Justicia constitucional

Tipología de las sentencias. Federalismo y descentralización. Responsabilidades compartidas

TOMO V

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 V

Justicia constitcional

Tipología de las sentencias

Federalismo y descentralización

Responsabilidades compartidas

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 V

Justicia constitucional
Tipología de las sentencias
Federalismo y descentralización
Responsabilidades compartidas

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 V
Justicia constitucional. Tipología de las sentencias. Federalismo y descentralización. Responsabilidades compartidas

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 V: 978-607-642-857-3

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 V: 978-607-8908-26-4

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 15
José Ma. Serna de la Garza

Justiciabilidad de los derechos

Justiciabilidad directa de los DESCA: la decisión de la Corte Interamericana en el caso *La Oroya a la luz* del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina 19
Mariela Morales Antoniazzi
Thalia Viveros Uehara

El rol del poder judicial como garante de los DESCA 39
Elisabeth I. Berra

El control de las políticas públicas por parte de los tribunales constitucionales: un mecanismo idóneo para garantizar de manera efectiva los derechos sociales en América Latina y el Caribe 59
Mayra Zuleica Cabral Brea

Los retos del Estado mexicano en torno a la garantía y justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales 77
Manlio Fabio Casarín León

Derechos sociales y constituciones estatales 103
Pedro Antonio Enríquez Soto

(In)cumplimiento de la agenda 2030 y justiciabilidad de los DESCA: desafíos y propuestas 121
Julieta Morales Sánchez

Teoría constitucional y fuentes del derecho en contexto: especial énfasis al caso peruano 141
Bruno Novoa Campos

Identidad constitucional en México. Aproximaciones liminares para su descubrimiento 157
Jaime Olaiz González

Las barreras normativas al acceso a la justicia constitucional de los pueblos indígenas peruanos cuya lengua originaria es distinta al castellano 171
Paola Brunet Ordoñez Rosales

La justiciabilidad de los derechos constitucionales y la protección de la Constitución. Una visión desde la historia al presente texto cubano de 2019 y las necesidades 193
Martha Prieto Valdés

Propuestas para mejorar la efectividad de la protección de derechos fundamentales en la jurisdicción constitucional 211
Luis Andrés Roel Alva

Tutela procesal efectiva y lesión a derechos fundamentales por deficiencia normativa procesal constitucional en el Perú 235
Jhonny Tupayachi Sotomayor

Evolución del sistema de control de constitucionalidad en Colombia 261
Ricardo Zuluaga Gil

Activismo judicial y separación de poderes en el sistema de justicia constitucional 285
Francisco Zúñiga Urbina

Tipología de las sentencias

Las sentencias constitucionales. Una aproximación a su tipología contemporánea y nuevas ofertas para su incorporación 319
Gerardo Eto Cruz

La problemática de las sentencias normativas 351
Rubén Hernández Valle

Sentencias constitucionales unilaterales que reparan omisiones legislativas parciales 377
Giovanni A. Figueroa Mejía

La justicia constitucional y las políticas públicas a la luz de sentencias estructurales y exhorativas desde la perspectiva del Tribunal Constitucional Peruano 391
Devora Franco García

Sentencias estructurales: nuevos retos y posibilidades en la actuación de la jurisdicción constitucional 409
Mônia Clarissa Hennig Leal

El alcance de la sentencia de amparo en Guatemala 429
Aylin Ordóñez Reyna

Las inconstitucionalidades por omisión en Guatemala 449
Geovani Salguero Salvador

Problemas actuales de la cosa juzgada en México 467
Rubén Sánchez Gil

Sentencias interpretativas y exhortativas del Tribunal Constitucional del Perú 483
Omar Sar Suárez

Federalismo y descentralización
Responsabilidades compartidas

El sinuoso camino del federalismo fiscal en Argentina 495
María Gabriela Abalos

El pacto fiscal, el sistema nacional de coordinación fiscal, y problemáticas: transferencias condicionadas y no condicionadas con fines redistributivos y de compensación de los desequilibrios regionales que surgen en los sistemas federales 513
José Manuel Carapia González

El control del gasto público en el federalismo mexicano . . . 529
Aimée Figueroa Neri

Metropolitan governance 549
Alfonso Navarrete Prida

El federalismo fiscal en la Unión Europea a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia: asimetría competencial y autonomía plena. 555
Mariola Urrea Corres

¿Por qué la Constitución mexicana de 1824 no hace referencia al municipio?. 573
Teresita Rendón Huerta Barrera

La relación entre los gobiernos autónomos descentralizados y la Corte Constitucional del Ecuador 589
José Eduardo Aguirre Vega

Stephen F. Austin, el Federalismo y la Constitución Mexicana de 1824. 605
Jorge Madrazo

Gobernanza y gobernabilidad municipal y metropolitana . . . 625
Xóchitl Alicia Ramírez Chávez

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

Justiciabilidad directa de los DESCA: la decisión de la Corte Interamericana en el caso *La Oroya* a la luz del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina

Mariela Morales Antoniazzi
Thalia Viveros Uehara

Resumen: el argumento se desarrolla a partir del constitucionalismo transformador regional desde la mirada del *ius constitutionale commune* en América Latina (ICCAL).[1] Sostiene que la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *La Oroya vs Perú* representa un nuevo hito en la protección y garantía del derecho a un medio ambiente sano. Este análisis se estructura en tres partes. En primer lugar, se esboza una breve reconstrucción del *ius commune* del derecho al medio ambiente sano, con especial énfasis en la contextualización de tres dimensiones jurídicas clave que evidencian su interdependencia con otros derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), en particular el derecho a la salud: la atención prioritaria a grupos en situación de vulnerabilidad, la obligación de debida diligencia estatal y empresarial, y la equidad intergeneracional. En segundo lugar, se ilustra cómo las tres dimensiones inicialmente puestas en contexto se concretan en el caso La Oroya. Finalmente, se reflexiona sobre la contribu-

[1] Bogdandy, Armin von *et al., Ius constitucionale commune en derechos humanos en América Latina,* México, Editorial Porrúa, 2013; Bogdandy, Armin von, Fix-Zamudio, Héctor y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Observaciones sobre el constitucionalismo transformador*, Nueva York, Oxford University Press, 2017.

ción de esta decisión a la consolidación de la trayectoria jurisprudencial orientada a la justiciabilidad directa de los DESCA.

Sumario: I. Introducción. II. Un *ius commune* del derecho al medio ambiente sano en construcción y evolución. III. El caso *La Oroya*. IV. Reflexión final a título de conclusión.

I. Introducción

Pese a que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), cimiento del mandato de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH),[2] no consagra explícitamente los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), la evolución jurisprudencial ha allanado el camino para su justiciabilidad directa. A lo largo de décadas, la Corte IDH ha pasado de una doctrina de protección indirecta —basada en la conexidad con otros derechos sustantivos, como el derecho a la vida (art. 4) y el derecho a la integridad personal (art. 5)— a un reconocimiento específico y autónomo de los DESCA mediante una interpretación evolutiva y sistémica que ha ampliado su alcance.[3] En el caso de los derechos humanos a un medio ambiente sano y a la salud, transcurrieron dieciocho años desde el caso *Comunidad Mayagna Awas Tingni vs. Nicaragua* (2001)[4] hasta

[2] Bogdandy, Armin von, "El mandato transformador del sistema interamericano de derechos humanos. Legalidad y legitimidad de un proceso jurisgenerativo extraordinario", en Bogdandy, Armin von, *Transformaciones del derecho público Fenómenos internacionales, supranacionales y nacionales*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020, pp. 95-126; Astudillo, César y García, Sergio, *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Organización, funcionamiento y trascendencia*, México, Tirant lo Blanch, 2022.

[3] Véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Impact of the Inter-American Jurisprudence on Economic, Social, Cultural, and Environmental Rights", en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *The Impact of the Inter-American Human Rights System: Transformations on the Ground*, Nueva York, Oxford University Press, 2024, pp. 217-236.

[4] Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2001. Serie C, núm 447, párr. 2, *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf*.

Lhaka Honhat vs. Argentina (2020),[5] y doce años entre *Ximenes Lopes vs. Brasil* (2006)[6] y *Poblete Vilches y otros vs. Chile (2018)*,[7] respectivamente, para que, en la actualidad, sean directamente justiciables a partir del artículo 26 de la CADH, relativo al desarrollo progresivo.[8]

Frente a esta trayectoria, el caso *La Oroya vs. Perú*[9] —que involucra casi un siglo de degradación ambiental y una crisis de salud provocada por la exposición a metales pesados y otros contaminantes derivados del Complejo Metalúrgico La Oroya (CMLO)— se erige como un hito jurisprudencial que no solo consolida, sino que también enriquece esta evolución en dos sentidos. En primer lugar, reconoce el derecho a un medio ambiente sano como un derecho autónomo en un caso contencioso que no se limita a pueblos y comunidades indígenas, ampliando así de manera

---

5 Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 6 de febrero de 2020. Serie C, núm. 400, párr. 202, *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf*.

6 Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 4 de julio de 2006. Serie C, núm 149, párr. 146, *https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/es/vid/883977025*.

7 Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 8 de marzo de 2018. Serie C, núm. 349, párr. 100, *https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/es/vid/883977539*

8 En relación con el derecho humano a un medio ambiente sano, véase: Jiménez Guanipa, Henry y Barraco, María "Inter-American Human Rights System's Impact on the Protection of the Right to a Healthy Environment", en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *The Impact of the Inter-American Human Rights System: Transformations on the Ground*, Nueva York, Oxford University Press, 2024, pp. 238-253; y sobre el derecho a la salud, Burgorgue-Larsen, Laurence, "La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos económicos y sociales: de la prudencia a la audacia", en Morales Antoniazzi, Mariela y Clérico, Laura (coords.), *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH*. México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019, pp. 53-110.

9 Véase Corte IDH. Caso Habitantes de La Oroya vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2023. Serie C, núm. 551, https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/es/vid/980571899

significativa su alcance y aplicación.[10] En segundo lugar, y como argumento central de este ensayo, la sentencia refuerza tres dimensiones jurídicas clave que demuestran la interdependencia entre el derecho a un medio ambiente sano y el derecho a la salud y su preponderancia como derechos directamente exigibles: la atención prioritaria a grupos en situación de vulnerabilidad, la exigencia de debida diligencia estatal y empresarial, y la implementación de la equidad intergeneracional.

Lo trascendental de la decisión radica, en este último sentido, en cómo visibilizar los impactos diferenciados que la contaminación ambiental tiene sobre la salud de niñas y niños, consagrando la obligación de brindarles atención médica especializada.[11] Además, proyecta el principio de prevención hacia la salvaguarda de estas generaciones, y al considerarlas representantes de las futuras, refuerza la protección del medio ambiente y la salud a largo plazo.[12] Asimismo, aporta claridad sobre las obligaciones estatales para prevenir y mitigar tanto los daños ambientales causados tanto por entidades públicas y privadas como sus repercusiones en la salud de la población, marcando así un estándar que podría denominarse de debida diligencia "socioambiental".[13]

Este ensayo sostiene que tales avances son producto de la trayectoria evolutiva de la doctrina y práctica interamericanas, las cuales constituyen uno de los motores del constitucionalismo regional transformador. En particular, desde la perspectiva del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL), se pone de manifiesto cómo el contenido y alcance que la Corte IDH otorga a tales dimensiones responden a la convergencia de factores económicos y sociales comunes en la región, los cuales explican

---

10 *Idem,* párr. 115-129. Debido a ello, esta decisión ha sido catalogada como "histórica"; Véase: Boyd, David, "Landmark Court Decision on Right to a Healthy Environment: La Oroya v Peru", *GNHRE*, marzo 2024, *https://gnhre.org/?p=17944*; Puentes, Astrid, "La Oroya: an environmental justice lesson to Peru and the world", *Medium*, marzo de 2024, *https://medium.com/@astridpuentes/la-oroya-an-environmental-justice-lesson-to-peru-and-the-world-d44c62f47ce1*

11 Corte IDH. *Caso Habitantes de La Oroya vs. Perú..., cit*., párr. 242.

12 *Ibidem* párr. 243.

13 *Ibidem*, párrs. 157-158.

la relevancia de la interdependencia entre el derecho humano a un medio ambiente sano y la salud, así como de la evolución de la jurisprudencia interamericana hacia su justiciabilidad directa.

En síntesis, la articulación del dicho argumento se estructura en tres partes, esbozando en la primera el recuento de la trayectoria de ciertos estándares preponderantes para aseverar la existencia del *ius commune* del derecho a un medio ambiente sano. A partir de ello, en la segunda parte, se ilustra cómo las dimensiones concernientes a la especial atención a grupos en situación de vulnerabilidad, la debida diligencia estatal y empresarial y la equidad intergeneracional intersectan la trayectoria jurisprudencial del SIDH y se expresan como novedades originales en el caso La Oroya. Finalmente, se ofrecen reflexiones que posicionan esta decisión como un avance en la consolidación de la justiciabilidad directa de los DESCA dentro de la jurisprudencia interamericana.

II. Un *ius commune* del derecho al medio ambiente sano en construcción y evolución

Aunque podría asumirse que el derecho a un medio ambiente sano puede identificarse como un "viejo derecho", dado que sus regulaciones existen desde hace décadas,[14] la polycrisis contemporánea[15] y en particular la crisis climática,[16] han revitalizado el protagonismo de este derecho hacia nuevos horizontes. Concretamente en la región latinoamericana se encuentra en plena

[14] Aragón Reyes, Manuel *et al*., *Derecho constitucional del siglo XXI: desafíos y oportunidades*, Madrid, Fundación Manuel Aragón Reyes, 2023, obras colectivas, pp. 129–167.

[15] Lawrence, Michael, Homer-Dixon Thomas, Janzwood Scott, Rockstöm Johan, Renn Ortwin y F. Donges, Jonathan, "Global polycrisis: the causal mechanisms of crisis entanglement", *Global Sustainability,* 2024, vol. 7, p. 1–16.

[16] Pueden consultarse los informes del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC), creado desde 1988 "para facilitar evaluaciones integrales del estado de los conocimientos científicos, técnicos y socioeconómicos sobre el cambio climático, sus causas, posibles repercusiones y estrategias de respuesta", *https://www.ipcc.ch/languages-2/spanish/*.

evolución la construcción de un "*ius commune del derecho al medio ambiente sano*", gestado por la interacción entre el derecho internacional, el derecho interamericano y el derecho nacional, apoyado por avances jurisprudenciales, que incorpora estándares comparados y que se distingue como un acervo propio.[17]

Sin desconocer los aportes del Sistema Europeo y del Sistema Africano de protección de los derechos humanos, este análisis se focaliza en el acervo del derecho público interamericano o *ius commune* latinoamericano, que revela una tendencia incremental a destacar el valor y la renovada vigencia del derecho al medio ambiente sano.[18] Una piedra angular se identifica en el artículo 11 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Protocolo de San Salvador"), que incluye el derecho a un medio ambiente sano. Durante la década de los noventa, bajo la influencia de la Declaración de Río de 1992, la Organización de Estados Americanos (OEA) adoptó el concepto de desarrollo sostenible y en 1993 reformó su Carta para incluir la promoción del medio ambiente en los programas de desarrollo económico y social.[19] Ahora bien, en la construcción y evolución del *ius commune* vale la pena centrarse en los aportes del Sistema Interamericano.

Entre los numerosos pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), solo de modo

---

17 Piovesan, Flavia, "Ius Constitutionale Commune latinoamericano en derechos humanos e impacto del Sistema Interamericano: Rasgos, potencialidades y desafíos", en Bogdandy Armin von, Morales Mariela, Ferrer Eduardo (coords), *Ius constitutionale commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro y Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017, pp. 551–576; Bogdandy, Armin, Ferrer, Eduardo, Morales, Mariela, Piovesan, Flavia (eds.), *Transformative constitutionalism in latín america. The emergence of a new ius commune*, Oxford University Press, 2017; Ferrer, Eduardo, Morales, Mariela, Flores, Rogelio (coords), Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana. El caso lagos del campo y los nuevos desafíos, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.

18 Basaure Miranda, I.M., "El derecho a un medioambiente sano en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", *Estudios De Deusto*, vol. 69, 2021.

19 *Idem*.

ilustrativo se mencionarán algunos que se refieren a la atención especial a los grupos en situación de vulnerabilidad, entendida tanto en su dimensión medioambiental como social; a la diligencia debida del Estado y de las empresas; y a la equidad intergeneracional en los informes. En esta línea, el informe "Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales"[20] reconoce el derecho a un medio ambiente sano en relación con el derecho a la integridad monoambiental, sin embargo, no lo establece explícitamente como un derecho autónomo y exigible. No obstante, se otorga una especial atención a los pueblos indígenas, reconociendo su situación de vulnerabilidad tanto en términos ecológicos como sociales, dado que la degradación ambiental afecta directamente su supervivencia cultural.[21] Aunque se discute la responsabilidad estatal en la protección de sus tierras, la debida diligencia de las empresas en este informe no es abordada de manera explícita, y el tema de la justicia intergeneracional no se menciona de manera central.

En el informe Empresas y Derechos Humanos, la CIDH y la REDESCA hizo alusión a que "no solo los Estados, al ejercer sus funciones regulatorias, fiscalizadoras y judiciales, sino también las empresas, en el marco de sus actividades y relaciones comerciales, deben tener en cuenta y respetar el derecho humano a un medio ambiente sano y el uso sostenible y conservación de los ecosistemas y diversidad biológica, poniendo especial atención a su estrecha relación con los pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y poblaciones rurales o campesinas".[22] Se tiene en cuenta tanto la debida diligencia de las empresas junto con la de los Estados, y también se presta especial atención a los grupos vulnerables. Sin embargo, el concepto de justicia intergeneracional aún no es un eje central en este informe.

---

20 CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos*, Ser.L, Doc. 56/09, párr. 190-197, 30 de diciembre de 2009.

21 *Ibidem*, parr. 179.

22 CIDH, *Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos*. OEA, Ser.L, 1 de noviembre de 2019, *https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf*

Otro aporte emblemático se manifiesta en la Resolución 3/21 "Emergencia climática: alcance de las obligaciones interamericanas en materia de derechos humanos", ya que la CIDH y REDESCA incorporan explícitamente las recomendaciones del IPCC y refuerzan la necesidad de que los Estados actúen de acuerdo con los estándares interamericanos.[23] Esta resolución reconoce el impacto desproporcionado del cambio climático sobre los grupos más vulnerables, tratándolos desde una perspectiva tanto ecológica como social. Además, resaltan la obligación de debida diligencia estatal y se menciona la necesidad de responsabilidad empresarial. La justicia intergeneracional se introduce como un principio clave al considerar las consecuencias del cambio climático para las generaciones futuras, posicionando así la protección del medio ambiente como un deber hacia las próximas generaciones.

En consonancia con la tendencia de la adjudicación internacional en materia ambiental,[24] la Corte IDH ha jugado un papel pionero en materia de estándares vinculados al derecho a un medio ambiente sano. En 2001, la Corte IDH, en el caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, reconoció por primera vez la relación entre los derechos humanos y la naturaleza, desarrollando una jurisprudencia que conectaba el deterioro ambiental con la violación de derechos humanos.[25] Si bien inicialmente esta relación tenía un enfoque antropocéntrico, protegiendo solo aquellos aspectos ambientales esenciales para el ser humano, esto evolucionaría en los años siguientes.

Su jurisprudencia es de larga data en cuanto al reconocimiento de ese nexo estrecho entre los recursos naturales y la propiedad cultural indígena, amparado bajo el Artículo 21 de la

---

23 Corte IDH. *Emergencia Climática Alcance y obligaciones interamericanas de derechos humanos*, REDESCA, Resolución 3/2021, 31 de diciembre de 2021, *https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2021/Resolucion_3-21_SPA.pdf*

24 Bendel, Justine, "Litigating the Environment, Process and Procedure Before International Courts and Tribunals", *New Horizons in Environmental and Energy Law series*, UK, Edward Elgar, 2023, *https://www.elgaronline.com/monobook/book/9781789901337/9781789901337.xml*

25 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Sentencia del 31 de agosto de 2001. Serie C, núm. 79, *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf*.

CADH.[26] En esta línea, la Corte Interamericana insiste que sin los recursos naturales "la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos está en riesgo. De allí la necesidad de proteger las tierras y los recursos que han usado tradicionalmente: para prevenir su extinción como pueblo".[27] Sumado a la protección del medio ambiente sano como un requisito de la vida digna,[28] se estableció de manera visionaria un vínculo entre el derecho de acceder a los recursos naturales con el derecho a la salud, poniendo de relieve que la falta de acceso conduce a enfermedades y epidemias.[29]

La Corte IDH, en su amplio acervo sobre las obligaciones estatales, incluye la de proteger los territorios tradicionales de las comunidades y las áreas de reserva natural mediante la supervisión y fiscalización de los estudios de impacto ambiental (EIA);[30] la obligación de realizar consultas con los pueblos indígenas, y de obtener su consentimiento cuando el impacto sobre sus tierras será de "gran escala";[31] como contrapartida el derecho a obtener

---

26 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C, núm. 125, párr. 137, *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf*; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Sentencia* del 29 de marzo de 2006. Serie C, núm. 146, párr. 118, *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf*

27 Corte IDH. *Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 172, párr. párr. 121, *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf*.

28 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Sentencia* del 24 de agosto de 2010. Serie C, núm. 2014, párr. 187, *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf*; Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Sentencia* del 25 de noviembre de 2015. Serie C, núm. 309 párr. 172, *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf*.

29 Corte IDH. *Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia. Sentencia* del 20 de noviembre de 2013. Serie C, núm. 270, párr. 354.

30 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Sentencia del 27 de junio de 2012. Serie C, núm. 245, párr. 167; *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. Sentencia del 8 de octubre de 2015, Serie C, núm. 304, párr. 215.

31 Corte IDH. *Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 172, párrs. 133-134.

acceso a la información vinculado con los territorios;[32] y, ya dejando las bases para sus próximos avances, afirmó la existencia de un vínculo innegable entre la realización de los derechos humanos y la protección del medio ambiente al igual que el efecto adverso del cambio climático.[33]

En noviembre de 2017, la Corte IDH dictó la Opinión Consultiva 23 relativa a "Medio Ambiente y Derechos Humanos", en la cual reconoció el derecho a un medio ambiente sano como un derecho autónomo y justiciable, alejándose de una concepción meramente secundaria o incidental.[34] Tomando este pronunciamiento de la Corte IDH como matriz, conscientes del valor de su labor consultiva,[35] se pueden reiterar las tres dimensiones igualmente como el hilo conductor del *ius commune in comento*. En cuanto a la vulnerabilidad, la OC 23 hace referencia a la relación entre un medio ambiente sano y la protección de derechos humanos en los casos sobre derechos territoriales de pueblos indígenas y tribales advirtiendo la necesidad de atender su situación de especial vulnerabilidad en tanto "los Estados deben adoptar medidas positivas encaminadas a asegurar a los miembros de estos pueblos el acceso a una vida digna -que comprende la protección de la estrecha relación que mantienen con la tierra- y su proyecto de vida, tanto en su dimensión individual como colectiva" y que la falta de acceso a los territorios y los recursos naturales les expone a mayor vulnerabilidad.[36] En materia de los daños ambientales es reconocido que "se dejarán sentir con más fuerza en los sectores de la población que ya se encuentran en situaciones vulnerables", y "los Estados están jurídicamente obligados a hacer

32 *Ibidem*, párrs. 261-262.

33 Corte IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. Sentencia del 3 de abril de 2009, Serie C, núm. 196, párr. 148.

34 *Ibidem*, párrs. 62-63.

35 Benz, Eleanor. *The Advisory Function of the Inter-American Court of Human Rights*. 1. Aufl., Baden-Baden, Nomos, 2024; Roa, Jorge Ernesto. *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 1ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2015.

36 Corte IDH. *Medio ambiente y derechos humanos*. Opinión Consultiva OC-23/17, *cit*., párr. 48.

frente a esas vulnerabilidades, de conformidad con el principio de igualdad y no discriminación".[37]

La dimensión atinente a la debida diligencia es resaltada en la OC 23. Explicita la Corte IDH que el deber de actuar con debida diligencia en los DESCA compromete a los Estados a adoptar "todas las medidas apropiadas" tendientes a lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos correspondientes. Perfila que este deber se enlaza con "la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención Americana a toda persona sujeta a su jurisdicción, según la cual los Estados deben adoptar todas las medidas apropiadas para proteger y preservar los derechos consagrados en la Convención, así como organizar todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos".[38]

La Corte IDH enmarca el significado de la equidad intergeneracional citando dos instrumentos de la propia Asamblea General de la OEA promulgados en 2001, que, por una parte, procura explorar el vínculo entre el medio ambiente y los derechos humanos "reconociendo la necesidad de promover la protección del medio ambiente y el pleno goce de todos los derechos humanos" y, por la otra, invoca el artículo 15 de la Carta Democrática Interamericana acerca de "la necesidad de que `los Estados del Hemisferio implementen políticas y estrategias de protección del medio ambiente, respetando los diversos tratados y convenciones, para lograr un desarrollo sostenible en beneficio de las futuras generaciones".[39]

Al indagar sobre el *ius commune* desde el nivel constitucional, en América Latina y el Caribe se observa una amplia incorporación del derecho a un medio ambiente sano en los textos constitucionales.[40] Expresamente, si bien con sus matices, se dispone el

---

37 *Ibidem*, párr. 67.

38 *Ibidem,* párr. 123.

39 *Ibidem,* párr. 22.

40 CEPAL, *Panorama del Principio 10 en América Latina y el Caribe (2)*, *https://observatoriop10.cepal.org/es/grafico/panorama-principio-10-america-latina-caribe-2*

derecho a un medio ambiente sano en Argentina (art. 41), Belice (preámbulo), Bolivia (art. 33), Brasil (art. 225), Chile (art. 19.8), Colombia (art. 79), Costa Rica (art. 50), Cuba (art. 75), Ecuador (art. 14 y 66), El Salvador (art. 34), Guyana (art. 149J [1]), Honduras (145), Jamaica (art. 13), México (art. 4.5), Nicaragua (art. 60), Panamá (art. 118), Paraguay (art. 7), Perú (art. 2.22), República Dominicana (art. 67), y Venezuela (art. 127).[41] Este orden se complementa con leyes medioambientales y decisiones judiciales para efectivizar este derecho, como se ha venido recogiendo en la doctrina.[42] En los mapas de litigios climáticos, aunque no son objeto de estudio, se reflejan aportes significativos al acervo del *ius commune* por parte de los tribunales nacionales.[43]

Esta evolución de un *ius commune* conformado por normativa internacional, interamericana y nacional, recoge ciertos paradigmas decisivos en las transformaciones del Estado constitucional actual y la emergencia de renovadas interpretaciones. En el caso del derecho a un medio ambiente sano, hemos sostenido que estas interpretaciones versan sobre tres horizontes clave entrecruzados por su exigibilidad directa. En primer lugar, el reconocimiento de este derecho ha venido acompañado de un robusto análisis contextual que ha permitido la expansión del concepto de vulnerabilidad. Este enfoque ha llevado a una mayor protección de aquellos grupos que, debido a su situación socioeconómica, son más susceptibles a los efectos adversos del deterioro ambiental y del cambio climático.

En segundo lugar, la economía política de la extracción de recursos naturales por parte de entidades públicas y privadas ha

41 Jiménez Guanipa, Henry, "Los derechos de acceso, las autoridades públicas y las entidades privadas a la luz del Acuerdo de Escazú y la Convención de Aarhus", en A. Bárcena, V. Torres y L. Muñoz (eds.), *El Acuerdo de Escazú sobre democracia ambiental y su relación con la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible,* Bogotá, CEPAL, Editorial Universidad del Rosario, 2021, p. 50.

42 Boyd, David, "The Effectiveness of Constitutional Environmental Rights", *Yale UNITAR Workshop,* 26-27 de abril de 2013.

43 Solamente como una referencia, véase Dávila, Sarah, "Derechos de las generaciones presentes y futuras a un medio ambiente sano: un análisis en equidad intergeneracional y solidaridad en américa latina", *UIC Law Open Access Repository*, 2024.

conminado a incorporar en el razonamiento judicial la centralidad de la debida diligencia estatal y empresarial. Este principio exige que tanto los Estados como las empresas actúen con la máxima precaución y responsabilidad en sus actividades, asegurando que estas no perjudiquen el medio ambiente ni vulneren los derechos humanos. Finalmente, se identifica un paradigma precisamente en el enfoque referido al bienestar sustentable con miras a asegurar las condiciones futuras,[44] en tanto dicho enfoque permite "garantizar los derechos de las generaciones futuras y que además esos derechos sirven a la generación presente como un mecanismo de acción y justicia por el futuro."[45]

III. El caso *La Oroya*

El caso *La Oroya vs. Perú* comenzó en 2006, cuando organizaciones como AIDA y Earth Justice presentaron una petición ante la CIDH en representación de los residentes de La Oroya, tras agotar los recursos internos. La demanda se basó en el incumplimiento del gobierno peruano de una sentencia del Tribunal Constitucional que ordenaba mitigar las graves afectaciones a la salud y al medio ambiente causadas por el CMLO. En su Informe No. 330/20, la CIDH responsabilizó a Perú por violaciones a derechos como la vida, la integridad personal, la información, los derechos de la niñez y la salud, debido a la falta de regulación y supervisión de actividades altamente contaminantes.

En 2021, ante la falta de respuesta estatal, el caso llegó a la Corte IDH, que en 2023 dictó sentencia, concluyendo la responsabilidad del Estado en la crisis ambiental y de salud pública. La Corte determinó violaciones a varios derechos protegidos por la Convención Americana, incluyendo los derechos a la vida, la integridad personal, la participación pública y los derechos de la niñez. Además, reafirmó el carácter autónomo del derecho a un medio ambiente sano y profundizó en su conexión con la salud,

[44] Perdomo, J., "Los derechos de las generaciones futuras desde la perspectiva del Bienestar Sustentable como mecanismo de justicia y acción por el futuro", *Cadernos de Dereito Actual*, 18, 2022, p. 122.

[45] *Ibidem*, p. 148.

destacando dimensiones clave como la atención a grupos vulnerables, la debida diligencia estatal y empresarial, y la equidad intergeneracional. Esta sentencia expande los horizontes trazados por la doctrina interamericana, como se analizará a continuación.

3.1. Especial atención a poblaciones en situación de vulnerabilidad

La sentencia fortalece la dimensión de protección especial a poblaciones en situación de vulnerabilidad. Por un lado, la Corte IDH no se limita a conceptualizar esta situación en una sola dimensión, sino que acoge un entendimiento multidimensional que comprende factores tanto ambientales (contaminación de aire, agua y suelo) como sociales (exclusión histórica en el acceso a servicios públicos, particularmente los de salud) subyacentes a la vulnerabilidad. A esta comprensión multidimensional, por otro lado, la Corte IDH imbuye una noción colectiva. Más precisamente, observa que, por la forma difusa en que los contaminantes se propagan en los compartimentos ambientales, aunado a la naturaleza estructural de los patrones de exclusión, la problemática que el caso hace patente amerita una protección colectiva a poblaciones en situación de vulnerabilidad.

Bajo esta óptica, la Corte IDH identificó la situación de vulnerabilidad de niños, mujeres y personas mayores, quienes sufren de manera diferenciada los efectos de la contaminación. La sentencia ordena compensaciones específicas para estos grupos, reflejando un reconocimiento explícito de sus necesidades particulares y su mayor riesgo de daño.[46] Particularmente, indica sumas mayores destinadas a niños, mujeres y personas mayores, para cubrir costos de salud, pérdida de ingresos y compensación por dolor y sufrimiento. Aunado a estas reparaciones de cobertura individual, reflejo de la comprensión colectiva de la protección especial a personas en situación de vulnerabilidad es la me-

[46] Puentes, Astrid, "La Oroya: an environmental justice lesson to Peru and the world," *Justicia en las Américas* (blog), 4 de abril de 2024, *https://dplfblog.com/2024/04/04/la-oroya-an-environmental-justice-lesson-to-peru-and-the-world/*.

dida que ordena a Perú garantizar a los residentes de La Oroya atención médica especializada. Particulariza que esta atención debe, por un lado, cumplir con los estándares de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de salud. Y por el otro, dispone que, en el cumplimiento de esta medida, Perú debe adoptar acciones diferenciadas de atención para niños, niñas, personas gestantes y personas mayores.[47]

Las medidas de reparación en este caso también implican acciones estructurales con miras a atender la situación de vulnerabilidad de los residentes de La Oroya ya que suponen mejoras regulatorias en los estándares de calidad del aire y la infraestructura de supervisión, así como mejoras en las capacidades e infraestructura para monitorear la calidad del aire, suelo y agua.[48] Incluyen la capacitación de funcionarios judiciales y administrativos para facilitar la aplicación del estándar de diligencia debida y la implementación de planes de remediación y compensación ambiental.[49]

3.2. Debida diligencia estatal y empresarial

La segunda dimensión clave en la protección del medio ambiente en el que la Corte IDH profundiza es la aplicación del estándar de debida diligencia. Interpretó el contenido de la debida diligencia a la luz de los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de la ONU.[50] Casos anteriores abordaron de forma general este estándar, más no con tal especificidad en asuntos ambientales. Considerando que el CMLO pasó de la gestión estatal (1981-1997) a la propiedad privada, que continúa hasta el

47 Corte IDH. *Caso Habitantes de La Oroya vs. Perú...*, *cit.*, párr. 348.

48 *Ibidem,* párr. 354.

49 *Ibidem,* párrs. 351-353.

50 *Ibidem,* párr. 111. Para un análisis sobre la importancia de esta sentencia en la distinción entre empresa pública y privada, véase Pamplona, Danielle Anne, "Relações entre empresas e direitos humanos e o caso La Oroya na Corte IDH." *Jota*, 7 de mayo de 2024, *https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/direitos-humanos-sem-fronteiras/relacoes-entre-empresas-e-direitos-humanos-e-o-caso-la-oroya-na-corte-idh*

presente, la Corte enfatizó que las obligaciones derivadas del artículo 1.1 de la Convención—de respetar y garantizar derechos—exigen que los Estados eviten que las actividades realizadas en su jurisdicción causen daños significativos al medio ambiente, aplicándose tanto a entidades públicas como privadas. Al interpretar esto a la luz del principio de prevención, la Corte concluyó que, para cumplir con este estándar de debida diligencia, Perú debió haber regulado, supervisado y fiscalizado adecuadamente las actividades del CMLO.[51]

La Corte determinó que la ausencia de legislación específica de protección ambiental relacionada con las actividades minero-metalúrgicas previo a 1993 constituyó una violación del deber de regulación.[52] Además, aunque reconoció que el Estado eventualmente tomó medidas de supervisión y fiscalización respecto de las actividades del CMLO para mitigar los impactos ambientales, la Corte destacó que las más efectivas fueron implementadas con posterioridad a 2010, décadas después del reconocimiento de la grave contaminación en La Oroya.[53] Informes legislativos confirmaron que los esfuerzos de fiscalización previos, incluso, fueron insuficientes e inadecuados, permitiendo la emisión continua de contaminantes en el aire, el agua y el suelo.[54]

En su análisis de los elementos procedimentales que comprende el derecho a un medio ambiente sano, la Corte enfatizó la importancia del acceso a la información y la participación política. Reconoció, sin embargo, que el Acuerdo de Escazú, que fortalece estos aspectos, no ha sido ratificado por Perú. La Corte optó por anclar su análisis en los artículos 13 y 23 de la Convención Americana—libertad de expresión y derechos políticos—en lugar de abordar estos derechos como directamente derivados del derecho a un medio ambiente sano. Destacó que previo a 2003, el Estado no informó a las y los residentes de La Oroya sobre los graves riesgos para la salud relacionados con la contaminación, y que las acciones posteriores pasaron por alto los

51 *Ibidem*, párr. 157.

52 *Ibidem*, párr. 162.

53 *Ibidem*, párr. 163.

54 *Ibidem*, párr. 169.

riesgos a la salud existentes debido a la exposición de las emisiones del CMLO.[55]

En cuanto a la realización progresiva del derecho a un medio ambiente sano, la Corte señaló que la decisión de Perú en 2017 de flexibilizar los estándares de calidad del aire—de 20 µg/m³ a 250 µg/m³ de dióxido de azufre en un período de 24 horas—se tomó sin justificación adecuada y desatendió el principio de precaución. Al aceptar este "enfriamiento normativo", sintomático del extractivista sistema internacional de inversiones, como ha señalado David Boyd, la Corte determinó que Perú no cumplió con su deber de desarrollar progresivamente el derecho a un medio ambiente sano.[56]

3.3. Justicia intergeneracional

La Corte IDH profundizó el principio de equidad intergeneracional. Tomando como base lo dispuesto en su Opinión Consultiva OC-23/17 sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos, lo vinculó tanto al principio de precaución como al interés superior de la niñez.[57]

Respecto al principio de precaución, enfatizó que la equidad intergeneracional impone a los Estados la obligación de desarrollar políticas ambientales que promuevan condiciones para que las generaciones futuras puedan disfrutar de oportunidades similares para el desarrollo y la viabilidad de la vida.[58] Asimismo, la Corte vinculó la equidad intergeneracional con el interés superior del niño. Reconociendo la especial vulnerabilidad de los

---

55 *Ibidem,* párr. 253.

56 *Ibidem,* párr. 187. Véase Naciones Unidas, *Paying Polluters: Enhancing Environmental Justice and Human Rights While Protecting the Climate*, Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos y el medio ambiente, David R. Boyd, documento A/78/219, 2023.

57 Kahl, Verena y Rodríguez-Orúe, José Daniel, "Upgrading Environmental Rights: La Oroya and its Significance for a Safer Climate", *Verfassungsblog* (blog), 16 de mayo de 2024, *https://verfassungsblog.de/upgrading-environmental-rights/*.

58 Corte IDH. *Caso Habitantes de La Oroya vs. Perú...*, *cit.,* párr. 128.

niños frente a los daños ambientales, subrayó que los Estados, en virtud del principio de equidad intergeneracional, tienen la responsabilidad ineludible de prevenir que las actividades contaminantes impacten negativamente los derechos de la niñez, en particular cuando las operaciones de las empresas constituyan un riesgo elevado.[59]

Este hilo de interpretación refuerza el horizonte de temporalidad futura que es clave en la protección ambiental. Así, el parámetro fijado en el caso La Oroya destaca que la responsabilidad de los Estados no solo consiste en garantizar un entorno saludable para la generación actual. También, importantemente, entraña salvaguardar el interés de disfrutar de un medio ambiente sano que se debe a las futuras generaciones, previniendo daños presentes que resultan contrarios al desarrollo de la niñez.

IV. Reflexión final a título de conclusión

El caso *La Oroya vs. Perú* representa un avance significativo en la doctrina y práctica interamericanas. La Corte IDH no solo amplía el alcance de estos derechos al reconocerlos como autónomos bajo el artículo 26 de la CADH, sino que también introduce innovaciones importantes en tres áreas jurídicas: la protección especial de grupos en situación de vulnerabilidad, la debida diligencia estatal y empresarial, y la equidad intergeneracional.

En primer lugar, la sentencia subraya la necesidad de proteger a los sectores más vulnerables a la contaminación ambiental, como niños, mujeres gestantes y personas mayores, consolidando un enfoque multidimensional que abarca tanto factores ambientales como sociales. Este enfoque se traduce en medidas de reparación diferenciadas y de amplio alcance que responden a las necesidades específicas de estos grupos. En segundo lugar, la Corte refuerza el estándar de debida diligencia, exigiendo a los Estados la regulación y supervisión constante de las actividades industriales, tanto públicas como privadas, para evitar daños ambientales y proteger los derechos humanos. Este estándar

[59] *Ibidem*, párr. 142.

se extiende a la esfera de la salud, al establecer que los Estados deben contar con un sistema adecuado y accesible de atención médica para identificar y tratar las enfermedades causadas por la contaminación. Al integrar las esferas ambiental y de salud, este estándar bien podría denominarse de debida diligencia "socioambiental," enriquecido por la referencia explícita a los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de la ONU, los cuales destacan la responsabilidad compartida entre el Estado y el sector privado. En tercer lugar, la sentencia profundiza en la equidad intergeneracional, vinculándola con los principios de precaución y el interés superior del niño. Este enfoque impone a los Estados la obligación de adoptar políticas ambientales que no solo protejan a las generaciones presentes, sino que también garanticen el derecho de las generaciones futuras a un medio ambiente saludable.

No obstante, la sentencia también plantea importantes retos para su implementación.[60] En cuanto a la protección de poblaciones vulnerables, aunque la Corte reconoce la intersección entre factores ambientales y sociales, el desafío principal es garantizar que las medidas diferenciadas se traduzcan en políticas efectivas dentro de un contexto de desigualdad estructural persistente. Si bien el enfoque colectivo y multidimensional es un avance, su ejecución requiere un compromiso estatal sostenido y mecanismos de seguimiento rigurosos que trasciendan el ámbito judicial. Permanece la interrogante si esta sentencia logrará que los altos costos de remediación y compensación ambiental por daños causados por conductas pasadas no recaigan únicamente en un Estado o pequeños actores ya de por sí tensionados económicamente, sino también en la corporación privada adinerada cuya responsabilidad permanece en gran medida impune.

[60] Se han destacado las limitaciones en la aplicación y efectividad de la sentencia debido a factores estructurales; véase Saldaña, José, "People from La Oroya vs Peru, Inter-American Court of Human Rights: How Effective is International Law to Protect the Environment in Extractive Contexts?", *EJIL: Talk! (blog)*, 11 de abril de 2024, *https://www.ejiltalk.org/people-from-la-oroya-vs-peru-inter-american-court-of-human-rights-how-effective-is-international-law-to-protect-the-environment-in-extractive-contexts/*

En cuanto a la debida diligencia estatal y empresarial, muchos Estados latinoamericanos, como Perú, siguen siendo dependientes de la inversión extranjera en industrias extractivas, lo que puede comprometer la voluntad política para aplicar efectivamente el estándar de debida diligencia ante la presión de intereses económicos. En relación con la equidad intergeneracional, el verdadero reto es cómo armonizar el desarrollo económico con la protección ambiental, evitando caer en medidas simbólicas.

En resumen, la decisión de la Corte IDH en *La Oroya* refuerza la construcción del *ius commune* del derecho a un medio ambiente sano en América Latina, situándolo, por su interdependencia, como un eje central en la protección de los DESCA. Su eficacia dependerá de la capacidad de los Estados y actores regionales para convertir estos principios en acciones concretas. El cumplimiento y la implementación de las reparaciones de esta sentencia presentarán, sin duda, desafíos formidables; por lo que la participación del ecosistema de comunidades de práctica en derechos humanos en la región es más relevante que nunca.

El rol del poder judicial como garante de los DESCA

***

The role of the judiciary as a guarantees of economic, social, cultural and environmental rights

*Elisabeth I. Berra**

Resumen: la consagración de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en los textos constitucionales, trajo consigo una serie de obstáculos ya que exigen respuestas diferentes a las tradicionalmente brindadas por el poder judicial. En efecto, la judicialización de estos derechos dio lugar a cuestionamientos sobre las instituciones políticas que históricamente incumplieron sus deberes constitucionales En suma, se impone la necesidad de reflexionar acerca de estos cambios sobre los moldes originales de la jurisdicción constitucional ante supuestos de violaciones masivas de los DESCA, donde pareciera ser que los tribunales abandonan el rol de legisladores negativos para ocupar un papel considerablemente más activo, en el que los litigios estructurales constituyen el punto de inflexión.

Abstract: the incorporation of economic, social, cultural and environmental rights in constitutional texts brought with

* Abogada por la Universidad de Buenos Aires, Especialista en "Los Sistemas del Convenio Europeo y de la Convención Americana de Derechos Humanos" (Universidad Complutense de Madrid), Magister en Derecho (Universidad de Palermo), profesora de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad de Palermo, Miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

it a series of obstacles, as they demanded different responses to those traditionally provided by the Judiciary. In effect, the judicialization of these rights gave rise to questions about the political institutions that historically failed to fulfill their constitutional duties. In summary, there is a need to reflect on these changes to the original molds of constitutional jurisdiction in the face of massive violations of ESCR, where it would appear that the courts are leaving the role of negative legislators to assume a considerably more active role, in which structural litigation is the turning point.

Palabras clave: derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, derechos sociales, exigibilidad judicial, políticas públicas, litigios estructurales.

Keywords: economic, social, cultural and environmental rights, social rights, judicial enforceability, public politics, structural litigation.

Sumario: I. Presentación preliminar. II. La problemática en torno a la exigibilidad de los DESCA. III. Los litigios estructurales como herramienta para garantizar la exigibilidad de los DESCA. IV. Reflexiones finales.

I. Presentación preliminar

Para comenzar, cabe definir a los "derechos sociales" como aquellos que se encuentran reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (PIDESC) en tanto instrumento insignia en la materia. Ello así, sin perjuicio que esta categoría de derechos también fue recogida en textos constitucionales anteriores y en otros instrumentos internacionales posteriores.[1]

[1] A nivel constitucional, el reconocimiento de los derechos sociales se plasmó, inicialmente, en la Constitución de México de 1917 (Querétaro) y la Constitución de Alemania de 1919 (Weimar). A nivel supranacional, puede mencionarse el escueto art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 y el más completo Protocolo adicional a la

Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que incluye al derecho a un ambiente sano dentro del catálogo de los derechos sociales, económicos y culturales. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) a través de la Opinión Consultiva 23/17,[2] sostuvo que el derecho a un ambiente sano pasa a conceptuarse como un derecho social, dando lugar a una nueva categoría: los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA).[3]

Ahora bien, en relación a la configuración normativa de los DESCA, más allá del reconocimiento que alcanzaron los derechos sociales, principalmente desde finales del siglo XIX hasta mediados del siglo XX, su evolución ha sido y continúa siendo compleja atento a su comprensión diferenciada a los derechos civiles y políticos (DCP). Es que existen diferencias sustanciales entre los términos en lo que fueron consagrados los DCP y los DESCA, dado que en lo que respecta a estos últimos se estableció su realización en forma progresiva en función de los recursos de los estados locales lo que llevó a trazar una distinción entre la fuerza normativa de ambas categorías de derechos que se traduce en un fuerte obstáculo para la exigibilidad judicial de los DESCA.

Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" de 1988. Asimismo, se encuentran diversos instrumentos específicos que consagran "derechos sociales" sectoriales, *v. gr.* Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer de 1979, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores de 2015, entre muchas otras.

[2] Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 del 15 de noviembre de 2017, Serie A N° 23.

[3] Es del caso mencionar, sin desconocer que la tradición constitucional emplea la denominación "derechos sociales" mientras que desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos se habla de "derechos económicos, sociales y culturales", que en este trabajo se utilizarán ambas nomenclaturas de forma indistinta.

En efecto, un problema central en torno a estos es la cuestión de su exigibilidad; ello así, dado que —tal como explican Abramovich y Courtis[4]— la doctrina tradicional ha considerado que las disposiciones que consagran derechos sociales son solo normas programáticas, que no otorgan derechos subjetivos y, por ende, tampoco pueden ser reclamados judicialmente, sino que se gozarían en la medida en que lo admita el legislador o la administración. Es decir, se pretende establecer una distinción entre el valor normativo de los derechos civiles, que sí se consideran plenamente operativos y exigibles, y los derechos sociales, a los cuales se les otorga un mero valor simbólico y no justiciable.

Por consiguiente, el objeto de análisis del presente es la contienda trascendental que —a mi criterio— tienen que enfrentar en la actualidad los DESCA; esto es su falta de efectividad la que depende de cuán estrecha sea la relación que mantienen con las políticas públicas. Pues, en definitiva, estas constituyen una herramienta de prevención, protección y realización de los DESCA. Por lo tanto, los obstáculos que se presentan frente a la exigibilidad de estos derechos lleva a explorar dos aristas del tema en análisis que se convierten en estratégicas: el diseño e implementación de políticas públicas y los términos en lo que se lleva a cabo su judicialización.

En este contexto, y de manera contemporánea, comienza a profundizarse un proceso de mayor intervención del poder judicial en el diseño e implementación de políticas públicas ante las omisiones de los poderes políticos, que va más allá del control de sus acciones. Tal activismo jurisdiccional asume la forma de un diálogo institucional con el legislador y la administración. Este nuevo rol dialógico de la justicia se evidencia, cada vez con mayor frecuencia, en América Latina donde ha sido impulsado especialmente por los tribunales superiores, aunque no de manera exclusiva. Es que, ante la irrupción de los denominados "litigios estructurales",[5] que involucran problemas públicos de gran re-

[4] Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, "Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales", 2005, *https://www.juragentium.org/topics/latina/es/courtis.htm#n1*.

[5] Es útil realizar una precisión terminológica, la denominación "litigio de derecho público" aparece en el trabajo de Abram Chayes, "El rol de Juez en

levancia y masivas violaciones de derechos, los tribunales han empleado herramientas novedosas para la sustanciación de las controversias, de las que participan no solo las partes involucradas sino también distintos representantes de la sociedad civil.[6]

En suma, la consagración de los DESCA en los textos constitucionales trajo consigo una serie de dificultades ya que la efectividad de estos pareciera exigir respuestas diferentes a las tradicionalmente brindadas por el Poder Judicial en tanto su judicialización dio lugar a cuestionamientos sobre las instituciones políticas que históricamente incumplieron sus deberes constitucionales. En consecuencia, se impone la necesidad de reflexionar acerca de estos cambios en los moldes originales de la jurisdicción constitucional ante supuestos de violaciones masivas de los DESCA, donde los tribunales parecen abandonar el rol de legisladores negativos para ocupar un papel considerablemente más activo.

Entonces, el punto de partida de análisis es que los DESCA requieren del desarrollo de políticas públicas que en principio deben ser diseñadas e implementadas de manera mancomunada por el legislador y la administración. Sin embargo, el interrogan-

---

el litigio de interés público", 89 *Harvard Law Rev*iew 1281, 1976. Traducción al español de Olivia Minatta y Francisco Verbic, publicada en *Revista de Processo* Nº 268 (junio 2017), *https://www.academia.edu/33807119/El_rol_del_juez_en_el_litigio_de_inter%C3%A9s_p%C3%BAblico*. En esa oportunidad, el jurista señaló que las exigencias por la aplicación de los postulados del Estado de bienestar habían dado lugar a una nueva clase de litigios: los casos de interés público, que involucraban partes amorfas y cambiantes, argumentaciones genéricas relacionadas con el funcionamiento de instituciones públicas y remedios que exigían la reestructuración —a largo plazo— de dichas instituciones y su monitoreo. (Puede ampliarse de: Sabel, Charles F. y Simon, William H., "Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds", *Harvard Law Review*, 117, 2004, pp. 1015-1016 -versión en español: "Derechos de desestabilización: el triunfo del Litigio de Interés Público", Traducción de Mamberti, María Emilia, Revista De Interés Público, Universidad Nacional de la Plata, 2018, *https://revistas.unlp.edu.ar/ReDIP/article/view/6350*-).

6 Gargarella, Roberto, "El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos", en Gargarella, R. (ed.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2014, p. 121.

te que se plantea es si ante sus omisiones, puede ser desplegadas por el Poder Judicial a través de la herramienta de los litigios estructurales y con base en una concepción dialógica que permita respetar el principio de división de poderes.

II. . La problemática en torno a la exigibilidad de los DESCA

Tal como fuera anticipado, aun cuando pueda pensarse que los debates que giran en torno a la exigibilidad de los DESCA van perdiendo vigencia, lo cierto es que el quantum de las obligaciones que éstos demandan de parte del Estado y la medida de su justiciabilidad continúan siendo cuestiones que marcan una limitación para su efectivo ejercicio.

Existen algunas voces doctrinarias[7] que rechazan su valor jurídico, en el entendimiento que los instrumentos internacionales que los consagran son meros documentos de carácter político, antes que un inventario de obligaciones jurídicas para el Estado. A fin de profundizar en los cuestionamientos que se hacen al carácter operativo de los derechos sociales "y las réplicas que se elevan en defensa de tal condición" cabe agrupar, siguiendo a Bernal Pulido, las concepciones más significativas de la siguiente manera: *1)* las que consideran a las normas que contienen derechos sociales como disposiciones programáticas; *2)* aquellas que los conciben como fines del Estado, es decir, como normas de programación final que prescriben al Estado el deber de perseguir o alcanzar un fin determinado, pero no el camino o los medios para conseguirlo; *3)* las que entienden los DESCA como mandatos objetivos dirigidos al legislador y a la administración, basadas en la premisa que sostiene que "como consecuencia de su indeterminación" los derechos sociales requieren siempre una concreción mediante políticas legislativas; *4)* quienes conside-

7 Atria, Fernando, "¿Existen derechos sociales?", *Discusiones*, Bahía Blanca, n. 4, 2004, pp. 15-59. *http://bibliotecadigital.uns.edu.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1515-73262004001100003&lng=es&nrm=iso;* Rosenkrantz, Carlos F., "La Pobreza, la Ley y la Constitución", El *Derecho como Objeto de Transformación*, Editorial del Puerto, Buenos Aires, 2003; entre otros.

ran los derechos sociales como definitivos, en el sentido de que se materializan en algunos deberes de abstención, en el derecho contra la inactividad legislativa, los derechos de igual participación en los derechos sociales derivados, el derecho a la satisfacción de un contenido mínimo y el derecho al no retroceso, y *5)* aquellos que los piensan como derechos *prima facie*, lo que implica que los derechos sociales admiten restricciones legislativas en razón de las limitaciones económicas o bien de las exigencias que derivan de otros derechos fundamentales, siempre dentro de los contornos del principio de proporcionalidad.[8]

Recapitulando, la primera diferencia que señalan quienes sostienen la falta de operatividad de los DESCA se relaciona con la naturaleza de los mismos. Ello así, dado que los DCP se caracterizan por exigir obligaciones negativas para el Estado, mientras que el segundo género de derechos demanda obligaciones positivas que en su mayoría tienen que ser soportadas por el erario público. Con excelente criterio destacan Abramovich y Courtis que esta distinción es extremadamente endeble, dado que todos los derechos tienen un costo y establecen tanto obligaciones positivas como negativas. Los derechos civiles no se agotan en deberes de abstención por parte del Estado sino que por el contrario requieren conductas positivas, tales como la reglamentación, el ejercicio del poder de policía, entre muchas otras. Todas éstas generan un coste para el Estado, sin el cual el derecho en cuestión carecería de eficacia. También en los derechos sociales confluyen obligaciones de hacer y de abstenerse, pues, en muchos casos, no solo se procura que los individuos accedan al bien que constituye objeto del derecho, sino también que quienes ya accedieron puedan ejercer su goce sin interferencias indebidas por parte del Estado. Además, si bien es cierto que hay una clase de derechos sociales que se caracterizan principalmente por reclamar obligaciones positivas "estos son los denominados 'derechos-prestación'", también existe otro tipo de DESCA que requieren primor-

[8] Bernal Pulido, Carlos, "Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a "¿Existen derechos sociales?" de Fernando Atria", Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005, *https://www.cervantesvirtual.com/obra/fundamento-concepto-y-estructura-de-los-derechos-sociales-una-crtica-a-existen-derechos-sociales-de-fernando-atria-0/*, pp. 117-144.

dialmente abstenciones del Estado, tal como puede ilustrarse con el ejemplo del derecho a huelga.[9]

Expresado este punto, no puede desconocerse que algunos de los derechos tradicionalmente considerados como generadores de obligaciones negativas por parte del Estado, han sido reinterpretados en clave social; por ejemplo, la libertad de expresión, el derecho de propiedad, entre otros. Esta circunstancia pareciera poner de manifiesto la imposibilidad de distinguir categóricamente entre derechos civiles y sociales, al menos, en función del tipo de obligación que la efectividad de los mismos demanda. En esta misma línea de pensamiento, Van Hoof plantea un esquema interpretativo que consiste en diferenciar distintos niveles de obligaciones estatales, que caracterizan al complejo conjunto de deberes que identifican a cada derecho, independientemente de su categorización como DCP o DESCA. Así, detalla cuatro tipos de obligaciones: respetar, proteger, garantizar y promover el derecho de que se trate; sin embargo, ninguna de éstas "aclara" puede quedar comprendida únicamente por el binomio obligaciones de abstener o negativas obligaciones de resultado o de medio. Esta propuesta teórica robustece la unidad entre las dos categorías de derechos, en tanto estas obligaciones estatales pueden ser reconocidas en ambas.[10]

Otro obstáculo típico de cara a la exigibilidad de los DESCA, tiene que ver con el argumento de la indeterminación basado en que las disposiciones sobre derechos sociales prescriben determinados fines que tienen que ser garantizados por el Estado, pero no especifican a través de qué medios. En lo que respecta a esa postura doctrinaria, en primer término, cabe reparar en

---

9 Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, "Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales", *op. cit*., pp. 1-2.

10 Van Hoof, G. H. J., "The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views", en Alston, P. y Tomasevski, K. (eds), *The Right to Food,* Utrecht, 1984, pp. 97-110, citado por Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, "Hacia la exigibilidad de los derechos, económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales", en Abramovich, V., Bonino, A. y Courtis, Ch. (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 283-350.

que no se trata de una anomalía inherente de manera exclusiva a los derechos sociales, sino que consiste en una dificultad característica de toda cláusula normativa que en definitiva deriva de la textura abierta del lenguaje empleado por las constituciones rígidas. Frente a este razonamiento, los defensores del discurso tradicional podrían replicar que tiene una envergadura diferente determinar qué acciones debería llevar adelante la administración para garantizar un grado de protección adecuado de estos derechos. Ahora bien, es pertinente considerar que en la gran mayoría de los casos que involucran derechos sociales, la conducta exigible ha sido previamente delimitada por las autoridades públicas, por lo que podría entenderse que el contenido justiciable se encuentra preconfigurado.[11] Sin perjuicio de la solidez de la postura expuesta, entiendo que esta no es suficiente para precisar en detalle el contenido mínimo de los derechos fundamentales, por lo que no es adecuada para zanjar el interrogante acerca del alcance de la obligación exigible que, por supuesto, vale aclarar, no equivale a afirmar que no traen consigo ningún deber de actuación. En contraste, resulta claro que esas obligaciones derivadas de derechos consagrados en las constituciones no pueden quedar a merced de la discrecionalidad del legislador; máxime, si tenemos en cuenta que cualquier tipo de derecho le demanda al Estado un conjunto de obligaciones. Por consiguiente, no pareciera razonable generalizar la tesis que sostiene la no justiciabilidad de los DESCA por la ausencia de determinación de su contenido porque en todo caso lo que corresponderá será desentrañar cuáles de esos deberes son exigibles a través de la acción judicial. Para mayor exactitud es relevante destacar que en varios supuestos las violaciones de derechos sociales surgen por la inobservancia de obligaciones negativas por parte de la administración, por lo que resultan idóneas muchas de las acciones judiciales tradicionales. Mientras que, en otros casos el menoscabo se produce como consecuencia del incumplimiento de llevar

[11] Acuña, Juan Manuel, *La justicia constitucional y las políticas públicas sociales. El control de las políticas públicas sociales a partir de la articulación jurisdiccional de los derechos sociales fundamentales,* Tesis doctoral presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, Ferrer Mac Gregor, Eduardo (dir.), México, 2010, *https://scripta.up.edu.mx/handle/20.500.12552/3623*, pp. 52-53.

a cabo medidas de acción positiva[12] y es aquí donde aparece el punto álgido de la cuestión en tanto el diseño de políticas públicas se encuentra reservado al poder legislativo.

Por último, corresponde abordar brevemente la doctrina que descarta la exigibilidad de los derechos sociales por los costos presupuestarios que involucran. Tal como se ha adelantado, garantizar los derechos civiles y políticos también requiere erogaciones del erario público, además de ello los DESCA no solo exigen obligaciones positivas, sino también deberes de abstención. Si se tiene en cuenta lo señalado, parecen desvanecerse las diferencias radicales entre los DCP y los DESCA. La complejidad deóntica que involucran los derechos, sugiere descartar el estudio desde la compartimentalización y adoptar la teoría de la indivisibilidad de los derechos[13]. En este sentido, es ilustrativo recordar que la Declaración y Programa de Acción de Viena, adoptados en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos,[14] trajo consigo importantísimos avances en la definición de conceptos básicos de la materia, tales como universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos.

Dejando ahora de lado la discusión teórica y rotando el eje hacia la práctica institucional, lo cierto es que el examen de la jurisprudencia de los tribunales muestra un notable avance hacia el reconocimiento de la vinculatoriedad y la exigibilidad de los DESCA. En relación con la Corte IDH, debe admitirse que no hay una construcción jurisprudencial en torno al contenido y alcance de los derechos sociales equivalente a los DCP, dado que en la mayoría de los casos los DESCA aparecen tratados de manera indirecta o por conexidad respecto de los DCP. Pese a las limitaciones que resultan de esa forma de enfocar y argumentar la problemática de

12 Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, "Hacia la exigibilidad de los derechos, económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales", *op. cit*., pp. 13-14.

13 Puede ampliarse de Cancado Trindade, Antônio Augusto, "La interdependencia de todos los Derechos Humanos. Obstáculos y desafíos en la implementación de los derechos humanos", *https://www.civilisac.org/civilis/wp-content/uploads/interdependencia-de-los-derechos-humanos-1.pdf*

14 Convocada por Resolución N° 155 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 18 de diciembre de 1990.

los DESCA, es innegable que varias decisiones[15] dan cuenta de un notable avance en la línea de la vinculatoriedad y exigibilidad.[16]

---

15 Así, por ejemplo: 1) Derechos del trabajador ("*Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*". Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158; "*Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*". Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318; "*Lagos del Campo vs. Perú*", Sentencia de 31 de agosto de 2017, Serie C Nº 340; "*Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus vs. Brasil*". Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C No. 407 y "*Caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras*". Sentencia de 31 de agosto de 2021. Serie C No. 432); 2) Derechos sindicales ("*Baena Ricardo y otros vs. Panamá*". Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72 y "*Huilca Tecse vs. Perú*". Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C No. 121); 3) Derechos de la seguridad social ("*Cinco Pensionistas vs. Perú*". Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98; "*Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú*". Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198; "*Muelle Flores vs. Perú*". Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375 y "*Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) vs. Perú*"); 4) Derecho a la salud ("*Ximenes Lopes vs. Brasil*". Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149; "*Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*". Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146; "*Furlan y Familiares vs. Argentina*". Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C Nº 246; "*Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*". Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257; "*Suárez Peralta vs. Ecuador*". Sentencia de 21 de mayo de 2013, Serie C, No. 261; "*Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*". Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298; "*I I.V. vs. Bolivia*". Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329; "*Poblete Vilches y otros vs. Chile*". Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349; "*Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*". Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359 y "*Hernández vs. Argentina*". Sentencia del 22 de noviembre de 2019. Serie C Nº 395, Párr. 81); 5) Derecho a la educación ("*Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*". Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112 y "*Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*". Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298); 6) Derecho a la alimentación ("*Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*". Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125); 7) Derecho al agua ("*Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*". Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214); 8) Derecho al ambiente sano ("*Pueblo Saramaka vs. Surinam*". Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, "*Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245; "*Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*". Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309; y, desde ya, la Opinión Consultiva sobre "*Medio ambiente y derechos humanos*").

16 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ), Comisión Na-

III. Los litigios estructurales como herramienta para garantizar la exigibilidad de los DESCA.

Tenemos pendiente, entonces, una reflexión más profunda dado que frente al incumplimiento de los deberes estatales de garantizar los derechos sociales aparecen nuevos escollos. La incorporación de derechos de amplia extensión que derivan en obligaciones para el Estado, ha producido cambios sustanciales y, paralelamente, generado relaciones de mayor complejidad que pusieron en evidencia la insuficiencia de los remedios jurídicos tradicionales para garantizarlos. La declaración de derechos no puede ser escindida de la operatividad de los mismos, por lo que se encomienda al poder judicial el control no solo de los actos, sino también de las omisiones, de los otros poderes del Estado en pro de garantizar la eficacia de los derechos reconocidos.

Antes de continuar, vale una aclaración previa, históricamente los derechos sociales fueron "pensados" desde una matriz de derechos individuales, en lugar de ser concebidos como derechos con posible incidencia colectiva —lo que puede ser consecuencia de sus orígenes como derechos de los trabajadores—. No obstante, la persistencia de reiteradas violaciones masivas a los derechos sociales no hace más que poner en evidencia la insuficiencia de los diseños institucionales vigente para garantizar su eficacia.

En el contexto de nuestras sociedades, la falta de adecuada satisfacción de los DESCA emerge, en muchos casos, como un cuadro de situación estructural o sistemático por lo que la judicialización de estos ha dado lugar a cuestionamientos sobre las instituciones políticas que históricamente incumplieron sus deberes constitucionales. En este marco, afloran los denominados litigios de interés público que implican un accionar distinto por

cional de Derechos Humanos, México D. F., 2017, pp. 59 y ss. Asimismo, véase Corte IDH, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, n° 22: Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales *https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo22.pdf*) y Comisión IDH, *Compendio sobre Derechos Económicos Sociales Culturales y Ambientales. Estándares Interamericanos*, Relatoría Especial sobre Derechos Económicos Sociales Culturales y Ambientales, 2021, *https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/compendio%20desca_esp_completo.pdf*).

parte del poder judicial. En efecto, los derechos sociales aparentemente exigirían respuestas diferentes a las tradicionalmente brindadas por el Poder Judicial, lo que no necesariamente se relaciona con la forma en la que se estructura el litigio en sí, sino que más bien parece vincularse directamente con la naturaleza de los derechos en cuestión. Dicho en otros términos; sí los DESCA son concebidos como derechos, se torna indispensable que el sistema jurídico halle la manera de garantizarlos. Entonces, el litigio estructural aparece como el formato procesal más adecuado para el tratamiento de la demanda de violación de este elenco de derechos, máxime en Latinoamérica donde existen instituciones administrativas débiles e ineficientes.

A estas alturas, resulta de suma importancia aclarar que en este ensayo se utilizarán indistintamente las denominaciones "litigio estructural", "litigio estratégico", "litigio de derecho público", "caso estructural" o "caso de interés público", para hacer referencia a aquellas causas judiciales que canalizan reclamos sociales y se orientan a producir reformas estructurales mediante la implementación de políticas públicas que aseguren la vigencia de derechos humanos en juego. En sentido simétrico, tales expresiones se usan para aludir a aquellas intervenciones judiciales que expanden el territorio de lo justiciable más allá de los intereses de las partes procesales.[17]

Rodríguez Garavito utiliza esta denominación para hacer referencia a los procesos judiciales que se caracterizan por: *a)* afectar a un gran número de personas; *b)* involucrar a varios departamentos del Estado, presuntos responsables de las persistentes fallas de política pública que menoscaban derechos fundamentales, y c) llevar aparejadas medidas estructurales, tal es el caso de órdenes de cumplimiento inmediato a través de las cuales se emplaza a diversos organismos públicos para que lleven a cabo acciones mancomunadas con el fin de proteger a toda la población afectada, y no solo a los denunciantes en el caso concreto.[18].

---

17 Puga, Mariela, "El litigio estructural", *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*, Año I, N° 2, Buenos Aires, Noviembre de 2014, pp. 41-82.

18 Rodríguez Garavito, César, "El activismo dialógico de los fallos sobre derechos sociales", en Gargarella, R. (comp.), *Por una justicia dialógica. El Poder*

En este orden de ideas, enfatiza Owen Fiss que la reforma estructural que se procura a través de estos litigios "... se funda en la noción de que la amenaza primaria a los valores constitucionales en la sociedad contemporánea deriva de la operación de organizaciones burocráticas y confía al juez el deber de dirigir la reconstrucción de las mismas".[19]

En los litigios estructurales, las notas definitorias de los litigios clásicos se relativizan y los jueces asumen un rol más activo en la dirección del proceso. A mayor abundamiento, la condena tampoco consiste en una reparación económica "o una sanción" por una violación de derechos limitada a los sujetos que intervinieron en la causa, sino que los tribunales adoptan remedios flexibles y variables diseñados en base a los intereses afectados, aunque no se encuentren representados en el caso. A su vez, la función del magistrado no se agota con la sentencia sino que se extiende a un seguimiento de su ejecución. Finalmente, el objeto del juicio es la deficiencia o la ausencia de una política pública y no una disputa entre particulares sobre derechos privados.[20] Es específicamente en su variante deliberativa o experimentalista, donde se advierte su vocación como instrumento de reforma. El punto de inflexión puede marcarse en la célebre sentencia de la Suprema Corte de Estados Unidos en el caso "*Brown vs. Board of Education*",[21] donde los jueces expandieron el terreno de lo jus-

Judicial como promotor de la deliberación democrática, op. cit., 2014, p. 213.

19 Fiss, Owen, *El derecho como razón pública,* Editorial Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 18.

20 Treacy, Guillermo F., "El Litigio de Derecho Público en los Tribunales: Poder Judicial y Políticas Públicas", texto de la disertación presentada en *I Jornadas de Derecho Constitucional del GCBA*, organizadas por Centro Federal de Estudios de Derecho Público y el Instituto Superior de la Carrera del GCBA, 29 y 30 de noviembre del 2011, Ciudad de Buenos Aires.

21 Suprema Corte de los Estados Unidos de América, "*Brown v. Board of Education*", 347 U.S. 483 (1952) y 349 U.S 294 (1955). En el año 1954 la Corte estadounidense decidió que la segregación racial en las escuelas públicas era inconstitucional por violentar el principio de igualdad ante la ley receptado en la Enmienda 14 de la Constitución de Estados Unidos. Como consecuencia de esa decisión, se acumularon cuatro demandas iniciadas por casi doscientas familias contra cuatro Estados diferentes (Delaware, Carolina del Sur, Kansas y Virginia) y tramitaron bajo el procedimiento

ticiable, alcanzando a prácticas que en principio eran ajenas al espacio de debate judicial.

Se desprende de lo expuesto, que los litigios de reforma estructural se inician a partir de una demanda focalizada en el incumplimiento por parte del Estado de un derecho reconocido normativamente, que para su efectivo ejercicio exige "desde una perspectiva genérica" planes a mediano y largo plazo. En estos supuestos, el rol del juez pasa de ser el encargado de determinar el fondo de la cuestión al de facilitar un proceso de deliberación y negociación entre las partes.

En el nuevo derecho de interés público, subrayan Sabel y Simon,[22] el juez impone un tipo de remedio específico cuando identifica una violación a alguno de los derechos en juego: la "desestabilización institucional". En sus propias palabras: "Un derecho de desestabilización, en el derecho de interés público, es un derecho a desenmascarar o desmontar una institución cuando, en primer lugar, no satisface los estándares mínimos de desempeño adecuado y, en segundo lugar, tiene una inmunidad sustancial respecto de los mecanismos políticos convencionales para corregir ese incumplimiento ( ) El resultado característico de este proceso es un régimen de reglas continuas o provisionales que se revisan periódicamente en función de evaluaciones transparentes sobre su implementación".[23] Estos escenarios permiten abrir espacios de debate para la transformación de las políticas públicas cuestionadas, con la participación de los afectados y los organismos responsables, con el objetivo de alcanzar una respuesta eficiente. En los modelos experimentalistas, la intervención judicial busca desestabilizar el *statu quo* forzando de alguna manera a que los operadores públicos desarrollen programas de reformas que contemplen la participación de actores que se encontraban excluidos

de *class action*. La sentencia invalidó toda la normativa local "federal y local" que aún convalidaban la existencia de escuelas públicas separadas por motivos raciales. Puede ampliarse en: Puga, Mariela, "Litigio estructural" (tesis doctoral), Rosenkrantz, Carlos F. (dir.), Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2013, pp. 61-62.

22 Sabel, Charles F. y Simon, William H., "Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds", *op. cit*., pp. 48-49.

23 *Ibidem*, p. 55.

pero que poseen conocimiento sobre la problemática y pueden aportar para construir activamente una posible solución.

A partir de la consagración de nuevos mecanismos procesales de representación de intereses colectivos —y especialmente de la práctica de ciertos actores de presentar en sede judicial conflictos públicos que trascienden lo individual con el objeto de fijar cuestiones en la agenda del debate social— aparece una nueva relación entre el ámbito judicial y el político que permite cuestionar los procedimientos de definición e implementación de políticas públicas, activar procesos de toma de decisiones frente a la omisión de los poderes políticos o provocar reformas de los marcos institucionales o legales.[24]

Bajo este prisma, no puede perderse de vista que "La existencia de grupos de personas sistemáticamente excluidas y discriminadas es una realidad que apremia a los ordenamientos jurídicos y exige respuestas por parte de los Estados y los sistemas supranacionales de protección de los derechos humanos. Ahora bien, diseñar respuestas adecuadas muchas veces implica reformular y redimensionar las herramientas tradicionales en tutela de los derechos".[25] En sintonía, uno de los debates más trascendentales en torno al rol del poder judicial en la realización de derechos constitucionales ha girado sobre la interpretación de un principio igualitario de jerarquía constitucional y la exigibilidad de los DESCA, centrándose en el tipo de intervención que su reconocimiento normativo impone a los tribunales.

[24] Abramovich, Víctor, "Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política", *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 9, Nº Extra 1 (Derechos económicos, sociales y culturales), Bogotá, 2007, pp. 9-33, *https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2354627*

[25] Sagüés, María Sofía, "Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico", en Ferrer Mac Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela y Flores Pantoja, Rogelio (coords.) *Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESCA en la Jurisprudencia Interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos,* Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2018, p. 129.

IV. Reflexiones finales.

En síntesis, los DESCA fueron incorporados como derechos fundamentales y este enfoque tiene como corolario que resulten plenamente exigibles. Este planteamiento, conduce a reflexionar sobre el rol que la consagración de los DESCA le exige al poder judicial. Es decir, qué deberían hacer los tribunales frente a supuestos de violaciones masivas de derechos sociales: ¿alcanza con que los jueces exhorten a los poderes públicos a que éstos decidan e implementen las medidas que consideren adecuadas para resolver el conflicto o, por el contrario, las medidas dirigidas a encaminar los conflictos deben ser definidas y gestionadas en sede judicial? Esta alternativa conduce a otro dilema: ¿es posible compatibilizar la intervención del Poder Judicial en los litigios estratégicos con el clásico principio de división de poderes o, por el contrario, se demanda una flexibilización que pone en juego su observancia?

No puede desconocerse, que como consecuencia de la grave crisis de representatividad de los poderes políticos —especialmente en América Latina— la justicia constitucional se ha convertido en una nueva instancia de canalización y resolución de problemas políticos, económicos y sociales. La situación descripta ha dado lugar al fenómeno de la judicialización, es decir, a que asuntos que revisten relevancia ya sea política, social o moral, sean decididos por el poder judicial. Se produce, entonces, una especie de trasferencia de poder a las instituciones judiciales, en detrimento de las instancias políticas.[26]

Ahora bien, este escenario trae consigo uno de los problemas de mayor complejidad que enfrentan un gran número de los sistemas constitucionales actuales: concretamente, la justificación de la legitimidad de las decisiones de las Cortes ante estos supuestos. Es que la separación tajante entre el derecho y la política ha sido considerada un elemento esencial del Estado constitucional democrático. La resistencia a lo que se ha denominado activismo judicial o judicialización de la política se basa en la presunción de la existencia de una clase de frontera entre la "política" y la

[26] *Ibidem*, p. 9.

"justicia", de forma tal que su identificación permita sostener que los jueces han "cruzado" esa línea y que sus sentencias incursionan en terrenos que son propios de las decisiones democráticas o políticas. Ello, aunque sea implícitamente, lleva a afirmar la existencia de un cambio.[27]

Entonces, tal como se mencionó, tenemos pendiente una reflexión más profunda, pues el reto reside fundamentalmente en encontrar cómo "justificar" esta forma de intervención del poder judicial ante supuestos de violaciones estructurales de derechos, donde parece que la frontera entre la justicia constitucional y la política se desdibuja, en el marco de un sistema republicano.

En este punto es preciso destacar —una vez más— la imposibilidad de canalizar esta problemática desde una concepción tradicional de la justicia. En consecuencia, se torna imperioso elaborar una tesis que permita que convivan la función institucional del poder judicial y el principio de división de poderes, de forma tal que el fundamento del régimen democrático republicano resulte indemne. En suma, este fenómeno que se presenta como un nuevo paradigma en materia de activismo judicial, obliga a repensar la función del juez frente a los DESCA, que han sido históricamente postergados por los poderes políticos.

En consonancia, Rodríguez Garavito[28] sostiene que el nuevo activismo judicial se estructura a partir de situaciones recurrentes de bloqueo institucional o político, que obstaculizan el efectivo ejercicio de los derechos. En estos supuestos, que resultan habituales en las democracias contemporáneas, la judicatura "aun cuando no resulta el espacio ideal" aparece como el único órgano del Estado con la independencia y el poder para "romper" ese estancamiento.

---

27 Saba, Roberto, "La elusiva frontera entre la justicia y la política", en Niembro O., R. y Verdugo, S. (coords.), *La justicia constitucional en tiempos de cambio*, Dirección General de Relaciones Institucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2019,. *https://www.scjn.gob.mx/relaciones-institucionales/derecho-comparado/libro-la-justicia-constitucional-en-tiempos-de-cambio*, p. 284.

28 Rodríguez Garavito, César y Rodríguez Franco, Diana, *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, Bogotá, 2010, p. 39.

De ahí que pueda concluirse que el deficiente diseño de políticas públicas en materia de DESCA, ha servido de puntapié inicial para que, de manera cada vez más frecuente, las cuestiones que los involucran sean sometidas ante los tribunales. En efecto, pareciera que como consecuencia de la estructura y alcance de los derechos sociales, se ha requerido de una hiperactividad de las cortes en defensa de los derechos.

En este sentido, la reforma estructural emprendida desde el poder judicial constituye un avance de suma importancia en materia de DESCA. Independientemente de las dificultades enumeradas, lo cierto es que la discrepancia que existe entre lo empírico y las normas requiere la construcción de soluciones estructurales, capaces de atender situaciones que reproducen violaciones históricas de derechos. Es que las constituciones modernas, se encuentran invadidas por principios de justicia que son exigibles de manera directa. La nueva realidad normativa trae aparejada enormes consecuencias en el papel de los jueces como garantes de los derechos. Tal como fuera anticipado, la gravedad de las problemáticas sociales actuales, sumado a la inacción de los poderes políticos, han llevado a rediseñar la función del poder judicial. Este nuevo rol no necesariamente quebranta la división de poderes; por el contrario, puede darse el supuesto que una intervención judicial dialógica refuerce la democracia. Sobre todo, en litigios estructurales, donde las decisiones judiciales inciden en políticas públicas.

Si bien es cierto que la judicialización de los DESCA puede ser tanto individual como colectiva, e irradiar sus efectos para el caso específico o para todo el colectivo afectado, pareciera que el litigio estructural aparece como el formato procesal más adecuado para el tratamiento de la demanda de violación de este elenco de derechos, máxime en Latinoamérica donde existen instituciones administrativas débiles e ineficientes. En este contexto, la articulación jurisdiccional de los DESCA trae consigo una nueva forma de accionar para la justicia constitucional en materia de fiscalización de las políticas públicas.

El control de las políticas públicas por parte de los tribunales constitucionales: un mecanismo idóneo para garantizar de manera efectiva los derechos sociales en América Latina y el Caribe

***

The control of public policies by the constitutional courts: an ideal mechanism to effectively guarantee social rights in Latin America and the Caribbean

Mayra Zuleica Cabral Brea[*]

Resumen: en la región más desigual y con mayor violencia interpersonal del mundo, el control de la viabilidad de las políticas públicas por parte de los tribunales constitucionales se convierte en un mecanismo ineludible para estos garantizar, de manera efectiva, los derechos sociales de la población. Desmontados los mitos sobre este control, se debe dar una serie de pasos para que el guardián de la Constitución pueda, en el contexto regional, superar los obstáculos y responder de manera adecuada ante las violaciones palpables, graves, recurrentes y complejas de derechos sociales que se le presenten.

Abstract: in the most unequal region and with the highest interpersonal violence in the world, the control of viability of public policies by the constitutional courts becomes an unavoidable mechanism for them to effectively guarantee the social rights of the population. Once the myths surrounding this

* Universidad Autónoma de Santo Domingo.

control have been dismantled, it is neccessary to take a series of steps so that the guardian of the Constitution can, within the regional context, overcome obstacles and respond adequately to the palpable, serious, recurrent and complex violations of social rights that arise.

Palabras clave: derechos sociales, justiciabilidad, políticas públicas, tribunales constitucionales, control jurisdiccional.

Keywords: social rights, justiciability, public policies, constitutional courts, jurisdictional control.

Sumario: I. Introducción. II. El panorama regional. III. Los avances aportados por la jurisprudencia y la doctrina. IV. Cómo deben actuar en la región los tribunales constitucionales. V. Mitos sobre los efectos adversos del ejercicio del control de las políticas públicas. VI. Metodología que puede seguir el juez para un adecuado control de viabilidad de las políticas públicas sociales.

I. Introducción

La intervención de los tribunales constitucionales en el control de las políticas públicas es una tendencia que cada día crece más a nivel mundial[1] y genera la mayor aceptación en el seno de la sociedad.[2]

Distinguimos, al igual que Rossi y Filippini, tres tipos de control, según los diversos grados de profundidad de los mismos: un primer tipo (el más débil), se aplica en aquellos casos en los cuales simplemente se ordena o exhorta a cumplir una política previamente formulada; en un segundo tipo, se examina si la política

[1] Mendivelso Pinzón, Norberto, "Las órdenes de tutela frente a la falta de disponibilidad presupuestal de las entidades estatales: Análisis en perspectiva constitucional", Bogotá, D. C., Universidad Nacional de Colombia, 2013, p. 29.

[2] Henao Pérez, Juan, "El juez constitucional: Un actor de las políticas públicas", *Revista de Economía Institucional*, núm. 29, 2013, pp. 71 y ss.

pública es compatible con determinados estándares o contenido de los derechos en juego y, de no serlo, se remite a los poderes políticos, para su reformulación, brindándose en ocasiones pautas generales; y en el tercero (el más profundo), se corrige la ausencia de una ley o programa, se crea de manera directa y se ordena su implementación.[3]

A continuación, explicaremos muy brevemente[4] las razones por las cuales, ante los nuevos paradigmas jurídicos actuales en nuestra región, la intervención de los tribunales constitucionales en las políticas públicas se convierte en un mecanismo ineludible para garantizar de manera efectiva los derechos sociales.

Analizaremos algunos de los principales mitos que se erigen como obstáculos culturales e institucionales a esa necesaria intervención de los Tribunales Constitucionales latinoamericanos. Finalmente, presentaremos, a título de sugerencias cuáles pasos, concebidos como herramientas promisorias, pueden producirse para optimizar los resultados de esta práctica en los diversos tipos de control.

II. El panorama regional

América Latina y el Caribe es clasificada internacionalmente como una región de desarrollo humano *alto*; sin embargo, tiene los problemas más alarmantes de desigualdad y violencia interpersonal del mundo. De manera determinante, la ausencia de políticas públicas sociales integrales, armónicas, suficientes y efectivas, en contradicción con las que demandan los textos constitucionales, ha conducido a violaciones graves y sistemáticas en los derechos a la educación, a la protección de la salud, vivienda, alimentación, trabajo, seguridad social, entre otros derechos

[3] Rossi, Julieta y Filippini, Leonardo, "El Derecho internacional en la justiciabilidad de los derechos sociales en Latinoamérica", Coloquio sobre Derecho, Moral y Política, Universidad de Palermo, septiembre 2008, pp. 18 y ss.

[4] Para mayor profundidad, ver la obra de Cabral Brea, Mayra, *El control de las políticas públicas sociales por parte de los Tribunales Constitucionales: Una mirada desde el neoconstitucionalismo latinoamericano,* Santo Domingo, Tribunal Constitucional de la República Dominicana, 2021.

sociales fundamentales. Esas violaciones afectan en mayor proporción a grupos en situación de vulnerabilidad, que finalmente descienden o se mantienen en niveles de pobreza extrema.

En una región como esta cabe preguntarse si no es el guardián de la Constitución quien debería concebirse como el último recurso del Estado social y semocrático de derecho para contribuir a cerrar la enorme brecha existente entre lo prescrito en la Constitución, el bloque de constitucionalidad y el goce real y efectivo de los derechos sociales de la población. Naturalmente, que entender las particularidades del complejo panorama social de América Latina y el Caribe, esa diferencia tan contrastante con el panorama social de los países desarrollados, es indispensable a la hora de tutelar los derechos sociales de sus habitantes.

III. Los avances aportados por la jurisprudencia y la doctrina

En primer lugar, se debe resaltar que actualmente, no está en discusión el carácter de justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Gracias a los avances aportados por la doctrina y la jurisprudencia, se han ido superando paulatinamente muchos de los mitos que se construyeron alrededor de estos derechos y que obstaculizaron su justiciabilidad o su reconocimiento como derechos fundamentales.

Reivindicar, por ejemplo, el principio de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos ha sido clave para demostrar que no existen unos derechos superiores o prioritarios en relación con otros,[5] sino que entre todos existe una relación esencial de continuidad e interdependencia.[6] De ahí que desde la Procla-

[5] Añón, María José, "Derechos humanos y obligaciones positivas", en Bernuz Benéitez, María José y Calvo García, Manuel (eds.), *La eficacia de los derechos sociales,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 48. Ver también Álvarez Icaza, Emilio, "Los derechos humanos como un medio eficaz para producir cambios sociales", *Sur Revista Internacional de Derechos Humanos,* núm. 20, 2014, p. 81.

[6] Rossetti, Andrés, "Algunos mitos, realidades y problemas en torno a los derechos sociales", en Ribotta, Silvina y Rossetti, Andrés (eds.), *Los derechos*

mación de Teherán de 1968 se defienda la necesidad de adoptar políticas nacionales e internacionales adecuadas en materia de desarrollo para asegurar el conjunto de derechos.[7]

Con el neoconstitucionalismo se origina un nuevo paradigma en la teoría del derecho y, se consolidan importantes herramientas para la protección y garantía de los derechos sociales ante la justicia constitucional. Al entenderse la Constitución como una norma jurídica, se admite que todo su contenido normativo es plenamente aplicable, y obliga a sus destinatarios a no verla simplemente como fuente de inspiración en el diseño de un programa demagógico de acción política.[8]

Y es que después de la Segunda Guerra Mundial, con su enorme manto de muerte y destrucción, los Estados soberanos asumieron como función esencial la garantía de un nuevo principio supremo: la dignidad humana. A partir de entonces todas las decisiones políticas y todas las normas son condicionadas para ser válidas, al respeto a los derechos fundamentales y al principio de razonabilidad, transitándose así del Estado liberal de derecho al Estado social y democrático de derecho.[9] La dignidad constituye fuente y límite de los derechos fundamentales, fundamenta, orienta y legitima el ordenamiento,[10] otorga un papel preferente

---

sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el Derecho y la justicia, Madrid, Dykinson, 2010, p. 110.

7 Organización de las Naciones Unidas, *Proclamación de Teherán*, proclamada en la Conferencia Internacional de Derechos Humanos, Teherán, 13 de mayo de 1968, párr. 13.

8 Carbonell, Miguel, "Neoconstitucionalismo", en *Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales,* Universidad de Alcalá-Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, Madrid, 2011, p. 4, http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/view/101 (fecha de consulta: 3 de marzo de 2016).

9 Copetti Neto, Alfredo y Fernandes Motta, Luciano, "Elementos filosóficos sobre el Derecho constitucional contemporáneo: los fundamentos del principio jurídico de la dignidad humana entre la razón práctica kantiana y el mundo práctico de Heidegger", *Revista Latina de Sociología,* núm. 3, 2013, p. 79.

10 Restrepo Ospina, Adriana, "Acercamiento conceptual a la dignidad humana y su uso en la Corte Constitucional colombiana", *Revista electrónica, Diálogos de Derecho y Política,* núm. 6, 2011, p. 10. Sobre este punto, véase

y predominante a los derechos fundamentales por encima del Estado y de cualquier norma,[11] y ofrece elementos para promover la interpretación evolutiva del derecho.

Resulta insostenible permitir, bajo estos postulados, que las necesidades elementales de las personas se encuentren insatisfechas. De ahí, que el segundo paradigma de la dignidad humana se concreta en la eficacia de los derechos sociales. El Estado social y democrático de derecho persigue, como meta, la satisfacción de las necesidades básicas de la población, por eso protege los derechos sociales, y la justicia distributiva se levanta como presupuesto ético de la democracia que garantiza la convivencia pacífica.[12] En este modelo, el principio del Estado social es igual de importante que el de la democracia o el del Estado de derecho.[13]En el caso de Latinoamérica, al ser su realidad muy distinta a la Europa desarrollada, el fenómeno neoconstitucional adquirió ribetes aun más[14] profundos. Fundamentalmente, promovió la recuperación y renovación del poder constituyente democrático, la apertura de espacios de participación directa, extensión de garantías de derechos sociales, incorporación de la protección del medio ambiente, gran apertura al derecho internacional de los derechos humanos,[15] así como herramientas para remediar la

también Eto Cruz, Gerardo, *Derecho procesal constitucional*. Su interpretación y desarrollo jurisprudencial, Lima, Grijley, 2019, p. 331.

11 Caicedo Tapia, Danilo, "El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos humanos más allá de la Constitución", *Foro Revista de Derecho,* núm. 12, 2009, pp. 10 y 11.

12 Ocando Ocando, Humberto, Ávila Hernández, Flor y Martínez De Correa, Luz, "Principios axiológicos del juez en el Estado social de Derecho y de justicia", *Frónesis,* núm. 3, 2011, pp. 361 y 362.

13 Escobar Roca, Guillermo, "Los derechos fundamentales sociales y la protección de la salud", *Revista de Derecho Político,* núm. 71-72, 2008, p. 122; Escobar Roca, Guillermo, Martínez Soria, José, *et. al.*, "Presupuestos de teoría y dogmática constitucional", en Escobar Roca, Guillermo (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria,* Navarra, Aranzadi, 2012, p. 365.

14 Belloso Martín, Nuria, "El neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo latinoamericano: ¿dos corrientes llamadas a entenderse?", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho,* núm. 32, 2015, pp. 21 y 40.

15 Uprimny, Rodrigo, "Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: Tendencias y desafíos", en Rodríguez Garavito, Cesar

discriminación de minorías étnicas y de grupos en situación de vulnerabilidad.[16] Se fomenta la participación democrática y activa de todos los sectores y principalmente de los afectados, como elemento clave para la eficacia de las políticas públicas.

IV. Cómo deben actuar en la región los tribunales constitucionales

Lo que interesa hoy analizar es cómo han de actuar los tribunales constitucionales y cuáles serán sus límites, en relación con las políticas públicas llamadas a proteger los derechos sociales. Es importante fijar el alcance de su intervención, el tipo de remedios que deben ordenar y los aspectos institucionales que deberían corregirse para que la intervención jurisdiccional se traduzca en cambios concretos. La tutela individualizada de estos derechos en la región puede resultar contraproducente. El mayor reto es contar con el método o la herramienta que les permita ejercer el más idóneo *control de viabilidad* de las políticas públicas sociales, superar los riesgos que puede conllevar y asegurar el cumplimiento de lo decidido.

