implica la expulsión de la norma general en cuestión del sistema jurídico, con excepción expresa de las disposiciones en materia tributaria. La Constitución vigente prevé los supuestos que aplican únicamente a los amparos indirectos, cuando en la resolución del recurso de revisión se establece jurisprudencia por reiteración determinando la inconstitucionalidad de una norma general emitida por el órgano legislativo o por alguna autoridad administrativa o jurisdiccional, cuyo alcance ha clarificado la Segunda Sala de la Suprema Corte.[6] La jurisprudencia correspondiente se notifica a la autoridad emisora para que, en un plazo de 90 días naturales, realice las adecuaciones legislativas o regulatorias correspondientes y necesarias para corregir el problema de constitucionalidad advertido y, de no hacerlo, el máximo tribunal está facultado para emitir una declaratoria general de inconstitucionalidad fijando sus alcances y condiciones.

En el caso de la controversia constitucional, en la que las partes son únicamente órganos estatales, los efectos de la sentencia que declare la invalidez de normas generales dependen de la categoría de las partes actora y demandada y se limitan a la esfera competencial de la parte actora, con obligación de la demandada de respetar esa situación.[7]

---

5 Tesis 1a./J. 167/2023, *Semanario Judicial de la Federación,* Undécima Época, octubre de 2023, Interés legítimo de las asociaciones civiles. Requisitos que deben cumplir para acreditarlo cuando reclaman en juicio de amparo indirecto la inconstitucionalidad de normas generales. *https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2027535*

6 Tesis 2a. XXIII/2019, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, 5 de abril de 2019, Declaratoria general de inconstitucionalidad. Los artículos 231, 232 y 233 de la ley de amparo son acordes con lo previsto en el artículo 107, fracción ii, segundo y tercer párrafos, de la Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos. *https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2019624*

7 Tesis P./J. 9/99, Semanario *Judicial de la Federación*, Novena Época, abril de 1999, Controversias constitucionales. Los efectos generales de la declaración de invalidez de normas generales, dependen de la categoría de las partes actora y demandada. *https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/194295*

III. La acción de inconstitucionalidad. Naturaleza, partes legitimadas y alcance de las resoluciones

El objeto del juicio de acción de inconstitucionalidad es "plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución" conforme al párrafo inicial de la fracción II del artículo 105 constitucional. No utilizó el legislador el vocablo de "ley" sino que optó por referirse a "una norma de carácter general", incluyendo como objeto del control solo a las leyes en sentido formal y material, esto es, las expedidas por órganos legislativos; pero considerando también como norma, en forma expresa, a los tratados internacionales, como se deduce de los supuestos de legitimación activa que el propio precepto enlista.

La Jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte ha determinado que:

> La intención del Constituyente Permanente, al establecer las acciones de inconstitucionalidad, fue la de instituir un procedimiento mediante el cual se pudiera confrontar una norma de carácter general con la Constitución y que la sentencia que se dictara tuviera efectos generales, a diferencia de lo que sucede con el juicio de amparo, en el que la sentencia solo tiene efectos para las partes. No puede aceptarse su procedencia contra normas diversas, ya que, en tales casos, por la propia naturaleza del acto combatido, la sentencia no tiene efectos generales, sino relativos.[8]

La acción tampoco es procedente en contra de omisiones legislativas, a efecto de pretender ajustar la legislación secundaria a la Constitución.[9]

Por otra parte, cuando en 1996 se estableció la procedencia de la acción de inconstitucionalidad como única vía para impug-

[8] Tesis P./J. 22/99, *Semanario Judicial de la Federación,* Novena Época, abril de 1999, Acción de inconstitucionalidad. Solo procede contra normas generales que tengan el carácter de leyes o de tratados internacionales. *https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/194283*

[9] Tesis P. XXXI/2007, *Semanario Judicial de la Federación,* Novena Época, diciembre de 2007, Omisiones legislativas. Es improcedente la acción de inconstitucionalidad en su contra, *https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/170678*

nar la legislación electoral, el objeto del procedimiento se precisó como "la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución" a diferencia del objeto genérico de "posible contradicción"; esta expresión, así como el hecho de que una vez iniciado el proceso electoral no podrá haber modificaciones legales fundamentales, ha permitido que el alcance del control en este tipo de acciones se extienda al aspecto formal y a permitir la reviviscencia de las normas vigentes antes de la emisión de la ley invalidada.

En cuanto a su naturaleza y alcance, la acción de inconstitucionalidad es un procedimiento (no un proceso), "porque ella no tiende a resolver un conflicto relacionado con el interés personal directo o indirecto de las partes, ya que ninguno de quienes la instan necesariamente pretende hacer valer un supuesto derecho propio como en el amparo o en la controversia".[10] Se trata, por lo tanto, de un control abstracto que "implica impedir que en el caso de aplicación de las normas se produzca un conflicto normativo, por lo que se puede sostener que no resuelve un conflicto en relación con un caso particular, sino que evita que se verifique al eliminar la norma inconstitucional".[11] Su carácter abstracto también está relacionado con la circunstancia de que para impugnar la norma no se requiere un acto de aplicación, sino únicamente su publicación; además, el órgano jurisdiccional tiene la obligación de resolver si existe o no la contradicción de esa norma con el texto constitucional, aun cuando no se hayan expresado agravios, excepto en materia electoral.

Tratándose de un control abstracto, la legitimación activa se reserva a ciertos órganos o entidades políticas en función de la norma general que se impugne, no se permite iniciarla a particulares en defensa de sus propios intereses, es decir, es un medio de control fuera del alcance directo de la ciudadanía.

---

10 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *Efectos y contenidos de las sentencias en acción de inconstitucionalidad: análisis teórico referido al caso "Ley de Medios",* México, UNAM, 2009, p. 8.

11 Huerta Ochoa, Carla, "La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* México, nueva serie, año XXXVI, núm. 108, septiembre-diciembre de 2003, p. 935, *https://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v36n108/v36n108a06.pdf*

En principio, la legitimación se otorga a las minorías parlamentarias en un 33% respecto de las leyes expedidas por el órgano al que pertenecen. La finalidad de legitimar a un porcentaje minoritario de los integrantes de cada uno de los cuerpos legislativos para impugnar las leyes aprobadas por una mayoría debiera ser, precisamente, proteger los derechos, la voluntad de una parte de la ciudadanía que tiene afinidad con esos grupos parlamentarios; puede considerarse, y cito a Gómez Fierro como

> una oportunidad de apelar la decisión mayoritaria y evitar la permanencia de una norma general contraria a la Constitución en el orden jurídico. Materialmente, su finalidad es la de proteger los derechos de las minorías ciudadanas que eligieron a esas minorías legislativas y así, evitar que, bajo el supuesto de acciones democráticas el grupo mayoritario termine haciendo nugatorios los derechos humanos de las minorías ciudadanas.[12]

No se puede soslayar que, en un sistema de partido hegemónico, la integración de los órganos legislativos con una importante mayoría de un solo partido hace sumamente difícil que algún partido político de oposición, por sí mismo, pueda llegar al umbral del 33%, a menos que se una con otros grupos parlamentarios minoritarios, lo que obstaculiza que estas minorías constituyan un auténtico contrapeso.

En cuanto a las otras partes legitimadas, el Ejecutivo Federal puede impugnar todas las normas generales de carácter federal y de las entidades federativas; en cambio, a las Comisiones de Defensa de los Derechos Humanos, se les restringe la legitimación a los casos en consideren que existe vulneración a los derechos humanos consagrados en la Constitución Federal y en los tratados internacionales de los que México sea parte; al Fiscal General de la República se le circunscribe a la materia penal y procesal penal, así como las leyes y tratados relacionadas con el ámbito de sus funciones; y, finalmente, los partidos políticos con registro, siendo entidades de interés público con derechos, obligaciones y prerrogativas para intervenir en los procesos electorales, solo es-

[12] Gómez Fierro, Juan Pablo, *Una nueva acción de inconstitucionalidad en México*, México, Tirant lo Blanch, 2023, p. 109.

tán legitimados para promover acciones de inconstitucionalidad en relación con leyes electorales por ser este el único medio para impugnarlas.

IV. Las resoluciones en la acción de inconstitucionalidad y sus efectos

El procedimiento de acción de inconstitucionalidad puede concluir por varios supuestos, ya sea que se actualice alguna causa de improcedencia, en cuyo caso opera el desechamiento de la demanda (si esta es manifiesta e indudable desde su presentación) o el sobreseimiento, que implica no entrar al estudio del fondo del asunto planteado.

Dentro de los supuestos de la procedencia de la acción, existen las siguientes posibilidades:

1. Que se estime procedente la acción, pero infundada la pretensión, con lo cual se declara la validez de la norma impugnada.
2. Que se declare procedente la acción y fundada la pretensión, proponiendo la declaración de invalidez de la norma impugnada, pero que al momento de la votación no se obtenga la mayoría calificada del Pleno, con lo cual, la acción se desestima y se ordena archivar el expediente, lo que equivale prácticamente a un sobreseimiento; el procedimiento de control no tendrá ningún efecto.
3. Que se declare procedente la acción, fundada la pretensión de invalidez y se obtenga la mayoría calificada en la votación del Pleno. En este caso la sentencia producirá la invalidez de la norma impugnada, lo que implica su expulsión del sistema jurídico ya sea de una manera parcial o total, a partir de la fecha en que lo determine la propia resolución, siempre hacia el futuro, sin efectos retroactivos, salvo en materia penal.

La sentencia que declare la invalidez debe definir sus alcances y efectos, fijar con precisión, en su caso, los órganos obligados a cumplirla, así como, las normas generales o porciones normativas respecto de las cuales opere la nulidad, así como, todos

los elementos necesarios para su plena eficacia, considerando que sus efectos deberán extenderse a todas aquellas normas cuya validez dependa de la invalidada.[13] Esto es, pueden trascender a todo el sistema normativo aun cuando se incluyan normas no impugnadas en la demanda.

Una de las posibles causas de invalidez es la referente a los vicios formales, esto es, los derivados de la violación al proceso legislativo en la aprobación de la ley impugnada, criterio que la Suprema Corte aplica desde 2006[14] en las acciones de inconstitucionalidad (Tesis P/J 32/2007)[15] y que incluso considera deben examinarse previo a las violaciones de fondo, porque pueden tener un efecto de invalidación total de la norma impugnada. El argumento consiste en que las violaciones procedimentales inciden directamente sobre los principios democráticos.

En relación con los efectos de una sentencia que declara la invalidez de una norma general, cuando se trata de un sistema normativo que se ha dejado sin efectos, la Suprema Corte de Justicia ha decidido, en algunos casos, la reviviscencia de las normas vigentes con anterioridad a aquellas declaradas inválidas, especialmente en materia electoral, lo cual, si bien pudiera considerarse

---

13 Artículos 41, 43, 44 y 45, en relación con el artículo 73, todos de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lrfiyii_art105.htm*

14 El criterio era distinto en años anteriores; como antecedentes, consultar Tesis P/J 94/2001, *Semanario Judicial de la Federación,* Novena Época, agosto de 2001, *https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/188907*, Violaciones de carácter formal en el proceso legislativo. Son irrelevantes si no trascienden de manera fundamental a la norma y Tesis: P./J. 6/2003, *Semanario Judicial de la Federación,* Novena Época, marzo de 2003, Acción de inconstitucionalidad en materia electoral. Debe privilegiarse el análisis de los conceptos de invalidez referidos al fondo del asunto y solo en caso de que estos resultaran infundados, se procederá al análisis de las violaciones procedimentales, *https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/184722*

15 Tesis P/J 32/2007, *Semanario Judicial de la Federación,* Novena Época, diciembre de 2007, Acción de inconstitucionalidad en materia electoral. Las violaciones procesales deben examinarse previamente a las violaciones de fondo, porque pueden tener un efecto de invalidación total sobre la norma impugnada, que haga innecesario el estudio de estas *https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/170881*

una intromisión en la esfera de facultades del órgano legislativo, no lo será si, con ello, se resuelve un tema de seguridad jurídica y se evita un vacío legal violatorio de derechos humanos. En otros, sin embargo, no ha resuelto que pasa con el sistema normativo ante la declaración de invalidez, ni qué norma debe prevalecer en tanto el Congreso aprueba una nueva legislación.

V. Análisis de los efectos de la acción de inconstitucionalidad 150/2017, en relación con la invalidez del Decreto de Reformas a la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión de 2017

Como preámbulo al análisis de este caso, recordemos que el reconocimiento de los derechos de las audiencias dentro del capítulo de derechos humanos de la Constitución mexicana se logró con la reforma publicada el 6 de junio de 2013,[16] que adicionó al artículo 6º, Apartado B, Fracción VI, la obligatoriedad de establecer los derechos de las audiencias en la ley correspondiente en materia de radiodifusión y telecomunicaciones, así como, los mecanismos para su protección, considerando que todo derecho, para ser efectivo, no solo debe estar legalmente definido, sino contar con mecanismos efectivos para su defensa y para reclamar su puntual observancia.

En cumplimiento al mandato constitucional la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión (en adelante LFTyR) publicada el 14 de julio de 2014,[17] incluyó un catálogo de derechos de las audiencias y previó que las concesionarias debían contar con defensorías que funcionaran con base en un Código de Ética, ex-

[16] *Diario Oficial de la Federación*, 11 de junio de 2013, Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6°, 7°, 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de telecomunicaciones. México, Secretaría de Gobernación *https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5301941&fecha=11/06/2013#gsc.ta*

[17] *Diario Oficial de la Federación*, 14 de julio de 2014, Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, México, Secretaría de Gobernación, *https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5352323&fecha=14/07/2014#gsc.tab=0*

pedido conforme a los Lineamientos Generales sobre la Defensa de las Audiencias que emitiera el Instituto Federal de Telecomunicaciones (en adelante IFT) en ejercicio de sus facultades regulatorias, para garantizar así el cumplimiento de los derechos de información, de expresión y de recepción de contenidos a que se refieren los artículos 6o. y 7o. constitucionales, así como, que los concesionarios de uso comercial, público y social contaran con plena libertad de expresión, programática, y editorial, evitando cualquier tipo de censura previa sobre sus contenidos; la Ley también le otorgó al IFT facultades de sancionatorias y de vigilancia en relación con la protección de los derechos de la audiencia. Con base en ello, el contenido de los Códigos de Ética debiera abarcar los derechos objeto de protección y cómo se verifica el procedimiento para determinar si, en un caso planteado, se ha violentado, o no, un derecho de la audiencia; además de prever cuáles son las consecuencias de la violación a estos derechos y cómo se puede restituir a la persona afectada.

La reforma a la LFTyR en 2017[18] (en adelante el Decreto de 2017) modificó el alcance de algunos de los derechos de las audiencias que ya habían sido reconocidos en 2014 como, por ejemplo, la obligación de que el servicio de radiodifusión se preste en condiciones de competencia y calidad para salvaguardar la pluralidad, la veracidad de la información y fomente la identidad nacional; el deber de aportar elementos para distinguir con claridad la información noticiosa de la opinión de quien la presenta; también hubo una clara regresión al hacer nugatorios los mecanismos de protección de los derechos de las audiencias cambiando a un sistema de autorregulación con base en el cual, las concesionarias podrían emitir unilateralmente y con plena libertad de contenido, sus Códigos de Ética y por lo tanto, controlar el nombramiento de las y los Defensores de Audiencias, quienes, en lugar de serlo de las audiencias, tienden a convertirse en defensores del medio de comunicación; en concordancia, se despojó al IFT, tanto de su facultad para establecer los lineamientos a

[18] *Diario Oficial de la Federación*,31 de octubre de 2017, Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, *https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5503004&fecha=31/10/2017#gsc.tab=0*

que debían sujetarse los Códigos de Ética, como de sus atribuciones en materia de supervisión, vigilancia y sanción, ordenando la abrogación de cualquier disposición en contrario, lo que incluyó a los "Lineamientos Generales sobre la Defensa de las Audiencias" que ya había expedido en 2016.[19]

El Decreto de 2017 fue impugnado judicialmente mediante dos juicios de amparo promovidos por defensoras y defensores de las audiencias y organizaciones civiles defensoras de derechos humanos; concretamente, la Asociación Mexicana de Defensorías de Audiencias, A.C.,[20] y el Centro de Litigio Estratégico para la Defensa de los Derechos Humanos, A.C.[21] concediéndose en ambos casos el amparo y protección de la justicia federal, declarando la inconstitucionalidad de los preceptos legales impugnados por cuestiones de fondo, atendiendo a los principios de interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos y reconociendo a las asociaciones un interés legítimo colectivo para reclamar la inconstitucionalidad de la ley por la afectación a los derechos de las audiencias.

En el primero de los amparos citados, promovido específicamente en contra de la reforma a los párrafos segundo y tercero del artículo 256 de la LFTyR y en consecuencia el Artículo Segun-

---

19 *Diario Oficial de la Federación*, 21 de diciembre de 2016, ACUERDO mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones aprueba y emite los Lineamientos Generales sobre la Defensa de las Audiencias, *https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5466365&fecha=21/12/2016#gsc.tab=*

20 Amparo 653/2019, Juzgado Primero de Distrito en Materia Administrativa e la CDMX y resolución confirmada por la Primera Sala de la SCJN en el recurso de revisión número 499/2020, *https://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=10/0010000024885634005.doc_1&sec=H%C3%A9ctor_Jes%C3%BAs_Reyna_P%C3%A9rez_G%C3%BCemes&svp=1*

21 Amparo 1518/2017 promovido por Centro de Litigio Estratégico para la Defensa de los Derechos Humanos, Asociación Civil, seguido ante el Juzgado Primero de Distrito en Materia Administrativa, Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en la Ciudad de México y Jurisdicción en toda la República. Amparo en revisión 1031/2019 resuelto por la Primera Sala de la SCJN, *https://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=1301/130100002218720300110009.docx_1&sec=Agust%C3%ADn_Cuauht%C3%A9moc_Jandete_Mosqueda&svp=1*

do Transitorio del Decreto de 2017, se atendió particularmente al tema de la autorregulación; la concesión del amparo tuvo el alcance de dejar sin efectos la expedición y promulgación de los párrafos impugnados, resurgiendo la vigencia de los que formaban parte de la Ley en 2014, dejando expeditas las facultades del IFT para la emisión de unos nuevos Lineamientos, lo que realizó en diciembre de 2024 en cumplimiento de la ejecutoria. En este caso, claramente se ordenó la reviviscencia de la norma vigente anterior al Decreto de 2017, en respeto a los derechos humanos.