V. Mitos sobre los efectos adversos del ejercicio del control de las políticas públicas

El ejercicio constituye un poder contramayoritario

Se entiende que cuando las decisiones de los jueces contradicen lo acordado por el poder ejecutivo o legislativo, órganos que son elegidos por la voluntad popular, se ejerce un poder contrama-

(coord.), *El Derecho en América Latina: Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI,* Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2011, p. 114.

16 Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Ruben, "La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo", *Debates Constitucionales en Nuestra América,* 2013, p. 72. Ver también Villabella, Carlos, "El Derecho constitucional del siglo XXI en Latinoamérica: Un cambio de paradigma", en Viciano Pastor, Roberto (ed.), *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 65 y ss.

yoritario.[17] Para Rosanvallon hay dos ficciones muy típicas respecto del concepto democracia. Por un lado, el entender que la opción más votada en unas elecciones implica automáticamente que esa opción expresa la voluntad general, cuando de lo que se trata es de un mecanismo para seleccionar a los gobernantes. La otra ficción se da cuando se cree que el triunfo de la mayoría, el día de las elecciones, y la legitimidad conseguida allí, se mantiene automáticamente para todo el tiempo en que dure el mandato.[18]

La legitimación del juez constitucional para controlar las políticas públicas procede del deber de actuación que emerge de la Constitución misma.[19] Pues a este guardián le corresponde proteger los derechos de las minorías, cuando interpreta y aplica la Constitución; tutelar los derechos fundamentales y asegurar, además, la fuerza normativa de la Constitución y la eficacia de la voluntad mayoritaria del constituyente, que es una voluntad de nivel superior a la del legislador ordinario y/o administrador.[20] La motivación requerida de sus decisiones le otorga un plus de legitimidad a los tribunales constitucionales.[21]

En todo caso, este mito para algunos es superable. En esa línea, Habermas considera solucionado el problema de la legitima-

17 Sedlacek, Federico, "El control jurisdiccional de políticas públicas: Hacia una reformulación del dogma republicano", *Civil Procedure Review*, núm. 4, 2013, pp. 48 y ss.

18 Rosanvallon, Pierre, *La contre-démocratie: La politique à l'âge de la défiance,* París, Seuil, 2006; Rosanvallon, Pierre, *La legitimidad democrática: imparcialidad, reflexividad, proximidad,* trad. de Heber Cardoso, Buenos Aires, Manantial, 2009. Sobre este punto véase Subirats, Joan, "¿Qué democracia tenemos? ¿qué democracia queremos?", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez,* núm. 46, 2012, p. 157.

19 Sedlacek, Federico, "El control jurisdiccional de políticas públicas: Hacia una reformulación del dogma republicano", *cit.,* p. 67.

20 Belloso Martín, Nuria, "La Jurisdicción constitucional en las democracias constitucionales: su discutida configuración como poder contramayoritario y cómo órgano con auténtico poder normativo" en De Julios Campuzano, Alfonso (ed.), *Itinerarios constitucionales para un mundo convulso,* Madrid, Dykinson, 2017, p. 51.

21 Cabra Apalategui, José Manuel, "Democracia, argumentación e ideologías jurídicas", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho,* núm. 34, 2016, pp. 59 y 60.

ción en la medida en que dicho poder promueva la deliberación[22] y la participación ciudadana a la hora de decidir.[23] Además, la satisfacción de los derechos sociales constituye una precondición material de la legitimidad democrática.[24]

El control de las políticas públicas provoca un gobierno de los jueces

Otro mito muy generalizado es dar a entender que el control de las políticas públicas origina un gobierno de los jueces, en el entendido de que pueden asumir funciones que no les corresponden, como distribuir bienes escasos, fijar las prioridades del gasto público y decidir sobre los medios para realizar dicha distribución.[25] Ahora bien, si la Constitución fija normas que establecen los objetivos públicos prioritarios, y dichas disposiciones son normas jurídicas de superioridad jerárquica, es un contrasentido pretender que la definición de las políticas públicas y el destino de los recursos públicos estén excluidos del control jurisdiccional. Es más, el mandato constitucional no se satisface con que las políticas públicas se asocien con simple retórica a este, sino que deben ser eficientes, so pena de violar la Constitución y desperdiciar los recursos generalmente escasos.

Si la rama gubernamental actúa conforme a la Constitución, los tribunales deben rechazar toda demanda en contra, pero

---

22 Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez: Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso,* trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 2010, p. 348. Sobre este punto véase Garrido Gómez, María Isabel, *La democracia en la esfera jurídica,* Madrid, Civitas, 2013, pp. 32 y ss.

23 Subirats, Joan, "¿Qué democracia tenemos? ¿qué democracia queremos?", *cit.,* pp. 155 y 180.

24 Morales, Leticia, "La justificación democrática de los derechos sociales", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación,* núm. 5, 2017, pp. 229 y ss. Sobre este punto véase también lo planteado por Garrido Gómez, María Isabel, *La democracia en la esfera jurídica, cit.,* pp. 99 y 100.

25 Noguera Fernández, Albert, *Los derechos sociales en las nuevas Constituciones latinoamericanas,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 40; Quinche Ramírez, Manuel y Rivera Rugeles, Juan, "El control judicial de las políticas públicas como instrumento de inclusión de los derechos humanos", *Vniversitas,* núm. 121, 2010, p. 128; Tushnet, Mark, *Taking the Constitution Away From the Courts,* Princeton, Princeton University Press, 2000, p. 169.

cuando no lo hacen, deben generar el remedio adecuado.[26] Se trata de una colaboración armónica entre los distintos poderes, con el fin de garantizar la satisfacción de los derechos de las personas,[27] tal y como lo establece la Corte Constitucional de Colombia.[28] El activismo judicial bien entendido implica, simplemente, que el juez tome en serio todas las normas constitucionales.[29]

Otro mito: los tribunales carecen de capacidad técnica para elaborar políticas públicas

Se plantea que la falta de experticia por parte de los jueces en estos temas trae como consecuencia el riesgo de que se equivoquen.[30]. Según Dworkin, en términos institucionales, los legisladores y los miembros del ejecutivo no están en mejor posición que los jueces para decidir en materia de derechos.[31] La falta de información de los jueces frente a determinados temas es superable con la solicitud de opiniones autorizadas y de peritos.

Las políticas públicas deben estar atadas a los derechos, en tanto que estos consisten en normas jurídicas obligatorias. Los jueces constitucionales deben garantizar que aquellas se sujeten a lo que disponen la Constitución y los derechos fundamenta-

---

26 Bendor, Ariel, "The Relevance of the Judicial Activism vs. Judicial Restraint Discourse", *Tulsa Law Review,* núm. 2, 2011, p. 337.

27 Quinche Ramírez, Manuel y Rivera Rugeles, Juan, "El control judicial de las políticas públicas como instrumento de inclusión de los derechos humanos", *cit.,* p. 129.

28 Colombia, Corte Constitucional (Sala Tercera de Revisión), Sentencia T-025/04 del 22 de enero.

29 Carbonell, Miguel, "Desafíos del nuevo constitucionalismo en América Latina", *Precedente,* 2010, p. 215; Michelman, Frank, "The Constitution, Social Rights, and Liberal Political Justification", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, núm. 1, 2003, pp. 13 y ss.

30 Cross, Frank, "The Error of Positive Rights", *University of California Law Review*, vol. 48, núm. 4, 2001, pp. 887 y ss.; González Parra, Dany, "El control judicial a la economía: Una cuestión democrática", *Jurídicas Corporación Universidad de la Costa,* núm. 11(1), 2015, p. 66.

31 Dworkin, Ronald, *Una cuestión de principios*, trad. de Victoria Boschiroli, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2017, pp. 43 y ss.

les,[32] cuando los afectados acudan ante estos en demanda de respuesta para sus necesidades insatisfechas.

VI. Metodología que puede seguir el juez para un adecuado *control de viabilidad de las políticas públicas sociales*

Sugerimos los siguientes cuatro pasos para ayudar al juez constitucional, a la hora de verificar la compatibilidad o viabilidad de las políticas públicas sociales con los derechos fundamentales, y asegurar la eficacia de lo decidido: *1)* diagnosticar el problema de la política pública social a partir de la observación y discusión democrática del tema; *2)* determinar las normas constitucionales y del bloque de constitucionalidad vulneradas; *3)* establecer el tipo de intervención u órdenes a impartir que se requieren ante la situación diagnosticada y las normas vulneradas, porque de ahí dependerá la necesidad o no de crear directamente la política o si conviene el reenvío, y *4)* seleccionar mecanismos diversos y participativos adecuados para garantizar el cumplimiento de la decisión.

1) Diagnosticar el problema

La interpretación constitucional, siguiendo a Häberle, se puede *democratizar,* y todo el que vive la norma, la ha de interpretar.[33] Y es que los jueces constitucionales no son los únicos guardianes de la Constitución.[34] Bajo esa premisa, en el control de las políticas públicas sociales por parte de los tribunales constitucionales deben estar incluidos, potencialmente, todos los órganos del Estado, todos los ciudadanos y grupos.

---

32 Quinche Ramírez, Manuel y Rivera Rugeles, Juan, "El control judicial de las políticas públicas como instrumento de inclusión de los derechos humanos", *cit.,* pp. 131 y ss.

33 Häberle, Peter, *El Estado constitucional,* trad. de Héctor Fix-Fierro, México, D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2016, pp. 143 y ss.

34 Häberle, Peter, "La jurisdicción constitucional en la actual etapa evolutiva del Estado constitucional", trad. de Manuela Pérez, *Pensamiento Constitucional,* núm. 10, 2004, pp. 34 y 35.

Los jueces constitucionales, una vez apoderados, ya sea mediante alguno de los procesos constitucionales, deben escuchar a las partes en conflicto y promover la interacción con las otras esferas de la sociedad, es decir, con las asociaciones civiles, los partidos políticos, los organismos de control, los movimientos sociales, entre otros.

En la fase de instrucción de la causa se debe impulsar el activismo procedimental;[35] solicitar pruebas; incentivar la participación de otras potenciales víctimas, para lo cual pudieran acumularse los casos análogos, así como la participación de los interesados y de los expertos; estos últimos bien podrían hacerlo a través de la figura del *amicus curiae;* abrir audiencias y hacer preguntas clave para el diagnóstico adecuado del problema; y cuestionar de manera directa a los poderes públicos sobre el incumplimiento de las obligaciones, las razones de ello y sobre sus propuestas para remediarlo.[36]

En ese primer momento es importante promover las soluciones conciliatorias,[37] en cuyo caso, el papel del tribunal constitucional será para velar porque en el acuerdo se respeten los derechos de las personas de manera íntegra.[38]

En caso de que ya exista la política, el intérprete constitucional deberá avalar si la política pública es mínimamente eficiente. El juez debe recabar toda la información posible, objetiva y técnica, pues deberá verificar luego si el medio escogido por el poder público es ineficiente o incapaz de producir el resultado esperado, ante lo cual deberá declararlo inconstitucional, por no constituir un medio legítimamente destinado a realizar el fin constitucional propuesto.[39]

---

35 Sedlacek, Federico, "El control jurisdiccional de políticas públicas: Hacia una reformulación del dogma republicano", *cit.,* p. 60.

36 Pascual Vives, Francisco, "El desarrollo de la institución del *amicus curiae* en la jurisprudencia internacional", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 21, 2011, p. 37.

37 Sedlacek, Federico, "El control jurisdiccional de políticas públicas: Hacia una reformulación del dogma republicano", *cit.,* p. 60.

38 Osuna, Néstor, "Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia", en Bazán, Víctor y Steiner, Christian (eds.), *La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*, Berlín, Konrad Adenauer Stiftung, 2015, p. 93.

39 De Barcellos, Ana, "Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas", *Revista Diálogo Jurídico*, núm. 15, 2007, pp. 27 y 28.

Si a partir del diagnóstico se identifica que la violación o violaciones alegadas de derechos: *a)* afectan a un número significativo de personas; *b)* vienen manteniéndose por amplio lapso de tiempo; *c)* varias entidades estatales son responsables de las trabas sistemáticas de la política pública, y *d)* la solución presupone el dictado de órdenes de ejecución compleja, en la que varias entidades públicas deberán emprender acciones coordinadas para proteger a toda la población afectada e invertir una importante cantidad de recursos económicos; entonces se trata de un *caso estructural.*[40]

2) Determinar las normas constitucionales y del bloque de constitucionalidad vulneradas

Para contrarrestar los señalamientos de algunos críticos del Derecho, para quienes una "decisión judicial es más justa si representa la aplicación de estándares establecidos, más bien que la imposición de otros nuevos",[41] el siguiente paso consiste en describir el fenómeno diagnosticado, y pasar a determinar las disposiciones constitucionales y del bloque de constitucionalidad que se ven vulneradas por dicho problema. Al partir entonces de las disposiciones que tratan de la dignidad humana y de los derechos fundamentales, se desprenderá lo que el poder público está específicamente obligado a hacer con carácter prioritario.[42]

Las primeras preguntas específicas por responder en el análisis son: *a)* ¿quiénes son los sujetos perjudicados por el problema?; *b)* ¿cómo afecta a la dignidad humana de estas personas dicho problema?; y c) ¿qué implica esta situación para el Estado social y democrático de derecho?

---

40 Uprimny, Rodrigo y Durán, Juanita, "Equidad y protección judicial del derecho a la salud en Colombia", *Comisión Económica para América Latina y el Caribe-Serie Políticas Sociales*, núm. 197, 2014, p. 47. En sentido similar: Henao Pérez, Juan, "El juez constitucional: Un actor de las políticas públicas", *cit.,* p. 86. Estos criterios se obtienen a partir del concepto de estado de cosas inconstitucional declarados en las sentencias SU-559 de 1997, T-069 de 1998, T-153 de 1998, SU-090 de 2000, T-215 de 2002 y T-025 de 2004 de la Corte Constitucional de Colombia.

41 Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio,* trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 2012, p. 48.

42 De Barcellos, Ana, "Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas", *cit.,* p. 31.

Por otro lado, y en ese mismo orden, las políticas no pueden contradecir los principios fundamentales de los derechos, como *d)* la universalidad; *e)* la igualdad y no discriminación; *f)* la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos fundamentales;[43] *g)* la razonabilidad; *h)* la progresividad y no regresividad, y los de *i)* contenidos y obligaciones mínimos de cada derecho social, que vienen dados por las propias normas constitucionales y del bloque de constitucionalidad.[44]

Con el test de razonabilidad o de proporcionalidad se puede verificar la adecuación entre el fin buscado con las medidas adoptadas en la política y el/los medio/s empleado/s, la necesidad de determinadas medidas ante la inexistencia de mecanismos alternativos que garanticen iguales resultados y menos lesivos y, finalmente, que lo alcanzado valga las limitaciones que impone.[45]

En caso de que la política no exista, todos estos estándares descritos anteriormente podrán marcar las pautas mínimas del enfoque que debe adoptar la política pública faltante.

3) Establecer el tipo de intervención u órdenes a impartir que se requieren

Los tribunales pueden limitarse a declarar el derecho fundamental violado; declarar la violación del derecho fundamental y solicitar al Estado la provisión de solución, sin señalar cómo y cuándo, o sin determinar cómo, pero ordenar hacerlo en un período concreto; o, finalmente, detallar el tipo de remedio a utilizarse, cómo hacerlo y cuándo.[46]

---

43 Henao Pérez, Juan, "El juez constitucional: Un actor de las políticas públicas", *cit.,* p. 74.

44 Abramovich, Víctor, "Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo", *Revista de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe,* núm. 88, 2006, p. 43.

45 Barroso, Luis, "La americanización del Derecho constitucional y sus paradojas: teoría y jurisprudencia constitucional en el mundo contemporáneo", trad. de Carlos Peralta, *International Law Students' Association Journal of International & Comparative Law*, vol. 16/3, 2010, p. 711.

46 Fabre, Cécile, *Social Rights under the Constitution. Government and Decent Life*, Oxford, Oxford University Press, 2000. Sobre este punto véase Aguilar Cavallo, Gonzalo, Gajardo, Benjamín y Pía León, Ana, "Equidad, inclu-

Ante casos de problemas estructurales, algunos autores recomiendan la *jurisprudencia dialógica*, la cual integra: *a)* una interpretación fuerte de los derechos que permita amparar los derechos de la población en situaciones de vulnerabilidad y exclusión; *b)* el dictado de órdenes flexibles, donde los jueces señalan metas amplias, sin embargo, no determinan las soluciones concretas, y *c)* mecanismos de seguimiento fuertes, que conllevan la participación y debate de los sectores sociales indispensables, de modo que se impida que las autoridades políticas incumplan la orden judicial.[47]

Los tribunales constitucionales pueden ordenar, entre otras medidas, que: *a)* se diseñen y pongan en marcha las políticas, planes y programas que garanticen de manera adecuada los derechos fundamentales; *b)* se designen los recursos necesarios para garantizar la efectividad de tales derechos; *c)* se modifiquen las prácticas, las barreras violatorias de la Constitución y del bloque de constitucionalidad; *d)* se reforme el marco jurídico cuyas falencias han contribuido al problema, y *e)* se realicen los trámites que sean indispensables para superar la vulneración de los derechos.[48]

Las medidas concretas que serán implementadas por el gobierno para satisfacer los derechos fundamentales en cuestión se van fijando cada vez de modo más estricto, mediante audiencias participativas, en las que se escucha a la población afectada y se busca, junto con el gobierno, la mejor solución posible, lo cual fomenta un acercamiento que de otro modo no sería probable.[49]

Ahora bien, cabe destacar que en el momento de decidir el tipo de intervención, deben tenerse claro los derechos que pre-

---

sión social y democracia: una respuesta crítica a los argumentos en contra del activismo judicial", *Estudios Constitucionales*, núm. 1, 2015, p. 385.

47 Uprimny, Rodrigo y Durán, Juanita, "Equidad y protección judicial del derecho a la salud en Colombia", *cit.*, pp. 47 y 48.

48 Estos criterios se obtienen a partir del concepto de estado de cosas inconstitucional declarados en las sentencias SU-484 de 2008 del 15 de mayo de 2008 y T-025 de 2004 del 22 de enero de 2004 de la Corte Constitucional de Colombia, entre otras.

49 Eto Cruz, Gerardo, "Hacia una tipología específica de sentencias constitucionales para la tutela de los derechos sociales", *Pensamiento Constitucional*, núm. 15, 2010, p. 123.

cisan atención inmediata.[50]Las vulneraciones que causan daños irreparables en la vida y salud de las personas requieren de una solución urgente y, si debe abrirse el debate, los plazos para ello deben ser cortos. El juez debe saber lo que se puede y/o no negociar por medio del debate. Ante lo innegociable, en lugar de adoptar órdenes abiertas o flexibles donde se difiere la solución a los poderes públicos, corresponde al juez tomarlas.[51] El tribunal deberá asumir un compromiso serio, sobre todo para con los grupos en situación de vulnerabilidad, a los cuales debe proteger y garantizar que la *deliberación democrática* no cercene ni postergue innecesariamente más el ejercicio de sus derechos. Siempre deberá ofrecer razones suficientes a la ciudadanía para sustentar su decisión.[52]

4) Seleccionar los mecanismos para garantizar el cumplimiento de la decisión

El cumplimiento de las sentencias es una parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva. Sin esto, las sentencias se tornan en meras declaraciones teóricas inservibles y costosas.[53]

Conviene integrar toda una estrategia para hacer cumplir lo ordenado, en ese sentido, puede designarse una comisión de personas o instituciones para el seguimiento y vigilancia de la ejecución y cumplimiento de la sentencia.[54] Es importante que

---

50 Sagüés, Néstor, "Los Tribunales Constitucionales como agentes de cambios sociales", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Jorge Prats, Eduardo (coords.), *VII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional,* Santo Domingo, Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia, 2011, p. 33.

51 Martínez García, Jesús, "Pensar el riesgo. En diálogo con Luhmann", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho,* núm. 21, 2010, pp. 181 y 182.

52 Aguilar Cavallo, Gonzalo, Gajardo, Benjamín y Pía León, Ana, "Equidad, inclusión social y democracia: una respuesta crítica a los argumentos en contra del activismo judicial", *cit.,* p. 388.

53 González Cueto, Tomás, "La ejecución de sentencias de condena a la Administración a realizar una actividad o a dictar un acto", *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 26, 2012, p. 263.

54 Soledispa, Azucena y Sánchez, Silvana, "Guía para la identificación, selección y judicialización de casos de violación de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) de las mujeres, a nivel nacional", Lima, Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de las Mujeres, 2011, p. 33.

el tribunal constitucional adopte un papel activo en la supervisión del cumplimiento de la decisión y cuente con aliados. El juez debe conservar la competencia para vigilar el cumplimiento del fallo hasta el final y deberá activar los mecanismos de ejecución forzosa ante el incumplimiento.

Otras dos herramientas que facilitan y crean el clima adecuado para la justiciabilidad de los derechos sociales, muy especialmente cuando se persigue la toma de decisiones por parte de los tribunales constitucionales que controlen y/o modifiquen las políticas públicas sociales, son: *a)* el fomento de la educación en derechos humanos en todos los niveles de la enseñanza y en todos los sectores sociales, para que provoque un cambio en la cultura jurídica y empodere a la población, en especial, a los sectores excluidos para que velen por el control de las políticas públicas, combatan la discriminación y se involucren e incidan activamente en las soluciones, y *b)* el uso del litigio estratégico ante las violaciones sistemáticas o consistentes de derechos sociales, el cual tiene como desafío explorar el potencial de reivindicar el derecho al desarrollo y el cumplimiento de la Agenda 2030.

En definitiva, el tipo de intervención practicada por parte de los tribunales constitucionales en las políticas públicas dependerá del caso concreto. La pasividad del guardián de la Constitución o el exhorto al cumplimiento, ante reclamos realizados en contextos de violaciones graves, recurrentes y sistemáticas de derechos sociales que ponen en peligro la vida y la salud de las personas, como los de nuestra región, es infundada y hace que el actual Estado social y democrático de derecho y su fundamento, se renieguen a sí mismos. Es en dicho contexto, y más aun, cuando se trata de grupos en situación de vulnerabilidad, que los jueces deben tomar con mayor determinación todas las medidas necesarias hasta revertir esas evidentes vulneraciones a la Constitución y al bloque de constitucionalidad.

Sin lugar a dudas que estas tareas de los tribunales constitucionales no son simples y no serán optimizadas de la misma forma y manera en cada país de la región. De lo que sí podemos estar seguros es de que, en la medida en que la población se empodere y haga posible un mejor nivel de coordinación entre los poderes del Estado, iremos avanzando y construyendo en la región una sociedad más libre, próspera, equitativa, pacífica.

Los retos del Estado mexicano en torno a la garantía y justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales

***

The challenges of the mexican State regarding the guarantee and justiciability of economic, social, cultural and environmental rights

*Manlio Fabio Casarín León**

Resumen: la existencia de diversos órganos y mecanismos no jurisdiccionales y jurisdiccionales de protección de derechos humanos, han configurado en los últimos años un auténtico sistema que a partir de directrices, principios y estándares emanados de instrumentos y organismos internacionales, así como de la máxima autoridad judicial en el ámbito interno, están llamados a materializar el paradigma constitucional/convencional vigente en nuestro país desde 2011. Sin embargo, para lograr dicho propósito resulta indispensable la revisión y, en su caso, la eventual reforma de dichos mecanismos a efecto de contar con una adecuada articulación que les permita interactuar coordinada y colaborativamente para lograr mejores niveles de justicia material, evitando prácticas regresivas por parte de los poderes públicos; sobre todo en el contexto de una variada y compleja problemática que vive actualmente la sociedad mexi-

* Doctor en Derecho Público. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana.

cana, que propicia ambientes desfavorables para la promoción, respeto y protección efectiva de los derechos humanos, particularmente de los DESCA.

Abstract: the existence of various non-jurisdictional and jurisdictional bodies and mechanisms for the protection of human rights has, in recent years, created an authentic system that, based on guidelines, principles and standards emanating from international instruments and bodies, as well as from the highest judicial authority in the domestic sphere, is called to materialize the constitutional/conventional paradigm in force in our country since 2011. However, to achieve this purpose, it is essential to review and, where appropriate, eventually reform these mechanisms in order to have an adequate articulation that allows them to interact in a coordinated and collaborative manner to achieve better levels of material justice, avoiding regressive practices by public powers; especially in the context of a varied and complex problem that Mexican society is currently experiencing, which fosters unfavorable environments for the promotion, respect and effective protection of human rights, particularly ESCER.

Palabras clave: Estado constitucional, . derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, mecanismos no jurisdiccionales y jurisdiccionales de protección, control de constitucionalidad y convencionalidad.

Keywords: constitutional state, economic, social, cultural and environmental rights, non-jurisdictional and jurisdictional protection mechanisms, constitutional and conventional control.

Sumario: I. Planteamiento general. II. Breves consideraciones en torno al reconocimiento, extensión y alcance interpretativo de los DESCA en los sistemas universal y regional de protección de derechos humanos. III.. El contexto nacional y la problemática para la realización de los DESCA. IV. La necesaria y debida articulación de los mecanismos no jurisdiccionales y jurisdiccionales de protección de derechos humanos para la tutela efectiva de los DESCA en México. V. Conclusión.

I. Planteamiento general

Uno de los temas más debatidos desde la segunda mitad del siglo XX, tanto en la esfera nacional como internacional, se refiere al reconocimiento, contenido, garantía y justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), cuya realización efectiva representa uno de los mayores desafíos a los Estados en el mundo, en aras de garantizar condiciones de bienestar y vida digna a sus habitantes, además de permitir la eliminación paulatina de las barreras sociales que obstaculizan el ejercicio en libertad y calidad de los demás derechos, incluyendo la participación en entornos democráticos de todas las personas en el desarrollo de la colectividad.[1]

Ahora bien, con el surgimiento, desarrollo y consolidación de los Estados constitucionales en la segunda posguerra, así como la incorporación en sede interna del derecho internacional de los derechos humanos, que implicó la suscripción de declaraciones, pactos y convenciones que dieron vida a los sistemas universal y regionales de protección, no sólo se propició el redimensionamiento, significado y alcances de los derechos en general a partir del concepto de dignidad humana, sino que trajo aparejada la creación o modificación de Constituciones escritas con una fuerte densidad axiológica, traducida en valores, principios e instituciones que le daban fundamento y legitimidad al ordenamiento jurídico, en particular la forma de garantizar la supremacía, fuerza normativa y efectividad de sus disposiciones, sobre

[1] Si bien es cierto que en el análisis histórico y teórico-doctrinal la Constitución mexicana de 1917 consagró por primera vez los derechos sociales en el mundo, a partir de los ideales revolucionarios emanados del conflicto armado que precedió a dicho texto fundamental, del cual surgió un régimen que se legitimó durante más de siete décadas enarbolando la lucha por la justicia social, lo cierto es que las viejas concepciones del Estado liberal en torno a la naturaleza de las Constituciones y esta clase de derechos, supeditaron su cumplimiento y realización a las representaciones políticas y al carácter programático que se les asignó, al depender su concreción de la voluntad discrecional, incierta y futura de los poderes públicos -en particular el ejecutivo y el legislativo-, que implicaba la realización de acciones positivas (básicamente de carácter prestacional) con impacto en la economía y finanzas estatales, haciéndose prácticamente nugatoria su justiciabilidad.

todo por cuanto hace a la exigibilidad de los derechos en sede jurisdiccional.[2]

En el caso de México, a partir de la reforma constitucional de junio de 2011 las normas sobre derechos humanos se deben interpretar de conformidad con el propio texto fundamental y los tratados internacionales de los que el Estado sea parte, favoreciendo en todo momento la protección más amplia de las personas, aunado a la obligación general de todas las autoridades, en el ámbito de su competencia, para promoverlos, respetarlos, protegerlos y garantizarlos atendiendo a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, con los deberes específicos de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los mismos.

Este paradigma representa un parteaguas en la historia reciente de nuestro país, en virtud de que se adopta un modelo de garantías reforzadas en donde a partir del denominado control de constitucionalidad/convencionalidad, los órganos competentes del Estado federal mexicano tienen la obligación de contrastar las normas o actos emitidos por las autoridades de los tres niveles de gobierno con el bloque de derechos humanos consagrados tanto en la ley fundamental como en los tratados internacionales, incluyendo los criterios interpretativos que realiza la Suprema Corte de Justicia en el ámbito interno, y aquellos emitidos por la Corte Interamericana en sede internacional.[3] Desafortunada-

[2] De esta manera, el conjunto de derechos humanos reconocidos y consagrados tanto en los textos constitucionales como en los tratados, fueron configurando una serie de obligaciones y deberes a cargo de los Estados con base en nuevas directrices, principios y formas de interpretación de los ordenamientos jurídicos, correspondiendo en última instancia a las Cortes y Tribunales Constitucionales (en sede interna) así como a órganos jurisdiccionales supranacionales, garantizar la tutela efectiva de los mismos.

[3] Al respecto, los Tribunales del Poder Judicial de la Federación y en particular la Suprema Corte, han venido realizando importantes desarrollos jurisprudenciales por cuanto hace a la justiciabilidad de los DESCA, sobre todo a partir del derecho comparado y el derecho internacional de los derechos humanos en temas como el núcleo o contenido esencial de los derechos, el acceso a un nivel de vida adecuado, el derecho al mínimo vital, así como los principios de interdependencia y progresividad, incluyendo el nivel de protección exigido para garantizar el derecho a la salud, educación, medio

mente, al día de hoy la realidad social nos muestra la existencia de muchas dificultades para poder materializar efectivamente dicho paradigma.[4]

Paradójicamente, si tomamos en cuenta que en el país existe una verdadera constelación de órganos y mecanismos jurisdiccionales y no jurisdiccionales de protección de derechos humanos, tanto a nivel federal como en el ámbito de las entidades federativas, mismos que estarían llamados a ejercer y darle plena eficacia -en el ámbito de sus competencias- al referido control constitucional/convencional, lo cierto es que lamentablemente a pesar de contar con determinadas directrices y principios interpretativos tanto de los sistemas y organismos universal y regional de protección derechos humanos, así como de nuestro Máximo Tribunal, la actuación y el contenido de sus resoluciones evidencian en varios de ellos la falta de interiorización y praxis de un modelo redimensionado que permita materializar mayores y mejores niveles de justicia en la sociedad mexicana.

Es precisamente el propósito del presente trabajo plantear algunas reflexiones en torno a la revisión y fortalecimiento de este gran sistema nacional de órganos y mecanismos de protección de derechos humanos, que en teoría reflejan estructuras normativo-institucionales más o menos robustas (que han ido en aumen-

---

ambiente, vivienda, cultura, alimentación y agua potable, entre otros. *Véase* al respecto, SCJN, *Sentencias relevantes en materia de derechos humanos: DESCA*. *https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/buscadores-juridicos/sentencias-relevantes-en-materia-de-derechos-humanos/1358* [31-05-2024].

[4] Algunos de los factores que han contribuido en los últimos años a crear entornos desfavorables para la promoción y tutela efectiva de los DESCA, han sido documentados por organismos internacionales y nacionales, incluidas organizaciones de la sociedad civil, mismos que se reconducen a evidenciar un Estado de derecho débil, en donde persisten alarmantes niveles de violencia, inseguridad, corrupción, impunidad y pobreza, aunados a sistemáticas violaciones de derechos humanos, tratándose del acceso a servicios esenciales como la salud y educación; y qué decir de los entornos y tensiones generados por decisiones tanto del titular del poder ejecutivo como del legislativo federal con otras ramas del poder público, principalmente el poder judicial y órganos constitucionales autónomos (encargados de garantizar determinados derechos), lo que se ha traducido en una merma de los contrapesos institucionales necesarios en una democracia constitucional.

to en los últimos años), pero que en la realidad se perciben como instancias burocráticas, con resultados limitados, derivados de su ineficacia e insuficiencia para alcanzar sus finalidades, generándoles a los justiciables altos costos económicos y de tiempo, además de situaciones de indefensión en algunos casos, razón por la cual se requiere de una articulación adecuada entre aquellos de naturaleza no jurisdiccional con los propiamente jurisdiccionales, en aras de responder a cabalidad con la tutela efectiva de los derechos, en particular los DESCA, como prerrogativas indispensables de las personas para garantizar su bienestar y calidad de vida digna.

II. Breves consideraciones en torno al reconocimiento, extensión y alcance interpretativo de los DESCA en los sistemas universal y regional de protección de derechos humanos.

a) Tratándose de los DESCA, tanto la Organización de Naciones Unidas en el sistema universal como la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito regional, han marcado la pauta para determinar su extensión y alcance a partir del desarrollo de estándares interpretativos reconducidos a garantizar su núcleo esencial.[5]De esta manera, dentro de las obligaciones genéricas de los Estados para garantizar el goce y ejercicio de los derechos al trabajo, a la seguridad social, a la salud, a un medio ambiente sano, a la alimentación, a la educación, a los beneficios de la cultura, a la protección de la familia, de la niñez, de las

[5] Estos derechos se consagran básicamente en instrumentos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales PIDESC (1966), su Protocolo Facultativo (2008), la Convención Americana sobre Derechos Humanos CADH (1969) y su Protocolo Adicional de San Salvador (1988), destacándose en el preámbulo de este último la relación y complementariedad de los DESCA con los derechos civiles y políticos (DCP), al constituir un todo indisoluble basado en la dignidad del ser humano, por lo que no puede justificarse la violación de unos en aras de la realización de los otros.

personas adultas y de aquellas que tienen discapacidad, entre otros, destacan:[6]Las de adoptar medidas inmediatas, lo que implica entre otros factores garantizar el acceso para el goce y ejercicio de los derechos en condiciones de igualdad y no discriminación, incluyendo los grupos vulnerables;[7] también comprende la adecuación del marco legal interno para la remoción de obstáculos que impidan su realización, evitando la derogación o suspensión de la legislación necesaria para su goce y ejercicio; y la generación y acceso a la información pública, vigilancia efectiva y formulación de políticas, planes y programas de acción para su implementación progresiva, así como la provisión de medios de impugnación (recursos judiciales y de otra índole) efectivos,[8] para que las personas indivi-

6 *Cfr.* Casarín León, Manlio Fabio, *Constitución, Administración Pública y Derechos Fundamentales*, México, Tirant Lo Blanch, 2022, pp. 115-117.

7 De acuerdo con Sandra Serrano y Daniel Vázquez, para la adopción de medidas tendientes a realizar los derechos humanos, y en particular los DESCA, operan los llamados elementos esenciales que establecen parámetros a partir de los cuales los derechos deben ser cumplidos y realizados. Al efecto, ponen como ejemplo el derecho a la protección de la salud, cuyos parámetros relevantes son: *la disponibilidad*, para que la realización del derecho sea suficiente; *la accesibilidad*, para que las personas no se vean impedidas a disponer del derecho por cuestiones geográficas, económicas o de discriminación; *la calidad*, para que se tenga el potencial de lograr el derecho; y *la aceptabilidad*, que implica considerar a la población objetivo para la realización del derecho. *Cfr.* "Los principios constitucionales en materia de derechos humanos y su relación con los DESCA" en Courtis, Christian (Coord.), *Manual sobre justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA),* Tomo I, México, SCJN, 2021, *https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/Publicaciones/archivos/2022-02/Manual%20sobre%20justiciabilidad%20de%20los%20DESCA_Tomo%20uno%20rev.pdf* [31-05-2024].

8 Al hablar de las Observaciones Generales emanadas del Comité DESC, Christian Courtis hace referencia a las obligaciones de los Estados establecidas en el PIDESC para la justiciabilidad de los DESCA, en el sentido de que provean recursos efectivos –en principio de índole judicial, aunque pueden proveer también recursos administrativos si estos son adecuados, es decir, "accesibles, no onerosos, rápidos y eficaces"–, e idealmente sujetos a un recurso judicial ulterior. En este sentido, afirma el autor, el Comité DESC ha señalado la conveniencia de que puedan invocarse directamente las disposiciones del Pacto ante los jueces nacionales en aras de la protec-

dualmente o en forma colectiva cuenten con medios de tutela de los derechos, la reparación de los mismos y se garantice además la responsabilidad de los gobiernos.[9]

b) Las de garantizar niveles esenciales de los derechos, adoptando medidas que conlleven acciones positivas cuando su grado de satisfacción se encuentre por debajo de dichos niveles, o conservando la situación y no retrocediendo cuando se cumpla con dicha exigencia.[10]

c) La obligación de progresividad, en el sentido de gradualidad y progreso para mejorar paulatinamente sus condiciones de goce y ejercicio, absteniéndose de realizar políticas y medidas que redunden en la reducción de los niveles de protección alcanzados.[11] Interpretada a *contra-*

---

ción judicial de los DESCA, ofreciéndole a los juzgadores pautas para superar prejuicios y obstáculos ideológicos que niegan *a priori* la posibilidad y la conveniencia del control judicial de los poderes políticos en la materia. *Cfr.* "Los tratados internacionales de derechos humanos y su interpretación en sede internacional como fuente de aplicación de los DESCA para los jueces mexicanos" en Courtis, Christian (Coord.), *Manual sobre justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA)*, *op. cit.*, pág. 238-239.

9 Es importante destacar que cuando el PIDESC hace referencia a "adoptar medidas inmediatas", está generando el deber de los Estados para que en un plazo razonablemente breve -a partir de su ratificación- realicen una serie de actos concretos, deliberados y orientados lo más claramente posible hacia la satisfacción de la totalidad de las obligaciones, correspondiéndole justificar en todo caso el porqué ha retrocedido o no ha logrado su pronto cumplimiento. *Idem*.

10 De conformidad con la interpretación del PIDESC, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha determinado que aún en el caso de limitaciones graves de recursos, los Estados tienen la obligación de proteger a los miembros vulnerables de la sociedad, fijando las prioridades para hacer un manejo racional de los mismos sin poder alegar insuficiencia como excusa de su cumplimiento; en caso de hacerlo, deberán comprobar que han hecho todo lo posible para satisfacer con carácter prioritario esas obligaciones mínimas, adoptando medidas que en su conjunto se consideran suficientes para realizar el derecho en el plazo más breve y con los recursos disponibles.

11 La gradualidad se refiere a que la efectividad de los derechos no va a lograrse de una vez y para siempre, sino que se trata de un proceso que implica diseñar políticas, planes y programas, así como definir metas a corto, me-

> *rio sensu,* la obligación de progresividad implica también la prohibición de regresividad, en el sentido de que una vez logrado el avance en el disfrute de los derechos no se podrá disminuir el nivel alcanzado en todos los ámbitos de la acción estatal, salvo circunstancias excepcionales, por lo que se debe evaluar a quién beneficia y perjudica la medida, en qué grado se cumple el derecho y, en su caso, cómo se amplía su goce y ejercicio.

Ahora bien, por cuanto hace a la satisfacción de deberes específicos tratándose del derecho de acceso a la justicia, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la ha venido configurando con un contenido complejo, al comprender no solamente el derecho de acción sino también el respeto por parte de los Estados de las garantías judiciales ante cualquier instancia jurisdiccional o administrativa en aras de salvaguardar el debido proceso, comprendiendo el derecho a obtener respuesta en un plazo razonable.[12]

---

diano y largo plazo, incluyendo la elaboración de indicadores susceptibles de ser supervisados y evaluados por los actores sociales, mientras que el progreso patentiza que el disfrute de los derechos siempre deberá mejorar por cuanto hace a cobertura, pero también en la relativo a impacto favorable y calidad.

[12] En el ámbito nacional, este derecho ha sido interpretado por la Suprema Corte de Justicia básicamente a partir de lo establecido en los artículos 1º. y 17 de la Constitución federal, lo cual implica -entre otros aspectos- la obligación de atender a todas las personas por igual y con una visión interdependiente, ya que el ejercicio de un derecho humano implica necesariamente que se respeten y protejan múltiples derechos vinculados, los cuales no podrán dividirse y cuya realización deberá garantizarse de manera progresiva, prohibiendo cualquier retroceso en los medios establecidos para el ejercicio, tutela, reparación y efectividad de aquéllos. Asimismo, que el acceso a la justicia comprende, en adición a determinados factores socioeconómicos y políticos, el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva y a los mecanismos de tutela no jurisdiccional que también deben ser efectivos y estar fundamentados constitucional y legalmente. *Cfr.* Casarín León, Manlio Fabio y Jorge Martínez Martínez, "El derecho humano de acceso a la justicia: avances y desafíos en la era post COVID" en Aguirre Moreno Judith *et al., Estado constitucional y sociedad. Grupos* vulnerables, Xalapa, Veracruz, México, Ed. Códice, 2023, pp. 48-49.

III. El contexto nacional y la problemática para la realización de los DESCA

De acuerdo con un informe del Latinobarómetro de las Américas, México tuvo un aumento de 11 puntos porcentuales del autoritarismo entre 2020 y 2023, así como una pérdida de apoyo a la democracia en ese mismo período (del 43% al 35%), a la vez del aumento de 2 puntos porcentuales en la indiferencia con relación al tipo de régimen. De lo anterior, tenemos que más de un tercio de la población apoya la democracia (35%), cerca de otro tercio es indiferente por el tipo de régimen (28%) y el otro tercio apoya una opción autoritaria (33%). Como se puede apreciar, el deterioro de la democracia es evidente en el período referido, lo que convierte a nuestro país en tierra fértil para autoritarismos y populismos.[13]

Por su parte, *Transparencia Internacional y Transparencia Mexicana* refieren en su edición 2023 que México es el peor evaluado entre los países que conforman la *OCDE* en materia de combate a la corrupción. Esto quiere decir que por cuarto año consecutivo mantuvo la misma calificación en el *Índice de Percepción de la Corrupción* con 31 puntos, ubicándose en la posición 126 de los 180 países evaluados, compartiendo la misma puntuación con países como El Salvador, Kenia y Togo, todos con 31/100.[14]

Al respecto, *Transparencia Mexicana* es enfática al señalar que aunque se abran cientos de carpetas de investigación por posibles actos de corrupción, no hay sanciones impuestas; tampoco se han recuperado los activos desviados o se ha realizado una apropiada reparación del daño para las víctimas, incluyendo el reconocimiento de dicha calidad a los ciudadanos y contribuyen-

[13] *Cfr.* Corporación Latinobarómetro Informe 2023, *La recesión democrática de América Latina*. Disponible en: *https://www.latinobarometro.org/lat.jsp* [27-05-2024].

[14] En el G20, que representa el grupo de las 20 economías más grandes del mundo, nuestro país se encuentra en la penúltima posición solo por encima de Rusia (26/100 puntos). *Cfr. https://www.tm.org.mx/corrupcion-seguira-siendo-reto-para-el-proximo-gobierno-transparencia-mexicana/* [27-05-2024].

tes frente a las tramas de corrupción que han sido documentadas y expuestas ante la opinión pública.[15]

Por cuanto hace al índice global de Estado de Derecho 2023, elaborado por *The World Justice Project,* el Estado mexicano se encuentra en la posición 116 de 142 países. Entre sus tendencias más importantes están el retroceso en orden y seguridad, el deterioro del sistema de justicia civil y el debilitamiento de los contrapesos no gubernamentales como la sociedad civil y la prensa, sumado a un estancamiento en materia anticorrupción.[16]

Algunas organizaciones como *Impunidad Cero*,[17]han expuesto que la problemática estructural de la impunidad ha penetrado lamentablemente en todos los rincones del sistema judicial mexicano; en particular, el preocupante incremento en los delitos de desaparición de personas donde estiman un nivel de impunidad de 99%, al señalar que tan solo de 2019 a 2022 se registraron 35,669 desapariciones, mientras que los poderes judiciales locales solo reportaron 141 sentencias condenatorias por delitos de desaparición forzada y cometida por particulares, lo que muestra que no hay proporción entre el número de casos que se registran y los que se esclarecen.

Por su parte, el Índice de Paz 2023 constata que la tasa nacional de delincuencia organizada ha aumentado un 64.2% en los últimos ocho años. Este incremento ha sido visible no solo en delitos como la extorsión y narcomenudeo, sino también en el aumento de las tasas de homicidios y violencia extrema en el

---

15 En el documento se menciona que pesar de que la sociedad mexicana identifica a la corrupción como uno de los principales obstáculos para el desarrollo social y la reducción de las desigualdades, no han sido sancionados ni culminado con sentencias firmes escándalos como la "Estafa Maestra" (con un desvío estimado en 7 mil millones de pesos), "Agronitrogenados-PEMEX" (donde se estima un desvío de 200 millones de pesos de las arcas mexicanas) y el más reciente "SEGALMEX-DICONSA-LICONSA" (con un desvío estimado en cerca de 9,500 millones de pesos).

16 *Cfr. https://worldjusticeproject.mx/presentacion-del-indice-global-de-estado-de-derecho-2023/* [27-05-2024].