En cuanto al juicio de amparo promovido por el Centro de Litigio Estratégico para la Defensa de los Derechos Humanos, A.C., el argumento central fue la violación al principio de progresividad de los derechos humanos, al desconocer derechos ya existentes, así como que, con la reforma, se eliminaron las facultades sancionatorias y de imposición de medidas precautorias que tenía el IFT en relación con las violaciones o posibles violaciones, por parte de los concesionarios de radio y televisión sobre los derechos de las audiencias. La Suprema Corte consideró que con esa reforma existía un retroceso en el grado de protección y garantía del derecho a la defensa de los derechos de las audiencias, así como en el de la protección alcanzada sobre tales derechos, basándose en que el principio de progresividad, que busca reafirmar la evolución de los derechos humanos, los cuales, una vez reconocidos y garantizados, no pueden ser objeto de medidas restrictivas o regresivas, concediendo el amparo y declarando la inconstitucionalidad de diversos preceptos del Decreto de 2017.

No obstante, los efectos de la concesión de este amparo fueron prácticamente destruidos por la resolución que dictó posteriormente la Suprema Corte de Justicia en el juicio de acción de inconstitucionalidad 150/2017, promovido por un porcentaje de miembros del Senado,[22] pues en ella, sin analizar el fondo, declaró la invalidez del Decreto de 2017 en su totalidad porque existieron violaciones al proceso legislativo durante su aprobación;

[22] Acción de Inconstitucionalidad 150/2017 y su acumulada 153/2017, sentencia dictada por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 16 de diciembre de 2022, *https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5674812&fecha=16/12/2022#gsc.tab=0*

por esa razón, actualmente el texto oficial de la LFTyR publicado en la página web de la Cámara de Diputados, bajo cada artículo, fracción o denominación que fueron objeto de modificación por el Decreto de 2017, incluye el texto: "declarada inválida por sentencia de la SCJN a Acción de Inconstitucionalidad notificada para efectos legales 30-08-2022." Inclusive en los párrafos segundo y tercero del artículo 256 respecto de los que en el amparo correspondiente se ordenó la reviviscencia del texto de 2014.

Esto ha dado origen a un vacío legal, pues al eliminarse los artículos invalidados, la ley carece de lógica y de los conceptos básicos para la adecuada defensa de los derechos de la audiencia; los términos de la resolución de la acción de inconstitucionalidad y sus efectos, lejos de beneficiar la defensa de derechos humanos han prolongado su violación, ya que han pasado siete años desde que se aprobó la reforma declarada inconstitucional y actualmente, no se cuenta con una regulación clara y completa que garantice el respeto a estos derechos.

Evidentemente, es obligación constitucional del Congreso de la Unión legislar al respecto, a efecto de cubrir las lagunas y dar cumplimiento a la Constitución previendo claramente los mecanismos de protección de los derechos de las audiencias y garantizándolos, omisión grave, pues estamos hablando de defensa de derechos humanos.

Este ejemplo nos advierte la necesidad de revisar puntualmente la trascendencia de los efectos anulatorios de las sentencias que se dictan en las acciones de inconstitucionalidad para evitar vacíos legales; la solución puede ser establecer en la Ley la obligación de analizar, en cada caso, si es procedente o no declarar la reviviscencia de la norma que estaba vigente antes de la que ha sido invalidada, en tanto el Congreso legisla nuevamente, otorgándole de un plazo determinado para hacerlo y manteniendo la reviviscencia en tanto eso no ocurra. Así mismo, es necesario crear mecanismos para que la Suprema Corte se vea obligada a armonizar sus propias resoluciones y las de los Tribunales Colegiados, en su caso, emitidas en los diversos medios de control en relación con el mismo cuerpo normativo, para no caer en contradicciones, como sucedió en el ejemplo planteado. En todo caso, el objetivo es otorgar seguridad jurídica en relación con la aplicación de la ley, en defensa de los derechos humanos.

Referencias

Acción de Inconstitucionalidad 150/2017 y su acumulada 153/2017, sentencia publicada en el Diario Oficial de la Federación el 16 de diciembre de 2022.

Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones aprueba y emite los lineamientos generales sobre la defensa de las audiencias, *Diario Oficial de la Federación,* 21 de diciembre de 2016.

Amparo 653/2019, Juez Primero de Distrito en Materia Administrativa de la CDMX.

Amparo 1518/2017, Juzgado Primero de Distrito en Materia Administrativa, Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en la Ciudad de México y Jurisdicción en toda la República.

Amparo en revisión 1031/2019 resuelto por la Primera Sala de la SCJN.

Burgoa Orihuela, Ignacio, *El Juicio de Amparo*, 29ª. ed., México, Porrúa, 1983.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6°, 7°, 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de telecomunicaciones. *Diario Oficial de la Federación*, 11 de junio de 2013, México, Secretaría de Gobernación.

Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, *Diario Oficial de la Federación*, 31 de octubre de 2017.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *Efectos y contenidos de las sentencias en acción de inconstitucionalidad: análisis teórico referido al caso "Ley de Medios",* México, UNAM, 2009.

Fix Zamudio, Héctor, *La Constitución y su defensa*, México, UNAM, 1984.

Gómez Fierro, Juan Pablo, *Una nueva acción de inconstitucionalidad en México*, México, Tirant lo Blanch, 2023.

Huerta Ochoa, Carla, "La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* México nueva serie, año XXXVI, núm. 108, septiembre-diciembre de 2003.

Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)* trad. de Rolando Tamayo Salmorán, México, IIJ-UNAM-Defensoría de los Derechos Universitarios, 2016.

Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, *Diario Oficial de la Federación*.

Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Lucas Verdú, Pablo, *Curso de Derecho Político*. 3a. ed., Salamanca, Tecnos,1983, vol. II.

La recepción jurisdiccional en México de instrumentos internacionales *soft law* en materia de derechos humanos

***

The jurisdictional reception in Mexico of international soft law instruments on human rights

*Raúl Ruiz Canizales**

Resumen: en el caso de México, a partir de la novena época, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha emitido una serie de criterios en clave de tesis aisladas y algunas jurisprudenciales en torno a los instrumentos internacionales comúnmente denominados *soft law*. Estos instrumentos resultan de especial interés de cara al estatuto jurídico que revisten. Su tratamiento, a partir de la interpretación por parte de nuestro máximo tribunal, ha ido adquiriendo una relevancia gradual que va desde una simple alusión indirecta a la figura, pasando por referencias expresas al concepto, hasta llegar a emitir sentencias en las que se delimita el alcance de los instrumentos de esa naturaleza. A lo largo del presente ensayo se tomarán como materia prima de referencia las diversas tesis aisladas y/o jurisprudenciales, pero en otros casos se recurrirá al contenido de las sentencias de las cuales derivaron aquéllas.

* Doctor en Derecho. Docente investigador y profesor de tiempo completo (PTC) adscrito a la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro. Miembro de Sistema Nacional de Investigadoras e Investigadores (SNII II).

Abstract: in the case of Mexico, starting from the ninth era, the Supreme Court of Justice of the Nation (SCJN) has issued a series of criteria in the form of isolated theses and some jurisprudential ones regarding international instruments commonly called soft law. These instruments are of special interest in view of the legal status they have. Its treatment, based on the interpretation by our highest court, has gradually acquired relevance that ranges from a simple indirect allusion to the figure, through express references to the concept, to the point of issuing sentences in which the scope of instruments of that nature. Throughout this essay, the various isolated and/or jurisprudential theses will be taken as raw material of reference, but in other cases the content of the sentences from which they were derived will be used.

Palabras clave: derechos humanos, Suprema Corte, *soft law*.

Key words: human rights, Supreme Court, soft law.

Sumario: I. Introducción. II. La recepción jurisdiccional en México del *soft law* en general. III. La declaración universal de derechos humanos. IV. Conclusiones. Referencias.

I. Introducción

México se ha caracterizado por el ánimo peculiar con el que ha venido suscribiendo y adoptando instrumentos jurídicos internacionales en clave de tratados y/o convenciones en las últimas cuatro o cinco décadas, además de otros que no necesariamente requieren transitar por el camino que estos han tenido que recorrer de acuerdo a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), pero que igualmente adquieren el estatuto de vinculantes. Esto último invita a una reflexión crítica; primero, sobre el estatus que hoy tienen los instrumentos internacionales ampliamente conocidos como *soft law*; en segundo lugar, en torno a la justificación o no de la recepción que han tenido en años recientes como resultado del ejercicio de interpretación de los diversos órganos jurisdiccionales del PJF en México, sobre todo si se considera el amplio abanico de mecanismos internacionales de naturaleza vinculatoria. Mientras que para algunos podría

resultar paradójico observar en el *soft law* un impacto de amplio alcance en cuanto a su reconfiguración en el plano jurisdiccional y, consecuentemente, en el propio ejercicio de integración dentro del sistema jurídico mexicano, para otros, por su parte, podría tratarse de un fenómeno no solo predecible sino también justificado. Y esto es lo que, precisamente, se ha observado en el caso de México como consecuencia del especial tratamiento que nuestro máximo tribunal le ha asignado a este tipo de figuras señaladas como no vinculantes, o por lo menos no en el sentido tradicional que se venía explicando y aprendiendo en el proceso de formación jurídica durante siglos. En los siguientes apartados se comparte el proceso gradual de recepción en sede jurisdiccional de los instrumentos internacionales no vinculantes.

II. La recepción jurisdiccional en México del *soft law* en general

Dentro de la actividad interpretativa desarrollada por los diversos órganos jurisdiccionales del PJF hay registro de una paulatina y cada vez más arraigada recepción favorable de los IINV. De la novena a la undécima época[1] el PJF, a través de sus Tribunales Colegiados, la Sala Primera, Sala Segunda y el Pleno, en múltiples ocasiones ha resuelto casos en virtud de los diversos tipos de amparos y de contradicción de tesis en los que se han identificado las siguientes experiencias o circunstancias:

a) Invoca y, además, se ha tenido que pronunciar de manera expresa "en el fondo de la sentencia", respecto del reconocimiento de esos instrumentos internacionales no vinculantes, y de las que han derivado tesis aisladas y/o jurisprudenciales en las que también, tanto en el rubro que las identifica como en el cuerpo del texto, hacen mención expresa al instrumento invocado, así como al concepto *soft law*. Estos merecen llamarse casos paradigmáticos o

[1] Que implica un periodo de 28 años hasta junio de 2023. La novena época abarca del 04 de febrero de 1995 al 3 de octubre de 2011; la décima, del 4 de octubre de 2011 al 30 de abril de 2021; la undécima, del 1 de mayo de 2021 a la fecha.

leading case, es decir, casos cuya resolución o sentencia inicia una tendencia.

b) Invoca y, además, se ha tenido que pronunciar de manera expresa "también en el fondo de la sentencia" respecto del reconocimiento de esos instrumentos internacionales no vinculantes, y del que derivó una tesis aislada y/o jurisprudencial en la que en el rubro que las identifica únicamente se hace mención expresa al vocablo *soft law* y el alcance que este tiene, sin que se mencione instrumento internacional no vinculante alguno en lo específico. En el cuerpo de la tesis solo se definen, describe la naturaleza, delimita la importancia o valor que el órgano le asigna a tales instrumentos. Este tipo de casos también merecerían reconocerse como *leading case*.

c) Invoca y, además, se ha tenido que pronunciar de manera expresa, en el fondo de la sentencia, respecto del reconocimiento de esos instrumentos internacionales no vinculantes, y de las que han derivado tesis aisladas y/o jurisprudenciales en las que en el rubro que las identifica únicamente se hace mención expresa al instrumento invocado, se omite en dicho rubro el concepto *soft law*, pero sí aparece este último en el cuerpo del texto.

d) Invoca y, además, se ha tenido que pronunciar de manera expresa, en el fondo de la sentencia, respecto del reconocimiento de esos instrumentos internacionales no vinculantes, y de las que han derivado tesis aisladas y/o jurisprudenciales en las que ni en el rubro que las identifica se usa el vocablo *soft law* ni en el cuerpo del texto se hacen mención expresa al instrumento invocado, pero tampoco a dicho vocablo.

e) Invoca de manera expresa, en el fondo de la sentencia, algunos instrumentos internacionales no vinculantes, pero ni en esta ni en ninguna parte de las tesis que derivaron se esgrime pronunciamiento alguno respecto del valor de esos instrumentos internacionales no vinculantes, *i. e.,* simplemente se invocan en algunos pasajes de la resolución, como si dieran por sentado el mérito y validez de su función de tales instrumentos. Esta circunstancia en lo específico es común identificarla en asuntos de derecho humano a un medio ambiente sano.

Las resoluciones identificadas "para efectos del presente artículo" que se colocan en alguno de los escenarios descritos, suman quince (entre amparos directos, directos en revisión, y una contradicción de tesis). Las tesis revisadas se distribuyen de la siguiente manera: nueve son aisladas y de las cuales solo una pertenece al Pleno, además de que se coloca en el supuesto del inciso a): 1) P. XXXVI/2009 (Pleno); 2) VI.2o.P.142 P (Segundo Tribunal Colegiado en materia penal del sexto circuito); 3) VI.2o.P.151 P (9a.) (Segundo Tribunal Colegiado en materia penal del sexto circuito); 4) 1a. CCXVI/2014 (10a.) (Primera Sala); 5) XXVII.3o.6 CS (10a.) (Tercer Tribunal Colegiado del vigésimo séptimo circuito); 6) XXVII.3o.11 P (10a.) (Tercer Tribunal Colegiado del vigésimo séptimo circuito); 7) XVII.1o.P.A.41 P (10a.) (Primer Tribunal Colegiado en materias penal y administrativa del décimo séptimo circuito); 8) 1a. CXCVIII/2018 (10a.) (Primer a Sala); 9) 1a. CXCIX/2018 (10a.) (Primea Sala); 10) I.1o.P.150 P (10a.) (Primer Tribunal Colegiado en materia penal del primer circuito); 11) 2ª. XVI/2020 (10ª.). Mientras que las jurisprudenciales suman tres (dos de la Primera Sala y la otra de la Segunda Sala): De la Primera Sala: 1) 1a./J. 35/2023 (11a.); 2) 1a./J. 36/2023 (11a.); 3) 1ª./J. 13/2022 (11ª.). De la Segunda Sala: la tesis 2a./J. 19/2017 (10a).

De todas las anteriores, merece especial mención el amparo en revisión 215/2014, resuelto en fecha 16 de octubre del 2014 por el Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito, y del que derivó la tesis aislada XXVII3o.6 CS (10a.). Se trata de la primera ocasión en la que un órgano decisor del PJF constata los elementos del escenario *b)* previamente descrito. En el cuerpo de la tesis solo se define, describe la naturaleza, delimita la importancia o valor que el órgano le asigna a tales instrumentos. Aunque se trata de una tesis aislada, lo significativo de este caso reside en que es la primera ocasión en que uno de los órganos jurisdiccionales del PJF se aboca al estudio y el análisis del alcance, tanto de los documentos o instrumentos de la naturaleza aquí abordada, como del propio concepto de soft law. En efecto, en cuanto a la primera cuestión señaló que los agentes del Estado mexicano, además de observar las normas internacionales de carácter obligatorio, así como la jurisprudencia interamericana, también *debe* admitirse el desarrollo de principios y prácticas del derecho internacional de naturaleza no vinculante contemplados

en instrumentos, declaraciones, proclamas, normas uniformes, directrices y recomendaciones aceptados por la mayoría de los Estados, todo ello derivado de las máximas de *universalidad* y *progresividad* insertos en el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Merece también resaltar que se usa el verbo modal "debe", lo que se traduce en una reducción de opciones para los juzgadores, sin margen para una cuestión potestativa en el ánimo de estos, circunstancia que no es asunto de menor calado aun considerando lo tocante a la obligatoriedad que reviste la tesis aislada y el radio de impacto que tiene esta resolución respecto de los otros órganos jurisdiccionales. En cuanto al significado del vocablo "como segunda cuestión resuelta en la tesis" sostuvo que este puede traducirse como *ley suave*, *normas ligeras*, dúctiles o blandas, en alusión (i) a una falta de eficacia obligatoria y (ii) a una oposición al *hard law* o derecho duro o positivo. Pero el Tribunal va más allá al sostener que, sin importar la obligatoriedad que revistan, el contenido de tales instrumentos internacionales resulta de utilidad a efecto de que los Estados en lo individual "[...] guíen la práctica y mejoramiento de sus instituciones encargadas de vigilar, promover y garantizar el apego irrestricto a los derechos humanos".[2]

Además de lo anterior, el Tribunal en cuestión juzgó necesario advertir que todo ello no implica desatender la obligada observancia primigenia del orden jurídico nacional ni el principio de subsidiariedad de las normas supranacionales, el cual indica, primero, agotar la tutela interna de los derechos y, una vez agotadas las instancias domésticas, es posible acudir a la protección internacional de los derechos humanos, puesto que más allá de la relación no jerárquica entre la Constitución Federal y los tratados, "[...] la consulta de directrices no vinculantes solo reporta efectos prácticos derivados de la experiencia acogida por órganos internacionales encargados de la promoción y protección de los derechos fundamentales".[3]

[2] Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, tesis aislada XXVI.I.3o.6 CS (10a.), Registro digital: 2008663

[3] *Ibidem*.

A partir del primer asomo se han resuelto una multiplicidad de casos en los que se requirió una valoración de los IINV y de los que han derivado las tesis citadas. Merece destacar que la mayoría de ellas "desde la primera hasta la última de las citadas" abarcan cuestiones mercantiles e incluso de derecho penal, es decir se trata de asuntos en los que no necesariamente estaba en juego un derecho humano, sino la naturaleza y alcance de los IINV *lato sensu*. El caso que marca la excepción es el descrito en los párrafos previos, pero, aunque se trate de una tesis aislada y de un tribunal colegiado tal circunstancia no le resta mérito para los propósitos aquí planteados. Se trata de la primera ocasión registrada en la que un órgano de tal naturaleza asume posicionamiento o, si se quiere, un acercamiento descriptivo en torno al concepto. A partir de la lectura de la tesis citada es posible inferir que el elemento determinante y subyacente es el de la utilidad, es decir, una forma de valor específico que ofrecen los documentos de las cualidades descritas en la labor de interpretación de los órganos jurisdiccionales, sin demérito de las normas positivas, por su puesto. Pero también dicha valoración es posible colocarla el espectro del sistema de fuentes, al grado de que se han posicionado como referente en dicha actividad interpretativa a cargo de jueces dentro de los cuales se incluye, por su puesto, a quienes tienen en sus manos la guarda y supremacía de la norma fundamental.

El Amparo en Revisión 54/2021[4] es uno de los más recientes en materia de derecho humano al medio ambiente: se aborda dentro de la Undécima Época y, por tanto, dentro del sistema de precedentes. Este amparo, resuelto por la Primera Sala, dio lugar a la tesis jurisprudencial 1ª./J. 13/2022 (11ª.), en cuyo rubro y cuerpo del texto no se menciona ningún instrumento de naturaleza *soft law*, pero tal referencia, al igual que en el caso anterior, sí es posible localizarla en el contenido de la sentencia misma. Reviste de una especial importancia por la forma como esta Sala se repliega a los textos no vinculantes y citados como parte de la motivación y fundamentación, circunstancia que se puede obser-

[4] Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 54/2021, Primera Sala, Min. Juan Luis González Alcántara Carrancá, Sentencia del 9 de febrero del 2022, México.

var en otra sentencia, en el denominado "por la misma Primera Sala" "emblemático" Amparo en Revisión 307/2016. Le asignó esa cualidad en virtud de que, a partir de los criterios ahí vertidos y los instrumentos vinculantes y no vinculantes invocados, la Primera Sala se ha mantenido apegada y congruente a los mismos en los sucesivos casos en los que debió resolver asuntos en torno al derecho humano al medio ambiente.

El Amparo en Revisión 54/2021 constituye, prácticamente, una réplica del Amparo en Revisión 307/2016, particularmente en el apartado I (Marco teórico y legal del derecho humano al medio ambiente). Ahora bien, en el año 2017 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) emite la Opinión Consultiva OC-23/17 (15 de noviembre de 2017), en la que explica cuáles son las obligaciones de los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos derivadas de los deberes de respetar y garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal en el contexto del medio ambiente. En el apartado VIII de la Opinión la Corte IDH esta describe y explica cuáles son esas obligaciones. La primera de las obligaciones que expone es la de prevención, en la que, a su vez, menciona las medidas que deben adoptar los Estados para cumplir con la obligación de prevención, una de esas medidas es la de requerir y aprobar estudios de impacto ambiental. Además, señala (y recuerda) en este rubro los estándares internacionales y las buenas prácticas en lo referente a los estudios de impacto ambiental, para lo cual menciona seis condiciones, mismas que son retomadas en el amparo en cuestión 50/2021. Cabe señalar que, si bien es cierto, ya la Corte IDH se ha pronunciado sobre la naturaleza jurídica de sus opiniones consultivas, en el sentido de que resultan obligatorias de atender, también lo es que la decisión de mencionar la OC-23/17 obedece a que se trata de un instrumento de naturaleza especial y de enorme impacto en las decisiones de la Corte de México en materia de derechos humanos y medio ambiente. Las otras herramientas de tipo no vinculantes mencionadas en este amparo, a lo largo del apartado I, son la *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* (art. 19); la *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos* (art. 24); la *Declaración de Derechos Humanos de la Asociación de las Naciones del Sudeste de Asia* (art. 28); la *Carta Árabe* (art. 28); la *Carta Árabe de Derechos*

Humanos (art. 38), todas estas son referidas en un ejercicio de la Primera Sala enfocado a determinar cuáles son los instrumentos internacionales que han incorporado el derecho a un medio ambiente sano como auténtico derecho humano, por paradójico que resulte hablar de ello en los casos de los últimos tres instrumentos mencionados.

Por último, en sesión del día 7 de diciembre del 2022, la Primera Sala resuelve el Amparo Directo en Revisión 13/2021.[5] Los hechos de origen que dieron lugar al amparo fueron los siguientes. Elementos del Ejército Mexicano dispararon en contra de dos civiles y, como consecuencia, perdieron la vida, pero en el presente caso fue el mismo quejoso quien dio la orden de accionar las armas de fuego en contra de una de las víctimas. En virtud de estos hechos, el quejoso fue sentenciado en primera y segunda instancias por el delito de homicidio calificado. Inconforme, promovió juicio de amparo directo en el que solicitó la aplicación de diversas reglas del *Manual de las Naciones Unidas sobre la prevención e investigación eficaces de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias* (Protocolo de Minnesota), pues consideró que la investigación no se llevó a cabo con dichos estándares internacionales. Explica la Primera Sala en la sentencia que el Tribunal Colegiado de Circuito del conocimiento consideró que no era aplicable el Protocolo de Minnesota ya que pertenece al denominado soft law; en contra de esta sentencia se interpuso revisión. Como consecuencia de la resolución se aprueban dos tesis jurisprudenciales:

a) La tesis 1a./J. 35/2023 (11a.). El criterio jurídico plasmado por la Primera Sala de la SCJN en esta tesis jurisprudencial reside en que este órgano jurisdiccional considera que, si bien es cierto el Protocolo de Minnesota pertenece a los instrumentos internacionales de tipo *soft law*, también lo es que "advierte la Primera Sala" constituye un documento *jurídicamente relevante*, pues este contiene directrices para que las autoridades jurisdiccionales investiguen con eficacia una ejecución extrajudicial, de

[5] Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo Directo en Revisión 13/2021, Primera Sala, Min. Juan Luis González Alcántara Carrancá, Sentencia del 7 de diciembre del 2022, México.

tal modo que, de atenderse tales directrices por las autoridades competentes, se podrían hacer efectivos diversos derechos humanos contenidos en el parámetro de control de regularidad constitucional. En otras palabras: al regular diversas directrices enfocadas a dar un tratamiento adecuado e investigar de manera eficaz una ejecución extrajudicial, se trata entonces de un documento jurídicamente relevante que puede ayudar al cumplimiento pleno del derecho humano a no ser privado de la vida arbitrariamente, derecho contenido, fundamentalmente, en normas *hard law*.

b) La tesis 1a./J. 36/2023 (11a.). La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que, si bien es cierto el Protocolo de Minnesota pertenece al *soft law*, también lo es que constituye un documento jurídicamente relevante que contiene directrices para que las autoridades jurisdiccionales investiguen eficazmente una ejecución extrajudicial, por lo que de seguirse tales directrices por las autoridades competentes, se podrían hacer efectivos diversos derechos humanos contenidos en el parámetro de control de regularidad constitucional.

En la sentencia que dio origen a las anteriores tesis, el órgano resolutor dedica un apartado en el que señala, a modo de justificación de su invocación, las principales características del *soft law*, mismas que extrae de la doctrina jurídica. Para efectos de economía procesal, se comparten tales rasgos a partir del concepto o cualidad principal que le imprime a estos instrumentos internacionales: una función clave en el proceso de interpretación de las normas o tratados vinculantes, sobre todo en materia de derechos humanos. Así, en este ejercicio de repliegue doctrinal, por parte de la Primera Sala:

i) se les identifica como reglas no vinculantes de organizaciones que despliegan una actividad normativa indirecta o exhortativa en razón que proponen conductas deseables, pero no obligatorias;

ii) no obstante que no reúnen las condiciones estructurales en sus procesos de formación y contenido para ser considerados como una fuente obligatoria, sin embargo son generados por organismos internacionales (ONU, por ejem-

plo) de los cuales resultan acuerdos no vinculantes entre Estados, sin embargo, pese a todo ello, tienen relevancia jurídica, la cual se presenta en una clara e inequívoca normativa general;

iii) constituyen *elementos interpretativos fundamentales* para desentrañar el sentido y contenido obligacional de las convenciones (*hard law*) en materia de derechos humanos. Es decir, su importancia y alcance reside en el hecho de que ponen de manifiesto exigencias concretas que, por técnica, no se plasman en el texto de un tratado internacional, *i.e.,* en normas internacionales vinculantes;

iv) en el caso de las recomendaciones y observaciones que emiten los organismos internacionales autorizados para el control de un tratado, tienen un *valor interpretativo en el contexto de una relación dialéctica*. Para explicar y reforzar el alcance de la idea de 'valor interpretativo', esta Primera Sala retoma un criterio previamente adoptado en dos casos resueltos con anterioridad.[6] En ambas resoluciones el argumento que esgrime, en términos generales, es que el contenido de los derechos humanos no se encuentra limitado al texto expreso, *i. e*., al contenido de la norma (*hard law*) donde se ubica reconocido dicho derecho, sino

[6] *Cfr*. La Tesis aislada 1a. CDV/2014 (10a.) de la Primera Sala, cuyo rubro es el siguiente: Derechos humanos. Su contenido no se limita al texto expreso de la norma que lo prevé, sino que se extiende a la interpretación que los órganos autorizados hagan al respecto, visible en la Décima Época de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 12, Tomo 1, página 714, noviembre de 2014, registro digital: 2007981. La Tesis aislada 1a. CCCXLIV/2015 (10a.) de la Primera Sala, cuyo rubro es el siguiente: Parámetro de regularidad constitucional. Se extiende a la interpretación de la norma nacional o internacional, visible en la Décima Época de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 24, Tomo 1, página 986, noviembre de 2015, registro digital: 2010426. En estricto sentido, en ninguna de las dos tesis (ni en los amparos que les dieron origen) se alude explícitamente al *soft law*, sino que la decisión de retomar los argumentos que subyacen en ambas sentencias reside en la posibilidad que ahí se plantea de abrir la puerta para incluir, en ese proceso de robustecimiento del contenido de los derechos humanos, a los organismos internacionales de derechos humanos, incluidos aquellos que existen en sede de la ONU, en los cuales, fuera del caso de los órganos de tratados, como es sabido, predomina ese tipo de instrumentos internacionales de tipo *soft law*.

que tal contenido se va robusteciendo con la interpretación evolutiva o progresiva que hagan tanto los tribunales constitucionales nacionales (en calidad de intérpretes últimos de sus normas fundamentales), así como con la propia interpretación que también hagan los organismos internacionales, los cuales son considerados como intérpretes autorizados en relación con tratados específicos, y todo ello en una relación dialéctica;

v) son considerados como *medios subsidiarios*, en el caso de recomendaciones y observaciones de organismos internacionales. De acuerdo con lo anterior pueden ser medios para determinar el contenido de las normas de derechos humanos, lo que significa que esta clase de instrumentos dan pauta para construir y complementar los parámetros normativos relevantes en atención al desarrollo progresivo de los derechos humanos y su evolución ante nuevas exigencias;

vi) forman un *conjunto abierto y flexible* no necesariamente oponible al *hard law* ni entendido como una pretensión de sustituirlo, sino un conjunto de instrumentos que, en muchas ocasiones, lo anteceden o lo complementan. En adhesión a la doctrina, esta Sala se suma al posicionamiento de que incluso el carácter *hard* o *soft* de determinada norma no se encuentra directamente relacionado con el grado de cumplimiento, puesto que existen instrumentos internacionales de naturaleza *soft* que pueden gozar de alto prestigio, un amplio consenso y espontánea observancia;[7]

[7] Este posicionamiento pertenece originalmente a la jurista Cristina Chinkin, citado en la sentencia en comento y desarrollado en su ensayo intitulado "Normative development in the international legal system", (Desarrollo normativo en el sistema legal internacional), publicado en Shelton , Dinah (ed.). *Commitment and Compliance: The Role of Non-binding Norms in the International Legal System*, Nueva York, Oxford University Press Inc., 2003, pp. 21-42. En este capítulo, C. Chinkin analiza la estructura del derecho internacional tradicional y las bases conceptuales para distinguir entre normas jurídicamente vinculantes y no vinculantes. Considera el debate de si la ley 'dura' y la 'blanda' son categorías distintas o puntos finales en un continuo. Aunado a lo anterior, revisa varios instrumentos no vinculantes y sus usos, para lo cual desarrolla un criterio a efecto identificar la ley

vii) en el caso de ciertas organizaciones internacionales, sus resoluciones se tienen como posibles *creadoras de normas jurídicas para los Estados*, e incluso aquellas resoluciones que tienen solamente naturaleza recomendatoria pueden ser *referentes* en la conformación del derecho transfronterizo en razón de que contribuyen al nacimiento de sus normas y, por tanto, se erigen como *medios auxiliares* para la determinación de la existencia y contenido de normas internacionales;

viii) están posicionados como *referentes en las actividades cotidianas de las autoridades jurisdiccionales*, útiles en el proceso de ampliación del catálogo de derechos humanos, en virtud de los cuales se ha desarrollado una serie de obligaciones de respeto y garantía de los Estados dentro de cada uno de sus propios órdenes jurídicos;

ix) en consideración de la Primera Sala, diversos instrumentos internacionales, con sello de *soft law*, han adquirido paulatinamente un valor significativo al grado de transitar de meras normas programáticas a incluso adquirir el rango de marcos de referencia o marcos interpretativos con contenidos normativos específicos, y adquieren por ello especial relevancia ya que constituyen postulados de cumplimiento obligatorio. En virtud de lo anterior, se recurre a ellos a efecto de garantizar derechos humanos o para mejorar sus contenidos, lo que les imprime la característica de su obligatoriedad, y por ello se les adopta como coadyuvantes del sistema tradicional de fuentes del derecho en el cumplimiento de los programas trazados en el parámetro de control de regularidad constitucional.

Con lo anterior, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación trata de demostrar la relevancia jurídica que hoy tienen los instrumentos internacionales de naturaleza *soft law*, sobre todo en el aporte imprescindible que significan dentro de la dinámica interpretativa a cargo de la totalidad de los órganos jurisdiccionales. Más allá de todo ello, el aporte más importante que ofrecen es, sin duda, su función como fuente potencializado-

'blanda' entre la multitud de textos internacionales adoptados por actores internacionales.

ra y de maximización de derechos humanos que se traduce, en un determinado momento, en actos de adjudicación de obligaciones para los Estados: obligaciones de respetarlos y hacerlos efectivos.

III. La declaración universal de los derechos humanos

En 2014 la Primera Sala se abocó en torno a la propia *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, de la cual resolvió que no obstante a) la importancia histórica y política de la Declaración, b) que sus principios han inspirado y, por tanto, han sido incorporados a tratados tanto universales como regionales para la protección de los derechos humanos, sin embargo sus disposiciones invocadas aisladamente no pueden servir de parámetro para determinar la validez de las normas del orden jurídico mexicano. La razón principal para negarle tal mérito a la DUDH reside en que, de acuerdo con la Segunda Sala, no constituye un tratado internacional con las cualidades que marca el artículo 89 (fracción X) y el 76 (fracción I) de nuestra carta fundante. Hasta esta primera parte el órgano jurisdiccional en cuestión reafirma la calidad de instrumento no vinculante de la Declaración, pero resulta de la mayor importancia cuando, en la segunda parte de la tesis aislada, advierte que ello no es óbice para que una norma internacional de derechos humanos que sí reúna la cualidad de vinculante para el Estado mexicano "[...] pueda ser interpretada a la luz de los principios de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, esto es, los principios consagrados en esta pueden ser invocados por los tribunales para interpretar los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales incorporados a nuestro sistema jurídico".[8] Prácticamente se trata de la primera ocasión en la que un órgano del PJF toma como objeto de estudio y análisis a la DUDH y, por tanto, asume un posicionamiento derivado del amparo directo en revisión 4102/2013. Eso tiene un significado relevante de cara a la prolífera literatura de corte doctrinal que se ha generado en torno a dicho documento y que, sin

[8] Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, tesis aislada: 1a. CXVI/2014 (10a.), Registro digital: 20065333.

lugar a dudas, ha servido como piedra de toque para una amplia producción legislativa entre los países miembros de la Organización de la Naciones Unidas o, para decirlo de otra manera: el *soft law*, en clave de normas programáticas, en el caso de la DUDH y otros instrumentos, evidencia su logro al ser determinante en el seguimiento de sus lineamientos generales cuando los Estados emprenden la tarea de legislar en materia de derechos humanos.[9] Se pueden hacer muchas interpretaciones "y objeciones" sobre las posibles implicaciones que podría generar el criterio inserto en la tesis aislada, sin embargo merece tener presente dos cuestiones fundamentales. En primer término, a partir del planteamiento hecho por la Primera Sala "verificable en la última parte del criterio citado" se puede sostener que los principios observables en las declaraciones pueden servir como núcleos semánticos de interpretación de las proposiciones prescriptivas contenidas en los instrumentos vinculantes (*hard law*). Además de lo anterior, también la Declaración se ha erigido como un referente en la evolución tanto del derecho internacional como del derecho interno, por lo que su valor jurídico puede seguir siendo motivo de discusión, pero no su valor como guía en la producción normativa de naturaleza vinculatoria, *i.e*., el valor de sus *efectos* jurídicos no da lugar a dudas ni en la doctrina ni en la propia actividad interpretativa desarrollada por el PJF en la experiencia mexicana.[10] En segundo lugar, en consonancia con lo sostenido

[9] Bermúdez Abreu, Yoselyn; Aguirre Andrade, Alix y Manasía Fernández, Nelly, "El Soft Law y su aplicación en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre", *Frónesis*, 2006, vol. 13, núm. 2, p. 27.

[10] Para posicionamientos en este sentido véase: Del Toro Huerta, Mauricio, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos: un texto multidimensional*, Ciudad de México, CNDH, 2012, p. 65-76; Salvioli, Fabián, "La influencia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el marco nacional", *Recueil des cours*, 29ème Session d´enseignement, pp. 117-136, edit. Institut International des droits de l´homme, Strasbourg, Francia, 1998; Garrido Muñoz, Asier. "El valor jurídico de la Declaración Universal de los Derechos Humanos", en Proner, Carol *et al*. (coords.). *70º aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos. La protección internacional de los derechos humanos en cuestión*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018, p. 100; Faramiñán Gilbert, Juan M., "La obligatoriedad y universalidad de la Declaración Universal de los Derechos Humanos", en Proner, Carol *et al*.

en el párrafo anterior, la recepción que ha tenido la propia DUDH en sede jurisdiccional, particularmente en el Pleno, la primera y segunda Sala de la SCJN, sobre todo a partir de la novena época y hasta el cierre del año 2024, es muestra de la importancia que reviste este instrumento internacional como referente en la labor interpretativa de dichas instancias jurisdiccionales. En abono a lo anterior se comparte la siguiente descripción cuantitativa en torno a la tendencia de invocar a la DUDH y que han adoptado las salas y el Pleno de la SCJN. Las experiencias de tesis jurisprudenciales y/o aisladas emitidas, por cuestiones de espacio, se resumen a continuación.