17 *Cfr.* Impunidad Cero, *Impunidad en delitos de desaparición forzada en México*, diciembre *2023, https://www.impunidadcero.org/articulo.php?id=196&t=impunidad-en-delitos-de-desaparicion-en-mexico-2023* [31-05-2024].

país.[18] Asimismo, de acuerdo con los datos del Registro Nacional de Personas Desaparecidas y No Localizadas (RNPDNO), al 9 de mayo de 2024 el número de personas desaparecidas desde 1964 asciende a 116,303 personas.[19]

Otro tema bastante delicado, relacionado con la protección de derechos de niñas, niños y adolescentes se documentó en el Balance Anual 2023 presentado por la Red por los Derechos de la Infancia en México (REDIM) ante la sede de Palacio Nacional, para informar al Poder Ejecutivo que el 30.4% de este sector vulnerable de la población fue víctima de asesinatos, secuestros, reclutamiento, desapariciones y otras graves violaciones que atentaron contra sus derechos humanos.[20]

---

18 De acuerdo con este índice, las organizaciones criminales son uno de los principales responsables de la violencia en las zonas más afectadas por ese flagelo en México. Los homicidios asociados a la delincuencia organizada han aumentado casi en 300% desde 2015, de 8,000 a 23,500 muertes anuales; en el mismo periodo, los homicidios no asociados al crimen organizado se mantuvieron entre 10,000 y 12,000 anuales. *Cfr. https://insightcrime.org/wp-content/uploads/2023/05/IEP-Indice-de-Paz-Mexico-2023-Espanol.pdf* [31-05-2024].

19 Sin embargo, la nueva Estrategia Nacional de Búsqueda Generalizada de Personas Desaparecidas que presentó el gobierno federal el 14 de diciembre de 2023, ha reducido notablemente esta cifra que se conoce de manera oficial a través de la Comisión Nacional de Búsqueda. Para algunas Organizaciones No Gubernamentales como *Amnistía Internacional*, dicha estrategia no se consultó ni se coordinó con los colectivos de búsqueda del país por lo que organizaciones de derechos humanos que las acompañan cuestionaron la metodología utilizada, ya que no deja en claro el censo y el universo de población consultado, así como los instrumentos utilizados en la investigación. De hecho, señala esta ONG, casi 80,000 personas consideradas como desaparecidas en agosto de 2023 fueron clasificadas de forma ambigua en la actualización de diciembre de ese mismo año. *Cfr. https://amnistia.org.mx/contenido/index.php/mexico-personas-que-buscan-a-sus-familiares-desaparecidos-son-amenazadas-desplazadas-y-asesinadas/#:~:text=De%20acuerdo%20con%20los%20datos,asciende%20a%20116%2C%20303%22personas* [31-05-2024].

20 En efecto, sostienen las casi 80 organizaciones de la sociedad civil que conforman la red, que en ese año se observaron pocos avances y en algunos casos claros retrocesos, al constatar múltiples vulneraciones en contra de la niñez y adolescencia, cometidas de manera recurrente y casi normalizada derivada de la violencia armada, la expansión de actividades delictivas y las disputas entre grupos delincuenciales, en el contexto de una

En el documento de análisis sobre la medición multidimensional de la pobreza 2022, el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL) publicado en agosto de 2023, dio a conocer los principales resultados de las carencias sociales,[21] evidenciando los enormes retos que enfrenta nuestro país en este sensible tema.[22]

Recientemente, un informe de la Comisión Independiente de Investigación sobre la Pandemia de Covid-19 en México reveló que en 2022, cuando lo peor de la emergencia sanitaria había pasado, el número de personas sin acceso a servicios de salud llegó a 50.3 millones (39.1% de la población), representando un

crisis de derechos humanos que se agrava para un país que parece naturalizar las noticias sobre masacres y balaceras, en detrimento a los derechos humanos y a una vida libre de violencias que niñas, niños y adolescentes deben tener. *Cfr. https://derechosinfancia.org.mx/v1/2023-un-ano-de-multiples-violencias-y-retrocesos-en-materia-de-derechos-para-infancias-y-adolescencias-en-mexico/* [27-05-2024].

21 De acuerdo con este órgano constitucional autónomo (en proceso de extinción por reforma de 20 de diciembre de 2024), previsto en el artículo 26 de la Constitución General, el espacio de los derechos sociales que contempla la medición multidimensional de la pobreza permite conocer cuántas y cuáles son las carencias sociales que padecen las personas. Los indicadores empleados para la medición de la pobreza multidimensional se encuentran definidos en el artículo 36 de la Ley General de Desarrollo Social. *Cfr. https://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Documents/MMP_2022/Documento_de_analisis_sobre_la_medicion_multidimensional_de_la_pobreza_2022.pdf* [31-05-2024].

22 En el documento se destacan los siguientes aspectos: entre 2018 y 2022, el porcentaje de la población con rezago educativo pasó de 19.0% a 19.4%, lo que equivale a que la población en esta situación pasó de 23.5 a 25.1 millones; las personas que presentaron carencia por acceso a los servicios de salud pasaron de 16.2% a 39.1%, es decir, de 20.1 a 50.4 millones; en materia de seguridad social, el porcentaje de personas sin acceso a la misma pasó de 53.5% a 50.2%, lo que se traduce en un cambio de 66.2 a 64.7 millones; por cuanto hace a la carencia en calidad y espacios de la vivienda pasó de 11.0% a 9.1%, lo que en términos poblacionales representó 13.6 y 11.7 millones de personas, respectivamente; vinculado con lo anterior, las personas sin acceso a los servicios básicos en la vivienda pasaron de 19.6% a 17.8%, esto es 24.3 y 22.9 millones de personas en esta situación; y finalmente, el porcentaje de la población que presentó carencia por acceso a la alimentación nutritiva y de calidad pasó de 22.2% a 18.2%, es decir, de 27.5 a 23.4 millones de personas, respectivamente. *Idem*.

incremento de 151% (30.3 millones) frente a los 20 millones de personas que carecían de acceso en 2018.[23] Como sabemos, el experimento fallido de la creación del Instituto Nacional de Salud para el Bienestar (INSABI) y la cancelación del Seguro Popular profundizaron la debilidad del sistema de salud mexicano.[24]

Finalmente, el acceso a la información es un instrumento clave para el ejercicio de los DESCA pues permite a los ciudadanos desarrollar la capacidad para tomar decisiones informadas y acciones concretas, de tal suerte que se puedan mitigar riesgos de manera efectiva y promover mejoras en las funciones y servicios públicos básicos a cargo del Estado como la salud, la educación y la seguridad pública, entre otros, impulsando el pleno ejercicio de los derechos y libertades, así como mejorando la calidad de vida.[25]

Desafortunadamente, la política de este gobierno ha sido reservar y negar cada vez más información, a la vez de atacar y desactivar a las instituciones encargadas de garantizar la transparencia.[26] De acuerdo con una investigación de la Organización

---

23 *Cfr.* Mariano Sánchez Talanquer y Jaime Sepúlveda *(Coords.), Informe de la Comisión Independiente de Investigación sobre la Pandemia de covid-19 en México,* Ciudad de México, 2024, p. 372, *https://www.comisioncovid.mx/documents/Informe-Comision-Independiente.pdf. [30-05-2024].*

24 En efecto, señala el documento que los indicadores sobre el impacto de la pandemia son devastadores: más de 800 mil muertes en exceso, que representa una de las cifras más altas a nivel mundial; la mayor mortandad del personal de salud; la orfandad de más de 215 mil menores; la reducción de la matrícula escolar y el grave impacto económico, entre muchos otros aspectos. *Ibídem,* p. 384.

25 *Cfr.* Organización de los Estados Americanos (OEA), *El Acceso a la Información Pública, un Derecho para ejercer otros Derechos*, Departamento para la Gestión Pública Efectiva (DGPE), mayo 2013, p. 10, https://www.oas.org/es/sap/dgpe/concursoinformate/docs/cortosp8.pdf [31-05-2024].

26 La garantía efectiva de los derechos de transparencia y acceso a la información y protección de datos personales se ha visto seriamente afectada en los últimos tiempos por la parálisis del órgano garante (INAI), con miles de asuntos sin resolver por la falta de nombramiento de sus comisionados; de la misma forma, la sistemática reserva de información por parte del gobierno federal de decisiones y actos que bajo categorías como "interés u orden público" o "seguridad nacional" deberían estar a disposición del conocimiento y escrutinio público de los ciudadanos con base en el prin-

Mexicanos contra la Corrupción y la Impunidad, la Administración Pública Federal ha avanzado en sentido contrario al cumplimiento mínimo de sus obligaciones de transparencia; en dicho documento se sostiene que al revisar la información que las dependencias y entidades publican en la Plataforma Nacional de Transparencia (PNT), el portal en el cual cada una de ellas debe poner a disposición un catálogo mínimo de datos específicos, se encontró que el número total de reportes presentados ha disminuido 36% entre 2018 y 2022, es decir, cada vez hay menos datos y menos cumplimiento de las obligaciones de transparencia.[27]

IV. La necesaria y debida articulación de los mecanismos no jurisdiccionales y jurisdiccionales de protección de derechos humanos para la tutela efectiva de los DESCA en México

Una vez expuesta la situación y el panorama general que presenta nuestro país por cuanto hace a la realización de los DESCA, por razones de extensión del presente trabajo, únicamente mencionaremos y daremos una breve explicación de los principales mecanismos jurisdiccionales y no jurisdiccionales que consagra el ordenamiento jurídico mexicano para su tutela.

Jurisdiccionales

a) Amparo.[28]

cipio de "máxima publicidad", han mermado considerablemente los referidos derechos. Desafortunadamente con la reforma constitucional de 20 de diciembre de 2024, se dispuso la extinción del INAI.

27 *Cfr.* "Sin otros datos. El legado de la política de transparencia de AMLO y el abandono de la información pública", Unidad de Inteligencia Aplicada, México, 9 de agosto 2023. Disponible en: *https://contralacorrupcion.mx/sin-otros-datos-el-legado-de-la-politica-de-transparencia-de-amlo-y-el-abandono-de-la-informacion-publica/* [31-05-2024].

28 Es un proceso concentrado de carácter constitucional, por medio del cual las personas físicas o morales, nacionales o extranjeras, públicas o privadas, impugnan por vía de acción ante los Tribunales del Poder Judicial de

b) Acciones colectivas.[29]
c) Juicio contencioso-administrativo.*30*
d) Controversias Constitucionales.[31]
e) Acciones de inconstitucionalidad.[32]

---

la Federación, las normas, actos u omisiones de la autoridad que violan los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales, y cuya finalidad es la restitución o reintegración en el goce de los mismos. Su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 103 y 107, así como en la Ley de Amparo, reglamentaria de ambos preceptos.

29 Son mecanismos procesales que permiten acudir ante una autoridad jurisdiccional federal para la defensa de los derechos e intereses de los miembros de una colectividad o grupo social, vinculados por circunstancias de hecho o de derecho. Su fundamento constitucional es el artículo 17 y sólo podrán promoverse en materia de relaciones de consumo de bienes o servicios, públicos o privados y medio ambiente. Originalmente se reglamentaron en el Código Federal de Procedimientos Civiles, mediante adición del Libro Quinto, artículos 578 al 626, publicada en el *DOF* el 30 de agosto de 2011 y actualmente se regulan en el Título Sexto del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, publicado en el *DOF* el 7 de junio de 2023.

30 La justicia contenciosa administrativa tiene como finalidad esencial proteger los derechos humanos de las personas frente a los actos u omisiones de la administración pública que constituyan violaciones a la Constitución y a las leyes. El órgano jurisdiccional competente para conocer de estos juicios a nivel federal es el Tribunal de Justicia Administrativa, mientras que en el ámbito local lo serán sus homólogos de las entidades federativas. Su fundamento constitucional lo encontramos en el artículo 73, fracción XXIX-H y en la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo.

31 Son procesos consagrados en el artículo 105, fracción I de la Constitución General y su Ley Reglamentaria, que se promueven en única instancia ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación cuando se suscitan conflictos entre poderes o niveles de gobierno. Para que proceda la controversia constitucional, es presupuesto indispensable que el ámbito competencial del promovente sea afectado o limitado por un acto concreto u omisión, o una disposición de carácter general como sería el caso de un decreto, un reglamento o una ley, y que sean contrarios a lo dispuesto por la Carta Magna. De acuerdo con la Suprema Corte, la finalidad de este mecanismo también incluye de manera relevante el bienestar de la persona humana.

32 El artículo 105, fracción II y su Ley Reglamentaria, regulan estos procesos constitucionales tramitados ante la Suprema Corte de Justicia en los que se denuncia la posible contradicción entre una norma de carácter general -ley o tratado internacional- y la Constitución General, con el objeto de inva-

f) La justicia constitucional local.*33*

No jurisdiccionales[34]

a) Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH).[35]

---

lidar el ordenamiento o sus preceptos impugnados para que prevalezca la supremacía de los mandatos constitucionales.

33 La reforma integral a la Constitución Política del Estado de Veracruz en febrero del año 2000, seguida actualmente por más de veinte entidades federativas, trajo aparejada la incorporación de un sistema integral de mecanismos de control constitucional a efecto de garantizar la vigencia y supremacía del texto fundamental local, destacándose la creación del denominado juicio de protección de derechos humanos, cuyo conocimiento y resolución se le encomendó a la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia, haciéndose justiciables en aquel momento una serie de prerrogativas y libertades fundamentales incluso más avanzadas que aquellas consagradas en la Constitución General.

34 Al momento de realizar la versión final del presente trabajo, se consumó una reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de diciembre de 2024, mediante la cual fueron extinguidos diversos órganos constitucionales autónomos como el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI), el Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFETEL) y la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE), mismos que como explicamos en el presente trabajo, contaban con importantes atribuciones para garantizar y proteger derechos humanos, lo que a mi juicio constituye una grave regresión al contravenir no solo el principio de progresividad, sino el paradigma constitucional/convencional vigente en México desde el año 2011.

35 En México, la CNDH es un órgano constitucional autónomo previsto en el apartado B del artículo 102 de la Constitución General; tiene la función de proteger y defender los derechos humanos, mediante la recepción de quejas e investigación -de oficio o a petición de parte-, sobre presuntas violaciones a los mismos derivados de actos u omisiones de naturaleza administrativa, provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación; sus recomendaciones son públicas y no vinculantes, y cuenta con competencia para interponer denuncias y quejas ante las autoridades respectivas, según el tipo de responsabilidad en que a juicio del órgano incurran los servidores públicos. Asimismo, conocerá de las inconformidades que se presenten con relación a los actos u omisiones de los organismos equivalentes en las entidades federativas, y podrá investigar violaciones graves de derechos humanos a petición de los titulares de los poderes ejecutivo federal y locales, así como de alguna de las cámaras del congreso de la unión o legislaturas estatales.

b) Procuraduría de la Defensa del Contribuyente (PRODECON).[36]
c) Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF).[37]
d) Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED).[38]
e) Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO).[39]
f) Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la información y Protección de Datos Personales (INAI).[40]

---

36 Es un organismo público descentralizado no sectorizado de la administración pública federal, con autonomía técnica, funcional y de gestión, creado por la Ley Orgánica de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente. Tiene como finalidad garantizar el derecho de los contribuyentes a recibir justicia en materia fiscal federal a través de la asesoría, representación y defensa, recepción de quejas y emisión de recomendaciones en los términos que el mismo ordenamiento establece, así como de la Ley Federal de los Derechos del Contribuyente.

37 Es un organismo público descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propio, previsto en la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, que tiene como finalidad promover, asesorar, proteger y defender los derechos e intereses de los usuarios frente a las instituciones financieras, arbitrar sus diferencias de manera imparcial y proveer a la equidad en las relaciones entre éstos, así como supervisar y regular a dichas instituciones según lo previsto en las leyes relativas al sistema financiero.

38 Es un organismo descentralizado sectorizado a la Secretaría de Gobernación, el cual se encuentra facultado -entre otros aspectos- para dictar resoluciones que se formulen en el procedimiento de queja contemplado en la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.

39 Es un organismo descentralizado (de servicio social) de la administración pública federal, con personalidad jurídica y patrimonio propio sectorizado a la Secretaría de Economía, que realiza funciones de autoridad administrativa encargada de promover y proteger los derechos e intereses del consumidor y procurar la equidad y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores. Sus atribuciones se encuentran contempladas en la Ley Federal de Protección al Consumidor.

40 Es un organismo constitucional autónomo (en proceso de extinción) regulado en la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Entre sus principales atribuciones se encuentran proporcionar las medidas pertinentes para garantizar el derecho de acceso a la información de todas las personas, resguardar la información clasificada como confidencial o reservada, promover todos los aspectos relacionados a la información en

g) Procuraduría Agraria (PA).[41]
h) Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas (CEAV).[42]
i) Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED).[43]

---

formatos abiertos y accesibles y la protección de datos personales. Asímismo, está facultado para sustanciar y resolver los recursos de revisión y de inconformidad; el primero de ellos procede en contra de: la clasificación o declaración de inexistencia de la información o incompetencia del sujeto obligado; la entrega de información incompleta o que no corresponda con lo solicitado; la falta de respuesta a una solicitud de acceso a la información dentro de los plazos establecidos en la ley; la notificación, entrega o puesta a disposición de información en una modalidad o formato distinto al solicitado; la entrega o puesta a disposición de información en un formato incomprensible y/o no accesible para el solicitante; los costos o tiempos de entrega de la información; la falta de trámite a una solicitud; la negativa a permitir la consulta directa de la información; la falta, deficiencia o insuficiencia de la fundamentación y/o motivación en la respuesta, o la orientación a un trámite específico. Y el segundo, procede contra las resoluciones emitidas por los organismos garantes de las entidades federativas que confirmen o modifiquen la clasificación de la información, o determinen la inexistencia o negativa de la misma. La falta de resolución de los organismos garantes locales dentro del plazo previsto para ello se entenderá como negativa de acceso a la información.

41 Es un organismo descentralizado de la administración pública federal, con personalidad jurídica y patrimonio propio, sectorizado a la Secretaria de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano, encargado de la defensa de derechos de ejidatarios y comuneros, los sucesores de éstos, comunidades, pequeños propietarios, avecindados y jornaleros agrícolas, a través de asesoría jurídica, arbitraje y representación legal, entre otros. Sus principales atribuciones se encuentran establecidas en el artículo 136 de la Ley Agraria.

42 Es un organismo descentralizado no sectorizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, con autonomía técnica y de gestión. De acuerdo con la Ley General de Víctimas, es la encargada de garantizar, promover y proteger los derechos de las víctimas del delito y de violaciones a derechos humanos, en especial los derechos a la asistencia, a la protección, a la atención, a la verdad, a la justicia, a la reparación integral y a la debida diligencia. Asimismo, se considera el órgano operativo del Sistema Nacional de Atención a Víctimas, del cual forman parte también sus órganos equivalentes en las entidades federativas.

43 Es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud que tiene por objetivo tutelar el derecho a la protección de la salud, así como de mejorar la calidad en la prestación de los servicios médicos a través de resoluciones amigables y de buena fe entre los usuarios y prestadores de este sector. La actividad de la Comisión está regulada en el Reglamento de Procedimien-

j) Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS).[44]

k) Procuraduría Federal de Protección al Ambiente (PROFEPA).[45]

l) *Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT).46*

tos para la Atencion de Quejas Médicas y Gestion Pericial y en el Reglamento Interno de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, donde se le atribuyen todas las funciones necesarias para ejercer su papel como autoridad en los procesos de arbitraje entre los prestadores de servicios médicos y los usuarios, sin perjuicio de acudir al auxilio judicial en los casos que lo considere necesario, en términos de la legislación procesal civil o solicitar la colaboración de las dependencias y entidades de la administración pública.

44 Es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud con autonomía administrativa, técnica y operativa, cuya misión es la de proteger a la población contra riesgos a la salud provocados por el uso y consumo de bienes y servicios, insumos para la salud, así como por su exposición a factores ambientales y laborales, la ocurrencia de emergencias sanitarias y la prestación de servicios de salud mediante la regulación, control y prevención de riesgos sanitarios. Sus principales atribuciones se encuentran establecidas en el artículo 17 *bis* de la Ley General de Salud, mismas que incluyen la imposición de sanciones y aplicación de medidas de seguridad en el ámbito de su competencia.

45 Es un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales con autonomía técnica y operativa. Su misión es procurar la justicia ambiental mediante la aplicación y cumplimiento efectivo, eficiente, expedito y transparente de la legislación a través de la atención a la denuncia popular y mediante acciones de inspección, verificación, vigilancia y uso de instrumentos voluntarios, además de que es la encargada de la imposición de sanciones administrativas previstas en la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, así como en otros ordenamientos de la materia.

46 Es un órgano constitucional autónomo (en proceso de extinción) previsto en el artículo 28 Constitucional, cuyas principales atribuciones se encuentran establecidas en la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión. Tiene por objeto regular y promover la competencia y el desarrollo eficiente de las telecomunicaciones y la radiodifusión, así como la regulación, promoción y supervisión del uso, aprovechamiento y explotación del especto radioeléctrico, los recursos orbitales, los servicios satelitales, las redes públicas de telecomunicaciones y la prestación de los servicios de radiodifusión y de telecomunicaciones, así como del acceso a la infraestructura activa y pasiva y otros insumos esenciales. Asimismo, es la autoridad en materia de competencia económica de ambos sectores y el encargado de

m) Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE).[47]
n) Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (SNDIF).[48]
o) Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas (INPI).[49]
p) Consejo Nacional para el Desarrollo y la Inclusión de Per-

---

otorgar concesiones para la prestación de servicios de telecomunicaciones y radiodifusión; en este último caso, los concesionarios deberán contar con una defensoría de audiencia que será la responsable de recibir, documentar, procesar y dar seguimiento a las observaciones, quejas, sugerencias, peticiones o señalamientos de las personas que la componen.

47 Es un órgano constitucional autónomo (en proceso de extinción) previsto en el artículo 28 constitucional. Tiene como función principal garantizar la libre concurrencia y competencia económica, el combate a los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados, en términos de lo dispuesto por la Ley Federal de Competencia Económica.

48 Es un organismo público descentralizado sectorizado a la Secretaría de Salud, encargado de coordinar el Sistema Nacional de Asistencia Social Pública y Privada, de conformidad con la Ley de Asistencia Social. Dentro de sus principales funciones destacan el coadyuvar en la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, bajo el principio constitucional del interés superior de la niñez, así como el desarrollo integral del individuo, de la familia y de la comunidad; asimismo, prestar servicios de representación y asistencia jurídica y de orientación social a niñas y niños, jóvenes, adultos mayores, personas con alguna discapacidad, madres adolescentes y solteras, indigentes, indígenas migrantes o desplazados y todas aquellas personas que por distintas circunstancias no puedan ejercer plenamente sus derechos. La Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes le faculta para proteger los derechos de estas personas cuando se encuentren restringidos o vulnerados. Para una efectiva protección y restitución de este grupo de población considerado vulnerable, dentro de la estructura del *SNDIF* se creó la Procuraduría Federal de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, misma que junto con sus homólogas en las entidades federativas tiene como finalidades esenciales la tutela integral de sus derechos.

49 Es un organismo descentralizado no sectorizado de la administración pública federal, encargado entre otras funciones, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos de los pueblos indígenas y afromexicanos, así como procurar su desarrollo integral y sostenible incluido el fortalecimiento de sus culturas e identidades. Su creación y principales atribuciones se encuentran contempladas en la Ley del Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas.

sonas con Discapacidad (CONADIS).[50]

q) Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo (PROFEDET).51

Haciendo una valoración general del conjunto de órganos y mecanismos no jurisdiccionales y jurisdiccionales vigentes para la protección de los derechos humanos en el Estado federal mexicano, en particular de los DESCA, podemos señalar la necesidad de que todos en su conjunto no solo comprendan sino también interioricen con su actuación el modelo de control constitucional/convencional vigente, a efecto de garantizar que las normas generales, actos u omisiones de las autoridades (incluso de sujetos privados), resulten acordes con el bloque de derechos consagrados en la Constitución General y en los Tratados internacionales.[52]

---

50 Es un organismo público descentralizado de la administración pública federal sectorizado a la Secretaría del Bienestar, encargado de promover el goce y ejercicio pleno de los derechos de las personas con discapacidad, así como hacer de su conocimiento los canales institucionales para exigirlos ante la autoridad competente. Sus principales atribuciones se encuentran contempladas en la Ley General Para la Inclusión de las Personas con Discapacidad.

51 Es un órgano desconcentrado de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, encargado de la defensa de los derechos laborales y de seguridad social de las personas trabajadoras y beneficiarias, así como de los sindicatos, a través de los servicios de asesoría, asistencia en la conciliación y representación jurídica. De manera específica, sus principales atribuciones se encuentran establecidas en el artículo 530 de la Ley Federal del Trabajo.

52 Desde la incorporación del control de convencionalidad en nuestro país, la Suprema Corte ha venido proponiendo diversas metodologías para su correcta realización por parte de jueces y autoridades no jurisdiccionales. Una de ellas es: 1) hacer una interpretación conforme en sentido amplio, esto es, interpretar el orden jurídico a la luz de los derechos humanos, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; 2) una interpretación conforme en sentido estricto, es decir, que cuando existan varias interpretaciones jurídicamente válidas de la norma impugnada se deba preferir aquélla que la haga acorde o en armonía con el bloque de derechos, tomando en cuenta los estándares internacionales y nacionales para su protección, y 3) cuando las alternativas anteriores no sean posibles, esto es, que no se pueda salvar su inconstitucionalidad/inconvencionalidad, se deberá realizar la inaplicación de la norma al caso concreto (solamente por los órganos formalmente jurisdiccionales) o la declaratoria

Por otra parte, estimo conveniente revisar el diseño-normativo institucional de los órganos y mecanismo no jurisdiccionales y jurisdiccionales de protección de derechos humanos, a efecto de que cuenten con las capacidades institucionales requeridas (entre ellas la armonización legislativa, financiamiento suficiente y recursos humanos calificados) para realizar actuaciones imparciales, con procedimientos más simplificados, que favorezcan la tutela más amplia, oportuna y efectiva de los derechos, además de generar una debida articulación entre todos ellos que les permita contar con esquemas de coordinación y colaboración interinstitucional eficientes[53]para darle conso-

de inconstitucionalidad con efectos generales (exclusivamente a cargo del Pleno de la Suprema Corte), que producirá la invalidez y expulsión del ordenamiento jurídico de aquélla. Al respecto, véanse las tesis aisladas P. LXIX/2011(9a.) y P. LXX/2011 (9a.) de la Suprema Corte. Registros digitales 160525 y 2019276. Y recientemente ha sostenido que para realizar el control *ex-officio* de convencionalidad se deben seguir los siguientes pasos: a) *Identificación*. Identificar el derecho humano que considere podría verse vulnerado, en atención a las circunstancias fácticas del caso, mismas que se desprenden de la narración del titular del derecho o del caudal probatorio que obre en el expediente; b) *Fuente del derecho humano*. Determinar si éste se encuentra reconocido en sede constitucional y/o convencional y fijar su contenido esencial, a la luz tanto de su fuente primigenia como de la jurisprudencia desarrollada por el tribunal encargado de la interpretación final de la fuente; c) *Estudio de constitucionalidad y convencionalidad*. Análisis de la norma sospechosa de inconstitucionalidad e inconvencionalidad a la luz del contenido esencial del derecho humano y determinar si éste es contravenido, y d) *Determinación*. Decisión sobre la constitucionalidad y/o convencionalidad de la norma, la forma cómo debe interpretarse y, en su caso, si ésta debe inaplicarse para el caso concreto. Asimismo, su realización de forma incidental, sea solicitado por las partes o que los jueces adviertan que la norma amerita dicho control, sin hacer a un lado los presupuestos formales y materiales de admisibilidad. Véanse al respecto, las jurisprudencias 84/2022 y 85/2022 de la 1ª. Sala de la Suprema Corte. Registros digitales 2024830 y 2024831.

53 Un buen ejemplo de lo que sería la vinculación de los ámbitos jurisdiccional y no jurisdiccional de protección de derechos humanos, es el relativo al contenido de las recomendaciones, estudios temáticos, informes de situación u opiniones en materia de DESCA, elaborados por órganos como las Comisiones Nacional y Estatales de Derechos Humanos, a efecto de que sean reconocidos como materiales de gran valor en asuntos planteados en sede jurisdiccional, para que las sentencias o resoluciones que emitan los juzgadores contengan sólidos argumentos en torno a la comprensión y

lidación y consistencia a un gran sistema nacional de protección.[54]

V. Conclusión

Nuestro país vive tiempos complejos para la realización efectiva de los derechos humanos por varios factores, principalmente los bajos niveles de cumplimiento de la legalidad, el alarmante aumento de la corrupción, violencia e impunidad, aunado a las recientes tensiones derivadas de la injerencia de los poderes ejecutivo y legislativo federal al poder judicial y la amenaza por parte del presidente de la república para desaparecer órganos constitucionales autónomos, con la intención de debilitar e incluso eliminar los contrapesos institucionales, y en general la falta de consolidación de un proceso democratizador de las decisiones gubernamentales, con transparencia y rendición de cuentas, para erradicar prácticas sistemáticas que lamentablemente afectan

adecuada aplicación de los estándares y principios constitucionales/convencionales para garantizar efectivamente los DESCA. *Cfr.* Julieta Morales Sánchez, "La deseable sinergia entre las comisiones de derechos humanos y el poder judicial en México en la protección de los DESCA. Propuestas de renovación para una relación inexistente" en Courtis, Christian (Coord.), *Manual sobre justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA),* Tomo I, *op. cit*., pp. 147-193.

[54] A mi juicio, lo anterior podría garantizar un más amplio acceso a la justicia al eliminar (en ciertas materias) injustificadas restricciones de caracter procesal a personas o colectivos sociales afectados, traducidas en formalismos y tecnicismos que les impiden contar con la legitimación necesaria a efecto de resolver de forma completa sus pretensiones, lo mismo que privilegiar la reconducción procedimental oficiosa, a efecto de evitar situaciones de indefensión por parte de las autoridades estatales hacia las personas que reclaman la protección de sus derechos. Otros aspectos a considerar se relacionan con la superación de las dificultades que los órganos jurisdiccionales enfrentan para hacer cumplir sus determinaciones, sobre todo cuando se trata de condenas a las autoridades estatales consistentes en la realización de acciones con implicaciones financieras o de gasto, y finalmente la consolidación del sistema traería como consecuencia la disminución de costos, tiempo y esfuerzo en asuntos litigiosos tanto en sede administrativa como jurisdiccional, en aras de materializar el principio de justicia pronta, completa e imparcial que establece el artículo 17 Constitucional.

gravemente a los derechos (sobre todo de los grupos vulnerables) y en particular a los DESCA.

Por ello, a efecto de contribuir a la superación de estos desafíos, se propone revisar y consolidar el conjunto de órganos y mecanismos no jurisdiccionales y jurisdiccionales de protección de derechos humanos, para que a partir de su debida articulación y funcionamiento bajo la perspectiva constitucional/convencional, nos permita avanzar de manera gradual hacia una mejor tutela de los referidos derechos, evitando retrocesos injustificados que terminen por destruir los avances indiscutibles generados en los últimos años al amparo de un constitucionalismo progresista comprometido con la defensa y tutela efectiva de los derechos y libertades fundamentales, condición y requisito indispensable para el desarrollo y progreso futuro de la sociedad mexicana.

Derechos sociales y constituciones estatales

***

Social rights and state constitutions

Pedro Antonio Enríquez Soto[*]

Resumen: los derechos sociales en las constituciones de los estados es un tema que merece ser abordado desde el estudio del derecho constitucional, con el propósito de extraer el contenido esencial, su configuración y la tutela judicial desde la justicia constitucional local. Actualmente casi la totalidad de las entidades federativas de México, han incorporado alguno de los derechos sociales, en la mayoría de los casos, se trata de una reproducción de los derechos de corte federal; sin embargo, existen otros que han desarrollado un auténtico reconocimiento de derechos propios que los diferencia de la Constitución Federal. La finalidad de este estudio es explorar el reconocimiento de los derechos sociales, su contenido característico, y los mecanismos procesales para su protección.

Abstract: Social rights in the constitutions of the states is a subject that deserves to be approached from the study of constitutional law, with the purpose of extracting the essential content, its configuration and judicial protection from the local constitutional justice. Currently, almost all of Mexico's states have incorporated some of the social rights, in most cases, it is a reproduction of the federal rights; however, there are others

* Profesor de Derecho Procesal Constitucional por la Universidad Autónoma de Nayarit.

that have developed an authentic recognition of their own rights that differentiates them from the Federal Constitution. The purpose of this study is to explore the recognition of social rights, their characteristic content, and the procedural mechanisms for their protection.

Sumario: I. Derechos sociales. II. Derechos sociales en las constituciones estatales. III. Tutela judicial de los derechos sociales en los estados. IV. Dos problemas aun no resueltos.

I. Derechos sociales

Los derechos sociales, surgen con el nacimiento del Estado social que implicó la constitucionalización y el reconocimiento de las desigualdades humanas, las cuales deben ser reivindicadas desde el Estado.

El nacimiento del Estado Social representa una de las grandes aportaciones al constitucionalismo moderno, iniciando por el Constituyente de Querétaro de 1917 y seguido por Weimar en 1919. Se constató que el Estado de derecho, no es suficiente para garantizar la igualdad formal ante la ley; esta igualdad, por el contrario, produce a su vez desigualdades económicas de otros grupos sociales con menos oportunidades. Así Herman Heller, advirtió estas asimetrías y propuso el cambio de modelo de un Estado Liberal a un Estado Social de Derecho.[1]

Robert Alexy, sostiene que "los derechos a prestaciones en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que – si el individuo poseyera medios financieros suficientes y se encontrase en el mercado una oferta suficiente- podría

[1] Véase Heller, Herman, "*Escritos políticos*", Editorial Alianza Universidad, Madrid 1985. Para Heller el Estado de derecho es el resultado provisional de un proceso de racionalización del poder, conforme al cual se reivindica y fortalece a la burguesía; pero al mismo tiempo el proletariado con su participación en sindicatos o partidos políticos logra impulsar con mayorías legislativas, trabar la expansión del económicamente poderoso y obtener mejores prestaciones sociales.

obtenerlo también de particulares."[2] Se infiere que los derechos sociales exigen, para su cumplimiento, la actividad prestacional estatal que los materializa en instrumentos eficaces.

Existe una clásica distinción entre los derechos civiles, de libertad o individuales y los denominados derechos sociales; en el primer caso la doctrina sostiene que se trata de derechos de abstención por parte del Estado: basta con no intervenir para que se potencialicen y manifiesten plenamente; en cambio, los denominados derechos sociales, son inconcebibles sin la acción del Estado. Luis Prieto Sanchís, sostiene: "Los derechos civiles y políticos son concebibles sin Estado, sin necesidad de instituciones sociales que los definan o, al menos, así han sido tradicionalmente concebidos, mientras que los económicos, sociales y culturales ni siquiera pueden ser pensados sin alguna forma de organización política."[3]

La finalidad de estos derechos es inclusiva, logrando que las personas, en detrimento por diversas circunstancias personales, o de carácter factico, se coloquen en una posición de desventaja. Los derechos sociales, no son colectivos en el sentido estricto del término, sino derechos individuales, pues su titularidad corresponde a cada persona. El carácter de social no se basa en su ejercicio colectivo, sino en que la persona pertenece a un grupo social que comparte condiciones de desigualdad similares o intereses comunes. Este ejercicio, sin embargo, requiere la intervención del Estado.

"Los derechos sociales para ser realizados en la práctica, requieren de un cierto modelo de organización estatal, de una serie de precondiciones incluso de carácter sicológico y de una base axiológica que permita reconocer el deber moral de hacernos cargo de las necesidades de los demás"[4]. El Estado reconoce la

---

2 Alexy, Robert, "Derechos sociales fundamentales", en Carbonell, Miguel, Cruz Parcero, Juan A, y Vázquez, Rodolfo compiladores, "Derechos sociales y derechos de las minorías", IIJ-UNAM. México 2000. p. 67

3 Prieto Sanchís, Luis, "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", en Carbonell, Miguel, Cruz Parcero, Juan A, y Vázquez, Rodolfo compiladores. "Derechos sociales y derechos de las minorías", *op. cit.*, p. 19.

4 Carbonell, Miguel, "Los derechos fundamentales en México", México, Porrúa, 2005, p. 759.

existencia de sectores sociales desfavorecidos principalmente en términos económicos que requieren protección desde la Constitución para revertir el proceso de desigualdad frente a las clases en mejores condiciones económicas.

Los derechos sociales se inscriben en el contexto de Estado social que reconoce al individuo como incapaz de procurarse por sí mismo la satisfacción de sus necesidades básicas. De ahí deriva la convicción social y el compromiso moral del Estado de garantizar a todos los gobernados un mínimo de bienestar, que evite nuevos riesgos sociales; de lo contrario la gobernabilidad, la paz y legitimidad del propio Estado estarían en duda.

La finalidad de los derechos sociales es garantizar al individuo una base mínima de bienestar en lo económico, social y cultural que procuren una vida digna. Ejemplos de esto incluyen el derecho a la salud, a la educación, al trabajo, a la vivienda entre otros. La constitucionalización de los derechos sociales reafirma la concepción sustantiva de la democracia, entendida como la tutela de las personas vulnerables y más débiles.[5]

Ferrajoli ha puesto en la discusión un interesante debate sobre la definición formal de los derechos fundamentales en cuatro tesis puntuales:

1) La separación entre los derechos y sus garantías, que implica que la inexistencia de las últimas no afecta la existencia del derecho;
2) La distinción estructural entre derechos fundamentales (universales e indisponibles) y derechos patrimoniales (singulares y alienables);
3) La identificación de los derechos fundamentales con la dimensión sustancial de la democracia, como ámbito de primacía sobre las mayorías políticas; y
4) La no necesaria coincidencia entre derechos fundamentales y derechos de la ciudadanía.[6]

[5] Véase Silva Meza, Juan N. y Silva García, Fernando, "Derechos Fundamentales", México, Porrúa, 2009.

[6] Véase Ferrajoli, Luigi. "Los fundamentos de los derechos fundamentales", Madrid, Trotta, 2001.

Estas condiciones de Ferrajoli destacan el valor de los derechos fundamentales como indicadores que contribuyen a la paz, igualdad, democracia y fundamentalmente a la protección de los vulnerables.

Para Rey Pérez, "El nombre de los derechos que hoy nos ocupan no es muy correcto. Porque ciertamente sociales son todos los derechos; también los civiles y políticos en cuanto tratan de ordenar nuestra vida en sociedad"[7]. Los derechos sociales son concebidos también como derechos imperfectos, incompletos o de difícil realización, dada la complejidad que representan al momento de hacerlos exigibles. Se discute incluso si estos son auténticos derechos o simples pretensiones bien intencionadas, a favor de las clases sociales desfavorecidas.

Uno de los aspectos relevantes es el coste económico que representa su materialización, ya que requieren una actividad prestacional del Estado para hacerlos posibles. Se afirma que, a diferencia de los derechos civiles o de libertad, que se realizan de forma inmediata, por el deber de abstención del Estado, los derechos sociales requieren una ejecución paulatina, ascendente y progresiva vinculada al grado de necesidad de los grupos sociales titulares de estos derechos.

No obstante, todos los derechos tienen un coste económico, incluidos los llamados derechos civiles o de libertad para que puedan verdaderamente ser materializados.

Los derechos sociales son mandatos de igualdad, que reconocen la desigualdad como un hecho social real, en virtud de las carencias o precariedades de ciertos grupos sociales que viven en desventaja frente al resto de la comunidad. Esto requiere medidas compensatorias que les permitan revertir esa condición desfavorable.

Según Luis Prieto Sanchis, "por derechos sociales entenderemos solo derechos prestacionales en sentido estricto: esto es, aquellos cuyo contenido obligacional consiste en dar bienes o proporcionar servicios que, en principio, el sujeto titular podría

[7] Rey Pérez, José Luis, "La naturaleza de los derechos sociales*", Derechos y libertades,* núm. 16, época II, enero de 2007, pp-137-156.

obtener en el mercado si tuviera medios suficientes para ello."[8]

En suma, los derechos sociales; se estructuran a partir del reconocimiento de tres condiciones básicas:

- Un sector social vulnerable;
- La necesidad de prevenir nuevos riesgos sociales; y
- La responsabilidad del Estado en este equilibrio.

En la primera de las condiciones, se encuentran sectores sociales que, por diferentes razones, se colocan en una situación de vulnerabilidad frente a las mayorías. La condición de vejez, por ejemplo, requiere de estrategias diferenciadas para atender las particularidades de este sector (médicos, medicinas, recreación, espacios adecuados para vivir). Asimismo, las clases en situación de pobreza enfrentan obstáculos que les impiden desarrollarse plenamente y competir en igualdad de circunstancias. Todo esto demanda una estrategia de solidaridad colectiva que revierta el proceso de desigualdad natural o económica que evite la segregación social.

Esta primera condición, se liga con la segunda, ya que al reconocerse los desequilibrios y desigualdades sociales, se prevén estrategias que evitan riesgos que amenacen la paz. Es decir, se planifican políticas públicas para atender las necesidades de los ancianos o estrategias para combatir la pobreza, evitando con ello el estallido social y el riesgo de alterar la paz y armonía del Estado o lo más delicado la deshumanización social frente a la precariedad de sus integrantes.

La última condición de los derechos sociales se orienta a la responsabilidad del Estado frente a estos problemas. El deber del Estado de garantizar la eficacia de los derechos sociales, para que los vulnerables accedan a políticas y acciones concretas que equilibren su situación de desventaja frente a los demás.

Aquí reside la fuerza de los derechos sociales: el grado de cumplimiento que el Estado se compromete a garantizar para que los derechos sean accesibles para todos. En opinión de García Pe-

[8] Prieto Sanchis, Luis. *"Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial" ob cit.*, p. 27

layo, esta acción del Estado se le denomina "la procura existencial",[9] que implica un conjunto de acciones que el Estado debe llevar a cabo para equilibrar el proceso de desigualdad social. Esto puede incluir la intervención estatal para controlar los poderes económicos de los particulares, evitar la concentración excesiva del capital, redistribuir la riqueza y proteger la salud mediante medios accesibles o gratuitos para los pobres. También requiere el establecimiento de escuelas, hospitales, centros culturales, y exigen una inversión económica para asegurar su cumplimiento.

Esta procura existencial está reconocida en el artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establece:

> Cada uno de los Estados parte en el presente Pacto **se compromete a adoptar medidas,** tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas tánicas, **hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados**, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, **la plena efectividad de los derechos** aquí reconocidos.

Por lo tanto, el núcleo esencial de los derechos sociales radica en el compromiso moral del Estado para garantizar la igualdad real y sustantiva de todas las personas, reconociendo las desigualdades que prevalecen y procurando acciones que permitan revertir el proceso de desventaja a través de políticas y acciones de gobierno que satisfagan sus necesidades básicas. Solo cuando se garantizan los derechos básicos que permiten vivir dignamente "como alimentación, salud, vivienda y agua" podemos afirmar que el derecho a la igualdad sustantiva se encuentra asegurado y, a partir de este, pueden desplegarse otros derechos. El núcleo de estos derechos reside en la satisfacción de necesidades imprescindibles para la existencia humana y el deber moral del Estado de garantizar la procura existencial para que sus gobernados accedan a una base mínima de derechos que les permitan desarrollarse como seres humanos libres y participar dentro del Estado como sujetos de derechos que contribuyen al fortalecimiento de su comunidad.

[9] Citado por Carbonell, Miguel, *op cit*. p. 768.

II. Derechos sociales en las constituciones estatales

En las últimas dos décadas se ha emprendido un activismo constitucional de los estados tendiente a ampliar el catálogo de derechos que cada entidad federativa reconoce para sus gobernados; los constituyentes estatales han incorporado diversos conceptos que aspiran al reconocimiento de derechos humanos más allá de los contenidos en la Constitución Federal.

Si bien la mayoría de las constituciones han establecido una cláusula de incorporación de los derechos humanos previstos en la norma nacional —reproduciéndolos y adoptándolos casi todas las entidades federativas— existen otras normas que han ampliado los derechos, otorgándoles un mayor alcance y contenido, así como aspectos de carácter prestacional que comprometen al Estado una procura existencial ampliada.

Dentro de estos derechos, se pueden encontrar los derechos sociales que han sido recogidos en los estados de diversas formas en cuanto a su reconocimiento, contenido, especificidad y exigibilidad.

Al respecto de los derechos sociales, tras realizar una revisión de los textos constitucionales estatales se pueden derivar los siguientes hallazgos:[10]

- Con excepción de Quintana Roo[11], todas las constituciones tienen una cláusula de reconocimiento e incorporación de los derechos humanos enunciados en la Constitución Federal y los tratados internacionales, esta adopción aparece principalmente posterior a la reforma constitu-

[10] Se realizó una revisión de las 32 Constituciones estatales, respecto a los derechos sociales reconocidos en sede local para estar en condiciones de identificar su configuración, características propias que las distinguen de los derechos reconocidos en el ámbito federal y alcance de estos derechos desde lo estatal. A continuación, se presenta un resumen de los hallazgos principales de esta revisión.

[11] Si bien la Constitución de Quintana Roo no prevé una cláusula expresa de incorporación, si se desarrolla una transcripción en términos similares a los derechos de corte nacional.

cional federal de junio de 2011, en materia de derechos humanos.