1) Novena época: a) Pleno. Solo una jurisprudencial (P./J. 135/2008), ninguna aislada; b) Pirmera Sala. Ninguna jurisprudencial, tres aisladas: 1a. LXV/2008, 1a. CXCII/2009 y 1a. CCXIV/2009; c) Segunda Sala. Únicamente dos aisladas: 2a. CXV/2003 y 2a. LXXV/2010).
2) Décima época: a) Pleno. Ninguna jurisprudencial ni aislada; b) Primera Sala. Una jurisprudencial: 1a./J. 30/2017 (10a.) y once aisladas: 1a. CLXXVI/2012 (10a.), 1a. LXXII/2014 (10a.), 1a. LXXIII/2014 (10a.), 1a. CCXVI/2014 (10a.), 1a. CCV/2014 (10a.), 1a. CCXXIV/2015 (10a.), 1a. CLXIX/2015 (10a.), 1a. LXXVI/2018 (10a.), 1a. II/2019 (10a.), 1a. XIII/2021 (10a.), 1a. XIV/2021 (10a.); c) Segunda Sala. Emite cinco jurisprudenciales: 2a./J. 7/2015 (10a.), 2a./J. 8/2015 (10a.), 2a./J. 154/2015 (10a.), 2a./J. 102/2015 (10a.), 2a./J. 83/2016 (10a.).
3) Undécima época:[11] a) Pleno. Ninguna jurisprudencial, tampoco aisladas; b) Primera Sala. Ha emitido ocho jurisprudenciales: 1a./J. 36/2022 (11a.), 1a./J. 4/2021 (11a.), 1a./J. 121/2023 (11a.), 1a./J. 122/2023 (11a.), 1a./J. 123/2023 (11a.), 1a./J. 124/2023 (11a.), 1a./J. 124/2023 (11a.), 1a./J. 129/2023 (11a.). Dos aisladas: 1a. XXVI/2021 (10a.) y 1a. XIX/2023 (11a.); c) Segunda Sala. Ninguna jurisprudencial, tampoco aisladas.

(coords.), *op. cit*., p. 397; Galiana Saura, Ángeles. "La expansión del Derecho flexible y su incidencia en la producción normativa", *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 32, 2016, pp. 297-322.

[11] La búsqueda abarcó hasta el viernes 03 de mayo del 2024.

A lo largo de las épocas revisadas y a través de las instancias referidas, el alcance que subyace en el proceso gradual de invocación de la DUDH se encuentra en sincronía con el propio asignado a este documento tanto en la doctrina como en los propios órganos de la ONU.

Referencias

Chinkin, Cristina, "Normative development in the international legal system", en Shelton, Dinah (ed.). *Commitment and compliance: the role of non-binding Norms in the International Legal System*, Nueva York, Oxford University Press Inc., 2003.

Bermúdez Abreu, Yoselyn; Aguirre Andrade, Alix y Manasía Fernández, Nelly, "El Soft Law y su aplicación en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre", *Frónesis*, vol. 13, núm. 2, 2006.

Del Toro Huerta, Mauricio, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos: un texto multidimensional*, Ciudad de México, CNDH, 2012.

Salvioli, Fabián, "La influencia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el marco nacional", en *Recueil des cours*, 29ème Session d´enseignement, edit. Institut International des droits de l´homme, Strasbourg, Francia, 1998.

Garrido Muñoz, Asier, "El valor jurídico de la Declaración Universal de los Derechos Humanos", en Proner, Carol *et al.* (coord.). *70º aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos. La protección internacional de los derechos humanos en cuestión*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018.

Faramiñán Gilbert, Juan M., "La obligatoriedad y universalidad de la Declaración Universal de los Derechos Humanos", en Proner, Carol *et al.* (coord.). *70º aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos. La protección internacional de los derechos humanos en cuestión*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018.

Galiana Saura, Ángeles, "La expansión del Derecho flexible y su incidencia en la producción normativa", *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 32, 2016.

La garantía de la independencia del Poder Judicial de la Federación de México

***

The Guarantee of the Independence of the Federal Judiciary in Mexico.

*José María Soberanes Díez**

Sumario: I. Introducción. II. Fundamento. III. Principios estructurales. IV. Análisis crítico.

I. Introducción

La independencia judicial está en riesgo. Aunque siempre ha habido intentos por someter a los juzgadores, en la actualidad estas tentativas han tomado otra dimensión en muchos lugares. En el caso de México, hay acciones concretas dirigidas a dominar la impartición de justicia: han desaparecido los fideicomisos del Poder Judicial de la Federación, se le ha reducido el presupuesto, y existen iniciativas de reforma constitucional encaminadas a cesar a la totalidad de las personas juzgadoras, a la vez de establecer un nuevo proceso de designación mediante el voto popular.

Ante estas circunstancias, ¿qué pueden hacer los jueces? Los demás poderes y órganos autónomos cuentan con una garantía

* Profesor-investigador de la Universidad Panamericana. Investigador Nacional nivel II del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT, *jmsoberanes@up.edu.mx*

para la defensa de su autonomía: la controversia constitucional, que tiene como finalidad resolver los conflictos competenciales entre órdenes y órganos,[1] siendo el mecanismo que salvaguarda el federalismo y la división de poderes.[2]

Sin embargo, el Poder Judicial de la Federación no puede promover la controversia constitucional en defensa de su independencia. La Constitución, al señalar en su artículo 105 los conflictos que debe resolver la corte en esta vía, no indica que puedan dirimirse las controversias suscitadas entre este poder y otros, lo que resulta lógico bajo el principio de imparcialidad.[3] La misma Suprema Corte ha desechado las controversias promovidas por el propio poder judicial.[4]

Ahora, el que no sea procedente esta garantía no significa que no puedan existir litigios en los que el poder judicial sea parte. Este poder puede tener una pretensión resistida por otro órgano; o el poder judicial puede resistirse a la pretensión de otro órgano; es decir, puede existir un litigio. Somos testigos cotidianos de estos conflictos.

Ante esta situación, debería existir una garantía constitucional. Las normas no la han previsto. Pero la Suprema Corte ha creado pretorianamente un medio de solución de estas controversias, que ella misma conoce. Este trabajo tiene por objeto analizar ese mecanismo.

Para ello, se revisará es el fundamento de la existencia de estas controversias, cuál es su función normativa, así como sus características principales usando el esquema clásico de la trilogía

1 Cossío Díaz, José Ramón, *La controversia constitucional*, México, Porrúa, 2008, p. 120.

2 Soberanes Díez, José María, *Los conflictos entre órganos constitucionales y el Poder Judicial de la Federación*, México, Porrúa, 2018, p. 8.

3 *Ibidem*, p. 13.

4 En concreto, el juez Rafael González Castillo "en representación del Poder Judicial de la Federación" planteó una controversia constitucional en contra de la Ley de Remuneraciones de los Servidores Públicos, y fue registrada con el número 226/2018. El ministro Alberto Pérez Dayán la desechó por notoriamente improcedente el 2 de enero de 2019, y esta decisión fue ratificada por la Primera Sala, el 24 de abril de 2019 (recurso de reclamación 10/2019-CA)

estructural del proceso[5] propuesta por Giuseppe Chiovenda, es decir, acción, jurisdicción y proceso;[6] y finalmente se hará una valoración crítica de esta garantía.

II. Fundamento

En el 2000 se expidió el artículo 311, fracción XIV de la ley de concursos mercantiles, que disponía que el instituto federal de especialistas de concursos mercantiles, un órgano del Poder Judicial de la Federación estaba obligado a rendir un informe semestral sobre el desempeño de sus funciones ante el congreso de la unión. Al leer esta norma, el presidente de la Suprema Corte y del Consejo de la Judicatura Federal, Genaro Góngora Pimentel, hizo una consulta al pleno de la Suprema Corte de Justicia sobre la interpretación que debía de dársele.

En el pleno se consideró que existía un conflicto entre el poder judicial y el poder legislativo y que, con fundamento en la fracción XI del artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, vigente en ese momento, ese órgano podía dirimirla. Esa norma disponía expresamente:[7]

> Artículo 11. El pleno de la suprema corte de justicia velará en todo momento por la autonomía de los órganos del poder judicial de la federación y por la independencia de sus miembros, y tendrá las siguientes atribuciones: [...]

---

5 Aunque los tres conceptos fundamentales los propuso Chiovenda, la denominación de "trilogía estructural" es de Podetti, Ramiro, *Teoría y técnica del proceso civil y trilogía estructural de la ciencia del proceso civil*, Buenos Aires, Ediar, 1963, p. 94.

6 Chiovenda, Giuseppe, *La acción en el sistema de los derechos*, Valparaíso, Edeval, 1992, *passim*.

7 Esa era la norma vigente en ese momento. Actualmente, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación dispone exactamente lo mismo, pero en una fracción distinta la XVII, que es del tenor literal siguiente: "XVII. Conocer y dirimir cualquier controversia que surja entre las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y las que se susciten dentro del Poder Judicial de la Federación con motivo de la interpretación y aplicación de los artículos 94, 97, 100 y 101 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los preceptos correspondientes de esta Ley Orgánica;"

> IX. Conocer y dirimir cualquier controversia que surja entre las salas de la suprema corte de justicia, y las que se susciten dentro del poder judicial de la federación con motivo de la interpretación y aplicación de las disposiciones de lo dispuesto en los artículos 94, 97, 100 y 101 de la constitución política de los estados unidos mexicanos y en los preceptos relativos de esta ley orgánica; [...]

Si leemos detenidamente esa norma, las controversias previstas en esa fracción son entre órganos del poder judicial de la federación. En el primer enunciado se refiere a conflictos entre las salas de la propia Suprema Corte. En segundo lugar, aparecen controversias que se susciten "dentro del poder judicial", sin sujetarlas a relaciones entre órganos concretos.

Así pues, en ninguna parte de esta fracción se refiere a un órgano ajeno al poder judicial, por lo que de una primera lectura no parece que exista competencia para resolver un conflicto en el que sea parte un órgano de otro poder. Sin embargo, el pleno de la corte consideró que era competente usando un argumento a mayor abundamiento: "si el pleno es competente para dirimir cualquier controversia que surja dentro del poder judicial de la federación, por mayoría de razón lo es para dirimir una cuestión que podría suscitarla".[8]

Con base en esta interpretación, analizó la norma que establecía el informe del instituto de especialistas en concursos mercantiles al congreso de la unión. Consideró que los informes entre poderes únicamente procedían cuando los determinaba la constitución, por lo que una ley no podía preverlos.[9] A la luz de esta consideración hizo una interpretación conforme, en la que señaló que el instituto debía rendir ese informe ante los plenos de la Suprema Corte y del Consejo de la Judicatura.[10]

A partir de este asunto, se creó la categoría de expedientes "artículo 11, fracción IX de la Ley Orgánica del Poder Judicial de

---

8 Tesis P. CLVI/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XII, septiembre de 2000, p. 23.

9 P. CLIX/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XII, septiembre de 2000, p. 28, Informes entre poderes. Solo proceden cuando, de manera explícita o implícita, estén consignados en la constitución

10 Tesis P. CLX/2000 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XII, septiembre de 2000, p. 29.

la Federación", por lo que los posteriores fueron tramitados como tales. Entre ellos, se encuentra una controversia entre el consejo de la judicatura y auditoría superior de la federación, en el que determinó cuál es el alcance de las atribuciones de la auditoría superior de la federación respecto al poder judicial,[11] para poder determinar hasta qué punto puede intervenir en la carrera judicial.[12]

Posteriormente, cuando se suscitó una controversia respecto a las obligaciones tributarias del Poder Judicial de la Federación, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya no fundamentó su actuación en la fracción IX del artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación , sino en la diversa fracción XX.[13] esa norma disponía:

> Artículo 11. El pleno de la suprema corte de justicia velará en todo momento por la autonomía de los órganos del poder judicial de la federación y por la independencia de sus miembros, y tendrá las siguientes atribuciones: [...]
>
> XX. Para conocer sobre la interpretación y resolución de los conflictos que se deriven de contratos o cumplimiento de obligaciones contraídas por particulares o dependencias públicas con la suprema corte de justicia o con el consejo de la judicatura federal; [...]

En esta fracción, efectivamente, se habla de resolución de conflictos en los que órganos del Poder Judicial de la Federación son parte, y en los que una dependencia pública es la contraparte. Por ello, podría considerarse como mejor fundamento. Sin embar-

---

11 Tesis P. XXIII/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXIX, abril de 2009, p. 15, Auditoría superior de la federación. Alcance de sus atribuciones constitucionales y legales.

12 Tesis P. XXV/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXIX, abril de 2009, p. 16, Auditoría superior de la federación. Es competente para evaluar el sistema de carrera judicial del poder judicial de la federación, únicamente en cuanto a la gestión financiera del ente fiscalizado, en el ejercicio fiscal que corresponda.

13 Esa era la norma vigente en ese momento. Actualmente, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación dispone exactamente lo mismo, pero en una fracción distinta la XXII, que es del tenor literal siguiente: "XXII. Para conocer sobre la interpretación y resolución de los conflictos que se deriven de contratos o cumplimiento de obligaciones contraídas por particulares o dependencias y entidades públicas con la Suprema Corte de Justicia de la Nación o con el Consejo de la Judicatura Federal;"

go, esta norma parece más referida a relaciones sujetas a normas de derecho privado, como son los contratos. Cierto que habla de otras obligaciones, pero señala que son contraídas, lo que en una interpretación literal no abarcaría las que son impuestas, como sería el caso de las establecidas en una ley, como fue el caso de los informes del instituto de especialistas en concursos mercantiles.

Esta fracción se estableció para que los juicios civiles y mercantiles en los que el consejo de la judicatura o la suprema corte sean parte sean resueltos en única instancia por la corte, pues de otra forma sería un inferior jurisdiccional o administrativo quien los juzgaría, comprometiendo su imparcialidad. Para salvar esa situación, la corte señaló que los supuestos ahí mencionados (contratos y cumplimiento de obligaciones contraídas) eran meramente enunciativos, por lo que podría servir de fundamento para conocer de otros litigios no necesariamente regidos por el derecho privado.[14]

A partir de ese asunto, la denominación de estos asuntos es la de "controversia prevista en la fracción XX del artículo 11 de la ley orgánica del poder judicial de la federación".[15]

En este asunto, el pleno pudo pronunciarse acerca de si el consejo de la judicatura puede regular aspectos de la relación tributaria en acuerdos generales,[16] y si la suprema corte es sujeto pasivo del impuesto sobre nóminas.[17]

---

14 Tesis P. XV/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXXI, febrero de 2010, p. 13, Controversia prevista en el artículo 11, fracción xx, de la ley orgánica del poder judicial de la federación. Aunque la enunciación de los supuestos en que procede sea casuística, no conlleva a que sea restrictiva y limitada.

15 Para poder consultar este expediente hay que hacerlo en la sección de "artículo 11, fracción IX de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación", pues se empezó a tramitar como un expediente de este tipo, y fue hasta que se discutió este y se cambió el fundamento competencial en que se abrió la nueva categoría.

16 Tesis P. XXIV/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXXI, febrero de 2010, p. 9, Acuerdos generales expedidos por el consejo de la judicatura federal. Deben limitarse a desarrollar sus facultades administrativas, sin que puedan regular aspectos inherentes a los sujetos de la relación tributaria.

17 Tesis P. XX/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXXI, febrero de 2010, p. 30, Nóminas. La suprema corte de justicia de la nación es sujeto pasivo de ese impuesto, porque al realizar pagos

Con la nueva categoría de expedientes derivada del nuevo fundamento, se han conocido otros casos, como la solicitud del poder judicial del estado de Nayarit al Consejo de la Judicatura Federal, respecto del pago de diversos gastos realizados en cumplimiento de la obligación de los jueces del orden común de actuar en auxilio de la justicia federal,[18] en donde se fundamentó la competencia también en la fracción v del artículo 104 constitucional que corresponde a los tribunales federales conocer de aquellas controversias en que la federación fuese parte. Sin embargo, este fue un fundamento particular para el caso concreto, por sus circunstancias, y no sirvió para crear una nueva acción.

De los fundamentos utilizados, parece que el mejor es el que actualmente se utiliza, es decir, la fracción XXII (antes XX). También podría hacerse con fundamento directo en el acápite del artículo 11 de la ley orgánica que establece la competencia del Pleno para velar por la autonomía de los órganos del Poder Judicial de la Federación. Sin embargo, ninguno ni los usados ni el propuesto son claros de la competencia ni creadores de una acción. Por ello, valdría la pena que el legislador se ocupara del asunto, incorporando un fundamento claro en la ley, o creando un proceso especial.

III. Principios estructurales

A partir de los litigios que se han suscitado, con los que hemos dado cuenta, podemos advertir que este proceso ha sido utilizado por la suprema corte de justicia para velar por la independencia del poder judicial que se ha podido alterar por presuntas violaciones a la división de poderes, como en el caso del informe o en el de la auditoría superior de la federación, o por violaciones al federalismo, como en el caso del poder judicial del estado de Nayarit.

---

por concepto de remuneración al trabajo personal de sus servidores, revela capacidad contributiva.

[18] Controversia prevista en la fracción XX del artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación número 1/2012.

Es decir, este proceso se usa para defender la división de poderes y el federalismo vertical, dos principios constitucionales que buscan salvaguardarse por medio de la controversia constitucional. El federalismo horizontal no se encuentra por ser órganos federales.

La existencia real de litigios en los que se busca salvaguardar estos principios pone en necesidad de contar con un medio para su defensa en los casos en los que el poder judicial de la federación es parte. Constitucionalmente se le ha excluido de la controversia constitucional, y se ha tenido que crear pretorianamente un procedimiento. Quizá sea tiempo que el constituyente o el legislador tome cartas en el asunto.

3.1. Acción

Al ser de creación jurisdiccional, la ley no prevé quienes pueden iniciar este procedimiento. Si se lee el acápite del artículo 11 de la ley orgánica, parece que es una acción para la defensa de órganos del poder judicial de la federación. En este sentido fue que se pronunció el pleno de la suprema corte al señalar que el objeto de estas controversias era "asegurar que tanto al máximo tribunal como al consejo de la judicatura federal, les sean respetadas sus atribuciones constitucionales y legales".[19]

De acuerdo con lo anterior, únicamente los órganos del poder judicial de la federación tendrían el derecho de acción como parte actora. Sin embargo, al considerar procedente la acción iniciada por el que el poder judicial de Nayarit con lo cual se reconoció que tienen acción otros organismos.

La fracción XX del artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación hace referencia únicamente a la suprema corte y al consejo de la judicatura. Estos mismos órganos son los mencionados en el criterio antes aludido. Sin embargo, hay otros órganos dentro del poder judicial. En específico, podemos pensar en el Tribunal Electoral. Bajo una interpretación letrista,

[19] Tesis P. XV/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXXI, febrero de 2010, p. 13.

no cabría otorgarle el derecho de acción. Sin embargo, atendiendo a la finalidad del proceso, y considerando que una intervención de otro poder u otro orden podría menoscabar la independencia judicial, habría que admitir la posibilidad de reconocer como parte al Tribunal Electoral.

Hay que señalar que la Suprema Corte de Justicia admitió una controversia entre el Tribunal Electoral y la Auditoría Superior de la Federación, aunque fue fundamentada por el tribunal en la fracción IX del artículo 11 y no en la diversa fracción XX.[20] el asunto no llegó a decidirse pues el Tribunal Electoral se desistió de la acción,[21] lo que no permitió valorar en qué fracción se ubicaba, aunque subiste el precedente de que no es notoriamente improcedente que este órgano accione el proceso en contra de un órgano ajeno al poder judicial.

Así, esta acción puede definirse como el derecho a que la suprema corte de justicia resuelva los conflictos entre los órganos del poder judicial de la federación y otros poderes públicos, órdenes de gobierno o particulares, por actos o normas generales que, eventualmente, pudieran restringir su esfera de competencia o les impusieran limitaciones u obligaciones que incidan o alteren su orden jurídico.

En cuanto a la legitimación en la causa, la suprema corte ha sostenido que no se requiere de un agravio o prejuicio para promoverla,[22] por lo que basta con un interés simple.

3.2. Jurisdicción

El órgano que cuenta con competencia para resolver este tipo de controversias es el pleno de la suprema corte de justicia de la na-

[20] Expediente Artículo 11, fracción IX de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación 1/2011.

[21] *Ibidem,* sentencia de la Suprema Corte de 18 de enero de 2012.

[22] Tesis P. XVII/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXXI, febrero de 2010, p. 15, Controversia prevista en el artículo 11, fracción XX, de la ley orgánica del poder judicial de la federación. Para promoverla no se requiere la existencia de un agravio o perjuicio.

ción, pues todo el proceso se ha fundamentado en el artículo 11 de la ley orgánica, relativo a las atribuciones del pleno.

El hecho de que sea un órgano del poder judicial quien dirima las controversias, desde luego, pone en entredicho la imparcialidad de sus decisiones. La Suprema Corte no podía ser ajena a este cuestionamiento y, por ello, sostuvo que en virtud de que en su naturaleza de órgano terminal que goza de *autojurisdicción*, siendo inviable que se someta a la potestad ordinaria de un tribunal de menor rango para que defienda la autonomía de los órganos del Poder Judicial de la Federación, y que esta situación no conlleva a que se favorezca a sí mismo y, por ende, que se constituya como un tribunal parcial.[23]

Desde luego, no podía decir otra cosa la Suprema Corte. Sin embargo, es necesario que la competencia para resolver proceso, cuando sea regulado por el legislador, sea otorgada a otro poder si la Suprema Corte es parte. Si el consejo de la judicatura es parte, podría seguir siendo de la competencia de la corte. Tal vez podría ser el Tribunal Federal de Justicia Administrativa. Desde luego, ninguna resolución jurisdiccional podría ser combatida en este proceso.

3.3. Proceso

Al crear pretorianamente un proceso jurisdiccional, existe el problema de determinar las reglas procesales a las que deben de sujetarse las partes y el mismo juzgador. Esto es un tema de primera importancia pues las reglas procesales existen para dar certeza jurídica, pero, sobre todo, para salvaguardar el derecho al debido proceso. Aunque pueda cuestionarse si los órganos públicos son titulares del derecho, por lo menos, están legitimados para aducirlo en un juicio. Por ello, debe de respetarse en todo

[23] Tesis P. XXIX/2010, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXXI, febrero de 2010, p. 7, Controversia prevista en el artículo 11, fracción XX, de la ley orgánica del poder judicial de la federación. La atribución conferida en ese precepto al tribunal en pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es acorde con su naturaleza de órgano terminal y no implica parcialidad en sus decisiones.

momento. Más en los procedimientos de única instancia que conoce el más alto tribunal del país.

Podría aplicarse directamente el derecho constitucional al debido proceso, que tiene concreciones muy claras.[24] Así, habría que notificar el inicio, dar derecho a las partes a probar, escuchar sus alegatos, etcétera.

Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró que este procedimiento debía de regirse conforme al Código Federal de Procedimientos Civiles. Ese ordenamiento dispone en su artículo 18, relativo a la competencia, que los asuntos que corresponda conocer a la suprema corte se resolverán por su Tribunal Pleno en única instancia "de conformidad con las disposiciones de este ordenamiento". Esta es una regla general, que no es aplicada cuando hay una norma especial. En el caso, al no existir ley particular, hay que estar a la norma general y, por tanto, se rige conforme al ordenamiento citado.

Expresamente, la Corte sostuvo que la controversia prevista en el artículo 11, fracción XX, debe tramitarse "como un juicio ordinario civil federal regulado en el citado código adjetivo que establece las fases mínimas de todo procedimiento seguido ante autoridad judicial",[25] con lo cual se respetaría la garantía de audiencia.

Siendo el civil el derecho común, es lógico que el código adjetivo de esta materia sea el que rija este procedimiento no existiendo una norma especial. Sin embargo, la corte sostuvo que el ejercicio de la acción no está determinado a un plazo de prescripción,[26] por lo que puede promoverse en cualquier momento.

---

24 Sobre las concreciones del derecho constitucional al debido proceso, Soberanes Díez, José María, *Teoría del Proceso. Perspectiva constitucional*, México, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 133 y ss.

25 Tesis P. XXX/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXXI, febrero de 2010, p. 8, Controversia prevista en el artículo 11, fracción XX, de la ley orgánica del poder judicial de la federación. Su trámite respeta la garantía de audiencia.

26 Tesis P. XVI/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXXI, febrero de 2010, p. 16, Controversia prevista en el artículo 11, fracción XX, de la ley orgánica del poder judicial de la federación. Su

Salvo cuando el Tribunal Electoral sea parte, la instrucción de este proceso la debe conducir el ministro decano, es decir, el presidente en funciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de conformidad con los artículos 13 y 14, fracción II de la ley orgánica, pues el presidente de la Suprema Corte y del Consejo de la Judicatura es el representante de estos órganos.[27]

Concluida la fase de instrucción, viene la etapa de juicio, que corresponde al Tribunal Pleno. Los efectos de la sentencia es un tema de importancia, pues no hay una ley que indique cuáles pueden ser, es decir, si se puede inaplicar una norma, invalidarla, si puede condenarse a la parte demandada, etcétera.

Admitiendo la existencia y la procedencia de este tipo de controversias, no puede quedar sin efectos la resolución del pleno, porque una sentencia que solo hiciera una declaración volvería inoperante todo el proceso. Debe poder condenar. Y para poder salvaguardar la división de poderes y el federalismo, que son sus principios informantes, la corte debe tener la posibilidad de realizar un juicio de constitucionalidad de normas.

Lo que parece difícil es poder otorgarle los efectos de invalidez general de normas que tiene la controversia constitucional, pues no hay un fundamento constitucional que permita quitarle la fuerza de ley a una norma cuestionada.

La suprema corte de justicia de la nación ha sostenido al respecto que este procedimiento: "no tiene por objeto declarar con efectos generales o limitados la constitucionalidad o inconstitucionalidad de actos o normas generales, sino que solo delimita la esfera competencial de la suprema corte de justicia de la nación o del consejo de la judicatura federal, y establece la forma de respetarla".[28]

promoción no está sujeta a un plazo determinado.

27 Conforme a los artículos 14, fracción I y 85, fracción I de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

28 Tesis P. XVIII/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXXI, febrero de 2010, p. 14, Controversia prevista en el artículo 11, fracción XX, de la ley orgánica del poder judicial de la federación. La sentencia pronunciada en ese procedimiento solo delimita la esfera competencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o del Consejo de la Judicatura Federal, y establece la forma de respetarla.

Por ello, sostuvo que los efectos de esa resolución solo se concretan en "anular la eficacia jurídica de una obligación impuesta en una norma secundaria o a ordenar la abstención de realizar una acción determinada en caso de que afecte su esfera jurídica de atribuciones, o bien, si resultan acordes a esta, fijar y reconocer que deben acatarse los deberes establecidos por otro órgano de gobierno".[29]

IV. Análisis crítico

El mecanismo utilizado por la suprema corte para defender la independencia del poder judicial de la federación no tiene un fundamento constitucional ni legal claro. Los intentos por darle sustento no son del todo convincentes. Se trata de interpretaciones forzadas.

Por lo mismo, la competencia del alto tribunal para dirimir estas controversias es muy cuestionable. El procedimiento al que se encuentran sujetas las partes también representa un problema, pues, aunque respeta el contenido esencial del debido proceso, no termina de ser claro.

Estas deficiencias se traducen en una falta de fuerza de este mecanismo y, sobre todo, que se cuestione su legitimidad: la suprema corte, por si y ante si decide que se ha vulnerado su independencia y, por tanto, procede a anular la actuación de su contraparte.

No es lo ideal que el mecanismo de defensa de la independencia judicial esté cuestionado sobre la independencia de quien juzga en ese mecanismo. Hay veces que resulta inevitable que la suprema corte resuelva un asunto en el que tiene un interés. Eso ha sucedido, por ejemplo, cuando se impugnó la ley de remuneraciones de los servidores públicos;[30] o cuando se impugnó en acción de inconstitucionalidad la expedición de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en concreto, su régimen transitorio que prorrogaba el mandato del presidente Zaldívar y de otros consejeros de la judicatura.[31]

---

29 *Idem*.

30 Acción de inconstitucionalidad 105/2018 y su acumulada 108/2018.

31 Acción de inconstitucionalidad 95/2021 y su acumulada 105/2021.

Pero en estos casos fueron terceros los que impulsaron los pronunciamientos. Minorías legislativas o la comisión nacional de los derechos humanos fueron quienes ejercieron las acciones de inconstitucionalidad que produjeron los pronunciamientos de la Suprema Corte. Por ello, aunque el poder judicial materialmente fuera parte, pues tenía interés, formalmente no lo era.

En los conflictos materia de análisis en el presente trabajo, el poder judicial es tanto parte material, por el interés, como formal, por ser quien promueve. Quizá se pueda argumentar que no existe otra opción, y que ante el estado de necesidad algo debe hacerse. Sin embargo, no es lo ideal.

Ante esto, cabe preguntarse si debería legitimarse al poder judicial de la federación para ser parte en las controversias constitucionales. Si se hiciera eso, tendríamos el mismo problema de independencia, pues la suprema corte sería juez y parte. Sin embargo, estaríamos en una mejor situación pues el fundamento de la competencia del alto tribunal tendría sustento constitucional y no estaría en una interpretación forzada. Además, habría un procedimiento claro al que sujetarse.

Posiblemente lo mejor sea recurrir a la imaginación y pensar un nuevo mecanismo para dirimir este tipo de conflictos, sin que el poder judicial sea el encargado de impartir justicia. Habría que pensarlo más, pero tal vez se podría encomendar a académicos o abogados independientes que resolvieran estas controversias.

Referencias

Chiovenda, Giuseppe, *La acción en el sistema de los derechos*, Valparaíso, Edeval, 1992.

Cossío Díaz, José Ramón, *La controversia constitucional*, México, Porrúa, 2008.

Podetti, Ramiro, *Teoría y técnica del proceso civil y trilogía estructural de la ciencia del proceso civil*, Buenos Aires, Ediar, 1963.

Soberanes Díez, José María, *Los conflictos entre órganos constitucionales y el Poder Judicial de la Federación*, México, Porrúa, 2018.

La configuración de la responsabilidad constitucional y sus desafíos actuales[1]

***

The configuration of constitutional responsibility and its current challenges

*Enrique Uribe Arzate**
*Diego Enrique Uribe Bustamante***
*Alejandra Flores Martínez****

Resumen: el juicio político es un mecanismo anacrónico e ineficaz que no sirve para exigir cuentas a los servidores públicos

* Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del CONAHCYT, *euribea@uaemex.mx https://orcid.org/0000-0003-2381-232X*

** Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de México. Maestro en Derecho Internacional por el Instituto de Altos Estudios de Ginebra, *deub@hotmail.com https://orcid.org/0000-0001-9805-6923*

*** Doctora en Derechos Fundamentales por la Universidad de Zaragoza, España. Profesora de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del CONAHCYT, *licale_23@hotmail.com https://orcid.org/0000-0002-2121-9445*

[1] Sugerimos la consulta de un trabajo previo sobre la misma cuestión. *Vid.* Uribe Arzate, Enrique y Uribe Bustamante, Diego Enrique, "Aproximación teórica a la tipología de responsabilidad constitucional", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 57, núm. 171, México, 2024, pp. 275-309, *https://doi.org/10.22201/iij.24484873e.2024.171.19112*

que ocupan los espacios de mayor jerarquía en el poder público. Por ello, es recomendable introducir la voz responsabilidad constitucional para reemplazar el juicio político y sus sanciones de naturaleza administrativa por un proceso constitucional y sanciones de la misma naturaleza aquiescentes a este tipo de responsabilidad.

Abstract: impeachment is an anachronistic and ineffective mechanism that does not serve to hold accountable public servants who occupy the highest positions in public power. Therefore, it is advisable to introduce the term "constitutional responsibility" to replace the impeachment trial and its administrative sanctions with a constitutional process and sanctions of the same nature that acquiesce to this type of responsibility.

Palabras clave: juicio político, servidor público, responsabilidad constitucional.

Key words: impeachment, public servant, constitutional responsibility.

Sumario: I. Introducción. II. Tipología de la responsabilidad pública. III. Exégesis de la responsabilidad política. IV. Prospectiva de la responsabilidad constitucional. V. Conclusiones. Referencias.

I. Introducción

La responsabilidad es un asunto inherente a la función pública. No es posible concebir el quehacer del Estado (entendido como *res publica*), sin este elemento que representa una de las aristas más prominentes del Estado constitucional. De consuno, la responsabilidad es la capacidad de un sujeto de derecho de conocer y aceptar las consecuencias de sus actos realizados consciente y libremente.[2] Bajo esta premisa, toda persona que desempeñe empleo, cargo o comisión en la administración pública está obligada a rendir cuentas de sus actos.

[2] Fernández, J., *Derecho administrativo*, México, McGraw-Hill, 1997, p. 165.

Como la doctrina y el derecho positivo lo prescriben, la responsabilidad concomitante a la función pública puede ser penal, civil, administrativa y política, lo cual depende del tipo de conducta que las instancias competentes puedan conocer y, en su caso, sancionar; asimismo, la procedencia de uno u otro de estos tipos de responsabilidad también depende de la jerarquía o tipo de nombramiento de la persona contra quien se pretenda incoar algún procedimiento.

En este trabajo nos referimos a la responsabilidad que desde las prescripciones de orden constitucional se conoce como el juicio político. Se trata de un procedimiento especial que, según nuestra perspectiva y, de acuerdo a los términos en que está concebida, es anacrónica e ineficaz. Como elemento principal que sirve para direccionar este análisis, nos preguntamos ¿qué es lo que define al juicio político?; ¿por qué se le llama así? Todo parece indicar que la forma en que está concebido y regulado es incorrecta y por esa razón resulta ambiguo e inoperante.

Para este análisis nos referimos al contenido del Título Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que se intitula *De las Responsabilidades de los Servidores Públicos, Particulares Vinculados con Faltas Administrativas Graves o Hechos de Corrupción, y Patrimonial del Estado*, y que prevé lo concerniente a la responsabilidad de las personas vinculadas al ejercicio del poder público.

Según las prescripciones normativas de los artículos que comprenden este Título Cuarto, el juicio político es un procedimiento que se puede iniciar contra ciertos servidores públicos y, en su caso, concluye con la imposición de las sanciones de destitución e inhabilitación. En tal sentido, nuestra inquietud intelectual está encaminada a la revisión de la denotación de este juicio y al cuestionamiento de las sanciones que, según nuestra comprensión, son de naturaleza administrativa.

En seguimiento de esta idea, podemos afirmar que el juicio político y las sanciones correspondientes previstas por la Constitución, no son aquiescentes y dan paso a la idea de que una responsabilidad de orden "político" no debe concluir con sanciones de tipo administrativo. En consecuencia, todo parece indicar que el juicio político en realidad debe ser identificado como un juicio

de responsabilidad constitucional y que las sanciones también deben ser de naturaleza constitucional.

Así las cosas, en el contexto del Estado constitucional, el tema que aquí tratamos requiere un análisis que puntualice la cuestión desde el estatus de *lege lata*, para investigar y determinar hacia una proyección de *lege ferenda*, qué y cómo debe ser comprendida la responsabilidad constitucional en relevo del juicio político.

II. Tipología de la responsabilidad pública

Como lo anotamos líneas atrás, la conducta de toda persona que desempeñe empleo, cargo o comisión en la administración pública debe ir aparejada a la responsabilidad que conlleva el ejercicio indebido de tareas del Estado. En este sentido, es pertinente citar lo que dice el artículo 108 de la Constitución mexicana:

> Artículo 108. Para los efectos de las responsabilidades a que alude este Título se reputarán como servidores públicos a los representantes de elección popular, a los miembros del Poder Judicial de la Federación, los funcionarios y empleados y, en general, a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en el Congreso de la Unión o en la Administración Pública Federal, así como a los servidores públicos de los organismos a los que esta Constitución otorgue autonomía, quienes serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones.

Resulta de singular interés decir que, en una reforma reciente a la Ley General de Responsabilidades Administrativas, se agregó al artículo 3º. la fracción XXII bis, que dice:

> Artículo 3. Para efectos de esta Ley se entenderá por:
>
> I. a XXI. ...
>
> XXI Bis. Personas Servidoras Públicas: Las personas que desempeñan un empleo, cargo o comisión en los entes públicos, en el ámbito federal y local, conforme a lo dispuesto en el artículo 108 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La referencia sobre Servidor Público y/o Servidores Públicos, se entenderá como el contenido de esta fracción.