- Existe un listado amplio de derechos sociales de distinta naturaleza, la mayoría ya previstos en la Constitución Federal, entre ellos destacan: derechos de los pueblos y comunidades indígenas, afromexicanos, migrantes; derechos a la alimentación, acceso a la cultura, al deporte, a la salud, a la vivienda digna, a un medio ambiente sano, el acceso al agua para consumo personal y doméstico, a la educación; los derechos de grupos vulnerables, como los relativos a la niñez, a los adultos mayores, los jóvenes, personas con discapacidad; atención médica a mujeres embarazadas; el derecho al mínimo vital; acceso libre y universal al internet y a las tecnologías de la información y comunicación; el aprovechamiento de las fuentes renovables de energías; el reconocimiento al trabajo doméstico; el derecho a la ciudad; el reconocimiento de los animales como seres sintientes; el derecho de las personas desaparecidas a ser buscadas y reintegradas al núcleo familiar.
- Los estados de Campeche y Oaxaca destacan ya que el primero no presenta un catálogo propio de derechos humanos, distinto al de corte nacional mientras que ambos carecen de una adopción de derechos sociales, aunque si mantienen una disposición general de incorporación de los derechos humanos en el ámbito federal.
- La Ciudad de México, es la entidad que reconoce el más amplio catálogo de derechos humanos y sociales de todo el país, destacando un desglose ampliado en su redacción constitucional y consagrando garantías para su cumplimiento como progresividad, exigibilidad, justiciabilidad y reparación integral.
- Aunque la mayoría de los estados reconocen los derechos sociales de forma genérica, como educación, salud, medio ambiente, agua, alimentación, derechos de grupos vulnerables, en algunos casos estos derechos tienen un contenido pormenorizado en su configuración; Por

ejemplo en Chiapas,[12] Nayarit[13] y Durango[14] se consagra el derecho de las mujeres embarazadas a recibir atención médica gratuita, en el primer estado con el cincuenta por ciento del costo y en los dos restantes la atención total gratuita.

- En el mismo sentido estados como Colima[15] y Nayarit[16] decretan la atención médica gratuita a las personas adultas mayores; y en la Ciudad de México,[17] la creación de un sistema de cuidados para personas en situación de dependencia por enfermedad, discapacidad, ciclo vital, como la infancia y la vejez.
- También se reconoce el derecho a la ciudad en Jalisco[18], Estado de México,[19] la Ciudad de México[20], Michoacán[21] y Yucatán[22].
- En Baja California[23] y Ciudad de México[24], se reconoce el derecho a un mínimo vital para una vida digna. En Chihuahua[25] se reconoce el aprovechamiento de las fuentes renovables de energía.

12 El derecho de las mujeres embarazadas al pago del 50% de los gastos derivados del embarazo y parto de quien indiquen como el padre. Constitución de Chiapas, art. 8. .

13 Constitución de Nayarit, art. 7 fracc. XII 2, Derecho de la mujer embarazada y del producto de gestación a recibir atención médica gratuita durante el embarazo y el parto.

14 Constitución de Durango, art. 33, Derecho de las mujeres embarazadas a la atención gratuita durante el embarazo, parto y postparto.

15 Constitución de Colima, art. 4.

16 Constitución de Nayarit, art. 7 fracc. XII. 5.

17 Constitución de la Ciudad de México, art. 9. o

18 Constitución de Jalisco, art. 4.

19 Constitución del Estado de México, art. 5.

20 Constitución de la Ciudad de México, art. 12.

21 Constitución de Michoacán, art. 2 bis.

22 Constitución de Yucatán, art. 2. n

23 Constitución de Baja California, art. 8.

24 Constitución de la Ciudad de México, art. 9.

25 Constitución de Chihuahua, art. 4..

- En Jalisco[26], Durango[27] y Tlaxcala[28] se otorga el reconocimiento al trabajo doméstico.
- En Estado de México[29], Ciudad de México[30] y, se reconoce a los animales como seres sintientes.
- Nuevo León[31] reconoce el derecho de las personas desaparecidas a ser buscadas y reintegradas al núcleo familiar.
- Chiapas[32] asume el compromiso de establecer un fondo destinado al pago de reparación del daño que pueda derivar de una resolución vinculatoria emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Es notable que la denominación de los derechos sociales en las constituciones estatales se utiliza un lenguaje discursivo, abierto, enunciativo, con términos como "derecho de acceso", a "disfrutar", "implementar políticas", "en los términos que dispongan las leyes, planes o programas". Sin embargo, no se prevé un mecanismo concreto para la exigibilidad de estos derechos, salvo en los casos donde se definen implícitamente la forma y condiciones de ejercerlos.

El reconocimiento de los derechos sociales en las constituciones estatales representa un avance significativo que debe ir acompañado de una estrategia de voluntad política y compromiso social con los sectores desprotegidos para lograr su plena eficacia. Como lo reconoce el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la plena efectividad de los derechos sociales es una obligación progresiva, es decir, no pueden lograrse en un tiempo breve. Sin embargo, implica acciones, esfuerzos y estrategias

Por otro lado, el principio de progresividad de los derechos sociales conlleva la prohibición de regresividad, es decir, se debe

26 Constitución de Jalisco, art. 4. o

27 Constitución de Durango, art. 23.

28 Constitución de Tlaxcala, art. 26.

29 Constitución del Estado de México, art. 18.

30 Constitución de la Ciudad de México, art. 11.

31 Constitución de Nuevo León, art. 26.

32 Constitución de Chiapas, art. 4. s

evitar que todo avance alcanzado en su cumplimiento retroceda. Por el contrario, deben plantearse nuevas metas que amplíen la satisfacción del mismo derecho. Por ejemplo, si el primer paso en la satisfacción del derecho a la salud de los adultos mayores se da garantizando consultas médicas gratuitas, el siguiente paso debe ser proporcionar atención médica especializada en concordancia con su edad, como la geriatría.

El Estado y los derechos sociales forman una unidad indisoluble. Sin derechos sociales no existe el Estado social, y éste se actualiza en cuanto hace efectivos esos derechos en un sistema democrático.[33] El reto de los derechos sociales consiste en lograr que sean efectivamente garantizados por el Estado o en su caso susceptibles de una tutela judicial efectiva que obligue a su cumplimiento.

III. Tutela judicial de los derechos sociales en los estados [34]

La creación de medios de control constitucional local, impulsada por la iniciativa veracruzana para la protección de la supremacía de las constituciones estatales, ha abierto un debate que sigue vigente. Los problemas de doble jurisdicción, la definición clara del ámbito de competencia de la justicia constitucional local y la defensa de los derechos humanos todavía están monopolizados por la justicia federal. La línea divisoria que une y separa la interpretación constitucional de dos fuentes constitucionales —la federal y la local— y la falta de una jurisdicción constitucional

[33] Aguilar Caballo, Gonzalo, "¿Son los derechos sociales sólo aspiraciones?: Perspectivas de la comisión interamericana de derechos humanos", en von Bogdandy, Armin y Fix-Fierro, Héctor (Corrds.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentale . Hacia un ius constitucionale commune en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 422.

[34] Las ideas centrales de este apartado se recogen del trabajo "*La protección de los Derechos Humanos en la justicia constitucional local y los problemas de la doble jurisdicción*" Enríquez Soto, Pedro Antonio en "*La Constitución de la Ciudad de México*" Astudillo, Cesar y Bonilla Gutiérrez, Julio Cesar, México, Porrúa, México, 2021.

local especializada que se asuma verdaderamente como defensora de la supremacía de sus constituciones son problemas que aún requieren respuestas.

Al revisar los sistemas estatales actuales de protección de derechos humanos, se advierte que solo nueve estados prevén un juicio para la defensa de los derechos humanos reconocidos en sus constituciones locales. En algunos casos, como Nayarit, el pionero del "amparo local", este sistema ha sido recientemente derogado.

A pesar de que todas las constituciones estatales reconocen derechos humanos, ya sea mediante cláusulas de incorporación o reconocimiento de derechos previstos en la Constitución federal o en tratados internacionales, o en otros casos ampliando el catálogo de derechos que existen en la federación, no se prevén garantías procesales que permitan a las personas reclamar la defensa de sus derechos cuando estos han sido vulnerados.

Los estados que actualmente prevén un medio de defensa de los derechos humanos en sede jurisdiccional son:

Aguascalientes

En una reforma reciente a la Constitución de Aguascalientes, se incorporaron instrumentos de control constitucional local,[35] el 27 de septiembre de 2023, se publicó la Ley de Control Constitucional, que regula los procesos constitucionales, incluyendo el juicio para la protección de los derechos humanos. Este juicio es procedente contra leyes, normas generales, actos del Congreso del Estado, del poder ejecutivo y, en general, de cualquier autoridad estatal que incida en los derechos humanos reconocidos por la Constitución Política del Estado.

[35] Mediante reforma publicada el 8 de agosto de 2023 a la Constitución de Aguascalientes se creó la Sala constitucional quien tendrá competencia para resolver los siguientes medios de control de constitucionalidad local: a) Controversia constitucional local; b) Acción de Inconstitucionalidad local; y c) Juicio para la protección de los derechos humanos de carácter local.

Chihuahua

Prevé un denominado recurso de queja que faculta al Pleno del Tribunal Superior de Justicia conocer de las violaciones a los derechos humanos. Cualquier persona perjudicada puede interponer una queja contra la autoridad infractora, aunque este recurso carece hasta ahora de desarrollo legislativo claro sobre el procedimiento a seguir.[36] Este recurso no tiene un desarrollo legislativo en el que se prevea el procedimiento para ejercer la defensa de los derechos humanos.

Ciudad de México

En la Constitución de la Ciudad de México se prevé en el artículo 36.3 el juicio de tutela de los derechos humanos.

Dentro de las características principales del juicio de tutela desde el diseño constitucional son las siguientes:

1. Puede ser presentado de forma oral o escrita;
2. Las resoluciones deberán emitirse un plazo no mayor a diez días naturales;
3. El cumplimiento de las sentencias por parte de las autoridades será de inmediato;
4. La legislación reglamentaria, prevendrá los sujetos legitimados, los supuestos de procedencia, medidas cautelares y de apremio; así como las sanciones aplicables a las autoridades en caso de incumplimiento;
5. Es un juicio biinstancial, puesto que inicia ante un juez de tutela, cuyas resoluciones pueden ser combatidas en segunda instancia ante la Sala Constitucional, conforme a los plazos y procedimientos previstos en la ley reglamentaria;
6. Se prevé una especie de facultad de atracción que puede ejercer cualquier magistrado del Tribunal Superior de Justicia o el titular del Instituto de Defensoría Pública, para que la Sala Constitucional, revise algún criterio con-

[36] Constitución Política de Chihuahua, art. Artículo 200..

tenido en una sentencia del juez de tutela o bien resolver contradicciones en la interpretación constitucional, aclarar el alcance de un derecho o evitar un perjuicio grave;
7. Los criterios que emita la Sala Constitucional tomados en el juicio de tutela serán vinculantes para los jueces de la materia.

Oaxaca

La Constitución en el artículo 106 apartado B, prevé el juicio para la protección de los derechos humanos.[37]

En materia de protección de derechos humanos se reconoce la existencia de un juicio para la protección de los derechos humanos, mismo que tiene un diseño limitado en su propósito de proteger los derechos de los oaxaqueños, puesto que se concreta a resolver únicamente los casos en los que se denuncia el incumplimiento de las recomendaciones hechas por la Defensoría de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca, una vez que ésta haya agotado los medios a su alcance para lograr su cumplimiento.

Puebla

Mediante una reforma de febrero de 2024, se creó la Sala Especializada en Materia Constitucional y se promulgaron procedimientos para la Acción de Tutela, destinada a remediar violaciones a derechos humanos a nivel local.[38]

---

[37] Mediante reforma publicada el 6 de abril de 2011, se creo la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia y diseñó diversos medios de control constitucional. El 6 de septiembre de 2013 se publicó la Ley Reglamentaria del apartado B del articulo 106 de la Constitución Política del Estado de Oaxaca, que se regulan los diversos instrumentos de control constitucional.

[38] Ley Reglamentaria de los medios de defensa de la Constitución de Puebla, art. 34.

Querétaro

La nueva Constitución de marzo de 2008 incorporó un juicio de protección de derechos fundamentales y colectivas. La Sala Constitucional resuelve los casos en un plazo de quince días hábiles.

El artículo 115 de la Ley de Control Constitucional, regula el juicio de protección de los derechos colectivos o difusos, tiene como finalidad proteger los derechos de tal naturaleza consagrados en la Constitución estatal, así como en los tratados internacionales, contra actos de particulares o de las autoridades locales o municipales que los vulneren.

Tabasco

La Sala Especializada Constitucional del Tribunal Superior de Justicia ejerce competencia en mecanismos de control constitucional. Se publicaron procedimientos para el recurso por violación de derechos fundamentales.ejercer la competencia en esta materia.

La Ley de Control Constitucional Reglamentaria del artículo 61 de la Constitución, se publicó el 23 de diciembre de 2017, y en esta se dispone el procedimiento para accionar el recurso por violación de derechos fundamentales.

Es un juicio de única instancia y quedan excluidos de este recurso los asuntos del orden penal y electoral.

Tlaxcala

Tlaxcala fue una de las entidades pioneras en México en sumarse a la justicia constitucional local, mediante reforma constitucional publicada el 18 de mayo de 2001, se estableció un sistema de control cuya competencia corresponde al Tribunal Superior de Justicia, resolver los distintos instrumentos jurisdiccionales de control constitucional.[39]

[39] Constitución Política de Tlaxcala, art. 81. I. Juicio de protección constitucional; II. Juicio de competencia constitucional; III. Acción de inconstitucionalidad, y IV. Acción contra la omisión legislativa.

La Ley de Control Constitucional estatal prevé el juicio de protección constitucional tiene por objeto nulificar las normas y actos de las autoridades que violen las disposiciones contenidas en la Constitución del Estado y en la demás legislación que de ella emane, en perjuicio de los particulares. La promoción de este medio de control será siempre optativa para el interesado.[40]

En el juicio de protección se plantean violaciones en perjuicio de los derechos de los particulares contra normas o actos de las autoridades, con el propósito de anularlos.

Veracruz

Como se ha afirmado, Veracruz fue el pionero en el establecimiento de la justicia constitucional local en la Constitución publicada el 3 de febrero de 2000. Con esta norma constitucional, nace en México esta tendencia de protección de las constituciones estatales como normas supremas hacia el régimen interno.

El juicio de protección de los derechos humanos, corresponde resolverlo a la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia, y se encuentra regulada en la

IV. Dos problemas aun no resueltos

A pesar de que todos los estados reconocen derechos humanos, solo nueve tienen un sistema judicial para su protección, cuyos resultados son difíciles de considerar exitosos.

Dos problemas centrales se destacan:

1. El juicio de protección de derechos humanos salvaguarda los derechos contenidos en la Constitución Local.
2. La Sala Constitucional carece de competencia para pronunciarse sobre violaciones a las garantías individuales,[41]

[40] Constitución Política de Tlaxcala, art. 65.

[41] El concepto garantías individuales fue modificado por los derechos humanos con la reforma constitucional de junio de 2011 al artículo 1º de la Constitución Federal.

o para resolver sobre la constitucionalidad de leyes y actos de autoridad, es decir, sobre el apego o no de los mismos a la Constitución Federal.

Estos dilemas se centran principalmente en lo siguiente:

1. *Competencias jurisdiccionales:* Un fallo de la Corte en el caso Veracruz, al resolver la Controversia Constitucional 16/2000, estableció que la Sala Constitucional no tiene competencia para pronunciarse sobre violaciones a derechos federales, limitándose a los derechos reconocidos localmente. Esto crea dificultades para los jueces locales, quienes deben enfrentar casos que a menudo involucran derechos humanos en ambas esferas.
2. *Dilemas de doble jurisdicción:* Al igual que en la justicia ordinaria, los conflictos terminan resolviéndose en el amparo federal. La contradicción de tesis 350/2009 determinó que es procedente impugnar resoluciones de amparo local en la vía del amparo federal, sin que esto vulnere las competencias de los tribunales constitucionales locales. Esto significa que las decisiones de los tribunales locales pueden ser objeto de revisión por la justicia federal.

La consolidación del sistema de protección de derechos humanos a nivel local sigue siendo un desafío. La reticencia de la justicia federal para que la justicia constitucional local se afiance como una verdadera jurisdicción especializada es el principal obstáculo para su fortalecimiento.

Aunque la Suprema Corte reconoce la oportunidad de evolución progresiva en los derechos humanos locales, el amparo federal se convierte en el recurso para impugnar decisiones de jueces constitucionales locales. Este aspecto contradice la intención de romper el monopolio de la justicia federal en la protección de derechos humanos que planteó la reforma del artículo 1º constitucional.

Dividir la protección de derechos humanos entre fuentes locales y federales limita la efectividad de los sistemas de tutela local, y crea una percepción de ineficacia entre los ciudadanos. Esto plantea un reto significativo que debe ser abordado para fortalecer la autonomía y efectividad de la justicia constitucional estatal.

(In)cumplimiento de la agenda 2030 y justiciabilidad de los DESCA: desafíos y propuestas

(In)compliance with the 2030 agenda and the justiciability of the ESCR: challenges and proposals

*Julieta Morales Sánchez**

Resumen: el presente trabajo busca argumentar razones a favor de la exigibilidad y justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales y, de igual forma, pretende explicar las razones por las cuales, con frecuencia, estos derechos no son garantizados de forma efectiva por parte de las autoridades del Estado mexicano. Asimismo, se enfatiza la necesidad de realizar un cambio de perspectiva relativo a su naturaleza: no es infrecuente que los derechos humanos se conciban en términos de la supuesta generación a la cual pertenecen, olvidando que aquéllos se rigen por los principios de interdependencia e indivisibilidad, lo cual supone que la imposibilidad de garantizar un derecho implica necesariamente que esa afectación se extien-

* Profesora de Carrera Titular "B", Tiempo Completo, Definitiva, de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Investigadora Nacional nivel 2 del Sistema Nacional de Investigadoras e Investigadores, CONAHCYT. Maestra y Doctora en Derecho con Mención Honorífica por la Facultad de Derecho de la UNAM y Doctora en Derecho Constitucional sobresaliente *Cum Laude* por la Universidad de Castilla-La Mancha (España). Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Chiapas (UNACH). Cuenta con experiencia de 15 años en el servicio público. Durante 5 años fue Directora General del Centro Nacional de Derechos Humanos (CENADEH) de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH). ORCID: *https://orcid.org/0000-0002-6473-7744; juliettemora@hotmail.com*.

de a otros derechos. Por último, este trabajo explora algunas propuestas que podrían hacer factible la justiciabilidad de estos derechos, lo cual resulta indispensable para asegurar que la dignidad de las personas no se vea menoscabada.

Abstract: this article intends to provide reasons in favor of the enforceability and justiciability of economic, social, cultural and environmental rights and, additionally, it aims to explain the reasons why, on a regular basis, such rights are not effectively guaranteed by authorities of the mexican State. Furthermore, it emphasizes the need of changing the perspective connected to their nature: it is not infrequent that these type of rights be conceived in terms of the alleged generation to which they supposedly belong to, which means to forget that the latter are governed by the principles of interdependency and indivisibility, which entails that the impossibility of guaranteeing a right in particular leads to causing harm to other rights. Last but not least, this paper presents some proposals that may allow to effectively achieve the justiciability of the above-mentioned rights, which turns out to be inexcusable in order to prevent people´s dignity from being transgressed.

Palabras clave: justiciabilidad, derechos, interdependencia, indivisibilidad, dignidad humana.

Keywords: justiciability, rights interdependency, indivisibility, human dignity.Sumario: I. Nota introductoria. II. Ideas breves sobre justiciabilidad de los DESCA en México. III. Postura del poder judicial frente a los DESCA. IV. Interés legítimo en amparo como vía para la justiciabilidad de los DESCA. V. ¿(In) cumplimiento de la Agenda 2030?: ideas de cierre.

I. Nota introductoria

Una de las primeras preguntas que debe de plantearse cuando se habla de derechos económicos, sociales, ulturales y ambientales (DESCA) es si los mismos son exigibles y justiciables.[1]

[1] Morales Sánchez, Julieta, "Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales frente a COVID-19: directrices de jurisprudencia interameri-

La obsoleta división generacional de los derechos humanos ha traído graves perjuicios para el entendimiento de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, así como para su debida justiciabilidad. Por ello es preciso reflexionar sobre las garantías existentes, particularmente las jurisdiccionales y su incidencia en el bienestar de la población. A ello se dedicará esta ponencia, la cual se presenta cuando estamos por concluir el primer cuarto del siglo XXI y a un lustro de que se venza el plazo para el (in)cumplimiento de la Agenda 2030. La Agenda 2030, en cada uno de sus 17 objetivos y 169 metas,[2] reproduce obligaciones que provienen de normas de *hard law* y que, particularmente en DESCA, se han venido incumpliendo desde la ratificación de los respectivos tratados internacionales. ¿Qué sigue después de la Agenda 2030? ¿Cómo se pueden garantizar los DESCA?

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH o Corte Interamericana) ha entendido que "los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva."[3] Además ha señalado la interdependencia existente entre los derechos civiles, políticos y económicos, sociales y culturales; todos los derechos deben ser entendidos sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos.[4]

---

cana", *Parlamento y Constitución*, Núm. 21, Año 2020, Cortes de Castilla-La Mancha, Universidad de Castilla-La Mancha, pp. 129-177, *https://parlamentoyconstitucion.cortesclm.es/recursos/anuarios/2020.pdf,* 25 de mayo de 2024.

2 *Cfr.* Organización de las Naciones Unidas, *Objetivos de desarrollo sostenible*, *https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/,* 28 de mayo de 2024.

3 Corte IDH, *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C, No. 98, párr. 147, *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_98_esp.pdf,* 25 de mayo de 2024.

4 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17, 15 de noviembre de 2017, Medio ambiente y derechos humanos. Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Serie A, No. 23, párrs. 47 y 57, *https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf,* 25 de mayo de 2024.

En razón de lo anterior, "la defensa de los derechos humanos no sólo atiende a los derechos civiles y políticos; esta labor abarca necesariamente las actividades de denuncia, vigilancia y educación sobre derechos económicos, sociales y culturales, de conformidad con los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia".[5]

Por lo que "la interdependencia e indivisibilidad de los derechos reconocidos por la Convención Americana niega cualquier separación, categorización o jerarquía entre derechos para efectos de su respeto, protección y garantía".[6]

En esta línea se ha establecido que de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) se desprenden dos tipos de obligaciones: *1)* adopción de medidas generales de manera progresiva, y *2)* adopción de medidas de carácter inmediato.[7]

Respecto al desarrollo progresivo, se ha dicho que "la plena efectividad de (los DESCA) 'no podrá lograrse en un breve período de tiempo' y que, en esa medida, 'requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo y las dificultades que implica para cada país el asegurar (dicha) efectividad'".[8]

Por otro lado, las obligaciones de carácter inmediato "consisten en adoptar medidas eficaces, a fin de garantizar el acceso sin

---

5 Corte IDH, *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 3 de abril de 2009, Serie C No. 196, párr. 147, *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_196_esp.pdf,* 25 de mayo de 2024.

6 Corte IDH, *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 23 de agosto de 2018, Serie C No. 359, párr. 84, *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_359_esp.pdf,* 25 de mayo de 2024.

7 Corte IDH, *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 8 de marzo de 2018, Serie C No. 349, párr. 104, *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf,* 26 de mayo de 2024.

8 Corte IDH, *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 1 de julio de 2009, Serie C, No. 198, párr. 102, *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_198_esp.pdf,* 26 de mayo de 2024.

discriminación a las prestaciones reconocidas para cada derecho. Dichas medidas deben ser adecuadas, deliberadas y concretas en aras de la plena realización de tales derechos".[9]

La Corte IDH ha considerado también que "la dimensión progresiva de protección de los DESCA, si bien reconoce una cierta gradualidad para su realización, también incluye un sentido de progreso, que requiere la mejora efectiva de las condiciones de goce y ejercicio de estos derechos, de forma tal que se corrijan las desigualdades sociales y se facilite la inclusión de grupos vulnerables".[10]

La Corte Interamericana ha establecido que "la obligación de realización progresiva prohíbe la inactividad del Estado en su tarea de implementar acciones para lograr la protección integral de los derechos, sobre todo en aquellas materias donde la ausencia total de protección estatal coloca a las personas ante la inminencia de sufrir un daño a su vida o su integridad personal".[11] Por lo tanto, "se desprende un deber (si bien condicionado) de no-regresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho".[12] En ese sentido y "para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se deberá 'determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso'".[13] Finalmente señala que "la regresividad resulta justiciable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate".[14]

---

9 Corte IDH, *Caso Poblete Vilches y otros..., cit.,* párr. 104; Corte IDH, *Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 21 de noviembre de 2019, Serie C No. 394, párr. 173, *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_394_esp.pdf,* 26 de mayo de 2024.

10 Corte IDH, *Caso Poblete Vilches y otros ..., cit*., párr. 146.

11 *Idem*.

12 Corte IDH, *Caso Acevedo Buendía y otros ..., cit*., párr. 103; Corte IDH, *Caso Poblete Vilches y otros ..., cit.,* párr. 104.

13 Corte IDH, *Caso Acevedo Buendía y otros ..., cit.,* párr. 103.

14 *Idem*.

II. Ideas breves sobre justiciabilidad de los DESCA en México

Ahora bien, es preciso analizar la justiciabilidad a nivel nacional. Una figura fundamental para la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en los órdenes jurídicos internos es el control de convencionalidad.[15]

Sin embargo, el poder judicial federal —en la historia reciente— parecería incrementar y complejizar los requisitos para la realización del control de convencionalidad, descargando nuevamente a los jueces de su obligación de "conocer el derecho", impartir justicia y ejercer dicho control, para trasladar a los ciudadanos la carga del análisis.[16]

El 15 de septiembre de 2024, se publicó la llamada "reforma judicial" por la cual se modifican 16 artículos de la Constitución. Por ella se transforma el mecanismo de designación de juzgados y magistraturas del poder judicial de la federación, así como de integrantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Más allá de las legítimas críticas[17] a dicha reforma, así como al mecanismo de designación, en este apartado se plantea establecer los parámetros que tendrían que cumplir quienes asuman funciones jurisdiccionales, independientemente de su mecanismo de designación.

Respecto al proceso de selección de personas juzgadoras, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado:

---

15 Para profundizar sobre el concepto, sobre qué normas debe ejercerse y quiénes deben ejercerlo *cfr*. García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *Constitución y Derechos Humanos*, 6ª. ed., Porrúa, UNAM, México, 2023, pp. 349-388.

16 *Cfr.* Tesis XXVII.1o.(VIII Región) J/8 (10a.) Control difuso de constitucionalidad ex officio. Sus presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 1, t. II, diciembre de 2013, página 953, *https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2005057,* 26 de mayo de 2024.

17 *Cfr.* CIDH, "México: CIDH advierte posibles afectaciones en la independencia judicial, el acceso a la justicia y el Estado de Derecho frente a la aprobación de la reforma judicial", Comunicado de Prensa 12 de septiembre de 2024, *https://www.oas.org/es/cidh/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2024/213.asp,* 26 de noviembre de 2024.

que no le correspondería indicar cuáles son los órganos que deben intervenir en un procedimiento de selección y nombramiento de los operadores de justicia ya que es una materia a ser definida por cada Estado. Sin embargo, la Comisión ha precisado que las normas de selección y nombramiento deben asegurar previsiones adecuadas para evitar que otros poderes u órganos del Estado puedan afectar su actuar independiente.

103. La Comisión Interamericana considera que un sistema de selección y nombramiento por parte de poderes políticos, por la propia naturaleza de las autoridades que eligen, puede representar riesgos para la independencia de las y los operadores electos.[18]

Respecto al régimen disciplinario:

197. La Comisión observa que la independencia institucional de la autoridad disciplinaria tiene relación con la posibilidad de que existan o no injerencias por parte de otros poderes u órganos del Poder Público en los procesos disciplinarios y, en consecuencia, para que ésta actúe de manera independiente.[19]

Adicionalmente, la Corte Interamericana ha sostenido que:

el ejercicio autónomo de la función judicial debe ser garantizado por el Estado tanto 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 Tribunal estima pertinente precisar que la dimensión objetiva se relaciona con aspectos esenciales para el Estado de Derecho, tales como el principio de separación de poderes, y el importante rol que cumple la función judicial en una democracia. Por ello, esta dimensión objetiva trasciende la figura del juez e impacta colectivamente en toda la sociedad. Asimismo, existe una relación directa entre la dimensión objetiva de la independencia judicial y el derecho de los jueces a acceder y permanecer en sus

[18] CIDH, *Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las Américas*, 5 de diciembre de 2013, párrs. 98 y 103, *https://www.oas.org/es/cidh/defensores/docs/pdf/operadores-de-justicia-2013.pdf,* 26 de noviembre de 2024.

[19] *Idem*.

cargos en condiciones generales de igualdad, como expresión de su garantía de estabilidad.[20]

Ahora bien, en torno a las características que debería de cumplir un recurso efectivo, la Corte IDH ha establecido una serie de requerimientos. En México, el recurso efectivo tradicionalmente ha sido el amparo y, a pesar de sus limitaciones, lo ha sido también para los DESCA. La pregunta que corresponde plantear es ¿los juicios de amparo resueltos por las personas que sean elegidas por voto popular, y a través del nuevo procedimiento constitucional de selección, cumplirán con los estándares necesarios para configurar un recurso efectivo a nivel nacional?.

Quizá la pregunta debería hacerse de forma individual, porque la respuesta puede ser diversa dependiendo de la formación y competencias de cada una de las personas juzgadoras seleccionadas y elegidas.

El artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos "es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, como procedimiento sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de los derechos fundamentales"[21] y la Corte IDH reconoce "la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales".[22] La Corte Interamericana ha reiterado que "dicha obligación implica que el recurso sea idóneo para combatir la violación y que sea efectiva su aplicación por la autoridad competente".[23]

---

20 *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador,* Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 23 de agosto de 2013, Serie C No. 266, párr. 154, *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_266_esp.pdf,* 26 de noviembre de 2024.

21 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-9/87, 6 de octubre de 1987, Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A, No. 9, párr. 23, *https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.pdf,* 26 de noviembre de 2024.

22 *Idem.*

23 Corte IDH, *Comunidad Indígena Xákmok Kásek* vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de agosto de 2010, párr. 140, *https://*

La Corte IDH ha asentado que para que exista un recurso efectivo "no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla".[24]

Por ello no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que:

- por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios.
- cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el poder judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones.[25]

Ahora bien, un recurso judicial efectivo "implica que el análisis por la autoridad competente de un recurso judicial no puede reducirse a una mera formalidad, sino que debe examinar las razones invocadas por el demandante y manifestarse expresamente sobre ellas. Lo anterior no implica que se evalúe la efectividad de un recurso en función de que este produzca un resultado favorable para el demandante".[26]

En suma, el estándar convencional establece que "no basta con que los recursos existan formalmente, sino es preciso que sean efectivos, es decir, se debe brindar a la persona la posibilidad real de interponer un recurso sencillo y rápido que permita alcanzar, en su caso, la protección judicial requerida".[27]

---

www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf, 26 de noviembre de 2024.

24 *Ibidem*, párr. 24.

25 *Idem*.

26 Corte IDH, C*aso Hernández vs. Argentina*, sentencia de 22 de noviembre de 2019, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, párr. 121, *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_395_esp.pdf,* 26 de noviembre de 2024.

27 Corte IDH, *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*, sentencia de 24 de junio de 2005, fondo, reparaciones y costas, párr. 93, *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf,* 26 de noviembre de 2024.

Finalmente, la Corte IDH ha señalado que "los recursos de amparo resultarán ilusorios e inefectivos, si durante la tramitación de estos se incurre en un retardo injustificado de la decisión".[28]

Así, los recursos a nivel nacional deben ser idóneos, efectivos y rápidos.

No puede olvidarse que "la salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público es el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos. La inexistencia de recursos internos efectivos coloca a las personas en estado de indefensión".[29]

Es fundamental observar estos lineamientos en la implementación de la reforma judicial y en el funcionamiento cotidiano del poder judicial federal y locales para la garantía efectiva de los DESCA.

Ahora bien, cabe preguntar: ¿qué pasa cuando a nivel nacional no hay un recurso idóneo, efectivo y rápido?.

Es entonces cuando se puede acudir a la justicia internacional, particularmente al sistema interamericano, sin agotar recursos internos.

Es bien sabido que uno de los requisitos fundamentales para el acceso a la justicia interamericana es el previo agotamiento de los recursos de jurisdicción interna, lo cual muestra el carácter subsidiario y complementario de los sistemas internacionales. No obstante, dicha regla tiene excepciones.

Específicamente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 46.2, establece que no será necesario agotar recursos internos cuando:

---

28 Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú,* sentencia de 31 de enero de 2001, fondo, reparaciones y costas, párr. 93, *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf,* 26 de noviembre de 2024.

29 Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*, sentencia de 19 de septiembre de 2006, fondo, reparaciones y costas, párr. 129, *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf,* 26 de noviembre de 2024.

a) No exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados;
b) No se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y
c) Haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

Esta disposición se reitera en el artículo 31 del Reglamento de la Comisión Interamericana.

Adicionalmente, existe una excepción más al requisito de previo agotamiento de recursos internos, la cual fue labrada en la jurisprudencia consultiva de la Corte IDH.

En la Opinión Consultiva OC-11/90, del 10 de agosto de 1990, la Corte Interamericana estableció que: "si un individuo requiere efectivamente asistencia legal para proteger un derecho garantizado por la Convención y su indigencia le impide obtenerla, queda relevado de agotar los recursos internos. Este es el sentido que tiene el artículo 46.2, leído a la luz de las disposiciones de los artículos 1.1, 24 y 8".[30]

Es importante dilucidar que en México exista un recurso adecuado, efectivo y expedito para la protección integral de los DESCA, así como para la investigación, sanción y erradicación de las violaciones a los mismos.

El impacto de la reforma constitucional al poder judicial en México, está lejos de poder ser evaluada, pero es necesario que las personas que se integren a dicho poder tengan plena autonomía e independencia tanto de los gobiernos en turno (cuya actuación deben evaluar en casos concretos ya que son las autoridades señaladas como responsables en materia de amparo), como de los poderes fácticos, empresarios o grupos delincuenciales, entre

[30] Corte IDH, Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, Excepciones al agotamiento de los recursos internos (art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A, No. 11, párr. 31, *https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_11_esp.pdf*, 26 de noviembre de 2024.

otros. Quienes asuman los cargos para los que fueron elegidos deberán desempeñarlos con conocimientos, transparencia y ajustando su actuar a los estándares convencionales aquí reseñados.

Es también fundamental que el Tribunal de Disciplina Judicial ejerza sus funciones con objetividad e imparcialidad y que no se convierta en un verdugo que materialice represalias en contra de quienes adopten sentencias que no sean del agrado de algún sector con poder político o económico.

La independencia se debe proyectar hacia fuera como hacia dentro del propio poder judicial federal. Así lo ha establecido la Corte IDH: "la independencia judicial, inclusive a lo interno del poder judicial, guarda una estrecha relación, no solo con la consolidación del régimen democrático, sino además busca preservar las libertades y derechos humanos de los ciudadanos".[31]

Finalmente, hay que decir que el control de convencionalidad debe ser realizado por cualquier persona juzgadora, sin importar su mecanismo de designación. Dicho ejercicio es fundamental para lograr la justiciabilidad de los DESCA; la recepción desprejuiciada de las normas internacionales de *soft law* y *hard law* en la actividad jurisdiccional nacional es necesaria.

III. Postura del poder judicial frente a los DESCA[32]

El poder judicial federal, labrado en una tradición individualista desde el siglo XIX y actualmente en una profunda transformación, ha ido evolucionando hacia una perspectiva más colectiva y difusa, particularmente frente a los DESCA, aunque siempre hay

[31] Corte IDH, *Caso López Lone y otros..., cit.,* párr. 201.

[32] "La deseable sinergia entre las Comisiones de Derechos Humanos y el Poder Judicial en México en la protección de los DESCA. Propuestas de renovación para una relación inexistente" en Courtis, Christian, *Manual sobre justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA),* Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, t. I, 2021, pp. 147-193, (ISBN: 978-607-552-246-3), *https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/Publicaciones/archivos/2022-02/Manual%20sobre%20justiciabilidad%20de%20los%20DESCA_Tomo%20uno%20rev.pdf,* 27 de mayo de 2024.

amenazas de retroceso. En los últimos años se ha producido una ambivalencia por parte del poder judicial federal, se requiere que quienes lo integren después de la reforma de 2024, cumplan con el marco convencional y constitucional.

Frente a los DESCA, por ejemplo, se ha señalado que:

> los intereses difusos se relacionan con aquellas situaciones jurídicas no referidas a un individuo, sino que pertenecen a una pluralidad de sujetos más o menos determinada o indeterminable, que están vinculados únicamente por circunstancias de hecho en una situación específica que los hace unificarse para acceder a un derecho que les es común. Mientras que los colectivos corresponden a grupos limitados y circunscritos de personas relacionadas entre sí debido a una relación jurídica, con una conexión de bienes afectados debido a una necesidad común y a la existencia de elementos de identificación que permiten delimitar la identidad de la propia colectividad Ahora*, (existe) complejidad para tutelarlos mediante el amparo, dado que se advierte como principal contrariedad la legitimación ad causam, porque pudiera considerarse que rompe con el sistema de protección constitucional que se rige, entre otros, por los principios de agravio personal y directo y relatividad de las sentencias . (sin embargo) todos los miembros de un grupo cuentan con interés legítimo para promover el juicio de amparo indirecto,* en tanto que se hace valer un interés común y la decisión del conflicto se traducirá en un beneficio o, en su caso, en un perjuicio para todos y no sólo para quienes impugnaron el acto (énfasis agregado).[33]

En torno a las acciones colectivas se ha especificado que su ejercicio:

> ante los órganos jurisdiccionales, exige al Juez adecuar el procedimiento, para adoptar los principios del proceso jurisdiccional social. En principio, *el juzgador debe despojarse de la idea*

[33] Tesis: XI.1o.A.T. J/10 (10a.), Intereses difusos o colectivos. Su tutela mediante el juicio de amparo indirecto, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 34, Tomo IV, septiembre de 2016, página 2417, *https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2012613,* 27 de mayo de 2024. En orden similar: Tesis: I.4o.C.137 C, Intereses colectivos o difusos. Sus características y acciones para su defensa, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXVII, abril de 2008, página 2381, *https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/169861,* 27 de mayo de 2024.

> *tradicional de los límites impuestos para la defensa de los intereses individuales o el derecho subjetivo de cada individuo, para acudir a una interpretación jurídica avanzada, de vanguardia, en la cual potencialice las bases constitucionales* con los criterios necesarios para preservar los valores protegidos y alcanzar los fines perseguidos, hacia una sociedad más justa. Sólo así se pueden tutelar los intereses colectivos o difusos, pues si su impacto es mucho mayor, *se requiere el máximo esfuerzo y actividad de los tribunales y considerable flexibilidad en la aplicación de las normas sobre formalidades procesales, la carga de la prueba, allegamiento de elementos convictivos, su valoración, y el análisis mismo del caso. Asimismo, se requiere de una simplificación del proceso y su aceleración,* para no hacer cansada o costosa la tutela de estos derechos, a fin de que los conflictos puedan tener solución pronta, que a su vez sirva de prevención respecto de nuevos males que puedan perjudicar a gran parte de la población (cursivas propias) ...[34]

Ahora bien, en torno a los DESCA se ha sostenido que "para proteger cualquiera de (los) derechos no sólo se requieren abstenciones, sino, en todos los casos, es precisa la provisión de garantías normativas y de garantías institucionales como la existencia de órganos legislativos que dicten normas y de órganos aplicativos e instituciones que aseguren su vigencia, lo que implica, en definitiva, la provisión de recursos económicos por parte del Estado y de la sociedad".[35] Por lo que "la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos, con los económicos, sociales y culturales, conduce a concluir que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello. Por tanto, la exigibilidad de

[34] Tesis: I.4o.C.136 C, Intereses colectivos o difusos en procesos jurisdiccionales colectivos o individuales. Características inherentes, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXVII, abril de 2008, página 2381, *https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/169862,* 27 de mayo de 2024.

[35] Tesis: 1a./J. 86/2017 (10a.), Principio de progresividad. Es aplicable a todos los derechos humanos y no sólo a los llamados económicos, sociales y culturales, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 47, Tomo I, octubre de 2017, página 191, *https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2015306,* 27 de mayo de 2024.

estos derechos amerita que sean justiciables ante los tribunales, a través del juicio de amparo".[36]

Respecto a las vulneraciones al principio de progresividad se ha establecido que "puede(n) distinguirse entre dos tipos de regresividad de los derechos económicos, sociales y culturales: *1)* la de resultados, que se presenta cuando las consecuencias de una política pública empeoran la satisfacción de un derecho social, y, *2)* la normativa, cuando una norma posterior suprime, limita o restringe los derechos o beneficios otorgados anteriormente al amparo del derecho social".[37]

A pesar de que existen criterios relevantes, hay otros que producen dudas o que podrían ser cuestionables. Así se ha dicho que:

> los órganos de los poderes ejecutivo y legislativo deben diseñar una política pública mediante la cual se garantice el pleno goce de los derechos económicos, sociales y culturales. Ahora, este deber implica que tiene que existir una política pública razonable para alcanzar el objetivo impuesto por el derecho en cuestión. En este sentido, los tribunales deben analizar si la medida impugnada se inscribe dentro de una política pública que razonablemente busque alcanzar la plena realización del derecho social. Sin embargo, *son las autoridades administrativas y legislativas quienes en principio están en una mejor posición para determinar cuáles son las medidas adecuadas* para alcanzar la plena realización de los derechos sociales, por tanto, *al analizar la razonabilidad de la medida los tribunales deben ser deferentes con dichas autoridades* (cursivas propias).[38]

---

[36] Tesis: (V Región) 5o.19 K (10a.), Derechos económicos, sociales y culturales. Son justiciables ante los tribunales, a través del juicio de amparo, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 9, Tomo III, agosto de 2014, página 1731, *https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2007253,* 27 de mayo de 2024.

[37] Tesis: 1a. CXXVII/2017 (10a.), Derechos económicos, sociales y culturales. Forma de acreditar la existencia de las medidas regresivas de resultados y normativa, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 46, Tomo I, septiembre de 2017, página 219, *https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2015132,* 27 de mayo de 2024.

[38] Tesis: 1a. CXXV/2017 (10a.), Derechos económicos, sociales y culturales. Deber de alcanzar su plena protección progresivamente, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 46, Tomo I, septiembre

Lo anterior podría parecer una justificación frente a las omisiones violatorias de los DESCA ya que son dichas medidas —o la falta de éstas— las que debe revisar precisamente el poder judicial a fin de que no sean violatorias del orden constitucional-convencional ni de los derechos humanos.

> También existen criterios como el siguiente: "los Estados cumplen la obligación de garantizar el núcleo esencial de los derechos económicos, sociales y culturales al establecer y fomentar las condiciones necesarias que permitan su ejercicio, *sin que estén obligados a proporcionarlos de forma directa o gratuita*. Lo anterior es así, pues *se espera que las personas puedan satisfacer sus propias necesidades a través de su esfuerzo y trabajo*".[39] Aquí aparentemente se invisibilizan las condiciones estructurales que reproducen la pobreza, la desigualdad y la exclusión histórica de diversos grupos que se encuentran en situación de vulnerabilidad y se desconoce la llamada "discriminación estructural"; esta perspectiva es muy grave.

Un poder judicial experto, conocedor, transparente, independiente e imparcial es fundamental para lograr la justiciabilidad plena de los DESCA en México.

IV. Interés legítimo en amparo como vía para la justiciabilidad de los DESCA

Finalmente, es preciso reflexionar sobre la incidencia que tiene o debe tener el "interés legítimo", introducido —en sustitución del "interés jurídico" — en el amparo mexicano a partir de las reformas de 2011 para la justiciabilidad de los DESCA. Particularmente, si en las recomendaciones se identifican acciones, omisiones o normas (legales o administrativas), que violenten derechos difusos y colectivos.

---

de 2017, página 217, *https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2015129,* 27 de mayo de 2024.

[39] Tesis: 2a. XCIII/2016 (10a.), Derechos económicos, sociales y culturales. Alcances de su protección". *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 34, Tomo I, septiembre de 2016, página 841, *https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2012528,* 28 de mayo de 2024.

Así se ha establecido que:

> los elementos constitutivos del interés jurídico consisten en demostrar: *a)* la existencia del derecho subjetivo que se dice vulnerado, y, *b)* que el acto de autoridad afecta ese derecho, de donde deriva el agravio correspondiente. Por su parte, para probar el interés legítimo, deberá acreditarse que: *a)* exista una norma constitucional en la que se establezca o tutele algún interés difuso en beneficio de una colectividad determinada; *b)* el acto reclamado transgreda ese interés difuso, ya sea de manera individual o colectiva, y, *c)* el promovente pertenezca a esa colectividad.[40]

A partir de la reforma de amparo de 2011, "como requisito de procedencia del amparo se requiere que: *a)* el quejoso acredite tener interés jurídico o interés legítimo y, *b)* ese interés se vea agraviado. Así, tratándose del interés jurídico, el agravio debe ser personal y directo; en cambio, para el legítimo no se requieren dichas exigencias, pues la afectación a la esfera jurídica puede ser directa o en virtud de la especial situación del gobernado frente al orden jurídico (indirecta) y, además, provenir de un interés individual o colectivo".[41]

V. ¿(In)cumplimiento de la Agenda 2030?: ideas de cierre

[40] Tesis: 2a./J. 51/2019 (10a.), Interés legítimo e interés jurídico. Sus elementos constitutivos como requisitos para promover el Juicio de Amparo Indirecto, conforme al artículo 107, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 64, t. II, marzo de 2019, página 1598, *https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2019456,* 28 de mayo de 2024.

[41] Tesis XXVII.1o.(VIII Región) J/4 (10a.), interés Jurídico o interés legítimo para efectos de la procedencia del juicio de amparo. Requisitos para acreditarlo a partir de la reforma al artículo 107, Fracción I, constitucional de 6 de junio de 2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XIX, abril de 2013, t. 3, página 1807, *https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2003293*, 28 de mayo de 2024. Asimismo, *cfr.* Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La Ley de Amparo en lenguaje llano. ¿Por qué es importante para la protección de nuestros derechos?*, México, 2014, pp. 29-31, *https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/pagina/documentos/2016-11/LibroLeydeamparoenlenguajellano_0.pdf,* 5 de mayo de 2024.

Los DESCA son derechos plenamente exigibles y justiciables por lo que todas las decisiones públicas tienen que considerar el impacto que tienen sobre el conjunto de los derechos humanos, a la luz de los principios de interdependencia e indivisibilidad. No se puede seguir evadiendo el respeto irrestricto de los derechos bajo el argumento falaz de progresividad y de falta de recursos públicos. En muchas ocasiones sí existen recursos, pero los mismos son desviados por la corrupción o a otras prioridades alejadas de los derechos lo cual, sumado a una pésima planeación, genera subejercicios en múltiples ramos de la vida pública.

Los derechos cuestan dinero[42] y los Estados dirían que los DESCA cuestan más dinero. Lamentablemente COVID-19 demostró que, en múltiples ocasiones, los Estados no saben gastar ni priorizar el ejercicio del gasto; en este sentido, el Comité DESC afirmó:

> El Covid-19 ha puesto de relieve la función decisiva que desempeñan las inversiones adecuadas en los sistemas de salud pública, los programas integrales de protección social, el trabajo decente, la vivienda, los alimentos, el agua y los sistemas de saneamiento, así como las instituciones para promover la igualdad entre los géneros. Esas inversiones son fundamentales para responder eficazmente a las pandemias de salud mundiales y para contrarrestar las múltiples formas de desigualdad que se entrecruzan entre sí, incluidas las profundas desigualdades de ingresos y riqueza tanto dentro de los países como entre ellos.[43]

Se requiere fortalecer urgentemente los mecanismos de justiciabilidad de los DESCA en México, particularmente del juicio

---

42 *Cfr.* Holmes, S., y Sunstein, C., *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2012.

43 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Declaración sobre la pandemia de Covid-19 y los derechos económicos, sociales y culturales*, 17 de abril de 2020, *https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmlBEDzFEovLCuW1AVC1NkPsgUedPlF1vfPMKXidSV%2FGyVFSAvr6nizxSlkm%2BMwII5sFYkMLQXUujELyY7Xqi78YhvjNQDYn3kjcLrPompmBOF6A4cOy%2BkRAHc*, 28 de mayo de 2024.

de amparo. Para hacer realidad la justiciabilidad de los DESCA en México, se necesita la aplicación del interés legítimo y un nuevo entendimiento del principio de relatividad de las sentencias, que permita extender los beneficios del amparo a amplios sectores, particularmente frente a grupos en situación de vulnerabilidad, o dotarle de efectos *erga omnes*.

Sin duda, los DESCA y su justiciabilidad requieren de normas nacionales que sean conformes a las convencionales, de jueces robustos e independientes que conozcan el derecho internacional de los derechos humanos y que lo apliquen, pero particularmente necesitan políticas públicas[44] que garanticen su goce y ejercicio. Y dichas políticas exigen un buen proceso de diseño e implementación permanentemente evaluado y con presupuesto suficiente, bien planeado además de honesta y puntualmente ejercido.

Finalmente, el poder judicial federal debe dictar garantías de no repetición que, especialmente en DESCA, son una herramienta fundamental. Dichas garantías de no repetición deben de ir dirigidas al cumplimiento de los objetivos del desarrollo sostenible. En ese marco, y en una reflexión seria de derecho constitucional, se requiere hacer el planteamiento de qué sigue después de la Agenda 2030. Frente a un evidente incumplimiento de los objetivos de desarrollo sostenible[45] se debe generar una propuesta en torno a qué se tiene que hacer en el plano internacional y nacional mexicano (políticas públicas, programas de gobierno o un nuevo instrumento internacional) para avanzar en la cons-

---

44 Morales Sánchez, Julieta, *Políticas públicas y derechos humanos,* Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2020, *passim*.

45 *Cfr.* Organización de las Naciones Unidas, *Objetivos de desarrollo sostenible*, *https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2023/07/press-release-world-risks-big-misses-across-the-sustainable-development-goals-unless-measures-to-accelerate-implementation-are-taken-un-warns32817/,* 28 de mayo de 2024. También es preciso señalar que "el secretario ejecutivo de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), alertó de que el 75% de las metas de la Agenda 2030 están en riesgo de incumplimiento si no se toman medidas decididas para recuperar la senda correcta", *https://news.un.org/es/story/2023/04/1520432*, 28 de mayo de 2024.

trucción de una vida digna y sustentable para todas las personas. Existen interrogantes que hay que dilucidar: ¿cómo podemos, en este lustro que falta, avanzar en el cumplimiento de la Agenda 2030?, ¿es necesario un instrumento de *soft law* (derecho suave o blando) o de *hard law* (derecho vinculante)?, ¿es necesario reiterar las obligaciones que ya se encuentran reconocidas en los tratados internacionales o más bien exigir su cumplimiento y cómo?, ¿qué hay que hacer para fortalecer la exigibilidad y la justiciabilidad de los DESCA?.

Teoría constitucional y fuentes del derecho en contexto: especial énfasis al caso peruano

***

Constitutional theory and sources of law in context: special emphasis on the Peruvian case

*Bruno Novoa Campos**

Resumen: el presente artículo considera que la teoría constitucional se puede apreciar en tres etapas del derecho constitucional; y, asimismo, resalta la importancia de otras fuentes del derecho vigentes, distintas a la Constitución, que son válidamente aplicables en el ordenamiento jurídico peruano.

Abstract: this article considers that constitutional theory can be appreciated in three stages of constitutional law; and, likewise, highlights the importance of other sources of current law, other than the Constitution, which are validly applicable in the peruvian legal system.

Palabras clave: teoría constitucional, fuentes del derecho.

Keywords: constitutional theory, sources of law.

Sumario: I. Palabras previas. II. Breves alcances sobre la teoría constitucional. III. Breves alcances sobre las fuentes del derecho constitucional peruano. IV. Palabras finales. Referencias.

* Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, *brunoancperu@gmail.com*

I. Palabras previas

Sin duda el Derecho Constitucional ha cambiado el panorama jurídico en los últimos 50 años (al menos, desde que culminó la segunda guerra mundial hacia adelante). Los cursos de derecho constitucional general, y el peruano en particular, sustentan la importancia de la defensa de los derechos fundamentales, así como la necesidad de normar el poder, limitándolo y delimitándolo.

Nuestra disciplina, al menos en nuestro medio, se ha visto fortalecida por la jurisprudencia emitida por el Tribunal constitucional y, a nivel convencional, por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; así como, por la inmensa cantidad de publicaciones de libros y revistas especializadas que han permitido ampliar el debate en referencia a su teoría y fuentes.

En este escenario, y a pesar de los importantes avances que se han presentado en los últimos años, es necesario hacer una pausa reflexiva a fin de abordar la teoría y fuentes del derecho constitucional en su debido contexto. Al menos, dejar las ideas base para que la teoría y las fuentes constitucionales sigan siendo constantemente debatidas.

II. Breves alcances sobre la teoría constitucional

Podemos denominar teoría constitucional a aquella teoría que refleja el resultado del estudio de las instituciones y conceptos propios del derecho constitucional y que ha sido respaldada por la doctrina calificada.

De este modo, la teoría constitucional puede apreciarse en cada momento o etapa del derecho constitucional. Al menos aprecio tres grandes etapas: *i)* la primera denominada etapa trasatlántica (considerando las revoluciones americana y francesa); *ii)* la segunda, denominada etapa del periodo de entre guerras, entre 1918 al 1939 aproximadamente, y, *iii)* la tercera, denominada etapa *post* segunda guerra mundial. Las etapas mencionadas requieren de un desarrollo amplio; sin embargo, en esta oportunidad, nos referiremos a ellas en sus grandes rasgos.

2.1. Sobre la primera etapa de la teoría constitucional

David Armitage, profesor del departamento de historia de la Universidad de Harvard, desarrolló en su texto *Three Concepts of Atlantic History,* tres conceptos de historia atlántica: 1. Historia circunatlántica: historia transnacional del mundo atlántico; 2. Historia transatlántica: historia internacional del mundo atlántico, y, 3. Historia cisatlántica: historia nacional o regional en un contexto atlántico. Si seguimos a Armitage, la primera etapa del derecho constitucional la podemos ubicar en la etapa transatlántica, en tanto abarca los aportes constitucionales que se presentaron en dos revoluciones que cruzaron el mar atlántico: la francesa y la americana.

En referencia a la revolución francesa, Daniel Mornet, quien fuera profesor de historia francesa de la Universidad de París *La Sorbonne,* señaló en su estudio *Les origines intellectuelles de la Révolution française* que, entre los maestros del espíritu nuevo, como los denominó, se encuentran Voltaire, Montesquieu y Jean-Baptiste de Boyer, marqués de Argens.

Por su parte, Bernard Bailyn, quien fuera profesor de historia norteamericana de la Universidad de Harvard, recordó, en su libro *The Ideological Origins of the American Revolution,* que las publicaciones protagonistas de la revolución americana fueron los folletos; y, entre todos aquellos que escribieron folletos resaltaron James Otis Jr., Thomas Paine y John Allen.

2.2. Sobre la segunda etapa de la teoría constitucional

El periodo de entreguerras dejó muchas lecciones para nuestra disciplina, pero sobre todo sentó las bases teóricas, de la mano de distinguidos constitucionalistas que hoy los podemos denominar clásicos del derecho constitucional, de nuestra disciplina. Veamos algunos de sus exponentes y una muy breve visión de sus principales obras:

a) Karl Loewenstein, en *Teoría de la Constitución*, tiene un punto de vista diferente que apela a la esencia de la vida

en común, la cual parte de tres fuerzas sociales: el amor, la fe y el poder. Y es justamente dentro de esta última fuerza (el poder), que se requieren de instituciones efectivas para distribuir el poder político entre los detentadores del poder, independientemente de su legitimidad fáctica, religiosa o jurídica, los cuales deben estar sometidos a los destinatarios del poder (que a la larga serán los detentadores supremos del poder).

Para alcanzar este objetivo se requiere de una Constitución que presente frenos, en forma de un sistema de reglas fijas, para controlar el ejercicio del poder;[1]

b) Georg Jellinek, en *Teoría General del Estado*, consideró que toda asociación permanente necesita de un principio de ordenación conforme al cual se constituye y desarrolla su voluntad. Este principio de ordenación será el que limite la situación de sus miembros dentro de la asociación y en relación con ella. Una ordenación o estatuto de esta naturaleza es lo que se llama una Constitución.

Por consiguiente, señaló que la Constitución de los estados abarca los principios jurídicos que designan los órganos supremos del Estado, los modos de su creación, sus relaciones mutuas, fijan el círculo de su acción y, por último, la situación de cada uno de ellos respecto del poder del Estado;[2]

c) Hans Kelsen, en *Teoría Pura del Derecho*, consideró que el orden jurídico no es un sistema de normas de derecho situadas en un mismo plano; sino, una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas. El estrato superior se encuentra representado por la Constitución;[3]

d) Para Hermann Heller, en *Teoría del Estado*, la Constitución es producida por la actividad humana consciente y se refiere a la forma o estructura de una situación política real que se renueva constantemente.

---

1 Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, España, Ariel Derecho, 2018.

2 Jellinek, Georg, *Teoría General del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica de México, 2017.

3 Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, México, UNAM, 1982.

Así, Heller sostiene que la configuración actual de la cooperación [en su obra refiere relaciones reales de poder que se dan en un país], que se espera se mantenga de modo análogo en el futuro, por la que se produce de modo constantemente renovado la unidad y ordenación de la organización estatal, es lo que se llama Constitución en el sentido de la ciencia de la realidad;[4]

e) Harold J. Laski, en *Authority in the Modern State*, señaló que escribir la Constitución es tentar las pasiones de los hombres. Es sugerir que hay límites al poder real. Es decirle al pueblo que ciertos derechos son suyos por naturaleza;[5]

f) Para Léon Duguit, en *The Law and the State*, las instituciones políticas deben estar organizados en un organismo dentro del Estado; es decir, deben desarrollar la idea de Estado a través de sus diversos elementos y dar a cada uno de ellos una realidad objetiva. Este organismo es la Constitución Política;[6]

g) Maurice Hauriou, en *An Interpretation of the Principles of Public Law*, consideró que el Estado no es la única institución corporativa. Tenemos municipios incorporados, empresas, sindicatos, etc. Hay toda una clase de personas morales incorporadas de las que el Estado es sólo una variedad peculiarmente interesante. En este marco, la teoría central del derecho público forma parte de una institución corporativa que cuenta con una Constitución interna;[7]

h) Carl Schmitt, en *Teoría de la Constitución*, consideró a la teoría constitucional como un territorio independiente del derecho público; y, más bien, debe ser considerada como un aspecto específico del derecho político.

---

4 Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica de México, 1971.

5 Laski, Harold J, "Authority in the Modern State", *Yale University Press*, 1919, Canada, Batoche Books Kitchener, 2000.

6 Duguit, Léon, "The Law and the State", *Harvard Law Review*, vol. 31, núm. 1, 1917, pp. 1-185.

7 Hauriou, Maurice, "An Interpretation of the Principles of Public Law", *Harvard Law Review*, vol. 31, núm. 6, 1918, pp. 813-821.

Bajo este esquema, señaló que la esencia de la Constitución no está contenida en una ley o en una norma, sino que en el fondo reside una decisión política del titular del poder constituyente, es decir, del pueblo en la democracia y del monarca en la monarquía auténtica,[8] y,

i) Carl J. Friedrich, en *The Political Theory of the New Democratic Constitutions*, señaló que la teoría política que se encuentra presente en las constituciones democráticas busca trascender todo desafío totalitario y recuperar lo esencial de la libertad y la dignidad humana.[9]

2.3. Sobre la tercera etapa de la teoría constitucional

La tercera etapa inició luego de los lamentables acontecimientos ocurridos en la segunda guerra mundial, razón por la cual se estableció el sistema universal de los derechos humanos que, en conjunto con los sistemas regionales de derechos humanos y los instrumentos internacionales y regionales aprobados, conformaron un plexo complejo de defensa y protección de los derechos fundamentales.

Son muchos los autores que definieron la tercera etapa de la teoría constitucional, sin embargo, podemos citar, a manera de ejemplo, a Ricardo Guastini, profesor emérito de Filosofía del Derecho en la Universidad de Génova, quien metodológicamente consideró que deben existir siete condiciones para estimar cuando un ordenamiento jurídico se encuentra constitucionalizado:

a) Constitución rígida, la constitución no se reforma al igual que la ley; cuanto más difícil mejor.
b) Garantía jurisdiccional de la constitución.
c) Fuerza vinculante de la constitución.
d) Sobreinterpretación de la constitución (sale de las técnicas textuales)

---

8 Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, España, Alianza Editorial, 1996.

9 C. J., Friedrich, "The Political Theory of the New Democratic Constitutions. The Review of Politics", *Cambridge University Press*, vol. 12, núm. 2, 1950, pp. 215–224.

e) Aplicación directa de normas constitucionales (la constitución también rige relación entre particulares)
f) Interpretación de las leyes conforme a la constitución.
g) Influencia de la constitución sobre relaciones políticas (solución de conflictos entre órganos políticos y no existe espacio para political questions).[10]

En este escenario, asimismo, confluyó a nivel teórico la teoría constitucional denominada neoconstitucionalismo. Un primer acercamiento teórico, aunque general, se presentó hace veinte 20 años en la obra compilatoria que realizó Miguel Carbonell, profesor de derecho constitucional de la UNAM, que denominó "Neoconstitucionalismo". Su trabajo, su *triología,* comenzó con el primer libro *Neoconstitucionalismo(s)* publicado el 2003, seguido por la *Teoría Neoconstitucional* del 2007 y culminó, en junio del 2010, con *El Cánon Neoconstitucional*.

Posteriormente, y a propósito de diferentes precisiones conceptuales, se ha ido superando el denominado neoconstitucionalismo en tanto acercamiento teórico impulsado en su oportunidad por los juristas de Génova; y, hoy día, la mayoría de teóricos de nuestra disciplina se adscriben al denominado post positivismo, el cual, palabras más palabras menos, no deja de reconocer al positivismo pero tampoco se agota en él, superándolo (de ahí el termino post) en atención a la necesidad de incorporar ciertos principios y posiciones morales en los argumentos de los casos complejos.[11]

III. Breves alcances sobre las fuentes del Derecho Constitucional peruano

Un punto importante de partida, en referencia a las fuentes constitucionales, lo constituye la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, en el expediente N.° 047-2004-AI/TC, por

[10] Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s),* 4ª. ed. Editorial Trotta, 2009.

[11] Atienza, Manuel, "Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista", *Revista Argentina de Teoría Jurídica,* Universidad Torcuato di Tella, vol. 15, diciembre de 2014.

medio del cual el supremo intérprete de la Constitución, luego de establecer que la Constitución se instituye como fuente de fuentes del ordenamiento jurídico (en concordancia con lo establecido por el artículo 51 de la Constitución Política), graficó el plexo de fuentes del ordenamiento jurídico bajo el esquema siguiente:

1. Fuentes normativas o formas normativas con rango de ley

   a. Las leyes
   b. Resoluciones legislativas
   c. Tratados
   d. Reglamento del Congreso
   e. Decretos legislativos
   f. Decretos de urgencia
   g. Las Ordenanzas regionales
   h. Las Ordenanzas municipales

2. Fuentes normativas con rango distinto a la ley

   a. La jurisprudencia
   b. La costumbre
   c. Los principios generales del derecho
   d. El contrato (autonomía de la voluntad)
   e. La doctrina

Como se puede apreciar del esquema planteado por el propio Tribunal Constitucional, las fuentes del ordenamiento jurídico son diversas y no necesariamente se agotan en la propia Constitución (a pesar de la gran importancia e influencia que tiene como principal fuente del ordenamiento jurídico nacional). De ahí, la importancia de tener presente las diferentes manifestaciones jurídicas que se han generado tomando en consideración las demás fuentes vigentes del ordenamiento jurídico y/o de sus combinaciones. Veamos brevemente las más resaltantes:

3.1. Ordenamiento jurídico convencionalizado

En el marco de la tercera etapa del Derecho Constitucional, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se posicionó e influyó, de manera decisiva, en nuestra disciplina.

En este gran escenario, conformado por el sistema universal de derechos humanos en sintonía con los sistemas regionales, instrumentos internacionales (incluidos los regionales), comités, comisiones y Cortes, el Derecho Constitucional se constituyó como el espacio ideal para que puedan confluir todos los mecanismos, normas e instrumentos antes mencionados.

De este modo, si solo nos ubicamos en el sistema regional de derechos humanos (que incluye los instrumentos interamericanos, Comité, Corte y demás órganos de la OEA), la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que actúa una vez la Comisión Interamericana de Derechos Humanos le remite un caso, ha incidido de manera directa en el ordenamiento jurídico nacional.

En efecto, sobre la base de lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana ha desarrollado en su jurisprudencia la doctrina denominada control de convencionalidad, la cual viene *in crescendo,* conforme se muestra en el siguiente cuadro:

Cuadro 1.
Control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte IDH.

Caso	*Fundamento jurídico*	*Disposición*
Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (26 de septiembre de 2006).	124	"[...] el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana [...]"

Caso	*Fundamento jurídico*	*Disposición*
Caso trabajadores Cesados Congreso vs. Perú (24 de noviembre de 2006).	128	"[...] los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" exoficio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes [...]"
Caso *Radilla Pacheco vs. México* (23 de noviembre de 2009).	338	"[...] la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención [...]"
Caso Gelman vs. Uruguay primera supervisión de cumplimiento de sentencia (20 de marzo de 2013)	72	"[...] el control de convencionalidad es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados [...]"

Fuente: elaboración propia

Cabe resaltar, que la jurisprudencia de la Corte Interamericana antes señalada ha influido en la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional.[12]

[12] *Cfr*. Expediente N. 2730-2006-PA/TC y expediente N.° 00007-2007-PI/TC.

A pesar de este avance convencional y de su incorporación como fuente del Derecho en nuestro ordenamiento jurídico nacional, esta primera manifestación no ha estado exenta de críticas (especialmente en casos límites como la aplicación de la eutanasia o la aplicación favorable a terroristas); e, incluso, en la omisión de su aplicación, como sucedió en un reciente episodio que, al decir del propio Tribunal Constitucional, fue un hecho aislado que no deja de reconocer la importancia de la convencionalidad en el Perú (caso indulto Fujimori -expediente N.° 02010-2020-PHC/TC-).

3.2. Constitución legalizada

Adicionalmente, es importante tener presente la relación que se presenta entre los artículos de la propia Constitucional y la Ley (descrita de manera general). A manera de ejemplo, se muestran sólo los primeros 5 artículos de nuestra Constitución que hace referencia a la fuente legal (habiendo hasta más de 80 artículos que citan a la fuente legal), como se aprecia en el cuadro siguiente:

Cuadro 2.
Relación entre artículos constitucionales y la Ley.

Artículo constitucional	*Relación con la ley*
Artículo 2, numeral 4.	4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, *bajo las responsabilidades de ley*.

Artículo constitucional	*Relación con la ley*
Artículo 2, numeral 5.	5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, *en el plazo legal*, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y *las que expresamente se excluyan por ley* o por razones de seguridad nacional. Toda persona tiene derecho al secreto bancario y la reserva tributaria. Su levantamiento solo puede efectuarse a pedido: [...] 3. De una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado. [...] El levantamiento de estos derechos fundamentales *se efectúa de acuerdo* a ley, que incluye decisión motivada y bajo responsabilidad de su titular.
Artículo 2, numeral 7.	7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias. Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, *sin perjuicio de las responsabilidades de ley.*
Artículo 2, numeral 9.	9. A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo *son reguladas por la ley.*

3.3. Ordenamiento jurídico legal

Sin perjuicio de las manifestaciones antes señaladas, que se han presentado a partir de las demás fuentes vigentes del ordenamiento jurídico y/o de sus combinaciones en relación con la Constitución, la fuente legal si bien fue desplazada por la fuente constitucional esta no ha sido eliminada, es decir sigue estando vigente y aplicable en diferentes circunstancias de nuestra vida diaria. En efecto, si se toma en consideración la información del Sistema Peruano de Información Jurídica SPIJ, que es, conforme al Decreto Supremo N. 001-2003-JUS, la edición oficial del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos sobre información jurídica, veremos que el ordenamiento jurídico cuenta con un amplio y complejo ordenamiento legal que incluye leyes, reglamentos, decretos legislativos, decretos supremos, decretos de urgencia, como se aprecia del cuadro siguiente:

Cuadro 3.
Normas legales vigentes

Tipo de norma legal	*Número de normas emitidas a la fecha (aproximadamente al año 2024)*
Leyes	31,751
Decretos legislativos	1,562
Decretos de urgencia	1,826
Decretos supremos	34.667

Compendios normativos	Reglamento del Congreso
	Nuevo Código Procesal Constitucional
	Código Civil
	Código Procesal Civil
	Código Penal
	Código Procesal Penal (D.L 638)
	Código Procesal Penal (D.L 9570)
	Código de Ejecución Penal
	Código Penal Militar Policial
	Código de Justicia Militar Policial
	Código de los niños y adolescentes
	Código de procedimientos penales
	Código de comercio
	Código de protección y defensa del consumidor
	Código Tributario

Fuente: elaboración propia

IV. Palabras finales

Los puntos expuestos, aunque expresados de manera breve, nos permiten poner en contexto la teoría y las fuentes del Derecho Constitucional, concluyendo lo siguiente:

1. La teoría del Derecho Constitucional se debe apreciar desde tres etapas:

- La etapa trasatlántica (considerando las revoluciones americana y francesa);
- La etapa del periodo de entre guerras, entre 1918 al 1939 aproximadamente; y, finalmente,
- La etapa *post* segunda guerra mundial.

2. Las fuentes del Derecho Constitucional presentan hasta tres variaciones diferentes a la fuente constitucional o combinadas con ella:

- El ordenamiento jurídico convencionalizado;
- La constitución legalizada;
- El ordenamiento jurídico legal

3. La Constitución Política, a pesar de la gran importancia e influencia que tiene como principal fuente del ordenamiento jurídico nacional, no ha eliminado las demás fuentes del ordenamiento jurídico, tan solo las ha desplazado.

4. Las fuentes normativas vigentes, distintas a la Constitución, constituyen un amplio porcentaje de aplicación en nuestro ordenamiento jurídico.

Referencias

Armitage, David, "Three Concepts of Atlantic History", *The British Atlantic World*, 1500-1800, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2002.

Atienza, Manuel, "Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista", *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Universidad Torcuato di Tella, vol. 15, diciembre de 2014.

Bailyn, Bernard, "The Ideological Origins of the American Revolution", Harvard University Press, Massachusetts, 1992.

Carbonell, Miguel y García Jaramillo, *El canon neoconstitucional*, Editorial Trotta, 2010.

Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s),* 4ª. ed., Editorial Trotta, 2009.

Carbonell, Miguel, *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos,* Editorial Trotta, 2007.

Carl Schmitt, Teoría de la Constitución, España, Alianza Editorial, 1996.

Duguit, Léon, "The Law and the State", *Harvard Law Review*, vol. 31, núm. 1, 1917.

Friedrich, C. J., "The Political Theory of the New Democratic Constitutions", *The Review of Politics*, Cambridge University Press, vol. 12, núm. 2, 1950.

Georg Jellinek, *Teoría General del Estado*, México, FCE, 2017.

Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, México, UNAM, 1982.

Harold J. Laski, *Authority in the Modern State*, Yale University Press, 1919.

Hermann Heller, Teoría del Estado, México, FCE, 1971.

Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, España, Ariel Derecho, 2018.

Maurice Hauriou, *An Interpretation of the Principles of Public Law*, Harvard Law Review, vol. 31, núm. 6, 1918.

Mornet, Daniel, "Los orígenes intelectuales de la revolución francesa 1715-178", Buenos Aires, Editorial PAIDOS, 1969.

Identidad constitucional en México. Aproximaciones liminares para su descubrimiento

***

Constitutional Identity in Mexico. Preliminary reflections for its discovery

*Jaime Olaiz González**

Resumen: a lo largo de la ponencia se analiza la evolución del debate sobre la identidad constitucional en México, especialmente en el contexto de las recientes propuestas de reforma constitucional. Se destaca la importancia de identificar una estructura básica de la Constitución para limitar el poder reformador y garantizar la protección de los derechos humanos. Además, se propone que el artículo primero de la Constitución, que garantiza una amplia protección a los derechos humanos, pueda servir como base para definir esta estructura básica. Posteriormente y después del desarrollo de varias posturas logramos concluir que el análisis de las futuras reformas constitucionales debe ser extremadamente cuidadoso y que el concepto de "identidad constitucional" es fundamental para este proceso.

Abstract: the presentation traces the evolution of the debate on Mexico's constitutional identity, focusing on recent constitutional reform proposals. It underscores the significance of pinpointing a fundamental structure for the Constitution to curb the power to reform and safeguard human rights. Moreo-

* Profesor Investigador de Teoría Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, jolaiz@up.edu.mx. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-5723-8947.

ver, it suggests that Article 1 of the Constitution, which provides extensive human rights protections, could serve as the foundation for defining this basic structure. Following a detailed exploration of various viewpoints, we conclude that future constitutional reforms must undergo rigorous scrutiny and that the concept of 'constitutional identity' is paramount in this process.

Palabras clave: estructura básica, reforma constitucional, constitucionalismo abusivo, identidad constitucional, inmutabilidad constitucional, recurrencias explícitas, entropía constitucional, reemplazo constitucional, regularidad constitucional, bloque de convencionalidad.

Keywords: basic structure, constitutional amendment, abusive constitutionalism, constitutional identity, constitutional unamendability, explicit recurrences, constitutional entropy, constitutional replacement, constitutional regularity, block of conventionality.

Sumario: I. Introducción. II. La problemática del cambio constitucional en México antes de las reformas de 2024. III. Las reformas constitucionales de 2024 como ejemplo de constitucionalismo abusivo. IV. ¿Existen límites al poder reformador de la Constitución? V. Inmutabilidad constitucional. VI. La estructura básica como matriz de racionalidad para delimitar la inmutabilidad constitucional implícita. VII. Vía histórica: recurrencias explícitas en el constitucionalismo mexicano. VIII. Vía interpretativa: el bloque de convencionalidad y el artículo 1º constitucional. IX. Entropía constitucional: el entendimiento de la constitución no como texto, sino como sistema. X. Consideraciones finales.

I. Introducción

En el último año de su mandato, el presidente López Obrador presentó al Congreso de la Unión una serie de iniciativas de reforma a diversos artículos de la Constitución[1] que significaban en

[1] Julio Ríos-Figueroa, "Mexico 2024: The Battle for the Constitution?", *ConstitutionNet*, International IDEA, 2024, *https://constitutionnet.org/news/voices/mexico-2024-battle-constitution*

su conjunto una alteración de la regularidad constitucional que se había preservado durante las últimas cuatro décadas. Dentro del paquete de reformas destacaba la elección de los integrantes de los poderes judiciales federal y estatales mediante el voto popular o la desaparición de la gran mayoría de los órganos constitucionales autónomos.

Este proyecto reformista iba en sentido opuesto al consenso constitucional que resultó del periodo de liberalización política que inició a finales de los años setenta con la reforma política promovida por Jesús Reyes Heroles para abrir una vía institucional y democrática al creciente pluralismo político en México a través de la representación de las minorías políticas en el Congreso, y que llegó a su etapa culminante con las reformas judicial de 1994 y político-electoral de 1995.[2] La reforma judicial de 1994 facultó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para controlar constitucionalmente el ejercicio del poder por vía interpretativa mediante la incorporación de las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales, haciendo de la Corte un auténtico tribunal constitucional.[3] Por su parte, la reforma político-electoral de 1995 configuró una autoridad electoral completamente independiente para organizar y calificar las elecciones. El consenso de la transición a la democracia en México se articuló en torno a cuatro ideas fundamentales: pluralismo político, independencia judicial, autoridad electoral independiente, y desconcentración del poder político.[4] Como se ha podido ver, las refor-

---

2 Jaime Olaiz-González, *Policy-oriented jurisprudence and constitutive process in Mexico: toward a public order of human dignity in turbulent times,* en Reisman, Michael and Pati, Roza (eds.), Human flourishing: the end of law. Essays in honor of siegfried wiessner, Brill, 2023. *Véase* también Stephen Zamora y José Ramón Cossío, "Mexican Constitutionalism after Presidencialismo", *International Journal of Constitutional Law* 411, 2006, *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=903443*; y Héctor Fix-Fierro, "Judicial reform and the Supreme Court of Mexico: the trajectory of three years", *United States – Mexico Law Journal* 1, 1998, *https://digitalrepository.unm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1107&context=usmexlj*

3 José Ramón Cossío Díaz, *Sistemas y modelos de control constitucional en México,* IIJ-UNAM, 2017, pp. 91-114.

4 Ricardo Becerra, Pedro Salazar y José Woldenberg, *La mecánica del cambio político en México. Elecciones, partidos y reformas,* Ediciones Cal y Arena, 2010, pp. 491.

mas promovidas por el presidente López Obrador no suscribían este consenso y pretendían alterar sus fundamentos de manera sustancial.

En una perspectiva contemporánea, se define como constitucionalismo abusivo al empleo de procedimientos e instituciones previstas en la propia constitución —principalmente el mecanismo de reforma constitucional— para socavar el orden democrático.[5] La dinámica de cambio constitucional de los últimos seis años —y muy particularmente la vista en 2024—,[6] ha desplegado de manera reveladora la praxis del constitucionalismo abusivo en México y las enormes dificultades que representa para el modelo del constitucionalismo liberal y sus principios rectores: separación de poderes, elecciones libres, supremacía constitucional, y estado de derecho.

Esta ponencia se propone abordar esta problemática desde la perspectiva de los límites al poder reformador de la constitución y la conveniencia de contar para situaciones extremas de cambio constitucional como ésta, con una metodología para delimitar lo que desde el constitucionalismo comparado se ha denominado *identidad constitucional o estructura básica de la constitución*.

II. La problemática del cambio constitucional en México antes de las reformas de 2024

Es ampliamente conocido que la Constitución mexicana vigente había tenido para principios de 2024, cerca de 750 adiciones o cambios a través de alrededor de 250 decretos de reforma constitucional desde 1921.[7] Esta práctica no tiene parangón frente al

[5] David Landau, "Abusive Constitutionalism," *Davis Law Review,* 47 U. C., 2013.

[6] Jaime Olaiz-González, "Regresión por Transformación: Cambio Constitucional en México en tiempos de la denominada 'cuarta transformación'", *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 45, Julio-diciembre 2021, *https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/16663*

[7] *Cfr. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_per.htm*. Un estudio sistemático sobre las reformas constitucionales es el de José María

resto de las constituciones nacionales alrededor del mundo y algunos autores han optado por describirla como hiper-reformismo o manía reformista. Aunque era bastante predecible la coalición gobernante encabezada por López Obrador desde 2018 continuaría con esta práctica hiper-reformista, hubiera sido bastante descabellado plantear un escenario como el que se presenció entre 2023 y 2024, por lo que la génesis de este trabajo que se dio sobre todo a partir de 2023 y sobre todo a partir del 5 de febrero de 2024, en que se presentó el paquete de reformas constitucionales, que alteró fundamentalmente el contenido y forma en que hasta entonces se había conducido la discusión sobre la reforma constitucional en México. Hasta febrero de 2024, la discusión del cambio constitucional, de la reforma constitucional en México, no era un tema tan central como se apreció durante 2024.

La mayor preocupación que existía antes de esto se centraba en la cantidad de reformas que había sufrido la constitución de 1921 a la fecha, y en la falta de controles al mecanismo de reforma establecido en el artículo 135 constitucional y no había mucho más que eso. En realidad, los influyentes trabajos de los profesores Jorge Carpizo[8] y Diego Valadés[9] durante los últimos cuarenta años, apuntaban a que *el mecanismo de reforma constitucional en México necesitaba un componente democrático a través de la incorporación del referéndum* como filtro o catalizador legitimador de las reformas constitucionales, y que no quedaran exclusivamente en manos de dos terceras partes del Congreso y la mayoría de las legislaturas estatales. A estos estudios habrían de sumarse el estudio del fenómeno del hiper-reformismo constitucional en México, que realizaron Francisca Pou y Andrea Pozas-Loyo en

Soberanes Díez, *véase* Soberanes Díez, José María, *Análisis formal de las reformas constitucionales,* IIJ-UNAM, 2015, pp. 6-7, *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4035/2.pdf*

8 Carpizo, Jorge, "La Reforma Constitucional en México. Procedimiento y Realidad", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* núm. 131, 2011, p. 543-598, *https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/4689*

9 Valadés, Diego, "Problemas de la reforma constitucional en el sistema mexicano", en varios autores, *Los cambios constitucionales,* México, IIJ-UNAM, 1977, pp. 206-207.

2014,[10] y algunos trabajos auspiciados por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM en el marco del centenario de la Constitución de 1917.[11]

El estado de la discusión doctrinal concentrada en torno a estos aspectos problemáticos de la reforma constitucional y el consenso sostenido sobre los valores fundamentales de la liberalización política en México y su correspondiente predicado constitucional, no hicieron advertir la necesidad de delimitar una estructura básica o identidad constitucional cara al creciente escenario de concentración de poder y erosión democrática que se cernía sobre México desde 2018.

III. Las reformas constitucionales de 2024 como ejemplo de constitucionalismo abusivo

A partir de febrero de 2024, empieza a plantearse la necesidad de incorporar más elementos argumentativos a la discusión sobre la reforma constitucional y sus alcances, precisamente por lo que planteaba el paquete ómnibus de reformas constitucionales que presentó el presidente López Obrador. Este fenómeno sin precedentes, hacía pertinente entrar en conversación con el constitucionalismo comparado y la manera en cómo se habían conducido en otros países ejercicios semejantes de tensión entre poderes en que uno de ellos, sobre todo aquellos que están legitimados democráticamente a través de la representación mayoritaria en el congreso o en la presidencia realizan ejercicios de reforma o cambio constitucional que pueden alterar los aspectos centrales nucleares básicos de la propia constitución.

[10] Francisca Pou-Giménez y Andrea Pozas-Loyo, "The paradox of mexican self-reinforcing hyper-reformism", en Richard Albert, Carlos Bernal y Juliano Zaiden Benvindo (eds.), *Constitutional Change and Transformation in Latin America,* Hart, 2019.

[11] Serna de la Garza, José María, "La dinámica del cambio constitucional en México: hacia una agenda de investigación", en Serna de la Garza, José María y Santos Olivo, Isidro de los (coords.), *La dinámica del cambio constitucional en México,* Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2018, *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4828/34.pdf*

IV. ¿Existen límites al poder reformador de la Constitución?

En este supuesto, la pregunta central es si efectivamente el poder reformador de la constitución admite límites. Un trabajo muy influyente, canónico en la materia, es el del profesor Gary Jacobsohn,[12] quien plantea que la identidad constitucional es una suerte de coto vedado al poder reformador de la constitución y que, en el caso de pretender modificarlo, necesita cumplir con una serie de requisitos bastante onerosos para tener éxito.

Años después, el trabajo de Jacobsohn es retomado por el profesor Yaniv Roznai,[13] con su influyente estudio sobre las reformas constitucionales inconstitucionales, que se suscita precisamente a raíz de una frase de Gary Jacobsohn al final de su libro, en que habla de la posibilidad de *la constitución inconstitucional,* esa constitución formalmente aprobada o creada por vía de reforma, pero que materialmente contiene una serie de aspectos que la hacen inconsistente o incoherente dentro de sí misma.

Entonces a partir de eso se empieza a dar un extenso debate sobre estos elementos de lo que Yaniv Roznai refiere como *inmutabilidad constitucional implícita.* Así, podemos ver que la doctrina de la estructura básica coincide con un concepto igualmente extendido dentro del constitucionalismo comparado: la inmutabilidad constitucional, que exploraremos a continuación.

V. Inmutabilidad constitucional

Dentro del constitucionalismo comparado, estas discusiones se han ubicado en el marco de la inmutabilidad constitucional,[14] entendida como el fenómeno a partir del que la reforma constitucional no es factible.

---

12 Gary Jacobsohn, *Constitutional Identity,* Harvard University Press, 2010.

13 Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments. The limits of amendment powers,* Oxford University Press, 2017, p. 148.

14 *Ibidem*, pp. 15-104.

Existen dos modalidades: por un lado, la inmutabilidad constitucional explícita,[15] que consiste en la prohibición expresa en el texto constitucional para modificar contenidos específicos contenido en la propia constitución. Este tipo de inmutabilidad tradicionalmente se ha predicado en forma de cláusulas pétreas o de eternidad. Por otra parte, la inmutabilidad constitucional implícita[16] presupone la inexistencia de prohibiciones expresas en el texto constitucional, y se desprende de la función interpretativa del guardián de la constitución para determinar los contenidos indisponibles del texto constitucional precisamente por su carácter básico o fundamental.

Dentro de esta modalidad se han ubicado entre otras, las doctrinas de la estructura básica, y de la sustitución o reemplazo constitucional.[17] Estas doctrinas han establecido en distintos momentos y latitudes que ciertamente existen contenidos de la constitución que en ninguna circunstancia pueden ser modificados o removidos por las mayorías políticas que controlan el mecanismo de cambio constitucional, afirmando implícitamente que el poder reformador de la constitución —en su carácter de poder constituido delegado y fiduciario— sí que tiene límites en su funcionamiento.[18]

La discusión que se aborda en esta ponencia se centra exclusivamente en los alcances de la inmutabilidad constitucional implícita en contextos de erosión democrática y constitucionalismo abusivo como los que aquejan a México desde 2018.

La matriz de racionalidad que justifica la inmutabilidad implícita requiere por necesidad de un elemento legitimador suficientemente sólido para desplegar la función contra-mayoritaria del guardián constitucional. Ese elemento se resume en la existencia de la denominada identidad constitucional que sirve como fundamento a la estructura básica de la constitución. Y para delimitarla es necesario encontrar vías inquisitivas eficaces para

15 *Ibidem,* pp. 15-38.

16 *Ibidem,* pp. 39-70.

17 Richard Albert, *Constitutional Amendments. Making, Breaking, and Changing Constitutions,* Oxford University Press, 2019, pp. 19-30.

18 Yaniv Roznai, *op. cit*., p. 105-174.

realizar esta tarea, y que están predeterminadas por historia y contexto. En muchos casos, se ha optado directamente por el trasplante prescriptivo o argumentativo, resultando en una crítica justificada a la defensa de la constitución por esa vía. En el caso de México, por el contrario, me parece que contamos con dos vías inquisitivas suficientemente justificadas para descubrir de forma legítima la estructura básica de nuestra constitución: la vía histórica y la vía interpretativa. Exploraremos brevemente cada una de ellas en los siguientes apartados.[19]

VI. La estructura básica como matriz de racionalidad para delimitar la inmutabilidad constitucional implícita

Además de la discusión propuesta por Jacobsohn y Roznai, el constitucionalismo comparado nos ofrece una serie de precedentes en que tampoco se advierte una metodología uniforme o estandarizada para descubrir la identidad constitucional o la estructura básica, y esto sencillamente porque cada uno de estos procesos es tremendamente, no nada más disímbolo, sino influenciado por el contexto. Entonces no se puede trasladar automáticamente la definición de la estructura básica en la India o la articulación de la teoría de la sustitución en Colombia al caso mexicano.

Aun cuando el trasplante automático de estas influyentes corrientes interpretativas no es recomendable, también es cierto que la comprensión del fondo de estas doctrinas es profundamente orientativa para procesos de erosión constitucional y democrática. En términos generales, la doctrina de la estructura básica consiste en la articulación de una serie de principios fundamentales, valores, prácticas, instituciones y procedimientos mayormente aceptadas, y que en su conjunto representan la máxima señal autoritativa que se reconoce dentro de una comu-

[19] Jaime Olaiz-González, *A Minute to midnight: on the necessity of defining a basic structure of Mexico's Constitution and the role of the supreme court in such an undertaking. History, methodology, and models*, Estudio presentado en el *Work-in-Progress Seminar* del *Kellogg Institute of International Politics of the University of Notre Dame*, mayo 2024 (en proceso).

nidad política, configurando así su propia identidad constitucional. En un escenario ideal, esta definición tan trascendente corresponde al poder constituyente, sin embargo, en la mayoría de los casos se ha atribuido de manera residual o subsidiaria al juez constitucional en su carácter de guardián de la constitución en situaciones que ponen en peligro las premisas fundamentales del sistema constitucional.

En este sentido, en México nos hemos incorporado un poco tarde a la conversación: aunque la Corte abordó este tema en 1997,[20] validando en una estrecha mayoría la posibilidad de que los procedimientos de reforma constitucional fueran susceptibles de control vía amparo, el precedente dominante se fijó a través de las *Jurisprudencias 39 y 40 de 2002,* en las que se establece que el procedimiento de reforma constitucional no es susceptible de control constitucional bajo ningún supuesto.[21] Como veremos más adelante, este tema recobra interés con el *amparo en revisión 186/2008* en que, en una tesis aislada, la Corte establece la idoneidad del juicio de amparo para contravenir el procedimiento del que resultó una reforma constitucional.[22]

VII. Vía histórica: recurrencias explícitas en el constitucionalismo mexicano

Con el propósito de identificar una serie de elementos que permitan descubrir una estructura básica en México, la evolución histórica del constitucionalismo mexicano nos aporta dos claves interesantes.

Por un lado, se encuentran las que podemos entender como *recurrencias explícitas* en nuestra evolución constitucional y que

[20] Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo contra el procedimiento de reformas a la Constitución, Serie Debates Pleno, México, 1997, 199 pp.

[21] Jurisprudencia 39-40/2002, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *ver* https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/H_duMHYBN_4klb4HuXPR/%22Computo%20de%20votos%22

[22] José Ramón Cossío, El amparo en revisión 186/2008, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2011, *ver* https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2955/8.pdf

pueden arrojar luz sobre aquellos aspectos que se han presentado de manera reiterada y consistente en nuestros distintos momentos constitucionales y que, al reflejarse en su respectivo texto, subrayan la importancia fundamental que esas instituciones y procedimientos han significado históricamente para el pueblo mexicano. Las recurrencias explícitas más notorias son -en este orden: (i) la forma republicana y democrática de gobierno; y (ii) la separación de poderes. Estas dos recurrencias se presentan en los textos constitucionales de 1824, 1836, 1847, 1857 y 1917. La siguiente recurrencia explícita es (iii) el federalismo, que salvo en las Leyes Orgánicas de 1836, aparece en el resto de los textos constitucionales.

Pero también existen evidencias sobre inmutabilidad constitucional explícita en México que, aunque se reducen a un periodo muy limitado en el siglo XIX, sí que representan un intento del poder constituyente para preservar algunos aspectos fundamentales para el arreglo y estabilidad constitucionales de entonces. La Constitución de 1824 contiene el primer intento por establecer una serie de cláusulas de eternidad que prohibían -por ejemplo, en el artículo 3 modificar la religión oficial del Estado Mexicano, o en el artículo 171, y aquí está lo interesante, que no se podían alterar mediante reforma constitucional, la libertad e independencia de México, la forma de gobierno, la separación de poderes, la libertad de imprenta y la religión oficial. Esta disposición inhabilitante de la reforma constitucional se replica después en el artículo 29 del Acta Constitutiva y de Reformas de 1847 en que establece como cláusulas de inmutabilidad, la independencia de la nación, la forma de gobierno republicano, representativo, popular y federal, y la separación de poderes.

Estos son los únicos registros históricos sobre inmutabilidad constitucional explícita, ya que a partir de 1857 se inaugura el régimen de reforma constitucional en el que cualquier disposición de la Constitución, indistintamente de su contenido, se puede reformar o adicionar, siempre y cuando se cumpla con el procedimiento establecido en su mecanismo de reforma establecido en el artículo 127 de la Constitución de 1857, que se replica literalmente en el artículo 135 de la Constitución de 1917.

VIII. Vía interpretativa: el bloque de convencionalidad y el artículo 1º constitucional

Si a la vía de interpretación histórica se suman como fuentes autoritativas, los debates cada vez más crecientes, aunque todavía incipientes, dentro de la Suprema Corte sobre la definición de una estructura básica encontramos cosas interesantes. La primera referencia sobre este tema se ubica con el Amparo en Revisión 2996/96 promovido por Manuel Camacho Solís en contra de una serie de reformas constitucionales aprobadas por el Congreso de la Unión en agosto de 1996. En esa resolución, en una cerrada votación de 6 contra 5, la Corte estableció la procedencia del juicio de amparo en contra del procedimiento de reforma constitucional porque era consistente con las facultades de control constitucional asignadas a la Corte a partir de la reforma judicial de 1994. Este precedente fue revocado años después con las Jurisprudencias 39 y 40 de 2002 en las que la Corte cerró por completo la posibilidad de revisar reformas constitucionales y su procedimiento, con base en la deferencia debida al poder reformador de la Constitución. Este criterio se mantuvo hasta el Amparo en Revisión 186/2008 cuando se establece que la función reformadora de la Constitución está sujeta a medios de control constitucional y que el juicio de amparo es un medio idóneo para alcanzar ese objetivo. A pesar de que esta resolución retomaba el criterio del Amparo en Revisión 2996/96, las Jurisprudencias 39 y 40/2002 se mantuvieron como el precedente vinculante sobre este tema.

Algunos años después, se presentó un punto de inflexión muy interesante con las Acciones de Inconstitucionalidad 130 y 136/2019 en materia de prisión preventiva oficiosa. En estos casos se suscitó un debate muy interesante al interior de la Corte, en que encontramos una minoría que empezó a hablar de "algo" en la Constitución que configura una suerte de núcleo que contiene una serie de características centrales dentro del texto constitucional. En esta postura se ubicaban con argumentos diversos, pero resultado coincidente, los ministros Luis María Aguilar, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Arturo Zaldívar, y la ministra Norma Piña.

Cada uno de ellos defendía la existencia de un núcleo o esencia de la Constitución. Casi todos ellos coincidieron en decir que

la delimitación del sistema de protección a los derechos humanos que resultó de la reforma constitucional de 2011 configuró la piedra de toque de la regularidad constitucional a partir de la más amplia y favorable protección de los derechos humanos y el principio pro-persona como elementos esenciales o identitarios de la Constitución. Sobre esto último, es muy destacada la opinión del ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, que abordaremos brevemente a continuación.

IX. Entropía constitucional: el entendimiento de la constitución no como texto, sino como sistema

En esta discusión de las Acciones de Inconstitucionalidad 130 y 136/2019, el ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena planteó la pertinencia de reconocer al artículo 1º constitucional como la base de un sistema estructuralmente entendido. De esto se deduce que, en este contexto, la Constitución no puede entenderse exclusivamente como texto, sino como sistema. Esta perspectiva sistémica fue una anticipación de un ejercicio muy interesante del ministro Gutiérrez Ortiz Mena y de su equipo, en la elaboración del proyecto del Amparo en Revisión 284/2022, en el que introducen un concepto muy profundo y de alcances importantes, denominado *entropía constitucional*. [23] En él, retoma las tesis de Jacobsohn, al explicar la entropía constitucional como una operación intelectual para descubrir la identidad de la constitución. El proyecto sostiene que, en lugar de preocuparnos por tratar de delimitar una serie de recurrencias explícitas históricas, como las que ya señalé, que pueden cambiar dependiendo de la detentación de la mayoría política del momento, del control del mecanismo del poder reformador de la Constitución, más bien hay que concentrarse en lo que por naturaleza no puede cambiar, que es la protección más amplia y favorable que establece el artículo 1º constitucional en materia de derechos humanos.

Así, sostiene que ese dispositivo no sirve solamente para identificar la identidad constitucional sino más bien como la base

[23] Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 284/2022, párr. 236-264.

o matriz de racionalidad para la interpretación que de manera subsecuente realizará la Corte para definir la estructura básica.

X. Consideraciones finales

Ese es el estado de la cuestión en este momento, salvo un aspecto muy importante: el análisis que va a realizar la Corte en próximas fechas[24] en realidad no tiene que ver con una reforma, como muchos de nosotros hemos visto, sino con lo que, en el constitucionalismo comparado, se ha definido como un *reemplazo constitucional*. Y entonces ahí el escrutinio no nada más debe ser mucho más riguroso, sino que la pregunta central es si el vértice o piedra angular que postula el ministro Gutiérrez Ortiz Mena a partir del artículo 1 constitucional será un parámetro suficiente para realizar ese examen.

Un dato para terminar: creo que la reacción que todos vimos de incredulidad y frontal rechazo respecto de la posibilidad de que incluso se modificara en un nuevo intento de reforma constitucional el contenido del artículo 1º para bloquear la posibilidad de control de convencionalidad sobre los derechos humanos que pudieran verse afectados por una reforma a la Constitución, denota también algo que anticipa Jacobsohn en su obra, acerca de instituciones suficientemente arraigadas dentro de una comunidad política respecto de las cuales cualquier intento de alteración pueda resultar reprobable, y esto es precisamente lo que me parece que dentro de amplios sectores de la opinión pública se demostró y que al parecer hizo que la coalición gobernante, al menos por el momento, reculara en ese intento.

[24] La discusión sobre el proyecto del ministro Juan Luis González Alcántara sobre la inconstitucionalidad de algunos dispositivos de la reforma constitucional al Poder Judicial de la Federación, se llevó a cabo en la sesión del Pleno de la Corte el 5 de noviembre de 2024.

Las barreras normativas al acceso a la justicia constitucional de los pueblos indígenas peruanos cuya lengua originaria es distinta al castellano[1]

***

Normative barriers to constitutional justice access for indigenous peoples of Peru whose native language is different from spanish

*Paola Brunet Ordoñez Rosales**

Resumen: en el presente aporte académico nos dedicaremos a identificar las barreras normativas que los pueblos indígenas peruanos, comunidades campesinas y nativas tienen para acceder a la justicia constitucional por no tener al castellano como lengua originaria, a desentrañar cuál es la fundamentación que subyace en las mismas; así como, en el silencio jurisprudencial al respecto. Una vez realizado ello nos orientaremos a proponer modificaciones legislativas para eliminar dichos obstáculos que resultan contrarios a un Estado de Derecho constitucional. También, haremos referencia a las iniciativas del Poder Judicial y Tribunal Constitucional por democratizar la justicia constitucional.

* Abogada Titulada en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magister con mención en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Prosecretaria de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Asesora de la Presidencia del Poder Judicial y Exasesora jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

1 Ponencia presentada en el XI Congreso Nacional de Derecho Constitucional "Retos del constitucionalismo del siglo xxi", desarrollado del 24 al 26 de agosto de 2017, en la Facultad de Derecho de la Universidad San Ignacio de Loyola.

Abstract: in this academic contribution we will dedicate ourselves to identify the normative barriers that Peruvian indigenous peoples, peasant and native communities have to access constitutional justice due to not having spanish as their native language, to unravel the foundation that underlies them; as well as, in the jurisprudential silence in this regard. Once this is done, we will focus on proposing legislative modifications to eliminate these obstacles that are contrary to a constitutional rule of law. Also, we will make reference to the initiatives of the Judiciary and the Constitutional Court to democratize constitutional justice.

Palabras clave: derecho al acceso a la justicia, pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas del Perú, servicio de justicia, pertinencia cultural.

Keywords: right to access justice, indigenous peoples, peasant and native communities of Peru, justice service, cultural relevance.

Sumario: I. Introducción. II. Planteamiento del problema. III. El derecho de acceso a la justicia constitucional en el idioma propio en el caso peruano. IV. La pertinencia cultural en el servicio de justicia que se brinda a los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas del Perú. V. Barreras normativas al acceso a la justicia constitucional de los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas del Perú y propuestas legislativas para eliminarlas. VI. Iniciativas del Poder Judicial y Tribunal Constitucional que fomentan un adecuado acceso a la justicia constitucional de los Pueblos indígenas del Perú. VII. Conclusiones. Referencias.

I. Introducción

En la actualidad nos encontramos enfrentado las primeras consecuencias del fenómeno progresista-explotador presente en la modernidad, dicho fenómeno tiene como guía a la razón. Esta razón nos indica o que se debe alcanzar el tan anhelado progreso, el cual es entendido como el aprovechamiento de la naturaleza para nuestras necesidades básicas y aquellas que no lo son. No

obstante, este progreso es el sustento de actos de explotación, colonización. Justamente esta contradicción se evidencia en los diversos conflictos sociales que se desarrollan entre los pueblos indígenas, las denominadas comunidades campesinas y nativas, los privados cuyas actividades están en tensión con el modo de vivir de dichos pueblos y el Estado.

En ese sentido, estamos obligados a debatir sobre la interculturalidad y sus consecuencias jurídicas, si bien, el tema no resulta nuevo, si lo es el que "hemos tomado conciencia de nuestra diversidad cultural como país y de toda la riqueza y complejidad que esto conlleva".[2]

Ahora bien, en el Perú la discusión académica sobre estos temas es algo tardía; sin embargo, no por ello menos urgente de realizarla, de enriquecer el debate, por ello que con este artículo aspiramos a coadyuvar a dicho objetivo. Pues, creemos que un espacio de discusión disminuye las tensiones, lo que a su vez reduce la posibilidad de enfrentamientos sociales como el denominado *Baguazo*, cruento hecho acaecido en el Perú específicamente el departamento de Amazonas en el año 2009 que tuvo víctimas mortales (indígenas y policiales) que todos lamentamos.

Acorde con lo expresado, por un lado, se recuerda que nuestra diversidad cultural, étnica y lingüista se encuentra reconocida en la actual Constitución en sus artículos 2 numeral 19, 17, 48, 88, 89 y 149, por citar algunas disposiciones constitucionales; en consecuencia, corresponde respetarla. No obstante, hasta hoy 2024, existen sectores de la sociedad que se resisten a reconocerla y buscan aún la homologación cultural, amparados en un concepto cada vez más discutido, el Estado Nación. Se propugna esta formal igualdad incluso si esta implica la *desculturalización* de muchos compatriotas, amparándose en el proceso de sincretismo cultural que se ha dado en el Perú.

Y por otro, que el reconocimiento constitucional de la existencia de los pueblos indígenas, reconocidos en la Constitución por vez primera ocurre en el siglo xx con la Constitución de

[2] García Belaunde, Domingo, "Bases para la Historia Constitucional del Perú", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva serie, año XXXIII, núm. 98, mayo–agosto, México, 2000.

1920, cuyo artículo 58 las reconoce como comunidades indígenas. Luego, la Constitución de 1979, consagró en su artículo 161 una política *asimilacionista* por parte del Estado Peruano, a saber, aquella que propicia la superación cultural de los indígenas, promueve una única forma de vida, propia de clase-elite dominante y busca la homogeneidad y unidad cultural. Esto varió con la actual Constitución, pues en ella se asume una política de protección, vía reconocimiento de la diversidad étnico, lingüística y cultural ya referida.

En esta línea, insistimos en la *desculturalización,* entendida como proceso de pérdida de la cultura originaria que padecen integrantes de pueblos indígenas peruanos. Al respecto, creemos que dicho proceso tiene aún en los entes estatales, entre los que están aquellos que conforman el sistema de justicia, *aliados*, pues, estos brindan sus servicios, realizan sus tareas o labores sin respetar la diversidad existente en la población peruana. Lo que niega la posición de protección asumida por el constituyente del 1993 e incluso de la jurisprudencia nacional e internacional, como el de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La complicidad de los órganos integrantes del sistema de justicia, entre los que están el Poder Judicial y Tribunal Constitucional, con la *desculturalización* de los integrantes de pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas *responde a la existencia de barreras normativas*; así como, a la ausencia en la formación de los operadores del derecho de la realidad social y cultural del país, entre otros. Situación que de manera especial urge revertir en la jurisdicción constitucional, dada su naturaleza extraordinaria y a la urgencia en la tutela que brinda.

En este contexto, cabe agregar que los órganos que administran justicia constitucional y defienden la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, a saber, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional han emitido escasos pronunciamientos en materia de derechos de los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas. Los que han sido posibles gracias a que dichos pueblos, pese a los obstáculos utilizan los mecanismos procesales y jurisdiccionales oficiales para exigir judicialmente la vigencia de sus derechos consagrados en la legislación nacional; así como, los que le son reconocidos en tratados internacionales, como el Convenio

169 Sobre Pueblos indígenas y tribales en países independientes de la OIT, en adelante Convenio 169 de la OIT, que por mandato constitucional forman parte de la normativa nacional con rango constitucional, esto último ratificado por el Tribunal Constitucional en la STC 0047-2004-AI, FJ 22, 8 de mayo de 2006.

A lo manifestado, cabe agregar que las barreras normativas que los pueblos indígenas peruanos deben soslayar para acceder a la justicia constitucional también tienen en el silencio jurisprudencial un cómplice, es decir, ni con las técnicas de hermenéutica han sido eliminadas, por lo que urge discutir el tema; así como brindar algunas propuestas de solución.

II. Planteamiento del problema

El presente trabajo tiene como tema de estudio "Las barreras normativas al acceso a la justicia constitucional de los pueblos indígenas peruanos cuya lengua originaria es distinta al castellano". Asunto de suma importancia que permite identificar los obstáculos normativos que dichos pueblos deben superar para acudir en igualdad de condiciones a los órganos jurisdiccionales y así poder, de ser el caso, definir alguna situación de su interés.

En esa línea, el problema principal se expresa en los siguientes términos: ¿Existen en el ordenamiento jurídico constitucional peruano barreras normativas que impiden el goce del derecho de acceso a la justicia a los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas del Perú? Asimismo, como problema secundario y como consecuencia del anterior, comprobar si dichos obstáculos pueden ser superados con la jurisprudencia o requieren de una modificaciòn modificación legislativa.

La solución que proponemos a la interrogante planteada y que se expone como *hipótesis central, es que efectivamente si existen barreras normativas* en el ordenamiento jurídico constitucional que impiden el goce en igualdad del derecho al acceso a la justicia a los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas, cuya eliminación resulta urgente. Y como *hipótesis secundaria proponemos que la modificación legislativa es el mecanismo idóneo para eliminar las barreras normativas que dificultan el acceso a la justicia*

a los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas. Ambas conjeturas son demostradas con literatura autorizada, legislación comparada y decisiones del Poder Judicial, Tribunal Constitucional y organismos internacionales.

En lo concerniente al marco teórico, el presente trabajo está estructurado en 4 (cuatro) secciones, a saber:

- El derecho de acceso a la justicia en el idioma propio en el caso peruano.
- La pertinencia cultural en el servicio de justicia que se brinda a los Pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas del Perú.
- Las barreras normativas al acceso a la justicia constitucional de los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas del Perú y propuesta legislativas para eliminarlas.
- Iniciativas del Poder Judicial y Tribunal Constitucional que fomentan un adecuado acceso a la justicia constitucional de los Pueblos indígenas del Perú.

Cada sección, según corresponda implicará el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, Poder Judicial y otros órganos jurisdiccionales, tanto nacionales como internacionales.

III. El derecho de acceso a la justicia constitucional en el idioma propio en el caso peruano

Los derechos fundamentales tal como ha expresado el Tribunal Constitucional comprenden tanto

> [...] los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica.[3]

[3] Tribunal Constitucional, STC 01417-2005-AA/TC, p. 2.

En consonancia con lo señalado se recuerda que los derechos fundamentales requieren de mecanismos que los garanticen, pues, sin ellos quedan desprovistos de valor normativo. La actual Constitución en su Título V regula las Garantías Constitucionales, denominadas por la Ley 28237 que aprueba el Código Procesal Constitucional, procesos constitucionales. Los que se clasifican, en procesos constitucionales de la libertad entre los que están el *hábeas corpus,* amparo, *hábeas data y* cumplimiento, y, los orgánicos que son: la acción de inconstitucionalidad, acción popular y el conflicto competencial.

Los procesos constitucionales enunciados líneas arriba son resueltos tanto por el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional. El primero conoce de los procesos constitucionales de la libertad, en los que el segundo interviene de manera extraordinaria ante resoluciones denegatorias. También este Poder del Estado conoce de manera exclusiva las demandas de acciones populares. Por su parte, el Tribunal Constitucional de manera exclusiva resuelve demandas de inconstitucionalidad y conflictos competenciales.

De manera puntual, en relación a los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas corresponde analizar los alcances del derecho al acceso a la justicia y el de usar el propio idioma ante cualquier autoridad reconocidos en los artículos 139 numeral 3 y 2 numeral 19 de la Constitución respectivamente. Antes de ello, resulta pertinente referir que en la actualidad según cifras dadas por el Ministerio de Cultura el Perú cuenta con 55 pueblos indígenas u originarios identificados[4] y una cantidad similar de lenguas originarias.

En relación al acceso a la justicia consagrado en el artículo 139 inciso 3 de la Constitución, se reconoce que por dicha prerrogativa toda persona puede "recurrir a los órganos jurisdiccionales para hacer valer su pretensión, sin que se le obstruya o disuada de manera irrazonable".[5] Sin embargo, esta potestad constitucional no implica que los órganos jurisdiccionales deban

[4] Ministerio de Cultura, página institucional, *www.cultura,gob,pe*

[5] Landa Arroyo, *El Derecho al debido proceso en la jurisprudencia*, setiembre 2012.

admitir y luego estimar las demandas, si no, que las mismas sean analizadas adecuadamente por estos. Otro aspecto a estimar es que el ejercicio del derecho en comentario está condicionado al cumplimiento de ciertos requisitos.

En la actualidad, el derecho al acceso a justicia implica también la obligación estatal de garantizar las condiciones materiales para su ejercicio, verbigracia, órganos jurisdiccionales a nivel nacional, operadores judiciales, jurisdiccionales como administrativos que de ser el caso hablen el idioma predominante de la zona en la que se ubican y material logístico necesario.

Previo a brindar alcances sobre el derecho a usar el propio idioma ante cualquier autoridad, corresponde señalar que una de las facultades inherentes a la persona humana es hablar, casi como respirar o ver; sin embargo, es relevante advertir como bien lo hace Alberto Escobar, que la lengua es aprendida *en y de* la comunidad como parte del proceso de socialización.[6]

Ahora bien, continuando con nuestro razonar precisamos que *la lengua es el código* que utiliza una determinada colectividad de hablantes para comunicarse entre sí, resulta asimismo un sistema simbólico con el que interactúa un grupo humano y es también el lenguaje humano de una comunidad constituida, siendo de esta manera un elemento identificador de una etnia.[7] Y por su parte, *el idioma es el código,* pero de una colectividad que se identifica como nación o pueblo y pareciera por ello que tiene mayor incidencia jurídica. El idioma, al igual que la lengua, se desarrolla en un territorio más o menos amplio.

Es importante precisar que la mayor incidencia jurídica del idioma en comparación con la lengua es engañosa, toda vez que, en diversos documentos jurídicos, como las Constituciones, se hace referencia a lenguas e idiomas dando a ambos términos el mismo nivel legal, verbigracia, el artículo 48 de la Constitución peruana.

---

6 AA.VV. "Perú ¿País bilingüe?", José Matos Mar, Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 1975, p. 35.

7 Zúñiga, Madeleine, citada en Bermúdez Tapia, Manuel, *Los derechos lingüísticos,* 2ª. ed., Lima, Ediciones legales, 2002, p. 39.

Expresado lo anterior corresponde manifestar que el derecho a usar el propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete reconocido en el artículo 2 numeral 19 de la Ley fundamental, potestad que beneficia también a los extranjeros residentes en el país, constituye una prerrogativa que busca preservar la identidad cultural[8] de las personas, que también constituye un derecho; así como, su sentir colectivo, pues el uso de la lengua cobra sentido en un grupo.[9] Además, de constituir un elemento objetivo según el Convenio 169 de la OIT al momento de identificar a un pueblo indígena, comunidad campesina y nativa.

Cabe agregar que, tal como señala el Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo (PNUD) en su Informe sobre desarrollo humano 2004: "[...] reconocer una lengua implica más que su mera utilización. Simboliza el respeto por las personas que la hablan, su cultura y su inclusión total en la sociedad. El Estado puede mostrarse ciego ante la religión, pero no puede quedarse mudo ante la lengua [...]"

Por lo expuesto, si bien se admite la obligación constitucional de permitir a las personas involucradas en un proceso penal hacer uso de su propio idioma para ejercer su derecho de defensa, creemos que ese deber constitucional tiene ser extendido a las otras disciplinas jurídicas como la civil, constitucional, laboral, etcétera.

IV. La pertinencia cultural en el servicio de justicia que se brinda a los Pueblos indígenas del Perú

Antes de iniciar esta sección es indispensable señalar que en nuestra normativa los pueblos indígenas, denominados en nuestra actual Constitución comunidades campesinas y nativas son

[8] Tribunal Constitucional, STC 00872-1999-AA/TC el derecho de las personas a tener su propia vida, y cultura, con todas sus manifestaciones, a profesar y practicar su propia religión, a emplear su propio idioma y a cultivarlos procurando la coexistencia de diversas culturas y el desarrollo de los pueblos en forma pacífica.

[9] Tribunal Constitucional STC 04719-2007-HC/TC p. 13.

también conocidos como pueblos originarios. Otro punto inicial, importante es que en nuestra historia constitucional las *comunidades indígenas* en un inicio, luego *comunidades campesinas y nativas*, desde la reforma agraria, específicamente con el Decreto Ley 17716, del 24 de junio de 1969, recién obtienen un reconocimiento constitucional en el siglo xx.

El Perú a inicios del siglo xx emprende los primeros pasos para abandonar el afán de ciudadanizar a su población dentro de un proyecto mono-cultural; ello sucede en lo que el profesor Domingo García denomina tercer período de nuestra historia constitucional, específicamente el 18 de enero de 1920 con la promulgación de la Constitución de 1920, que contiene el primer reconocimiento constitucional de las comunidades indígenas en su artículo 58[10] al considerarlas *como sujeto colectivo,11* claro está en la lógica de un Estado que se sustentaba en la ficción de la homogeneidad cultural.

Luego, el legislador de 1933 otorgó a las comunidades de indígenas todo un título.[12] De la lectura de los mismos se aprecia

---

10 "El Estado protegerá a la raza indígena y dictará leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades. La Nación reconoce la existencia legal de las comunidades de indígenas y la ley declarará los derechos que les corresponden", Constitución de 1920, citado en Gregor Barié, Cletus, *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama*, México, INI (Instituto Nacional Indigenista), III (Instituto Indigenista Interamericano), 2000, p. 457.

11 Yrigoyen Fajardo, Raquel, *Tratamiento Judicial de la diversidad cultural y la jurisdicción especial en el Perú*, Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Antropología Jurídica y Derecho Consuetudinario, organizado por la Asociación Internacional de Antropología Jurídica y Pluralismo Legal y por la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica (RELAJU). Arica, 13-17 de marzo, 2000, *http://www.alertanet.org*

12 "Título XI Comunidades Indígenas. Artículo 207.- Las comunidades indígenas tienen existencia legal y personería jurídica.
Artículo 208.- El Estado garantiza la integridad de la propiedad de las comunidades. La ley organizará el catastro correspondiente.
Artículo 209.- La propiedad de las comunidades es imprescriptible en inenajenable, salvo el caso de expropiación por causa de utilidad pública, previa indemnización. Es, asimismo, inembargable.
Artículo 210.- Los Concejos Municipales ni corporación o autoridad alguna intervendrán en la recaudación ni en la administración de las rentas y bienes de las comunidades.

que el Estado peruano continuó con la negación de la pluralidad cultural en nuestro país y su regulación se circunscribió al aspecto económico (tierras, expropiación).

Después, la Constitución de 1979 mantiene algunos elementos del régimen anterior como el *monismo legal*, con lo que desconoce el derecho consuetudinario[13] de los pueblos indígenas, esencial para desarrollar su proyecto de vida en concordancia con sus normas. Pese a la concertación política lograda para la emisión de la Carta de 1979, dicho consenso fue ciego a nuestra realidad nacional, tal vez porque, a decir de Víctor Raúl Haya de la Torre,[14] si bien el campesinado, indígena en su mayoría, era vasto, también era ignaro y no tenía consciencia de clase.

Otro aspecto importante de la Constitución de 1979[15] es que sobrevalora la cultura predominante como superior, avanzada,

---

Artículo 211.- El Estado procurará de preferencia adjudicar tierras a las comunidades de indígenas que no las tengan en cantidad suficiente para las necesidades de su población, y podrá expropiar, con tal propósito, las tierras de propiedad privada conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 29.
Artículo 212.- El Estado dictará la legislación civil, penal, económica, educacional y administrativa, que las peculiares condiciones de los indígenas exigen".

13 Entendemos por derecho consuetudinario el sistema de normas, valores y principios que permite a los pueblos y comunidades regular su vida social, resolver conflictos y organizar el orden en el marco de su cultura y necesidades sociales. Tal derecho incluye pautas antiguas o nuevas, propias o adoptadas, pero correspondientes al sistema cultural de sus usuarios y percibidas como propias. También incluye las reglas para crear o cambiar reglas.

14 Germaná, César, "La polémica Haya de la Torre – Mariátegui, reforma o revolución en el Perú", *Análisis*, núm. 2-3, Lima, 1977, p. 153.

15 "Capítulo VIII. De las comunidades campesinas y nativas: Artículo 161.- La Comunidades Campesinas y Nativas tienen existencia legal y personería jurídica. Son autónomas en su organización, trabajo comunal y uso de la tierra, así como en lo económico y administrativo dentro del marco que la ley establece. El Estado respeta y protege las tradiciones de las Comunidades Campesinas y Nativas. Propicia la superación cultural de sus integrantes.
Artículo 162.- El Estado promueve el desarrollo integral de las Comunidades Campesinas y Nativas. Fomentan las empresas comunales y cooperativas.
Artículo 163.- Las tierras de las Comunidades Campesinas y Nativas son inembargables e imprescriptibles. También son inalienables, salvo ley fundada

civilizada y si bien reconocía algunos aspectos de otras culturas, lo hacía bajo una mirada paternalista, tal como se evidencia en su artículo 161, que prescribe que: "[...] el Estado respeta y protege las tradiciones de las comunidades campesinas y nativas. Propicia la superación cultural de sus integrantes", no reconoció el carácter multicultural de nuestra sociedad.

La Constitución de 1993, pese a lo polémico de su origen, trae consigo el reconocimiento constitucional de los derechos indígenas. A saber, reconoce el pluralismo cultural existente en nuestra sociedad, el derecho individual a la identidad diferenciada y del derecho colectivo de las diferentes culturas y grupos étnicos a recibir respeto y protección por parte del Estado. Así, el Estado Peruano en su texto constitucional[16] consagra derechos específicos a las comunidades campesinas y nativas como son los derechos a la identidad cultural, a la educación respetando la cultura, a una educación intercultural bilingüe, al uso del idioma propio, a la existencia legal propia y al ejercicio de funciones jurisdiccionales; derechos cuyo contenido en su mayoría han sido desarrollados por el Tribunal Constitucional.

En concordancia con lo manifestado, cabe añadir que el reconocimiento formal a nivel constitucional de la diversidad étnica, lingüística y cultural genera en los órganos que conforman el sistema de justicia un compromiso histórico con lograr la igualdad en materia de derechos lingüísticos al administrar justicia, con enfoque intercultural[17] a todos los peruanos, en especial de aquellos que integran pueblos indígenas u originarios. Por más

en el interés de la Comunidad, y solicitada por una mayoría de los dos tercios de los miembros calificados de esta, o en caso de expropiación por necesidad y utilidad públicas. En ambos casos con pago previo en dinero. Queda prohibido el acaparamiento de tierras dentro de la Comunidad".

16 El artículo 2 inciso 19), el artículo 15, el artículo 17, el artículo 48, el artículo 88, artículo 89 y el artículo 149.

17 Ministerio de Cultura, La Guía de lineamientos denominada Servicios Públicos con Pertinencia Cultural, Guía para la Aplicación del Enfoque Intercultural en la Gestión de Servicios Públicos aprobada mediante Resolución Ministerial 124-2015-MC, *el enfoque intercultural es un marco de análisis y de acción que se basa en el reconocimiento y la valoración positiva de las diferencias culturales, con el objetivo de construir relaciones reciprocas y equitativas entre los diferentes grupos étnico-culturales*, p. 21.

que, el camino para lograr ello es complejo, en atención a la pluriculturalidad y el multilingüismo presentes en el Perú resulta necesario transitar esta vía, pues pertenecer a una de las diversas culturas que coexisten en nuestro país, en especial a la de los pueblos indígenas, comunidades nativas y campesinas, en adelante pueblos indígenas u originarios; así como, tener una lengua materna diferente al castellano, con frecuencia es un factor de discriminación y marginación por parte del Estado y de sectores de la sociedad.

Dicha diferenciación injustificada no resulta tolerable en un Estado Constitucional, pues constituye un obstáculo para que miles de peruanos y peruanas ejerzan su derecho de acceso a la justicia constitucional, lo que incide en la postergación de sus posibilidades de desarrollo social, económico; así como, la construcción y fortalecimiento de la ciudadanía que valore su identidad cultural, en resumen, el desarrollo de su proyecto de vida en dignidad.

En ese orden de ideas, se configura la necesidad de crear condiciones que permitan promover el uso de las lenguas aborígenes[18] u originarias del país, su conservación y revalorización, por tratarse de un factor que fortalece la identidad cultural de los pueblos indígenas u originarios peruanos en el ámbito del acceso a la justicia. Para ello es necesario dotar de mecanismos institucionales, lo que incluye los normativos, que permitan el acceso a la justicia, de los integrantes de los pueblos indígenas, comunidades nativas y campesinas, que históricamente han sido postergadas por el Estado.

La valoración cultural está presente al brindar el servicio público de justicia culturalmente pertinente, tal como prescribe la *Guía de lineamientos denominada Servicios Públicos con Pertinencia Cultural, Guía para la Aplicación del Enfoque Intercultural en la Gestión de Servicios Públicos* aprobada mediante Resolución Ministerial 124-2015-MC, publicada en el Diario Oficial *El Peruano*; pues ella permite que las autoridades del sistema estatal de justicia otorguen un mejor tratamiento a los ciudadanos integrantes de pueblos indígenas, comunidades nativas y campesinas.

[18] Término utilizado por la Constitución Política del Perú de 1993, artículo 48.

Debido a la relevancia de una adecuada labor jurisdiccional que conjugue la garantía de los derechos fundamentales con un enfoque intercultural se estima que la administración de justicia constitucional debe tener también un enfoque intercultural, porque, no solo en Lima o en las capitales de departamentos y/o provincias se suscitan situaciones de amenaza o vulneración a derechos fundamentales. Por el contrario, las zonas alejadas del centralismo, que aún fustiga al país, constituyen los focos geográficos en los que la población ha sido históricamente víctima de lesión de diversos derechos fundamentes.[19]

Cabe añadir, que el enfoque intercultural en la justicia constitucional resulta urgente y esencial también porque así se reconoce y promueve la coexistencia en igualdad de distintas culturas y modos de concebir la realidad, que parten de la historia y el desarrollo de los grupos humanos existentes al interior de nuestro territorio, en todos los sectores o ámbitos que abarca.

V. Barreras normativas al acceso a la justicia constitucional de los Pueblos indígenas del Perú y propuesta led reforma constitucional para eliminarlas

La Ley 31307 que aprueba el Nuevo Código Procesal Constitucional, vigente de manera efectiva desde julio de 2021 constituye el marco normativo de los procesos constitucionales de la libertad y los orgánicos. Si bien en su texto se hace una mención al uso de las lenguas originarias en los procesos constitucionales de la libertad continua con el silencio cómplice en relación con el acceso a la jurisdicción constitucional orgánica, por ejemplo, para quienes no tienen al castellano como lengua originaria, lo cual equivale a desconocer nuestra diversidad étnica, lingüística y cultural. Situación, que no se condice con un Estado Constitucional Intercultural de Derecho en el que, entre otros, el acceso a la justicia constitucional debe estar garantizado a todos los peruanos (a) en igualdad de condiciones seamos o no hispanohablantes, pues, lo contrario constituiría avalar una discriminación.

[19] *Cfr*. Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, *http://www.cverdad.org.pe/ifinal/*

Cabe señalar que la complicidad no solo es normativa, sino también jurisprudencial, pues los jueces constitucionales sean del Poder Judicial o del Tribunal Constitucional han guardado silencio al respecto, a saber, en su jurisprudencia no han reconocido el derecho de los peruanos que no son hispanohablantes presentan demandas constitucionales orgánicas en su lengua originaria. Por lo que, resulta necesario urgente cambiar dicha circunstancia.

No obstante, lo identificado es consecuencia de un reconocimiento de la diversidad lingüística restringida en el artículo 48 de la Constitución actual, por lo cual se propone una reforma constitucional por la cual se consagre el derechos de los peruanos hablantes de lenguas originarias, a que están no solo sean o tengan la condición de oficiales en una zona en la que su uso se predominante; sino, que sean oficiales a lo largo del territorio nacional. Lo expresado está en concordancia con el criterio objetivo de identificación prescrito en el artículo 1 del Convenio 169 del Organización Internacional del Trabajo (OIT), que tal como ha señalado nuestro Tribunal Constitucional[20] forma parte de nuestro derecho nacional con rango constitucional.

VI. Iniciativas del Poder Judicial y Tribunal Constitucional que fomentan un adecuado acceso a la justicia constitucional de los pueblos indígenas del Perú

En lo que corresponde a la actuación del Poder Judicial y Tribunal Constitucional, para permitir y favorecer el acceso a la justicia constitucional de los pueblos originarios del Perú se advierte que el primero tiene ventaja sobre el segundo. A saber, mediante resolución Administrativa 202-2011-P-PJ creó la Comisión de Trabajo sobre Justicia Indígena y Justicia de Paz, la que viene desarrollando una serie de eventos, documentos, etcétera.

Además, ha implementado la realización anual de los Congresos Internacionales de Justicia Intercultural en los que representantes indigenas que administran justicia en sus respectivas

[20] Tribunal Constitucional STC 06316-2008-PA/TC, pp. 18 y 19.

comunidades campesinas y nativas intercambian saberes y experiencia con jueces y estudios del derecho. En lo concerniente a su jurisprudencia, se aprecia que el Poder Judicial con el Acuerdo Plenario 001-2009/CJ-116 Rondas campesinas y derecho penal estableció pautas a seguir en los procesos penales en lo que estén involucrados ronderos.

En lo relacionado a la formación de los jueces o aspirantes a jueces a cargo de la Academia de la Magistratura se destaca la inclusión de cursos sobre justicia intercultural. Con particular regocijo vemos que hoy se imparten incluso cursos en idioma distinto al castellano en aquellas Cortes de Justicia en las que predominen.

Para finalizar, corresponde expresar que nuestro Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia ha desarrollado el contenido de algunos derechos inherentes a los integrantes de los pueblos indígenas y que a su interno también ha implantado una seri de políticas que busca promover el uso de las lenguas originarias.

VII. Conclusiones

Los diversos conflictos sociales que se presentan tanto a nivel del Estado como de las empresas extractivas y las minorías culturales, nacionales, étnicas, lingüísticas, tienen como punto de partida común el reconocimiento de la diversidad, la cual es reclamada por diversos grupos, y que la reivindican como relevante para desarrollar sus proyectos de vida, materializando de esta forma el derecho humano a la vida. Por ello se puede concluir que estos grupos se sienten unidos en la medida en que se oponen a toda política de homogeneización y asimilación en sociedades más amplias.

En este contexto surge la noción de multiculturalismo, concepto proveniente de las ciencias sociales que ha sido estudiado desde diversas perspectivas. De forma análoga, también se ha acuñado el concepto de pluralismo, el cual ostenta sus propios principios, e implica que se aceptan las diferencias y no se busca eliminarlas, teniendo como meta la integración. Finalmente

tenemos a la interculturalidad, que es un proceso de superación de desigualdades, no de diferencias, sobre un constante diálogo intercultural.

Para el caso latinoamericano y sobre todo peruano, es más propicio emplear el término interculturalidad cuando se aborden temas sobre los derechos de las comunidades campesinas y comunidades amazónicas y ello porqué este concepto involucra no solo el reconocimiento a las diferencias (multiculturalismo), sino que adicionalmente se mantiene el objetivo de seguir integrados (pluralismo), pero dicha integración debe ser dialogada; esto es, debe darse espacio al reconocimiento mutuo y al aprendizaje recíproco (culturas diferentes a la mayoritariamente presentes en la sociedad).

La expresión "pueblos indígenas" en la actualidad cuenta con reconocimiento internacional y está referido a los pueblos colonizados del mundo, los cuales, pese a una presencia territorial antecesora a la creación de los Estado nacionales, no han sido considerados en los procesos de toma de decisiones, que afectan sus vidas, recursos y culturas.

Referencias

Albo, Xavier, "El retorno del indio", *Revista Andina*, núm. 18, 1991.

Albo, Xavier, "Flexibilidad para la normalización en lenguas originarias", *Revista de Lingüística y Literatura LEXIS*, núm. 1 y 2, vol. XXV, Lima, 2001.

Álvarez Dorronsoro, Ignasi, *Diversidad cultural y conflicto nacional,* Madrid, Talasa, 1993.

Ameigeiras, Aldo y Jure, Elisa (comp.), *Diversidad cultural e interculturalidad,* Buenos Aires, Prometeo libros, 2006.

Anaya, James, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Madrid, Trotta Universidad Internacional de Andalucía, 2005.

Ansuategui Roig, F.J. *et al.*, *Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo,* Madrid, Dykinson, 2005.

Ardito Vega, Wilfredo, *Derechos colectivos de los pueblos indígenas: el caso peruano*. 2ª. ed., Cusco, CEBEM, IEE, CBC, APRODEH, 2010.

Ardito Vega, Wilfredo, *Situación de los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas,* Cusco, Cebem, IEE, CBC, GVC, 2008.

Arias Schreiber, Fidel Tubino, "Entre el multiculturalismo y la interculturalidad: más allá de la discriminación positiva", *Revista Derecho & Sociedad*, núm. 19, Lima, diciembre 2002, pp. 299–311.

Ariza, Libardo José. "La construcción de la identidad indígena en América", *Identidad indígena y Derecho estatal en Colombia*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2004.

Asociación Paz y Esperanza, Memoria, *Agendas públicas en una visión intercultural: exclusión e inclusión de los pueblos indígenas en América Latina,* Lima, 2006.

Ballón Aguirre, Francisco, *Introducción al derecho de los pueblos indígenas,* Lima, Defensoría del Pueblo, 2003.

Ballón Aguirre, Francisco, *Lectura comentada de la "Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas",* Lima, CONACAMI, 2007.

Ballón Aguirre, Francisco, *Manual del derecho de los pueblos indígenas,* Lima, Defensoría del Pueblo, 2004.

Castillo Córdova, Luis, "Pautas para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales", *Actualidad Jurídica,* núm. 139, 2005.

Código Procesal Constitucional, Ley 28237, publicado el 1 de junio de 2004, entró en vigencia el 1 diciembre de 2004.

Constitución Política de 1993, enero de 1993.

Defensoría del Pueblo del Perú, *Análisis de la problemática de la educación bilingüe en la Amazonia Peruana*, Lima, 2000.

Defensoría del Pueblo del Perú, *Comentarios al Convenio Nº 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, Lima, 2004.

Defensoría del Pueblo del Perú, *Derechos humanos y pueblos indígenas de la amazonia peruana,* Lima, Defensoría del Pueblo, 1996.

Defensoría del Pueblo del Perú, Informe Defensorial Nº 101, *Pueblos Indígenas en situación de aislamiento voluntario y contacto inicial,* Lima, Defensoría del Pueblo del Perú, 2006.

Defensoría del Pueblo del Perú, *Nosotros y los otros: avances en la Afirmación de los Derechos de los pueblos indígenas amazónicas,* Lima, 1998.

Degregori, Carlos Iván, "Identidad étnica, movimientos sociales y participación en el Perú", en Mutsuo Yamada y Carlos I. Degregori (eds.) *State, nation and ethnic relations IV: estados nacionales, etnicidad y democracia en América Latina*, Osaka, The Japan Center for Area Studies / National Museum of Ethnology, 2002.

Degregori, Carlos Iván, "Política Intercultural fortalece la democracia", *Revista de Educación y Cultura Tarea 76,* Lima, febrero 2011.

Fernández Rodríguez, José Julio y Arguello Lemus, Jacqueline, "Aspectos constitucionales de multiculturalismo en América Latina: el caso de los pueblos indígenas", Revista *Pensamiento Constitucional*, año XVI, núm. 16, Lima, febrero 2012.

García Belaunde, Domingo, "Bases para la Historia Constitucional del Perú", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva serie, año XXXIII, núm. 98, mayo–agosto, México, 2000.

Germaná, César, "La polémica Haya de la Torre" Mariátegui Reforma o Revolución en el Perú", *Análisis*, núm. 2-3, Lima, 1977.

Guadalupe Hernández, Juana, "Relaciones Interculturales, interculturalidad y multiculturalismo; teorías, conceptos, actores y referencias", Revista Cuicuilco, núm. 48, vol. 17, Lima, enero-junio 2010.

Llamazares Fernández, Dionisio, *Minorías y multiculturalidad en Austria,* Madrid, Editorial DYKINSON, 2007.

Muñoz, Paula y Acevedo, Ángela, *La Justicia Local en Chota y San Marcos, Cajamarca,* Lima, PROJUR Consorcio, 2007.

Olivé, León, *Multiculturalismo y pluralismo,* México, Ediciones Paidos, 1999.

Pareja Paz Soldán, José, Derecho *constitucional peruano y la Constitución de 1979,* Tercera Edición, Lima, 1984.

Peña Jumpa, Antonio, *Constituciones, derecho y justicia en los pueblos indígenas de América Latina*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2002.

Peña Jumpa, Antonio, *Multiculturalidad y Constitución: El caso de la justicia comunal Aguaruna en el Alto Marañón,* Lima, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, 2009.

Ruiz Molleda, Juan Carlos, "Protección de los derechos de los pueblos indígenas", *Revista Páginas*, núm. 219, vol. XXXV, Lima, septiembre 2010.

Salazar Zapatero, Héctor, "La polémica entre Víctor Andrés Belaunde y José Carlos Mariátegui", *YUYAYKUSUN*, núm. 4, Lima, noviembre 2011.

Sánchez Botero, Esther, *Diversidad y derechos fundamentales,* Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2004.

Valiente-Catter, Teresa, "Reflexiones en torno a la interculturalidad y proceso educativo en sociedades multiculturales: Encanto y desafío de la diversidad", *Revista de Lingüística y Literatura LEXIS,* núm. 1 y 2, vol. XXV, Lima, 2001, pp. 336-365.

Villoro, Luis, "Aproximación teórica a los derechos colectivos de los pueblos indígenas", *Revista Derecho & Sociedad*, núm. 21, Lima, diciembre 2003.

Villoro, Luis, *Estado plural, pluralidad de culturas,* Reimpresión, México, Editorial Paidós, 2002.

Yrigoyen Fajardo, Raquel, "Tratamiento judicial de la diversidad cultural y La jurisdicción especial en el Perú", Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Antropología Jurídica y Derecho Consuetudinario, organizado por la Asociación Internacional de Antropología Jurídica y Pluralismo Legal y por la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica (RELAJU), Arica, 13-17 de marzo de 2000.

Yrigoyen Z., Raquel, "Derechos de los pueblos indígenas en las decisiones de los asuntos que les afectan", *Revista Punto Medio*, núm. 4, Lima, octubre 2011.

La justiciabilidad de los derechos constitucionales y la protección de la Constitución. Una visión desde la historia al presente texto cubano de 2019 y las necesidades

***

The justiciability of constitutional rights and the protection of the Constitution. A view from the history to the present cuban text of 2019 and needs.

*Martha Prieto Valdés**

Resumen: el pasado marca y condiciona las maneras de hacer y decidir, con avances y retrocesos, e incide en los pasos que se adoptan. El nuevo texto de 2019 muestra un salto significativo al incorporar nuevos derechos y garantías judiciales para su protección, como para la preservación de la supremacía de la Constitución, diferente a lo previsto en 1976 y concretado a partir de la visión restrictiva del texto superior. Las nuevas regulaciones jurídicas y políticas requieren una rápida modificación de la práctica desarrollada conforme a las antiguas reglas y concepciones; es necesario garantizar que todos los derechos y la defensa de la Constitución sean justiciables. Para ello, valoraciones y propuestas se realizan con el fin de propiciar la instrumentación de lo que acordamos, queremos y necesitamos.

* Doctora en Ciencias Jurídica, Universidad de La Habana. Profesora Titular de Teoría General del Derecho y Derecho Constitucional. Profesora de Mérito, Universidad de La Habana y Académica de Mérito-Academia de Ciencias de Cuba.

Abstract: the past marks and conditions the manners of doing and deciding, with advances and setbacks, and impacts on the steps that are taken. The new text of 2019 shows a significant leap by incorporating new rights and judicial guarantees for their protection, as for the preservation of the supremacy of the Constitution, different from what was foreseen in 1976, and concretized from the restrictive vision of the superior text. The new legal and political regulations require a rapid modification of the practice developed under the old rules and conceptions; it is necessary to ensure that all rights and the defense of the Constitution will be justiciable. To this end, assessments and proposals are made in order to promote the implementation of what we agree, want and need.

Palabras clave: derechos, control constitucional, garantías judiciales.

Keywords: rights, constitutional control, judicial guarantees.

Sumario: I. Pasos constitucionales pre-1959. II. 1959-2018: cambios en las regulaciones de derechos y garantías y limitaciones respecto a la intervención judicial. III. 2019, justiciabilidad de todos los derechos y pasos para el inicio de un control judicial concreto de disposiciones normativas. IV. Conclusiones. Referencias.

I. Pasos constitucionales pre-1959

En Cuba, a partir de los inicios del pasado siglo, con el nacimiento de la República, la Constitución de 1901, en vigor a partir de 1902, estableció no solo la regulación de derechos, sino que previó el control judicial de constitucionalidad[1] en defensa de los derechos.

[1] Constitución de la República de Cuba, de 21 de febrero de 1901, Orden Militar (del Gobierno interventor norteamericano) No.181 de 20 de mayo de 1902. Sobre el control de constitucionalidad de las leyes, ver art. 83.4) Corresponde [...] al Tribunal Supremo, decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, cuando fuere objeto de controversia entre partes.

También se previó la garantía de nulidad de las leyes que regulaban los derechos constitucionales si los disminuían, restringían o adulteraban la previsión original.[2] Lo antes consignado fue un buen comienzo para la defensa de los derechos civiles personales, con énfasis frente al poder punitivo del Estado, así como la libertad religiosa, los derechos patrimoniales, los políticos; y uno social especial, no previsto como derecho sino como obligación en el nivel primario en tanto función pública, la enseñanza.

Es de destacar que ese control judicial se previó para caso concreto, cuando fuere objeto de controversia entre las partes, asignado al Pleno del Tribunal Supremo,[3] vía casación; fueron acciones que sentaron jurisprudencia y que más tarde generarían un claro rechazo a las leyes vulneradoras de derechos, llegando incluso a la pérdida de la obligatoriedad de tales disposiciones.[4]

Otro cambio fue resultado de la Ley constitucional de 1934;[5] supuso un importante giro al establecer la acción pública en materia de inconstitucionalidad, tanto por el reclamo de una persona como de carácter colectivo (25 personas), además de preservar la protección de los derechos.

El momento cumbre nació con la Constitución de 1940[6] al incorporar dentro de los derechos individuales importantes principios y reglas procesales para su defensa, se produjo una ampliación de los derechos sociales, con reglas garantistas y la justiciabilidad como base para ello. Igualmente, se estableció de

---

2 *Ibidem*, art. 37.

3 Véase además, Ley de 31 de marzo de 1903, Ley Orgánica del Recurso de inconstitucionalidad, art. 15, y más tarde en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1909, art. 24.

4 Ley de 17 de marzo de 1922, art.4, estableció el mandato de modificación o derogación de la normativa vulneradora, si se producía una reiteración de declaración de inconstitucionalidad en Sentencia; si la entidad no hacía los ajustes necesarios, luego de cierto plazo, la disposición perdía obligatoriedad.

5 Ley constitucional de 3 de febrero de 1934, arts. 38 y 78 quinta.

6 Constitución de la República de Cuba de 1940, art. 182.

manera expresa aquellos derechos y garantías constitucionales que podrían sólo limitarse mediante ley, y sólo temporalmente por situaciones excepcionales.[7]

Un sistema garante plural se instrumentó con la adopción de la Ley orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales y la creación formalmente de una sala especial del Tribunal Supremo de Justicia con esa denominación.[8] Este nuevo órgano concentraba el control de constitucionalidad de las disposiciones generales, a partir de los recursos de inconstitucionalidad, no limitado a los derechos, sino también para asegurar el libre funcionamiento de los órganos del Estado; conocería de las consultas de los jueces sobre constitucionalidad, de los recursos de *habeas corpus* en apelación, de apelaciones y casaciones en materia laboral, los recursos contra abusos de poder y la validez del procedimiento y la reforma de la constitución.[9]

Por tanto, con ese diseño se aseguraba la supremacía del texto, cuidaba de la actuación del poder y la dinámica político-social, a la vez que era un medio de defensa de los derechos en ella consagrados. Además de los recursos de inconstitucionalidad, velaba por la coherencia interna del orden jurídico nacional, al consignar que era Inaplicable la disposición que se declarara inconstitucional, so pena de sanción, obligando a la derogación inmediata de la disposición a partir de la publicación de la sentencia.[10]

Del dicho al hecho puede haber un trecho, pero se logró la concreción de un sistema de garantías plural, de los derechos y de la Constitución, y se configuró el modelo de justicia constitucional que marcaría un hito en los diseños adoptados con posterioridad en América Latina.

Esta actividad significativa de la justicia constitucional fue impactada negativamente como consecuencia de la validación

7 *Ibidem*, art. 41.

8 Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, núm. 7, de 31 de mayo de 1949. Ver arts. 1, 2 y 7.

9 *Ibidem*, arts. 13, 16 y 66.

10 Constitución de la República de Cuba de 1940, art. 172; y Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, art. 73.

que efectuó el Tribunal de Garantías ante el cuestionamiento de la Ley Constitucional que imponía el gobierno golpista de 1952, derogando el texto de 1940 la cual había sido aprobada por un constituyente democrático.[11] Aunque la nueva Ley preservó el Tribunal de Garantías constitucionales y sociales, no respondió igual y el golpetazo jurídico provocó que generaciones de cubanos con posterioridad desconfiaran del órgano y el tipo de control que desarrollaba.

II. 1959-2018: cambios en las regulaciones de derechos y garantías y limitaciones respecto a la intervención judicial

En enero 1959, como resultado del cambio político producido por el proceso revolucionario se disolvió el Congreso de la República y se estableció que tales funciones serían asumidas por el Consejo de Ministros;[12] se restituyó la Constitución de 1940 con las modificaciones en el aparato de poder, y un mes más tarde, entró en vigor la Ley Fundamental[13] que se asentó en la precedente y preservó la concentración de la toma de decisiones en el Gobierno.

Además, mantuvo la Sala de justicia constitucional, bajo la denominación de Tribunal de Garantías constitucionales y sociales.[14] Durante la década del 60 del pasado siglo desarrolló un importantísimo rol en la adecuación de las viejas reglas a las nuevas condiciones del país, integró el Derecho y validó las nuevas disposiciones, en defensa del cambio social y de los derechos:

---

11 El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, mediante la sentencia núm. 127 de 17 de agosto de 1953, declaró sin lugar el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Dr. Cosme de la Torriente y 38 ciudadanos más en acción pública, con la adherencia de otros profesionales, en defensa de la Constitución de 1940 y contra la Ley Constitucional de 4 de abril de 1952, nacida para tratar de legitimar el cuartelazo del 10 de marzo de 1952.

12 Proclama del presidente de la República de 5 de enero de 1959, resuelvo segundo.

13 Ley Fundamental de 7 de febrero de 1959, art. 119. El Poder Legislativo se ejerce por el Consejo de Ministros.

14 *Ibidem*, arts. 150, párrs. 2 y 160.

> La legitimidad de una institución que surge como producto de la revolución no puede buscarse en la legalidad anterior que no la sustenta, [...], [pues] [...] cuando surge un nuevo Derecho que va a inaugurar una institución, el fundamento de su legitimidad no dimana del orden jurídico anterior puesto que no la sustentan; el nuevo instituto, que es nuevo formalmente, tiene una base de validez diferente de la que sirve de cimiento a los ya existentes, puede ser muy diverso de los precedentes en cuanto a su contenido, o conservar muchas de las normas..... [pero] la razón de validez y vigencia formal de sus normas constitutivas no hay que ir a buscarla en el sistema anterior, sino que valen y rigen porque el Poder revolucionario las ha aceptado como propias, [...], se ha considerado como producción originaria del Derecho.[15]

No obstante, tales logros e importante rol de la Sala de Garantías constitucionales y Sociales, a inicio de los años 70, en correspondencia con lo que se estaba viviendo, y las nuevas leyes, se produjo un fuerte cambio. Disminuyó su papel en la adecuación de viejas disposiciones, así como su importante rol como instrumento generador de jurisprudencia y de control de constitucionalidad, lo que se concretó en el año 1973, a través de la nueva Ley de Organización del Sistema Judicial.[16] Fue suprimida la Sala especial y con ella la justiciabilidad de todos los derechos constitucionales a través de los procederes específicos y de la defensa de la Constitución.[17]

Entre los sustentos de la modificación antes referida puede añadirse el rechazo a la tripartición de poderes, el fortalecimiento de la centralización y concentración del proceso de toma de decisiones en el aparato de Gobierno para efectuar con prontitud los cambios y transformaciones en el país, a partir del cual empezó a imponerse el criterio acerca de la Constitución solo como programa político.[18]

---

15 Sentencia de la Sala de Garantías constitucionales y sociales, TS, núm. 7 de 3 de junio de 1969, en Bol. TS, iv núm. 3, mayo-jun 1969, pp. 186-187.

16 Ley 1250 de 23 de junio de 1973.

17 *Ibidem*, arts. 19, 32 y Disposiciones Complementarias; no consigna entre las Salas que integran el Tribunal Supremo la de Garantías Constitucionales y Sociales; tampoco asigna esta función al Consejo de Gobierno del alto Tribunal.

18 Como ejemplo del cambio doctrinal y normativo, téngase, entre otras, la Sentencia de la Sala de Garantías constitucionales y sociales, TS núm. 5 de

Con posterioridad se tuvieron en cuenta otros modelos de aseguramiento del orden constitucional, los que marcaron —luego de 17 años de provisionalidad— los contenidos y función de la Constitución de 1976, y su vida durante 43 años. Lo antes consignado, fue un cambio rotundo.

Cierto que toda constitución responde a las circunstancias que son el caldo de su origen, y ello se concretó además en el no empleo del principio de constitucionalidad, sino el de legalidad como englobador,[19] y la intervención de la Asamblea Nacional del Poder Popular como órgano superior representativo del Estado que tenía el mandato del control político.[20] Lo político y social siempre es necesario, pero también lo jurídico-normativo de manera integrada: ¿era/es viable que el órgano representativo superior analice críticamente las disposiciones que él mismo elabora o ya las había aprobado; o que cuestione las dictadas por el Consejo de Estado, que formalmente se le subordinaba a la Asamblea, la representaba, además de estar presidido por el líder político del proceso?

Respecto a un texto superior de reglas abiertas, concentrado en organización estatal, garantías materiales de los derechos y con la tradición de no aplicación directa por los Tribunales de Justicia, ni cuestionamiento judicial de las antinomias o restricciones, no se produjo la declaración formal y pública por la Asamblea de la inconstitucionalidad de disposiciones estatales. También se previó la posibilidad de que los órganos superiores pudieran suspender, revocar o derogar las disposiciones de los inferiores que no se ajustaran a la Constitución, como expresión del control político posterior,[21] y tampoco se tienen declaraciones al respecto.

---

8 de junio de 1966, Boletín de junio de 1966, pp. 8-9, en la que se consigna que la ausencia de la norma de desarrollo del precepto constitucional impide la entrada en vigor del mismo.

19 Si bien la Constitución de la República de Cuba, de 24 de febrero de 1976, en su art. 9 establece que el magno texto y las leyes son expresión jurídica de las relaciones de producción, intereses y voluntad del pueblo; el principio que consigna es el de legalidad, el que se reitera en la regulación de los órganos estatales (Ver arts. 105.k), 123.a) y 130.1).

20 Constitución de la República de Cuba, de 24 de febrero de 1976, art. 73.d).

21 *Ibidem*, arts. 88. ñ) y o), 91 y 94.

Por consiguiente, aunque se consignaba el respeto a la Constitución, la ley era la disposición guía y rectora de la actividad cotidiana de los órganos del Estado, categoría usada como expresión general respecto a todas las disposiciones normativas, concentrándose los Tribunales en todos los procesos y reclamaciones en la aplicación de las regulaciones, no siempre contrastando la jerarquía o rango entre ellas.

En consecuencia, en materia de los derechos, aunque constitucionalmente se ampliaron los derechos socioculturales y se establecieron las garantías de tipo material, provenientes de las políticas públicas, bienes y medios del Estado, no se previó expresamente en la Constitución el acceso a la justicia, sino el derecho a la queja y petición como instrumento garante básicamente frente a la administración pública o los órganos representativos a todos los niveles[22]. Y si bien las leyes procesales civil-administrativo, laboral y penal si enumeraron las reglas aseguradoras —y más tarde las vinculadas a lo económico y ambiental—, los organismos de la Administración pública dictaron normativas estableciendo los procedimientos internos de reclamación, y a través de varias de ellas se impidió el acceso ulterior a la justicia para el cuestionamiento de los conflictos resultantes de tales procederes o de las decisiones a través de ellos adoptadas, lo cual se mantuvo durante años. Si la Constitución no prohibía, no había por qué hacerlo; pero como tampoco lo estipuló expresamente, no imperó.

Lo antes señalado evidencia una postura iuspositivista y legalista. En consecuencia, disminuyó la intervención del ente judicial en la protección integral de los derechos y no participó en el aseguramiento de la prevalencia de la Constitución, características que marcaron los últimos cuarenta y cinco años, es decir, el período de vigencia del texto de 1976.

[22] *Ibidem*, art. 62. Asimismo, el Reglamento de la Asamblea Nacional de 1977, en art. 21, previó la creación de una Comisión para atender las quejas y sugerencias de la población.

III. 2019, justiciabilidad de todos los derechos e inicio de control judicial concreto de constitucionalidad

Con la Constitución de 2019 se introdujeron profundos cambios en los valores y principios rectores del Estado y de los derechos humanos,[23] así como la inclusión de una amplia gama de derechos y de garantías. Desde la perspectiva técnico-jurídica y de aplicabilidad, la Constitución ya es formalmente asumida como normativa suprema,[24] sin desconocer su esencia sociopolítica. En correspondencia con lo anterior, es importante destacar lo nuevo y los cambios que son necesarios para asegurar eficacia y seguridad desde la salvaguarda de los derechos y de la Constitución.

En cuanto a los derechos, ya hoy todos son justiciables, los civiles, políticos y los socioeconómicos y culturales.

Al inicio del capítulo de las garantías, se marca un cambio respecto a lo antes estipulado en las regulaciones ordinarias y en la práctica administrativa, al preverse el acceso a la justicia[25] para las personas, todas, sin diferenciar condición de trabajador, empleado, funcionario, o las diversas esferas y entidades de trabajo estatales o no, actividades o acciones; sino que con tal formulación debe ser en todo caso, momento y frente a todos. Vale destacar que el acceso a la justicia no se previó como principio o derecho y, aunque no se declaró en la Constitución directamente como garantía, sí como un medio esencial para que las personas puedan lograr la tutela efectiva de los derechos e intereses

[23] Se consigna que la República está fundada en la dignidad, el humanismo y la ética para el disfrute de la libertad, equidad, igualdad, solidaridad, bienestar y prosperidad individual y colectiva; y que el Estado garantiza de manera irrenunciable, imprescriptible, indivisible, universal e interdependiente el ejercicio de los derechos humanos. Ver Constitución de la República de Cuba, 2019, arts. 1 y 42. (En lo adelante, la referencia a la Constitución vigente será Constitución de 2019)

[24] *Ibidem*, art. 7. La Constitución es la norma jurídica suprema ; y art.8 La Constitución de la República prima sobre los tratados internacionales.

[25] *Ibidem*, art. 92. El Estado garantiza, [...], que las personas puedan acceder a los órganos judiciales a fin de obtener una tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos

y como responsabilidad del Estado de augurarlo; la Ley de los Tribunales de Justicia si lo reconoce como garantía esencial en el ejercicio de la función judicial.[26]

En consecuencia, no puede limitarse el acceso a la Justicia por normativas preconstitucionales que pervivan, ni posconstitucionales que no hayan sido objeto de control efectivo; y su impedimento regulatorio ha de ser derogado o desconocido por el sistema de tribunales, conforme a los principios *pro homine* y que la ley superior invalida a la inferior, en defensa también de la supremacía constitucional.

Así, se perfeccionó el proceso administrativo, ahora ampliamente garantista al permitir que se puedan establecer reclamos cuyas pretensiones puedan estar en relación con disposiciones reglamentarias, además de los actos administrativos, actuaciones materiales y omisiones de la Administración pública y de otras entidades y personas en el ejercicio de la función administrativa. Entre esos entes se consignan de manera expresa el Consejo de Ministros y su Comité Ejecutivo, los Organismos de la Administración Central del Estado, los Gobernadores provinciales, los Consejos de la Administración municipal, la Contraloría General de la República, la Fiscalía General de la República, así como las organizaciones y entidades asociativas con fines públicos.[27]

Asimismo, otro avance significativo en este ámbito administrativo y más aún si se tiene en cuenta los entes contra los que puede presentarse reclamación, es que el reclamo de carácter individual podrá tener la adhesión de terceros interesados, o también ser —desde un inicio— de carácter colectivo.[28] Por lo tanto, salvo las excepciones previstas en la ley, la concepción de este proceso aporta amplias garantías a los derechos.

Otra regulación a destacar, asentada también en la garantía de la justiciabilidad de todos los derechos, es el derecho de la persona a reclamar y a obtener la reparación o indemnización por daños y perjuicios provocados por órganos del Estado, sus

[26] Ley "De los Tribunales de Justicia", nro. 140/2021, art. 15 a).

[27] Ley "Del Proceso administrativo", núm. 142/2021, arts. 1 y 6.

[28] *Ibidem*, art. 31.

directivos, funcionarios o empleados, así como por particulares o por entes no estatales.[29] Se previó para los derechos constitucionales, aunque limitado a la acción u omisión indebida de las funciones que les correspondan a los supuestos vulneradores; pudo entenderse que el vocablo acción podría ser expresión de actos y disposiciones normativas o decisiones judiciales, pero tal idea no prosperó, sino que la visión fue mucho más concreta.

Asimismo, al leer inicialmente el artículo 99 constitucional, antes referido, durante el proceso de debate popular del texto supremo, nació una ilusión de una posible jurisdicción especial para la defensa de los derechos que dada su importancia social se habían constitucionalizado, y así todos podrían defenderse en un proceder preferente, expedito y concentrado. No ha sido para todos, sino que como consecuencia de la redacción final del artículo se estableció que tal vía era para "aquellos derechos establecidos por ley", con lo que el constituyente dejó clara la delegación al legislativo para que concretara los derechos que podrían reclamarse en ese proceso, decidiéndose que era para aquellos derechos que no tuvieran vía judicial para su defensa.[30] La concreción legislativa lo que previó fue un proceder de carácter sustitutivo y para aquellos derechos constitucionalizados que no tenían una vía judicial para su defensa, como es el caso de la libertad religiosa, los derechos políticos y de participación.

Sí se logró, muy positivo, y vía legislativa, incorporar la trascendencia jurídico-social como condicionante para que derechos que tienen procederes judiciales —civiles, familiares, laborales, ambientales—, tengan la posibilidad del empleo de éste cuando la lesión recibida requiera inmediatez de solución o el impacto que las conductas nocivas puedan generar en esos y otros derechos. En este caso, la trascendencia, a diferencia de otros ordenamien-

[29] Constitución de 2019, art. 99.

[30] Ley "Del Proceso de Amparo de los Derechos Constitucionales", núm. 153/2022, art. 5. 2. Corresponde a los tribunales de este orden jurisdiccional conocer las demandas que se establezcan por la vulneración de los derechos consagrados en la Constitución que no tengan una vía de defensa propia en procesos judiciales de otra materia, salvo cuando, por la trascendencia jurídica social de la vulneración alegada, se requiera de una actuación urgente y preferente.

tos, no es para restringir el conocimiento de la reclamación por el ente judicial, sino para asegurarlo con la urgencia requerida. Y ese es otro paso importante en los cambios garantistas.

Por consiguiente, aunque se denomine garantía constitucional y sea un proceder especial, no existe jurisdicción constitucional, sino de carácter ordinario y sólo para derechos, pues permanece del texto anterior el control de constitucionalidad previo y posterior de tipo político, a cargo de la Asamblea Nacional del Poder Popular,[31] en tanto órgano supremo representativo de la voluntad popular.

Igual se preserva la facultad de los órganos superiores del Estado de revocar, derogar, suspender, o dar cuenta, de aquellas normativas inferiores que desconozcan o afecten la Constitución u otras disposiciones superiores;[32] pero no se implica directamente el sistema de tribunales con esas competencias.

No obstante la larga vida formal de tales regulaciones relativas al control político de constitucionalidad, ante las regulaciones que perviven del período constitucional previo y otras pos 2019 que no siempre se han ajustado a los limites previstos en el texto mayor, se insiste en que es necesario que los órganos inferiores no se limiten a la aplicación de las normativas, sino que cuando lo hagan, siempre contrasten tales disposiciones con la superior, o efectuar una valoración integradora y coherente con los principios y valores rectores, en especial cuando afectan directamente derechos y garantías. He aquí una muestra de la prioridad de la intervención del aparato judicial, en el control de constitucionalidad y de legalidad, aunque los efectos sean sólo concretos.

Para dar seguridad a la propuesta anterior relativa a los controles jurídico-normativos preventivos y cotidianos por todos los

31 Constitución de 2019, arts. 108.e).

32 *Ibidem*, art. 122.a), h), i), j), respecto a las competencias del Consejo de Estado; en cuanto al Presidente de República, art.128.a), n), se prevé igualmente velar por el cumplimiento de la Constitución, pero sólo le compete proponer la suspensión o derogación de la disposición. Respecto al Consejo de Ministros, art. 137 p), q), r), s), se amplían las competencias respecto a las disposiciones de los órganos de la Administración central y locales.

órganos estatales en su actuación, se ha de asumir la diferenciación entre constitucionalidad y legalidad; y que los órganos del Estado, todos, también informen a la Asamblea Nacional las disposiciones que han detectado con carácter restrictivo para que esta derogue, modifique u ordene su adecuación. Vale tener de ejemplo lo previsto para el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo de Justicia[33] y la Fiscalía General de la República,[34] los que pueden promover la revocación o la declaración de inconstitucionalidad de tales disposiciones limitativas o desconocedoras de las reglas superiores.

Además, en pos del aseguramiento de la función judicial garante, tanto en la protección de los derechos como de los contenidos del texto mayor, es la instrumentación del principio de supremacía constitucional.[35] La Ley de los Tribunales consigna que la Constitución se aplica directamente por los tribunales, los que se abstienen de observar las disposiciones que se le opongan; por tanto, sólo inaplican para el caso y no sientan base para derogación o suspensión ulterior, sólo es fundamento para el planteamiento ante la Asamblea Nacional antes referido. Pudiera ser este un camino para el nacimiento del control concreto de constitucionalidad en sede judicial, pero no se ha declarado así en la ley; o sería posible si se tuviera la jurisprudencia como fuente formal del Derecho con valor imperativo e integrador.

En defensa de la Constitución, ha previsto mediante la Ley de la Asamblea Nacional[36] el derecho de la población, como expresión de la participación popular directa, a estimular el control político. No se consignó como derecho constitucional cuando debió serlo, ni tampoco como acción pública, aunque deben implicarse quinientas (500) personas; cantidad esta que supera la regulación del antiguo Reglamento de la Asamblea Nacional que sólo

---

33 Ley "De los Tribunales de Justicia", art. 29.1.b)

34 Ley "De la Fiscalía General de la República", nro.160/2022, arts. 10. b) y 12. r) y s)

35 Constitución de 2019, arts. 7 y 8; y Ley de los Tribunales de Justicia, art. 13. 1. a).

36 Ley "De Organización y Funcionamiento de la Asamblea Nacional del Poder Popular y del Consejo de Estado de la República de Cuba", núm. 131/2019, art. 156. 1.h) quinientos ciudadanos cubanos.

exigía 25.[37] Entenderlo como una extensión del derecho a la iniciativa legislativa y de reforma constitucional,[38] sería un derecho constitucional; pero solo ante la acción o inacción limitativa sería que podría defenderse a través del proceso especial de amparo anteriormente valorado; algo que se debe repensar. Asimismo, con la disminución de las cifras para su promoción, y el establecimiento de mecanismos ágiles propiciaría su efectiva concreción y sería un medio garante para la preservación de la supremacía de la Constitución y contenidos especialmente protegidos como son los derechos y garantías.[39]

Los ejemplos anteriores brindan argumentos para el perfeccionamiento del control político de constitucionalidad y de los implicados, lo cual no genera contradicción con los intereses y situaciones actuales. De ahí que se reitere la necesidad de visiones integradoras entre el control de constitucionalidad para la defensa de la Constitución, cualquiera que se establezca y el aseguramiento de las garantías previstas para el disfrute de los derechos humanos.

II. Conclusiones

Con la ampliación de los derechos civiles, económico-sociales y de participación, es necesario que se reevalúe la efectiva instrumentación de todos por igual. Todos ya son justiciables, los regulados en normativas ordinarias o en la letra mayor; y están previstas reglas y principios para la protección de los primeros y de la Constitución.

---

37 Reglamento de la Asamblea Nacional del Poder Popular, de 18 de julio de 1977, art.93, párrafo 2, (para este caso, concretado a 25 ciudadanos con el pleno goce de sus derechos civiles y políticos).

38 Constitución de 2019, art. 80. g). Se ha de destacar que para la iniciativa legislativa se requiere la implicación de 10,000 personas en la solicitud, y 50,000 para la iniciativa de reforma constitucional.

39 *Ibidem*, arts. 226 y 228, estipula que, en caso de reforma parcial de derechos y garantías, además del voto nominal de una mayoría no inferior a las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea Nacional, se requiere el voto favorable de la mayoría de los electores en referendo convocado al efecto.

Aun con las valiosas novedades, no se tiene proceso constitucional, específico, ni tampoco órgano de Justicia constitucional para ejercer el control con la finalidad de cuestionar las leyes y decisiones judiciales que afecten las garantías constitucionales genéricas o lo contenidos superiores, como tampoco los fallos judiciales tienen efectos *erga omnes*.

No se defiende un órgano que se imponga sobre el representativo, ni que genere mutación de la Constitución, pero sí que, a partir de esa necesaria apreciación de la Constitución como base y cima para la toma de decisiones y la creación normativa, empiece a nacer una jurisprudencia sobre la inaplicación y que de esa manera se sienten las pautas para una derogación ulterior por el legislativo o su órgano de representación permanente. Cierto que también se requiere de jueces activos como garantes y participantes en el aseguramiento de la coherencia normativa y decisional.

Consciente de que ninguna obra humana es perfecta, pero si perfectible; que las creaciones normativas y decisiones políticas tienen condicionamientos culturales y también objetivos. Pero, identificar lo que se ha logrado es importante y necesario, como también valorar posibles ajustes o cambios para estimular su instrumentación y concretar lo que se consagró.

El texto de 2019 y sus contenidos, han supuesto un buen salto; pero lograr lo aprobado, hacer más eficaz jurídica y socialmente sus reglas, valores y principios, y que la letra constitucional impere, no es algo de un día para otro. Se requiere, con la implicación de todos, tener como guía lo que enunció nuestro José Martí, que la Constitución ha de ser una Ley viva y práctica.[40]

Referencias

Barreras, Antonio, *Textos de las Constituciones de Cuba (1812-1940),* Editorial Minerva, La Habana, 1940.

Constitución de la República de Cuba de 1901.

[40] Ver Martí, José, *Obras Completas*, vol. 9, 1881-1883, p. 308.

Constitución de la República de Cuba de 1940.

Constitución de la República de Cuba, de 24 de febrero de 1976.

Constitución de la República, 10 de abril de 2019.

Constituciones y Leyes constitucionales.

Ley "De la Fiscalía General de la República", núm. 160/2022.

Ley "De los Tribunales de Justicia", núm. 140/2021.

Ley "Del Proceso administrativo", núm. 142/2021.

Ley "Del Proceso de Amparo de los Derechos Constitucionales", núm. 153/2022.

Ley constitucional de 3 de febrero de 1934.

Ley de 17 de marzo de 1922.

Ley de Organización del Sistema Judicial, núm. 1250 de 23 de junio de 1973.

Ley de Organización y Funcionamiento de la Asamblea Nacional del Poder Popular y del Consejo de Estado de la República de Cuba, núm. 131/2019.

Ley del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, núm. 7, de 31 de mayo de 1949.

Ley Fundamental de 7 de febrero de 1959.

Ley Orgánica del Poder Judicial de 1909.

Ley Orgánica del Recurso de inconstitucionalidad, de 1903.

Martí, José, *Obras Completas*, vol. 9, 1881-1883.

Maza, Emilio, "El recurso de inconstitucionalidad: sus fuentes actuales", *Revista Cubana de Derecho,* año XVIII (4 nueva serie), núm. II, abril-junio, 1944, La Habana, Imprenta de F. Verdugo.

Portuondo, José, *En defensa de la Constitución*, Cuba intelectual, La Habana, 1957.

Proclama Al Pueblo de Cuba (segunda), 5 de enero de 1959, Gaceta Oficial Especial de 5 de enero de 1959*, Folletos de Di-*

vulgación Legislativa, Cuaderno I (1º al 31 de enero de 1959), Editorial Lex, La Habana, 1959.

Reglamento "De la Asamblea Nacional del Poder Popular de 1977".

Sentencia de la Sala de Garantías constitucionales y sociales, Tribunal Supremo, núm. 5 de 8 de junio de 1966, Boletín Tribunal Supremo, año 1, núm. 3, junio de 1966.

Sentencia de la Sala de Garantías constitucionales y sociales, Tribunal Supremo, núm. 7 de 3 de junio de 1969, en Boletín del Tribunal Supremo, año 1V, núm. 3, mayo- junio de 1969.

Propuestas para mejorar la efectividad de la protección de derechos fundamentales en la jurisdicción constitucional

***

Proposals to improv the effectiveness of fundametal rights protection in constitutional jurisdiction

Luis Andrés Roel Alva

Resumen: la presente ponencia tiene como objetivo plantear propuestas para mejorar la efectividad de la jurisdicción constitucional en la protección de derechos fundamentales dentro del Estado peruano, a través de reformas en la estructura de los procesos constitucionales (con especial énfasis en el proceso de amparo) y en la magistratura constitucional.

Abstract: the objective of this paper is to present proposals to improve the effectiveness of constitutional jurisdiction in the protection of fundamental rights within the Peruvian State, through reforms in the structure of constitutional processes (with special emphasis on the protection process) and in the constitutional judiciary.

Palabras clave: jurisdicción constitucional, proceso constitucional, tribunal constitucional, derechos fundamentales, poder judicial, proceso de amparo.

Keywords: constitutional jurisdiction, constitutional process, constitutional court fundamental rights, power of attorney, protection process.

Sumario: I. Introducción. II. Modelo de jurisdicción constitucional peruano; III. Propuestas de reformas a la jurisdicción constitucional para la mejora en la protección de los derechos fundamentales. IV. Conclusiones. Referencias.

I. Introducción

La presente ponencia tiene como objetivo plantear propuestas para mejorar la efectividad de la jurisdicción constitucional en la protección de derechos fundamentales dentro del Estado peruano. Cabe precisar que, si bien hace unos años se reformó el cuerpo procesal que regula los procesos constitucionales a través de la aprobación del Nuevo Código Procesal Constitucional, Ley N. 31307,[1] esta reforma parece no ser suficiente para alcanzar una efectiva protección de los derechos fundamentales. En tal sentido, nuestras propuestas tienen por objeto mejorar la efectividad de la protección de derechos fundamentales en la jurisdicción constitucional tanto a nivel de los procesos, como a nivel de la magistratura constitucional. Se trata tanto de reformas constitucionales, como de reformas legales. En la presente ponencia partiremos del análisis del modelo de jurisdicción constitucional peruano y de los procesos constitucionales y órganos jurisdiccionales que lo integran, así como las propuestas de reforma que se necesitan en ambos para mejorar la efectividad de esta jurisdicción encargada de brindar justicia constitucional.

[1] Al respecto Roel Alva, Luis Andrés, "El amparo directo ante el Tribunal Constitucional", *Pensamiento Constitucional,* núm. 21, Lima, Maestría en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016, pp 323-346. h*ttps://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/18711/18952*; Roel Alva, Luis Andrés, *El Amparo Directo ante el Tribunal Constitucional*, Tesis para obtener el título de Magíster en Derecho Constitucional, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013; entre otros.

II. Modelo de jurisdicción constitucional peruano

2.1. Estado peruano como un modelo de Estado constitucional de derecho

Previamente a explicar el modelo de jurisdicción constitucional peruano, debemos advertir que el Constituyente peruano ha determinado que nuestro Estado asuma un modelo de Estado Constitucional de Derecho, conforme lo ha determinado en su obra, la Constitución Política de 1993, cuyo artículo 51° dispone: "La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado". Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano interpretó lo siguiente: "[...], la supremacía normativa de la Constitución de 1993 se encuentra recogida en sus dos vertientes: tanto aquella objetiva, conforme a la cual la Constitución preside el ordenamiento jurídico (artículo 51°), como aquella subjetiva, en cuyo mérito ningún acto de los poderes públicos (artículo 45°) o de la colectividad en general (artículo 38°) puede vulnerarla válidamente".[2] Agregando luego el mismo Tribunal que el Estado peruano ha asumido un modelo de Estado Constitucional de Derecho, con todas sus características y exigencias:

> El Estado Constitucional de Derecho supone, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una Norma Jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto.[3]

En este orden de ideas, el Estado peruano se reconoce como tal dentro del modelo de Estado Constitucional de Derecho y bajo el cual se desarrolla, siendo la principal característica la supremacía de la Constitución, a la cual se le dota de naturaleza

---

[2] Sentencia del Tribunal Constitucional N. 04053-2007-PHC/TC, fundamento jurídico 13.

[3] *Ibidem,* fundamento jurídico 12.

programática y fuerza vinculante. La consecuencia práctica entonces podemos entenderla como la subordinación de las leyes a la Constitución Política, la misma que contiene las reglas básicas de convivencia tanto social como política, además del reconocimiento de las garantías de los derechos fundamentales del ser humanos (parte material), que implica además que todas las actuaciones del Estado deben estar guiadas y enmarcadas dentro de los límites de la Constitución.

Cabe recalcar que consolidar el Estado Constitucional de Derecho en el Perú, es un desafío constante que no solo requiere del fortalecimiento de las instituciones autónomas y democráticas cuyo eje principal es la defensa de los derechos fundamentales y la efectiva vigencia y supremacía normativa de la Constitución[4], sino que además implica que dentro del Estado no hay zonas exentas de control constitucional.

2.2. Modelo dual o mixto

2.2.1.Modelo dual

Se le denomina al modelo de jurisdicción constitucional como dual porque acoge dos modelos de control constitucional de dos vertientes doctrinarias distintas: i) control difuso y ii) control concentrado; conforme ha señalado el profesor Domingo García Belaunde en el caso peruano se han: "[...] incorporado casi en bloque, el modelo concentrado dentro de un sistema difuso, sin contaminarlo ni absorberlo, por lo que el modelo predominante es el modelo dual o paralelo, cuya primera forma nítida de manifestación es la Constitución peruana de 1979".[5]

---

[4] Ruiz Molleda, Juan Carlos, "Estado Constitucional de Derecho, democracia y descentralización", *Diálogo Regional: Estado de Derecho en el marco de la Descentralización en los Países Andinos, Documentos Temáticos*, Lima, Programa CAPACIDES-Fortalecimiento de capacidades para procesos de descentralización, 2009, pp. 3 y 4, *https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/41D8C999437DFFFF0525786A007A97A1/$FILE/estado_derecho_ponencias_LIMA.pdf*

[5] García Belaunde, Domingo, "La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo", *Revista Advocatus,* núm. 1, Nueva Época, Lima, Facultad

En tal sentido, respecto de estos dos modelos podemos señalar lo siguiente: i) El control difuso del modelo anglosajón, implica la actuación de los jueces, quienes pueden inaplicar, en un caso concreto que estén conociendo, una norma que consideran que contraviene disposiciones constitucionales y legales, tal como se puede apreciar en el artículo 138 de la Constitución y ii) el control concentrado del modelo continental europeo, implica que tanto el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial puedan declarar la inconstitucionalidad e ilegalidad de normas que contravengan disposiciones constitucionales y legales, según corresponda, a través del proceso de inconstitucionalidad y la acción popular, respectivamente, consagrados en la Constitución Política en los incisos 4) y 5) de su artículo 200.

2.2.2. Modelo mixto

Si bien podemos decir que la jurisdicción constitucional peruana es dual en cuanto posee en su ordenamiento constitucional dos modelos de control constitucional como son el difuso y el concentrado, también es cierto que la competencia para resolver los procesos constitucionales depende tanto del Poder Judicial como del Tribunal Constitucional. Dicho de otro modo, la jurisdicción constitucional en nuestro país es compartida por el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, siendo los procesos de tutela de derechos constitucionales donde más se evidencia este hecho, puesto que se inician en el fuero del Poder Judicial y dependiendo de lo resuelto en segunda instancia de este fuero, es también de conocimiento por el Tribunal Constitucional.

De igual forma, tanto nuestra Constitución Política como el Nuevo Código Procesal Constitucional (y su antecesor, el Código Procesal Constitucional) han determinado que tanto los jueces del Poder Judicial como los Magistrados del Tribunal Constitucional son los responsables de asegurar el ordenamiento y los derechos constitucionales dentro del Estado peruano.

---

de Derecho de la Universidad de Lima, 1998, pp. 68, *https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/2214/2159*

2.3. Procesos constitucionales

Conforme hemos expuesto previamente, los procesos constitucionales que forman parte de la jurisdicción constitucional tienen dos objetivos, acorde lo determinado por la Constitución Política de 1993 y específicamente el artículo II del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional, Ley N. 31307, que dispone literalmente que: "Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales reconocidos por la Constitución y los tratados de derechos humanos; así como los principios de supremacía de la Constitución y fuerza normativa".

Cabe señalar que una redacción similar tenía su antecesor, el Código Procesal Constitucional, Ley N. 28237, en cuyo artículo II de su Título Preliminar determinaba que: "Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales".

De esta forma, conforme podemos apreciar, ambos cuerpos procesales normativos coinciden en cuanto a las finalidades que deben cumplir los procesos constitucionales en la jurisdicción constitucional peruana. Sobre el particular, el TC concluyó que: "La doctrina constitucional comparada ha establecido que existen básicamente dos tipos de procesos constitucionales. En primer lugar, están los procesos destinados al afianzamiento de los derechos fundamentales; y, en segundo lugar, los procesos constitucionales que aseguran la supremacía de la Constitución".[6] En tal sentido, describiremos a continuación los procesos constitucionales que pretenden garantizar cada uno de estos objetivos, haciendo un énfasis en los encargados de proteger los derechos fundamentales, que son materia de la presente ponencia.

[6] Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 0266-2002-AA/TC, fundamento jurídico 5.

2.3.1. Defensa de la supremacía constitucional

El poder constituyente peruano al momento de diseñar el modelo de jurisdicción constitucional estableció en su obra, la Constitución Política de 1993, el control constitucional concentrado, el cual no solo estaría encargado al Tribunal Constitucional, como primigeniamente está planteado en la tesis de Hans Kelsen,[7] sino que, además, al Poder Judicial. Ciertamente, el denominado control constitucional concentrado lo realiza tanto el Tribunal Constitucional a través del proceso de inconstitucionalidad[8] como el Poder Judicial mediante el proceso constitucional de acción popular.[9] El primero dirigido a invalidar cualquier norma de rango legal que contravenga la Constitución Política[10] y el segundo cuya finalidad es erradicar del ordenamiento jurídico peruano cualquier norma de rango infralegal o reglamentario que atente contra la Constitución o que contradiga alguna disposición legal.[11] En relación con lo expuesto, nuestro TC interpretó lo siguiente: "[...], existen procesos constitucionales que están destinados a la defensa del principio de supremacía de la Constitución, lo cual quiere decir que se busca asegurar la propia noción de Constitución, ya que, sin la efectividad del principio de supremacía, las normas constitucionales se descalificarían ubicándose al mismo nivel que ocupan las normas legales ordinarias".[12]

Por otro lado, dentro de este grupo de procesos constitucionales, tenemos el proceso competencial que tiene por objeto defender la parte orgánica de la Constitución Política, es decir, se encarga de proteger la estructura y funcionamiento de los pode-

---

7 García Toma, Víctor, *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, 3ª. ed., Arequipa, Editorial Adrus, S.R.L, 2010, p. 654.

8 Artículo 202. 1 de la Constitución Política y Artículo 97° del Nuevo Código Procesal Constitucional.

9 Artículo 84 del Nuevo Código Procesal Constitucional

10 Artículo 200. 4 de la Constitución Política y el Artículo 76° del Nuevo Código Procesal Constitucional.

11 Ver: Artículo 200. 5 de la Constitución Política y el Artículo 75° del Nuevo Código Procesal Constitucional.

12 Sentencia del Tribunal Constitucional N. 00266-2002-AA/TC, fundamento jurídico 5.

res y órganos que componen el Estado, tal como están definidos por la Constitución.[13] De la misma forma, este proceso constitucional pretende garantizar el principio de separación de poderes reconocido en el artículo 43° de la Constitución Política.[14] A partir de estas disposiciones, el Tribunal Constitucional peruano interpretó lo siguiente:

> La separación de poderes que configura nuestra Constitución no es absoluta, porque de la estructura y funciones de los Poderes del Estado regulados por ella también se desprende el principio de colaboración de poderes [Sentencia 0004-2004-CC/TC, fundamento 24]. Es decir, las relaciones entre diferentes poderes contienen mecanismos de control y de colaboración. Y el ejercicio de tales poderes tiene por fin principal la defensa de la persona humana y el respeto por su dignidad, conforme al artículo 1 de la Constitución.[15]

Podemos concluir entonces que la defensa de la supremacía constitucional es esencial para poder garantizar el Estado de Derecho y la protección de los derechos fundamentales. Ello incluso nos permite asegurar que todas las acciones llevadas a cabo por las instituciones, junto a las leyes y normas que emitan, sean sometidas a evaluación para establecer su compatibilidad con la Constitución, preservando su valor como norma suprema, puesto que ningún acto de gobierno debe contravenir los principios constitucionales. Igualmente, la defensa de la supremacía constitucional nos permitirá reforzar la estabilidad y la coherencia dentro del sistema legal, proporcionando un marco sólido dentro del cual se desarrollen las instituciones democráticas.

2.3.2. Protección de los derechos fundamentales

La finalidad de los procesos constitucionales encargados de la tutela de derechos fundamentales es restitutiva, es decir, evitar la

[13] Artículo 202°. 3 de la Constitución Política y el Artículo 109° del Nuevo Código Procesal Constitucional.

[14] Artículo 43 de la Constitución Política.

[15] Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 00006-2019-CC/TC, fundamento jurídico 31.

irreparabilidad de estos a través de una tutela urgente y diferenciada. Conforme al artículo 1° del Nuevo Código Procesal Constitucional se establece que: "Los procesos a los que se refiere el presente título tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, ya sean de naturaleza individual o colectiva, *reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo.* [...]" (cursivas añadidas). A partir de estas disposiciones, el Tribunal Constitucional peruano interpretó lo siguiente:

> *Los procesos constitucionales de tutela constituyen mecanismos para la defensa y afirmación de los derechos fundamentales y de las libertades públicas. Por su propia naturaleza son reparatorios,* y es por ello que no se exige estación probatoria, ni se enfoca en la sanción al agresor ni en la indemnización al afectado, sino *en la restauración del derecho frente a una violación, o una eficaz defensa frente a una amenaza cierta e inminente.*[16] (cursivas añadidas).

Esta finalidad es aplicada a los procesos constitucionales destinados por el constituyente peruano para la defensa de los derechos fundamentales en el Estado peruano, que son:

1) *Hábeas Corpus:* conforme determina el inciso 1) del artículo 200°, de la Constitución Política y el artículo 33° del Nuevo Código Procesal Constitucional, este proceso constitucional tiene por objetivo defender, frente a cualquier amenaza o afectación, el derecho a la libertad individual y sus derechos conexos.
2) *Acción de Amparo:* conforme determina el inciso 2) del artículo 200° de la Constitución Política y el artículo 44° del Nuevo Código Procesal Constitucional, este proceso constitucional tiene por objetivo defender, frente a cualquier amenaza o afectación, todos los derechos fundamentales que no estén protegidos por los procesos de hábeas corpus y hábeas data.
3) *Hábeas Data:* conforme determina el inciso 3) del artículo 200° de la Constitución Política y el artículo 59° del Nue-

[16] Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 00030-2021-PI/TC, fundamento jurídico 5.

vo Código Procesal Constitucional, este proceso constitucional tiene por objetivo defender, frente a cualquier amenaza o afectación, los derechos de acceso a la información pública y a la autodeterminación informativa.

4) *Acción de Cumplimiento:* conforme determina el inciso 6) del artículo 200° de la Constitución Política y el artículo 65° del Nuevo Código Procesal Constitucional, este proceso constitucional tiene por objetivo exigir el cumplimiento de los actos administrativos firmes y normas legales.

Son entonces estas acciones de garantía de los derechos fundamentales los que juegan un papel importante dentro de una sociedad democrática y constitucional de derecho, pues fueron diseñados específicamente para salvaguardar los derechos y