Estas notas que puntualizan la naturaleza especial de las funciones estatales representan el punto de partida de nuestro análisis, con base en la afirmación de que toda persona que ejerza poder en el Estado, y con mayor énfasis, toda persona que ejerza poder del Estado debe responder de sus actos. Esta responsabilidad es distinta, evidentemente de aquellas que se pueden imputar a quien transgrede las leyes en el ámbito de las relaciones entre particulares, pero este es un tema aparte que aquí no tocaremos.

Como lo anunciamos, el derecho —tanto en la doctrina como en las leyes—, prevé cuatro tipos de responsabilidad que son del orden penal, civil, administrativo y político. Es oportuno recordar que: "Con la publicación de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos en 1982 se superó una deficiencia que se había venido mostrando en la legislación mexicana: la falta de un sistema que regulara la responsabilidad administrativa, sin perjuicio de las de naturaleza penal, política, civil y laboral".[3]

Aunque muchas veces es posible la concurrencia de dos o más de estas,[4] la que aquí nos interesa destaca, a nuestro juicio, por su relevancia y efectos y esto es lo que analizaremos en las líneas siguientes.

Por principio, diremos que la responsabilidad penal está determinada en los Códigos de la materia y está referida en el Título Cuarto de la Constitución mexicana como una de las responsabilidades en que pueden incurrir los servidores públicos. Es importante señalar que este tipo de responsabilidad debe prescribir con absoluta puntualidad las conductas de los servidores públicos que pueden configurar delitos e incluso los casos en que algún particular puede ser imputado como probable responsable de algún delito de esta naturaleza, para no incurrir en violaciones a derechos humanos ni en actos inconstitucionales.

Al respecto, es ilustrativo un caso resuelto por la Corte Constitucional de Ecuador, cuestionado en estos términos:

---

3 López, M., *La responsabilidad administrativa de los servidores públicos en México*, México, IIJ-UNAM, 2013, p. 42.

4 *Vid*. artículo 109 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

> El delito de peculado es un delito especial, pues aún mantiene la necesidad de cumplir con determinada condición para ser autor del mismo. Sin embargo, la condición no se limita a la de servidor público, pues existen otras condiciones agregadas al círculo de autores: proveedor, persona no servidora pero que ostenta una función pública, servidor de una institución financiera privada, beneficiario de un crédito vinculado, persona que preste el nombre para el efecto.[5] (Charry, 2024, p. 56).

Como podemos ver, es necesario definir claramente los tipos penales y los alcances de la responsabilidad penal en el caso de los servidores públicos, y los supuestos en que los particulares pueden ser llamados a cuentas, a fin de no incluir en este tipo de responsabilidad a personas ajenas a las funciones del Estado.

Por otra parte, la responsabilidad civil y de orden patrimonial conllevan también algunas notas distintivas que requieren la intervención de servidores públicos como causa generadora de la responsabilidad. Aquí es importante señalar que la fracción octava del artículo 111 de la Constitución mexicana, indica: "En demandas del orden civil que se entablen contra cualquier servidor público no se requerirá declaración de procedencia".

Esto significa que la responsabilidad de tipo civil tiene autonomía respecto a las demás y no debe satisfacer condición alguna para la procedibilidad en contra de cualquier servidor público. A mayor abundamiento, es pertinente decir que este tipo de responsabilidad implica también, en algunos casos, a la propia administración pública cuando se configura la responsabilidad de tipo patrimonial. En este caso, la misma Constitución es puntual cuando indica en el último párrafo del artículo 109: "La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes."

La alusión a esta responsabilidad que comparten el servidor

[5] Charry, J., "El privado como autor de peculado: ¿debate cerrado por la Corte Constitucional?", *Foro, Revista de Derecho*, núm. 42, 2024, p. 56, *https://doi.org/10.32719/26312484.2024.42.3*

público y el Estado es manifestación evidente de las modalidades que tal responsabilidad puede arrojar bien sea de tipo solidario o subsidiario y no siempre totalmente a cargo del servidor público.

En lo que respecta a la responsabilidad de tipo administrativo, es inconcuso que todo servidor público debe atender con absoluta diligencia las tareas a su cargo. Este tipo de responsabilidad está definida por la relación inmediata que el servidor público tiene con la forma en que desempeña sus tareas dentro del aparato estatal. Sobre esta cuestión, nos parece interesante lo que dice Perlingeiro:

> La distinción que se propone entre el control de legalidad de decisión administrativa y la protección jurisdiccional de derechos reside sobre todo en sus dimensiones colectiva e individual. El control de decisiones administrativas se realiza siempre a partir de una perspectiva general, mientras que la protección de derechos tiene un carácter naturalmente individual. Aunque se trata de un control de decisión administrativa de efecto individual, el interés en juego no es el individual, sino el general, de la sociedad, en ver la autoridad implementar correctamente la ley y la norma administrativa.[6] (2022, pp. 249-250).

En seguimiento de estas ideas, podemos confirmar la aseveración de que la responsabilidad de los servidores públicos tiene distintas vertientes, todas indefectiblemente conectadas con la naturaleza que estas personas tienen como sujetos que encarnan las tareas estatales. Se trata de un escenario único en el que ciertos ciudadanos quieren y actúan en nombre del Estado, pero esto, lejos de eximirles de responsabilidad exige de su conducta el mayor esmero y cuidado.

A partir de este aserto, la responsabilidad de los servidores públicos en cualquiera de las materias que esta sea exigible va de la mano con la actividad que se encarga a quienes quieren y actúan en nombre del Estado. Por eso, es factible incluso pedir

[6] Perlingeiro, R., "Análisis comparativo de los sistemas de justicia administrativa en América Latina", *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 24, núm. 1, 2022, pp. 249-250, https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.10825

cuentas a ciertos particulares en casos específicos como lo indica el numeral 109 de la Carta magna:

> Artículo 109. Los servidores públicos y particulares que incurran en responsabilidad frente al Estado, serán sancionados conforme a lo siguiente: [...]
>
> II. La comisión de delitos por parte de cualquier servidor público o particulares que incurran en hechos de corrupción, será sancionada en los términos de la legislación penal aplicable. [...]
>
> IV. Los tribunales de justicia administrativa impondrán a los particulares que intervengan en actos vinculados con faltas administrativas graves, con independencia de otro tipo de responsabilidades, las sanciones económicas; inhabilitación para participar en adquisiciones, arrendamientos, servicios u obras públicas; así como el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados a la Hacienda Pública o a los entes públicos federales, locales o municipales.

Finalmente, la responsabilidad política es otro ámbito en el que los servidores públicos pueden ser llamados a rendir cuentas. En este caso, no todos los servidores públicos pueden ser sujetos de esta responsabilidad y, por esta razón, nos interesa desentrañar el alcance de la expresión "juicio político" que es el procedimiento prescrito para tal propósito.

III. Exégesis de la responsabilidad política

¿Qué es lo político del juicio político? La respuesta tentativa a esta cuestión debe tomar en cuenta que este juicio alude a un tipo de responsabilidad distinto a cualquiera de los otros que se pueden imputar a los servidores públicos.

La referencia que el artículo 110 de la Constitución mexicana hace a este juicio, nos lleva a plantear que solo se puede enderezar contra cierto tipo de servidores públicos. En lo tocante a esta cuestión, más allá de la forma de designación o elección, lo que resulta de mayor interés para la procedibilidad del juicio político es el cargo que se ostenta y no tanto la forma de acceso a la función pública. Con esto queremos decir que tal vez un juicio especial de responsabilidad podría ser diseñado para quienes son

electos por el voto de los ciudadanos; sin embargo, en el artículo en cita, no solo están incluidas las personas electas a través del sufragio, sino también otros servidores públicos que son designados mediante un mecanismo diferente.

El numeral de referencia señala:

> Artículo 110. Podrán ser sujetos de juicio político las senadoras y los senadores y las diputadas y los diputados al Congreso de la Unión, las ministras y los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las Magistradas y los Magistrados del Tribunal de Disciplina Judicial, las personas integrantes del Pleno del órgano de administración judicial, las personas titulares de las Secretarías de Despacho, la o el Fiscal General de la República, las magistradas y los magistrados de Circuito y las juezas y los jueces de Distrito, la consejera o consejero Presidente, las consejerías electorales y la o el secretario ejecutivo del Instituto Nacional Electoral, las magistradas y los magistrados del Tribunal Electoral, las y los integrantes de los órganos constitucionales autónomos, las y los directores generales y sus equivalentes de los organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, sociedades y asociaciones asimiladas a estas y fideicomisos públicos.

Es importante destacar que el caso del presidente de la República está indicado en los artículos 108 párrafo segundo y 111 párrafo cuarto que respectivamente indican:

> Artículo 108. [...]
>
> Durante el tiempo de su encargo, el Presidente de la República podrá ser imputado y juzgado por traición a la patria, hechos de corrupción, delitos electorales y todos aquellos delitos por los que podría ser enjuiciado cualquier ciudadano o ciudadana.
>
> Artículo 111. [...]
>
> Para proceder penalmente contra el Presidente de la República, solo habrá lugar a acusarlo ante la Cámara de Senadores en los términos del artículo 110. En este supuesto, la Cámara de Senadores resolverá con base en la legislación penal aplicable.

De lo antes referido podemos extraer algunas conclusiones sobre el llamado juicio político. En primer término, que se trata de un tipo de responsabilidad de los servidores públicos, diseña-

do para llamar a cuentas a quienes ostentan una responsabilidad mayor en los poderes del Estado, incluidos los órganos constitucionales autónomos.

En segundo lugar, podemos decir que los requisitos de procedibilidad son también especiales, en razón del alto encargo de las personas que pueden ser sometidas a este juicio político. En algunos casos, en materia penal, es necesario el previo desafuero para poder proceder en contra del servidor público imputado.

Finalmente, podemos afirmar que se trata de un procedimiento especial poco práctico y tortuoso y, en lo que consideramos más grave, es un mecanismo que no sirve para exigir cuentas por la alta responsabilidad que les corresponde a los servidores públicos especiales que son sus destinatarios. En este mismo orden de ideas, las sanciones que corresponden a este juicio político son, como ya lo indicamos, de naturaleza administrativa y, por ello, lo político de este juicio, no es más que una nomenclatura que sirve muy poco al propósito de investigar y, en su caso, sancionar a los servidores públicos que tienen a su cargo las funciones más relevantes del Estado.

IV. Prospectiva de la responsabilidad constitucional

Como lo hemos delineado en las líneas previas, el juicio político está lejos de ser un verdadero mecanismo para incoar procedimientos de responsabilidad a los servidores públicos de mayor jerarquía.

En tal virtud, consideramos que este juicio afronta al menos los siguientes desafíos:

El primero es de naturaleza semántica y consiste en el necesario cambio de nombre para identificarlo como un procedimiento de rendición de cuentas y en su caso para determinar la responsabilidad (no administrativa, ni civil, ni resarcitoria, ni penal) de los servidores públicos que enuncia la Constitución.

Otro reto consiste en el cambio de la visión epistemológica que debe destinar este juicio a verdaderas tareas de rendición de cuentas de orden "político" de los "altos" servidores públicos. Este giro

epistemológico nos debe llevar a la identificación del juicio político como un proceso de naturaleza constitucional, justamente para exigir cuentas a los servidores públicos de los tres poderes y órganos constitucionales autónomos que transgreden la Carta magna.

En el mismo orden, enfrentamos el reto de establecer sanciones (diferentes a la destitución e inhabilitación) especialmente diseñadas para que correspondan en naturaleza a la violación constitucional que se pretende averiguar y sancionar a través de este que nosotros llamamos el "juicio de responsabilidad constitucional".

Este es el planteamiento liminar que ofrecemos en el presente trabajo. Según la perspectiva teórica que nos ocupa, la responsabilidad constitucional tiene que desplazar la simulación e inoperancia del juicio político para asumirse como un verdadero mecanismo de control y rendición de cuentas al más alto nivel constitucional.

En consecuencia, todo parece indicar que el juicio de responsabilidad constitucional requiere otros parámetros y escenarios distintos a los que típica y tradicionalmente refiere el juicio político. El juicio de responsabilidad constitucional no puede ni debe encargarse a un órgano político porque esto perpetuaría las deficiencias del actual juicio político; debe operar como un proceso constitucional y, en tal virtud, el inicio y desahogo de sus etapas procesales debe ser ante un órgano jurisdiccional de estricto derecho, ajeno a las conveniencias y coyunturas políticas, a causa de las cuales el actual juicio político solamente opera como un mecanismo de presión sobre los adversarios políticos.

En consonancia con lo aquí planteado, las conductas de los altos servidores públicos que resultan violatorias a la Constitución deberán ser investigadas por un órgano especializado en control de la constitucionalidad que, de preferencia debe ser articulado desde la justicia constitucional como un Tribunal o Corte Constitucional.

V. Conclusiones

El juicio político es una referencia de la Carta magna a un mecanismo impreciso, anacrónico e ineficaz que resulta jurídicamente

inútil. El despropósito que encierra este juicio tanto en la parte doctrinaria como en el derecho positivo es evidente desde el momento en que no queda claro porqué se le llama así y cuál es el propósito de su redacción en el texto de la *lex legum*.

Como hemos asentado en este trabajo, lo político de este juicio es apenas una aproximación conceptual a un procedimiento que intenta conocer, investigar y sancionar las conductas de ciertos servidores públicos que, desde un ejercicio hermenéutico identificamos como los titulares de los tres poderes y de los órganos constitucionales autónomos.

Es evidente que por el alto encargo que tienen estos servidores públicos pueden incurrir en faltas más graves que las atribuibles a servidores públicos de encargos de menor jerarquía. Desde luego, no debemos pasar inadvertido que todo servidor público con independencia del lugar que ocupe en la estructura burocrática del Estado puede violar la Constitución desde el ejercicio indebido del poder público.

De este modo, las violaciones a la Constitución deben ser comprendidas e identificadas como el punto de partida de la responsabilidad constitucional que se puede y debe exigir a cualquiera que transgreda las prescripciones de la Carta magna. Así, un servidor público de algún ayuntamiento, algún director de área en alguna Secretaría, los policías y agentes del Ministerio Público, cualquiera de ellos, puede incurrir en actos violatorios a la Constitución. Sin embargo, por la dimensión legal de las atribuciones que tienen, el nivel de responsabilidad constitucional no alcanza ni lejanamente el que tienen los servidores públicos descritos en el artículo 110 de la Constitución mexicana.

De acuerdo con esto, podemos plantear que la identificación de la responsabilidad constitucional debe atender algunos criterios entre los que indicamos los siguientes:

Primero. La condición de servidor público es determinante para indicar que cualquiera de ellos, puede incurrir en alguno de los tipos de responsabilidad que prevé la Constitución: civil, penal, administrativa, constitucional.

Segundo. La responsabilidad constitucional puede ser imputable, aunque en diferente grado, a todo servidor público que violente la Constitución.

Tercero. El nivel jerárquico de los servidores públicos es un criterio determinante para saber si el juicio de responsabilidad constitucional es procedente contra un servidor público concreto o, en su caso, si la responsabilidad penal, civil, resarcitoria y/o administrativa puede subsumir la de orden constitucional.

Esto que puede parecer una contradicción, lo explicamos con un ejemplo que sirve para ilustrar lo que aquí decimos: el artículo 16 de la Constitución mandata que todo detenido debe ser puesto de inmediato a disposición del juez; los agentes ministeriales que incumplan esta disposición evidentemente están violando ese numeral de la Carta magna; sin embargo, el procedimiento administrativo correspondiente y el proceso penal acompañados de las sanciones de orden penal y administrativo, nos parecen suficientes si, de acuerdo a la gravedad de la violación constitucional, estos servidores públicos son destituidos y sentenciados a compurgar pena privativa de libertad y realizar la reparación del daño. ¿Qué más se les podría imponer?

Cuarto. La responsabilidad constitucional se configura cuando el daño y los efectos de este se prolongan en el tiempo, incluso de manera irreparable. Podemos citar el caso del exgobernador de Veracruz, Javier Duarte, cuyo gobierno suministró agua a niños con cáncer en lugar de los medicamentos.[7] Es claro que la violación a la Constitución mediante la vulneración a derechos humanos requiere una sanción distinta a la de tipo penal que se le impuso por los delitos de asociación delictuosa y uso de recursos de procedencia ilícita. ¿Y los niños que murieron por falta de medicamentos? La sanción penal no alcanza a satisfacer la responsabilidad imputable por la transgresión a diversos numerales de la Constitución, incluida la obligación asumida al momento de protestar guardar y hacer guardar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la del Estado y las Leyes que de ambas emanen, y desempeñar leal y patrióticamente el cargo de Gobernador (Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Veracruz, art. 45).

[7] *El Economista*, "Duarte cambió quimioterapias para niños por agua", 17 de enero de 2017, *https://www.eleconomista.com.mx/politica/Duarte-cambio-quimioterapias-para-ninos-por-agua-20170117-0114.html*

Este ejemplo deja claro que tiempo es un elemento de gran importancia en la responsabilidad constitucional. Los niños y jóvenes en edad escolar que no han ido a la escuela o las personas enfermas que no han sido atendidas en hospitales, difícilmente tendrán otra oportunidad; los niños dejarán de serlo y aunque después se construyan las escuelas para ellos, difícilmente podrán hacerlo; los enfermos posiblemente habrán muerto. El desvío de recursos que no se aplican en beneficio de los habitantes es algo más grave que el enriquecimiento ilícito o el peculado; por eso, el juicio de responsabilidad constitucional desborda cualquier otro tipo de responsabilidad penal o de tipo patrimonial.

Quinto. La responsabilidad constitucional también se determina por el número de personas agraviadas. Este supuesto se actualiza cuando quien tiene a su cargo la potestad para decidir asuntos de Estado, involucra a sus conciudadanos en alguna mala decisión que afectará a un número importante de estos e incluso a generaciones venideras. El caso de los empréstitos conocidos de manera eufemística como la contratación de deuda pública cuyos recursos muchas veces no tienen destino cierto, ejemplifica lo que aquí decimos. ¿Cuántos gobernadores han contratado empréstitos impagables?; ¿cuánta obra social se ha cancelado por el pago de la deuda y los intereses?

Sexto. Finalmente nos referimos a la dificultad que entraña el ejercicio heurístico encaminado a la ideación de las sanciones aquiescentes a la responsabilidad constitucional. Ya vimos que la destitución e inhabilitación son sanciones de naturaleza administrativa. ¿Cómo debe ser tramitado el juicio de responsabilidad constitucional y cuáles son las sanciones que se pueden imponer a los transgresores?

Indicamos en las páginas previas que para volver viable la responsabilidad constitucional, es necesario que esta se tramite ante una Corte o Tribunal Constitucional. Las sanciones de estricto derecho pueden ser la *inhabilitación vitalicia* para desempeñar empleo, cargo o comisión en la administración pública; otra puede ser la *cancelación de derechos político-electorales* para volver inelegible al responsable de la violación constitucional. Desde luego, nuestra exploración es un ensayo temprano y debe ser madurado para identificar otras sanciones que, de manera

aleccionadora inhiban la comisión de actos inconstitucionales en todos los servidores públicos, pero principalmente en aquéllos que tienen a su cargo las más altas responsabilidades estatales.

Podemos afirmar de manera puntual que el cuidado y defensa de la Constitución es una de las tareas más relevantes y una obligación primaria de todo servidor público. La forja de un verdadero Estado constitucional no puede carecer de estos mecanismos de rendición de cuentas, a menos que sigamos en la ruta de la simulación y el encubrimiento que la patria no puede tolerar más.

Referencias

Charry, J., "El privado como autor de peculado: ¿debate cerrado por la Corte Constitucional?", *Foro, Revista de Derecho*, núm. 42, 2024.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Diario Oficial de la Federación. 2 de enero de 2025.

El Economista, "Duarte cambió quimioterapias para niños por agua", 17 de enero de 2017.

Fernández, J., *Derecho administrativo*, México, McGraw-Hill, 1997.

López, M., *La responsabilidad administrativa de los servidores públicos en México*, México, IIJ-UNAM, 2013.

Perlingeiro, R., "Análisis comparativo de los sistemas de justicia administrativa en América Latina", *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 24, núm. 1, 2022.

Uribe Arzate, Enrique y Uribe Bustamante, Diego Enrique, "Aproximación teórica a la tipología de responsabilidad constitucional", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 57, núm. 171, México, 2024.

La interpretación constitucional en los Estados Unidos y la creciente amenaza del originalismo respecto a los derechos fundamentales

***

U.S. Constitutional interpretation and the rising threat of originalism to fundamental rights

*Robert H. Whaley**
*Anna S. Vowels***

Resumen: el equilibrio ideológico de la Corte Suprema de Estados Unidos cambió drásticamente con tres nombramientos realizados por el presidente Donald Trump. Las decisiones de la Corte en el *caso New York State Rifle and Pistol Ass'n v. Bruen and Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* revelan una fijación en el originalismo como el método preferido de la Corte para la interpretación constitucional. El originalismo fija el significado del texto de la Constitución de los Estados Unidos en el momento de la ratificación. Este artículo explica brevemente el surgimiento del originalismo y la amenaza que representa para los precedentes bien establecidos.

Abstract: the ideological balance of the U.S. Supreme Court shifted dramatically with three appointments made by President Donald Trump. The Court's decisions in *New York State Rifle and Pistol Ass'n v. Brue*n and *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* reveal a fixation on originalism as the

* Juez de Distrito de los Estados Unidos en el Distrito Este de Washington.
** La coautora se desempeña como "Judicial Staff Attorney" del Juez Whaley.

Court's preferred method of constitutional interpretation. Originalism fixes the meaning of the text of the U.S. Constitution at time of ratification. This paper briefly explains the rise of originalism and the threat it poses to well-settled precedent.

Palabras clave: originalismo, no originalismo, Constitución de los Estados Unidos, democracia, Corte Suprema de los Estados Unidos.

Keywords: originalism, non-originalism, United States Constitution, democracy, United States Supreme Court

Sumario: los autores discuten cómo el originalismo es una amenaza para la ley bien establecida considerada como sello distintivo de la libertad estadounidense. El equilibrio ideológico de la Corte Suprema de Estados Unidos cambió drásticamente con tres nombramientos realizados por el presidente Donald Trump. Las decisiones de la Corte en el caso *New York State Rifle and Pistol Ass'n v. Bruen* and *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* revelan una fijación en el originalismo como el método preferido de la Corte para la interpretación constitucional. El originalismo fija el significado del texto de la Constitución de los Estados Unidos en el momento de la ratificación, pero elimina del proceso interpretativo la sabiduría adquirida desde que se adoptó la Constitución. Hay muchas decisiones históricas de la Corte Suprema que no pueden justificarse por motivos originalistas, incluidos casos significativos relacionados con la privacidad, la igualdad de protección y la Cláusula de Comercio. La Constitución de los Estados Unidos estaba destinada a perdurar para siempre. La interpretación constitucional requiere un enfoque más flexible que tenga en cuenta algo más que el significado histórico y que pueda adaptarse a medida que evoluciona la sociedad.

Sumario: I. Introducción. II. Nombramientos a la Corte Suprema bajo el presidente Donald Trump. III. Originalismo vs. No-Originalismo. IV. Implicaciones del surgimiento del originalismo. V. Conclusión.

I. Introducción

La Constitución de los Estados Unidos es la carta de gobierno escrita más antigua del mundo. Establece un marco de gobierno que incluye salvaguardas contra el abuso de poder y contiene muchos términos generales, como "libertad", "igualdad" y "debido proceso". Estaba destinada a perdurar por todos los tiempos y gobernar para siempre. El debate sobre cómo interpretar el texto de la Constitución es tan antiguo como el propio documento. La mayoría de los jueces de la Corte Suprema de hoy han telegrafiado un compromiso con el originalismo, la idea de que el significado de la Constitución se fija en el momento de la ratificación, que fue hace más de 200 años. El cambio de la Corte Suprema hacia un método originalista de interpretación de su texto es de incuestionable importancia. Las decisiones de la Corte Suprema tienen un impacto de gran alcance debido a su carácter definitivo en cuanto al significado de la Constitución. Este artículo describe brevemente el cambio ideológico que ha ocurrido en la actual Corte Suprema, define el originalismo en comparación con el no originalismo y explica por qué el originalismo representa una amenaza para las características de la libertad estadounidense.

II. Nombramientos a la Corte Suprema bajo el presidente Donald Trump

La selección de los jueces ha desempeñado históricamente un papel central en la política de los Estados Unidos. De todas las vacantes de personal que el presidente de los Estados Unidos puede llenar, ninguna es más importante que un puesto en la Corte Suprema de los Estados Unidos. En los últimos años, el proceso se ha politizado mucho.[1] Tres nominaciones durante la primera presidencia de Donald Trump (2017-2021) generaron un amargo conflicto sobre el proceso de nombramiento. Debido a las muertes y jubilaciones de los jueces (y a las maniobras del Senado controlado por los republicanos), Neil Gorsuch, que se describe a

[1] Farley, Jill, *Against Court Packing, or a Plea to Formally Amend the Constitution*, 42 CDZLR 2777, octubre de 2021, p. 2791.

sí mismo como un "originalista y textualista comprometido", reemplazó a Antonin Scalia; Brett Kavanaugh reemplazó a Anthony Kennedy (considerado un juez centrista); y Amy Coney Barrett, una jueza ultraconservadora, reemplazó a Ruth Bader Ginsburg apenas una semana antes de las elecciones presidenciales. Esto creó un cambio significativo en la composición ideológica de la Corte, con seis jueces en la mayoría conservadora y tres jueces en la minoría progresista. Cuatro de ellos (los jueces Clarence Thomas, Gorsuch, Kavanaugh y Barrett) se describen a sí mismos como originalistas.

III. Originalismo vs. No-Originalismo

Los jueces juran defender la Constitución, pero no juran acatar ningún enfoque particular de la interpretación constitucional. A lo largo de la historia de Estados Unidos, la interpretación de la Constitución se ha basado en la discreción y la experiencia de los jueces individuales. Al interpretar las disposiciones constitucionales, los jueces inevitablemente deben consultar muchas fuentes, entre ellas: (1) el texto y la estructura de la Constitución; (2) debates constitucionales y de la convención de ratificación que documentan la intención de los redactores o ratificadores; (3) decisiones judiciales anteriores; (4) consideraciones pragmáticas o morales; y (5) prácticas de larga data. La interpretación constitucional se caracteriza por basarse en estas diversas fuentes en diversos grados y, a menudo, en combinación. Hay docenas de nombres diferentes para estas variaciones en los enfoques. Para el propósito de esta breve discusión, los agrupo en dos: originalistas y no originalistas.

3.1. No-originalismo

Para los no originalistas, la historia no es más que una herramienta, no determinante, que puede utilizarse para descifrar el significado del texto constitucional. El no originalista tiene en cuenta el significado original del texto, pero no está necesariamente obligado por él. El no originalista considera todas las fuentes de significado, así como las implicaciones pragmáticas de interpre-

tar el texto de cierta manera. El juez William Brennan se alineó como un no originalista cuando escribió: "[La Constitución es una] carta viviente [,] no es [no] un documento estancado, arcaico y encuadernado impregnado de los prejuicios y supersticiones de un tiempo pasado".[2]

La decisión de la Corte Suprema ampliamente considerada como fundamental para la interpretación constitucional no originalista es *McCulloch v. Maryland*,[3] escrita por el presidente de la Corte Suprema John Marshall en 1819. En *McCulloch*, la cuestión era si el Congreso tenía autoridad para establecer un banco nacional y si Maryland podía gravar a ese banco. Aunque la Constitución no contiene ninguna facultad enumerada para establecer un banco nacional, la Corte Suprema dictaminó por unanimidad que el Congreso tenía esta importante facultad. Denunciando la interpretación estrecha, el juez Marshall escribió que la cláusula "necesaria y adecuada" de la Constitución otorgaba al Congreso discreción para tomar medidas "convenientes" para implementar sus poderes expresamente enumerados.[4] En *McCulloch*, el juez Marshall hizo su famosa declaración de que "nunca debemos olvidar que es una constitución la que estamos exponiendo", "una que está destinada a perdurar en los siglos venideros" y, en consecuencia, que debe adaptarse a las diversas crisis de los asuntos humanos".[5] El enfoque de la interpretación constitucional en *McCulloch* se basa en la siguiente práctica : "el texto, los propósitos, la viabilidad, la historia y otras herramientas", todas las cuales "parecen útiles".[6] Sería "un error abandonar" el uso de estas herramientas ahora.[7]

---

2 *Michael H. v. Gerald D.*, 491 U.S. 110, 142 (1989) (Brennan, J., opinión disidente).

3 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819).

4 *Ibidem*, p. 365.

5 *Ibidem*, p. 415.

6 Stephen Breyer, Reading the Constitution: Why I Chose Pragmatism, Not Textualism, p. 122 (Simon y Shuster, 2024).

7 *Ibidem*, p. 196.

3.2. Originalismo

Desde la década de 1980, el originalismo es la teoría de interpretación constitucional más prominente que se ha afianzado en los Estados Unidos. Un juez originalista es aquel que cree en las siguientes tres proposiciones: (1) el significado del texto de la Constitución se fija en el momento de la ratificación; (2) los jueces deben dar al significado un papel primordial en la interpretación constitucional; y (3) no se permite que las preocupaciones y consecuencias pragmáticas triunfen sobre el significado original. Para un originalista, la Primera Enmienda tiene el mismo significado que tenía cuando fue ratificada en 1791 y la igualdad de protección tiene el mismo significado que en 1868, cuando se agregó la Decimocuarta Enmienda a la Constitución. Los originalistas alguna vez se centraron en la intención de los autores de la Constitución, pero al juez Antonin Scalia se le atribuye haber cambiado la doctrina para enfatizar el *significado público* original del texto de la Constitución.[8]

Muy pocos jueces en toda la historia de Estados Unidos se han descrito a sí mismos como originalistas, hasta hoy. El reciente recurso de la Corte Suprema únicamente a la historia como su principal herramienta para descifrar el significado constitucional y la existencia de derechos fundamentales es un cambio nuevo y significativo. Dos casos importantes ejemplifican este cambio. En 2022, el juez Thomas escribió la opinión mayoritaria en el caso *New York State Rifle and Pistol Ass'n v. Bruen*.[9] El caso declaró que la ley de Nueva York que requiere que un ciudadano tenga una licencia para portar un arma oculta fuera del hogar viola la Segunda Enmienda. La Segunda Enmienda establece: "Siendo necesaria una milicia bien regulada para la seguridad de un Estado libre, no se infringirá el derecho del pueblo a poseer y portar armas".[10] Es importante destacar que la Corte anunció una nueva prueba "arraigada en el texto de la Segunda Enmien-

8 Antonin Scalia, Address Before the Attorney General's Conference on Economic Liberties (June 14, 1986) en Office Of Legal Policy, U.S. Dep't Of Justice, Original Meaning Jurisprudence: A Sourcebook, p. 101 (1987).

9 597 U.S. 1 (2022).

10 Enmienda II de la Constitución de los Estados Unidos.

da según lo informado por la historia".[11] La Corte instruyó que la evidencia de "cómo se interpretó la Segunda Enmienda desde inmediatamente después de su ratificación hasta finales del siglo XIX" era una "herramienta crítica de interpretación constitucional".[12] A continuación, el Tribunal examinó fuentes en su mayoría contemporáneas a la adopción de la Declaración de Derechos en 1791 para determinar "la comprensión pública de la [Segunda Enmienda] después de su ratificación".[13] La Corte concluyó que la ley de Nueva York no pasó el examen constitucional porque el estado no pudo "identificar una tradición estadounidense que justificara" los requisitos de la ley.[14] Al basarse únicamente en su análisis histórico, la Corte excluyó de la consideración varios conceptos clave que evolucionaron desde 1791. En primer lugar, las armas de fuego son mucho más mortíferas hoy que en la fundación. En segundo lugar, durante un siglo, nadie había invocado la Segunda Enmienda como protección del derecho individual a portar armas de fuego para defensa propia. Como sugiere el texto, se pensó que protegía a las milicias estatales, una parte importante de la defensa durante la guerra revolucionaria anterior a la Constitución.

La segunda decisión que pone el originalismo en el centro del debate es *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*.[15] En *Dobbs,* la Corte se apartó de casi cincuenta años de precedentes después de declarar que la Decimocuarta Enmienda no reconoce el derecho fundamental de una mujer a interrumpir el embarazo. La decisión sostuvo que debido a que el término "libertad" es vago y el texto de la Constitución no menciona explícitamente los términos aborto o privacidad, el derecho está protegido constitucionalmente solo si está "profundamente arraigado en la historia y tradición [de los Estados Unidos]".[16] La Corte miró hacia atrás hasta los casos en la Inglaterra del siglo XIII que involucra-

11 *Bruen*, 597 U.S. en la p. 2.

12 *Ibidem*, p. 20.

13 *Ibidem*, p. 35.

14 *Ibidem*, p. 70.

15 597 U.S. 215 (2022).

16 *Ibidem*, p. 231.

ban prohibiciones contra el aborto para determinar que el aborto no estaba "profundamente arraigado" en la historia, a diferencia de otros derechos a la anticoncepción y al matrimonio.

La decisión *Dobbs* se basó enteramente en las protecciones históricas de los derechos reproductivos, sin ningún análisis prospectivo, considerando si las concepciones actuales de la libertad justifican el reconocimiento de derechos fundamentales que carecen de una tradición explícita de protección. Los jueces disidentes en *Dobbs* escribieron que la lectura de la Constitución tal como se veía en el momento de la ratificación, antes de que las mujeres tuvieran derecho al voto, "relega a las mujeres a una ciudadanía de segunda clase".[17] El Tribunal Supremo ha optado por ignorar los precedentes de derechos fundamentales que tratan los conceptos de "libertad" y "tradición" en términos flexibles, basándose en su lugar en una jurisprudencia y una historia limitadas de la época medieval. *Dobbs* tiene implicaciones de gran alcance fuera de los contextos de estos casos que podrían poner en peligro los derechos relacionados con la intimidad sexual, los derechos de los homosexuales, la anticoncepción, la privacidad y la discriminación sexual.

IV. Implicaciones del surgimiento del originalismo

Las audaces decisiones originalistas de la Corte Suprema en los casos *Bruen* y *Dobbs* plantean una seria preocupación en cuanto a si la Corte Suprema está dispuesta a revocar el precedente establecido por el que los estadounidenses confían para la protección de los derechos civiles.[18] Los riesgos significativos para las

[17] *Ibidem*, p. 373.

[18] En los últimos días de su mandato 2023-2024, la supermayoría de 6-3 de la Corte Suprema anuló la doctrina *Chevron*, de 40 años de antigüedad, que exigía la deferencia judicial a las interpretaciones razonables de las agencias federales de estatutos ambiguos. *Véase Loper Bright Enterprises v. Raimondo*, 603 U.S. 369 (2024). Las decisiones de *Dobbs* y *Loper Bright* revelan una Corte profundamente dividida sobre el valor del stare decisis. *Compárese con Loper Bright*, 144 S. Ct. en las págs. 2292–93 (2024) (Gorsuch, J., opinión concurrente) ("[l]a verdadera lección del stare decisis

libertades civiles planteados por la interpretación constitucional originalista se explican mejor con ejemplos. Cada uno de los siguientes casos se consideran casos emblemáticos[19] en el sistema de justicia estadounidense, sin embargo, una teoría originalista sugeriría que estos casos se decidieron erróneamente.[20] En cada uno de estos casos, la evolución de la sociedad provocó cambios en la forma en que se aplicaban los principios de la libertad.

4.1. Privacidad - Katz v. United States

La Corte Suprema se enfrentó por primera vez a la aplicación de conceptos del siglo XVIII a la tecnología moderna en *Olmstead v. United States*.[21] Allí, la Corte sostuvo que las escuchas telefónicas no eran un registro bajo la Cuarta Enmienda porque el propósito histórico de la Cuarta Enmienda era proteger contra la intrusión física de lugares protegidos constitucionalmente. La opinión disidente del juez Louis Brandeis en *Olmstead* es considerada

---

hoy no es que estemos obligados a respetar el 'sorprendente desarrollo' de *Chevron*, sino que estemos obligados a enterrarlo"), *con Dobbs*, 597 U.S. en las págs. (Breyer, Sotomayor y Kagan, JJ., opinión disidentes) ("El debilitamiento del stare decisis amenaza con poner patas arriba las doctrinas legales fundamentales, mucho más allá de cualquier decisión individual"), y *Loper Bright*, 603 U.S. en las págs 470-78 (Kagan, J., opinión disidente) ("abandonar *Chevron* subvierte todos los principios conocidos de stare decisis").

19 Hay muchas otras decisiones históricas de la Corte Suprema que no pueden justificarse fácilmente por motivos originalistas. *Véase, por ejemplo, Gideon v. Wainwright*, 372 US. 335 (1963) (en el que se sostiene que los acusados penales tienen derecho a que se les designe un abogado); *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943) (en el que se declara el derecho de la Primera Enmienda contra la libertad de expresión obligatoria); *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 485-86 (1965) (en el que se determinó la existencia de un derecho a la intimidad conyugal); *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015) (que declara inconstitucionales las prohibiciones del matrimonio entre personas del mismo sexo en virtud de la Decimocuarta Enmienda).

20 *Véase, por ejemplo*, William P. Marshall, Progressive Constitutionalism, Originalism, and the Significance of Landmark Decisions in Evaluating Constitutional Theory, 72 OHIO ST. L.J. 1251, pp. 1257-70 (2011).

21 277 U.S. 438 (1928).

como una de las mayores opiniones disidentes jamás escritas. Para Brandeis, había un peligro en interpretar la Cuarta Enmienda para cubrir solo aquellas áreas explícitamente nombradas en el texto de la Constitución, un peligro que solo se volvería más profundo a medida que evolucionara la tecnología de vigilancia. Escribió que "en la aplicación de una Constitución, nuestra contemplación no puede ser solo de lo que ha sido, sino de lo que puede ser".[22] Sostuvo que "[l]as garantías a la protección individual contra abusos específicos de poder, deben tener una [...] capacidad de adaptación a un mundo cambiante".[23] Le preocupaba que, a medida que "el Gobierno dispusiera de medios más oscuros y de mayor alcance para invadir la privacidad", la Corte debía asegurarse de que el "progreso de la ciencia" no erosionara las protecciones de la Cuarta Enmienda.[24] Brandeis consideró el texto de la Constitución, su aplicación y el amplio alcance de los valores que la Constitución buscaba proteger. Llegó a la conclusión de que para proteger el "derecho a ser dejado en paz" "toda intrusión injustificable por parte del Gobierno en la privacidad del individuo, cualesquiera que sean los medios empleados, debe considerarse una violación de la Cuarta Enmienda".[25]

En 1967, casi cuarenta años después *de Olmstead*, la famosa disidencia del juez Brandeis se convirtió en ley en el caso *Katz v. United States*.[26] La Corte abandonó su interpretación estrecha de la Cuarta Enmienda y sostuvo que protege "a las personas, no a los lugares".[27] El enfoque de la protección de la Cuarta Enmienda se desplazó de la propiedad a la privacidad. El debilitamiento del derecho a la privacidad en la decisión de *Dobbs* ha generado preocupación de que pueda poner en peligro las protecciones de la Cuarta Enmienda contra registros e incautaciones irrazonables que se han desarrollado bajo *Katz*. Existe el temor de que las protecciones importantes contra las escuchas electrónicas, la recopi-

22 *Ibidem*, p. 473.

23 *Ibidem*, p. 472.

24 *Ibidem*, p. 474.

25 *Ibidem*, p. 478.

26 389 U.S. 347 (1967).

27 *Ibidem*, p. 351.

lación de datos de terceros, las tecnologías de vigilancia remota, las imágenes térmicas de un hogar y las pruebas de ADN de los arrestados, puedan verse en peligro por el posible regreso a la visión estrecha y centrada en la propiedad de la Cuarta Enmienda que precedió a *Katz*. De hecho, tanto los jueces Thomas como Gorsuch han señalado que anularían a *Katz*.[28] El juez Thomas incluso ha lamentado específicamente la "retirada de Olmstead" de la Corte y argumentó que *Katz* distorsiona el significado original de la Cuarta Enmienda centrada en la propiedad.[29]

4.2. Protección igualitaria - Baker v. Carr y Reynolds v. Sims

En 1954, la Corte Suprema emitió su histórica decisión unánime en el caso *Brown v. Board of Education*,[30] que anuló la segregación estatal en la educación pública por violar la Cláusula de Protección Igualitaria de la Decimocuarta Enmienda. *Brown* estuvo íntimamente asociado con las posteriores decisiones innovadoras de redistribución de distritos de la década de 1960, *Baker v. Carr*[31] y *Reynolds v. Sims*,[32] que reformularon la ley electoral estadounidense. En todos estos casos se trataba de reivindicar los derechos de las minorías políticamente desfavorecidas que habían sido estranguladas por el proceso político. En *Baker*, los legisladores del estado de Tennessee no estaban dispuestos a volver a trazar los límites de los distritos legislativos y poner en riesgo sus propias posiciones. Los límites se habían trazado décadas antes a lo largo de líneas geográficas antes del éxodo masivo de las zonas rurales hacia las ciudades en Estados Unidos. Esto produjo disparidades que favorecieron injustamente a los votantes rurales sobre los urbanos. Los condados escasamente poblados dominaron las legislaturas en detrimento de las zonas urbanas. No existía ningún

[28] *Véase Carpenter v. U.S.*, 585 U.S. 296, 386-405 (2018) (Gorsuch, J., opinión disidente); Ibidem, pp. 351-61 (Thomas, J., opinión disidente).

[29] *Ibidem*, p. 344.

[30] 347 U.S. 483, 493-95 (1954).

[31] 369 U.S. 186, 234-37 (1962).

[32] 377 U.S. 533 (1964).

mecanismo de procedimiento para que los votantes remediaran el problema. Aunque históricamente la Corte había evitado las cuestiones políticas, sin la intervención de la Corte, los votantes no tenían forma de proteger sus intereses. La Corte Suprema en *Baker* sostuvo que el hecho de que la legislatura estatal no redistribuyera los distritos establecía un reclamo justiciable bajo la Cláusula de Protección Igualitaria de la Decimocuarta Enmienda. A continuación, en *Reynolds*, la Corte estableció el estándar de "una persona, un voto", sosteniendo que la Cláusula de Protección Igualitaria "requiere que los escaños en ambas cámaras de una legislatura estatal bicameral se distribuyan sobre la base de la población".[33]

Estos dos casos han sido reconocidos como una de las intervenciones más exitosas y universalmente aceptadas de la Corte. Sin embargo, para un originalista, se decidirían erróneamente dado que no está claro si la Decimocuarta Enmienda estaba originalmente destinada a aplicarse al voto, especialmente dada la aprobación de la 15ª Enmienda que prohíbe la discriminación electoral basada en la raza. El juez Thomas ha hecho recientemente declaraciones extremas sobre su voluntad de romper con esta jurisprudencia de larga data y ampliamente aceptada. Cree que los tribunales federales no deberían participar en la vigilancia de las reclamaciones constitucionales de discriminación racial en la redistribución de distritos. Ha alentado a la Corte a "abandonar [sus] esfuerzos equivocados y dejar la distribución de distritos a los políticos".[34]

4.3. Poder del comercio - Gibbons v. Ogden

Otorgar al gobierno federal el poder de regular el comercio fue una de las razones más importantes para crear la Constitución. Su ausencia en los Artículos de la Confederación había debilitado a la nueva nación. Para abordar los problemas de las barreras comerciales interestatales y la capacidad de celebrar acuerdos comerciales, la Constitución incluyó la Cláusula de Comercio, que

[33] *Ibidem*, p. 568.

[34] *Alexander v. South Carolina Conference of the NAACP,* 602 U.S. 1, 41 (2024).

otorga al Congreso el poder de "regular el comercio con las naciones extranjeras, y entre los diversos estados, y con las tribus de indios".[35]

Desde la fundación hasta hoy, el significado de "comercio entre los diversos estados" no ha cambiado significativamente. La Corte definió por primera vez el poder comercial del Congreso en el caso fundacional de 1824, *Gibbons v. Ogden*.[36] Allí se preguntó a la Corte si la navegación constituía "comercio entre los estados" cuando no implicaba cruzar una línea fronteriza estatal. La Corte interpretó ampliamente el poder de comercio, concluyendo que el Congreso podía regular el comercio que afecta a "más de un estado", pero no al "comercio exclusivamente interno" de un estado.[37]

El poder de regular el comercio interestatal se ha mantenido entre los poderes más importantes del gobierno federal y es la principal fuente de numerosas regulaciones federales que rigen amplios aspectos de la vida estadounidense. Fue utilizado por el Congreso para abordar los problemas nacionales resultantes del espectacular crecimiento del país y de la economía. Durante la Gran Depresión de la década de 1930, el gobierno federal aprobó una legislación que regulaba la economía a nivel nacional y estatal para hacer frente a las terribles condiciones económicas que sufría el país. El poder comercial se ha utilizado para promulgar leyes que regulan los derechos civiles en el sector privado, la protección del medio ambiente, el control de la seguridad en el lugar de trabajo, la lucha contra el crimen organizado y la protección de la seguridad del consumidor, entre otros.

En 1995, una Corte más conservadora puso fin al largo período de uso amplio y esencialmente incuestionable de ese poder por parte del Congreso. En el caso *United States v. Lopez*,[38] el Tribunal determinó que una ley federal que prohibía la posesión de un arma de fuego a menos de 1000 pies de una escuela no estaba

35 Constitución de los Estados Unidos, Art. I, Sec. 8, Cláusula 3.

36 22 U.S. 1, 9 Trigo. 1, 189-90, 6 L.Ed. 23 (1824).

37 *Ibidem*, pp. 194 y 195.

38 514 U.S. 549 (1995).

autorizada por la Cláusula de Comercio. La Corte, utilizando un enfoque originalista, redujo el poder comercial al concluir que la actividad regulada debe "afectar sustancialmente", no solo "afectar" el comercio interestatal.[39] El juez Thomas escribió una opinión concurrente desde un punto de vista originalista aún más fuerte. Afirmó que la prueba de "afecta sustancialmente" era inadecuada. Basándose en una definición de diccionario de la palabra "comercio" de 1773, pidió "modificar nuestra jurisprudencia de la Cláusula de Comercio" y restringir el poder comercial a la mera regulación de la compra y venta interestatal de bienes.[40] Los jueces Kennedy y O'Connor rechazaron esta interpretación originalista en una concurrencia separada, afirmando que "la restricción fundamental de nuestro poder nos impide volver a una comprensión del comercio que solo serviría a una economía del siglo XVIII".[41]

Las declaraciones originalistas hechas en *López* importan. Crean incertidumbre sobre el futuro de uno de los poderes más importantes de la Constitución. Los jueces Kennedy y O'Connor ya no forman parte de la Corte, y casi todas las leyes contra la discriminación y muchas otras leyes y reglamentos federales se basan en la interpretación expansiva del poder comercial del Congreso. Es difícil imaginar la posible perturbación de la vida de los estadounidenses basada en un repudio originalista de la prueba de "afecta sustancialmente". ¿Por qué un tribunal en 2025 debería dar a la palabra "comercio" su significado de 1775, como si fuera un concepto inmutable y atemporal? La forma de originalismo del juez Thomas es extrema y amenaza el precedente de una manera que podría poner en peligro la integridad y legitimidad de la Corte. Ignora el precepto básico expresado por el Presidente del Tribunal Supremo Marshall en el caso *McCulloch v. Maryland* de que la interpretación constitucional requiere interpretar "todo el instrumento" de manera que "asegure" la "ejecución beneficiosa" "de las grandes potencias de las que depende

39 *Ibidem*, p. 559.

40 *Ibidem*, p. 584-602 (Thomas, J., opinión concurrente).

41 *Ibidem*, p. 574 (Kennedy, J., opinión concurrente).

esencialmente el bienestar de la nación".[42] Las enseñanzas del juez Marshall en *McCulloch* y *Gibbons* siguen siendo las expresiones históricas por excelencia más convincentes de la interpretación constitucional. Estos y muchos otros casos históricos no originalistas de la Corte Suprema representan más que las reglas que anunciaron. El público estadounidense los asocia con ideales fundamentales de libertad e igualdad. El originalismo es un defecto y contradice precedentes que se han convertido en parte de nuestra cultura nacional.

V. Conclusión

La reciente dependencia de la Corte Suprema de un método originalista de interpretación constitucional ha dado lugar a una explosión de erudición que expone las debilidades del método. Si bien el originalismo puede tener un fuerte atractivo porque parece ofrecer una interpretación objetiva basada en la historia, de hecho, no logra este objetivo. Lo histórico se puede seleccionar para admitir el resultado que prefiera el intérprete.

A pesar del aumento de la popularidad del originalismo, en la práctica, ninguno de los autoproclamados justicias originalistas es fiel a su método. Algunos de los fallos recientes más importantes de la Corte Suprema revelan no solo un retroceso de un "enfoque rígido de solo historia"[43] para la interpretación constitucional, sino una Corte que elige ignorar la historia y la tradición juntas para obtener resultados preferidos. En una histórica decisión de inmunidad presidencial de 6-3 en el caso *Trump v. United States*,[44] la Corte acordó que un expresidente es absolutamente inmune a la persecución penal por ejercer su autoridad constitucional fundamental y tiene derecho a la inmunidad presuntiva por todos los actos oficiales. El caso siguió a la acusación de un gran jurado federal contra el presidente Trump por cargos relacionados con su negativa a aceptar su derrota en las elecciones

[42] 17 U.S. (4 Wheat.) 316, 415 (1819) (sin cursivas en el original).

[43] *Bruen*, 597 U.S. en la pág 103 (Breyer, Sotomayor y Kagan, JJJ., opinión disidentes).

[44] 603 U.S. 593 (2024).

presidenciales de 2020 y afirmaciones de fraude, que llevaron a un violento asalto al edificio del Capitolio de los Estados Unidos el 6 de enero de 2021, donde se debían certificar los resultados de las elecciones. La decisión es especialmente notable, ya que parece alejarse de la historia, a pesar de tener ante sí importantes pruebas históricas contenidas en un escrito amicus curiae firmado por 15 historiadores expertos de la época de la fundación que impugnan la afirmación de la inmunidad presidencial.[45] La enérgica disidencia de la jueza Sotomayor detalla la evidencia histórica y concluye que "[e]sta inmunidad de actos oficiales no tiene 'una base firme en el texto constitucional, la historia o el precedente'", pero "parece que la historia le importa a esta Corte solo cuando es conveniente".[46]

El papel de la historia en el análisis constitucional también continúa evolucionando a raíz de una gran cantidad de desafíos y confusión de la Segunda Enmienda en los tribunales inferiores después de que *Bruen* ordenó que las leyes de armas contemporáneas se evaluaran únicamente en comparación con la tradición histórica. La Corte Suprema en el caso *United States v. Rahimi*,[47] por una votación de 8-1, confirmó la prohibición federal de la posesión de un arma de fuego por parte de una persona sujeta a una orden de restricción por violencia doméstica. Según el presidente de la Corte Suprema Roberts, que escribió para todos los miembros de la Corte, excepto el juez Thomas (el autor de *Bruen*), en lugar de preguntar si una ley de armas impugnada tiene un "gemelo histórico" preciso, los tribunales deberían considerar si la regulación es "consistente con los *principios* que sustentan nuestra tradición regulatoria".[48] Como enfatizó el juez Barrett en una de las cinco opiniones concurrentes en *Rahimi*, "imponer una prueba que exige análogos demasiado específicos tiene serios problemas", incluido "obligar a las regulaciones del siglo XXI a seguir las opciones políticas de finales del siglo XVIII" y "asumir que las legislaturas de la era fundacional ejercieron al

45 Brief of Amici Curiae Scholars of the Founding Era in Support of Respondent, 2024 WL 1586752, pp. *2-34 (8 de abril de 2024).

46 *Trump*, 603 U.S. en la pág 664 (Sotomayor, J., opinión disidente).

47 602 U.S. 680 (2024).

48 *Ibidem*, p. 692 (énfasis añadido).

máximo su poder para regular".[49] Aunque *Rahimi* se aleja de un enfoque de la interpretación constitucional demasiado centrado en la historia, la prueba que anunció sigue asumiendo que los tribunales inferiores tendrán suficientes registros históricos de los que extraer los principios de la época de la fundación. La búsqueda de análogos históricos para reivindicar los derechos constitucionales "es una tarea extremadamente difícil" que depende de la idoneidad de las fuentes que "las partes logren improvisar".[50]

El mayor defecto del originalismo no es que tenga en cuenta el contexto histórico, sino que elimina del proceso interpretativo toda la sabiduría y la experiencia adquiridas desde que se adoptó la Constitución. El desapego a esa experiencia es una amenaza para los precedentes y la sociedad moderna, porque, como sabemos, la ley estadounidense ha estado tradicionalmente infundida de racismo, sexismo y homofobia. La Constitución no es un código. En consecuencia, la interpretación de las obligaciones constitucionales requiere juicios sobre la mejor manera de cumplir sus principios generales. Esta flexibilidad estaba incorporada en la Constitución de los Estados Unidos. Es la razón por la que el documento ha resistido la prueba del tiempo y por eso la jurisprudencia constitucional puede seguir adaptándose en la medida en que la sociedad evoluciona.

[49] *Ibidem*, pp. 739-40 (Barrett, J., opinión concurrente).

[50] *Ibidem*, p. 745 (Jackson, J., opinión concurrente).

El constitucionalismo para la democracia del siglo XXI
Derecho Constitucional Iberoamericano Comparado
Tomo IV Justicia Constitucional.
Medios de control constitucional
se terminó de imprimir en mayo de 2026,
en los Talleres Gráficos del Poder Ejecutivo
del Estado de Querétaro,
su tiraje consta de 500 ejemplares.

EL TOMO IV ABORDA LOS MEDIOS de control constitucional como instrumentos esenciales para garantizar la supremacía de la Constitución y la protección efectiva de los derechos fundamentales. Estos mecanismos permiten revisar la conformidad de las normas y actos de autoridad con el texto constitucional, asegurando que ningún poder público actúe por encima de sus límites.

Se destaca que los medios de control constitucional cumplen una doble función: por un lado, preservan la unidad y coherencia del orden jurídico nacional y convencional, evitando contradicciones normativas; por otro, ofrecen a la ciudadanía vías para reclamar la tutela de sus derechos frente a posibles vulneraciones del poder público y privado. Asimismo, se subraya la importancia de que dichos mecanismos estén diseñados bajo principios de accesibilidad, eficacia e imparcialidad, a fin de consolidar un Estado de derecho en el que prevalezcan la justicia y la certeza jurídica.

JURÍDICAS

ISBN 978-607-642-855-9
9 786076 428559
UNAM

ISBN 978-607-8908-29-5
9 786078 908295
IECEQ

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
unam

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO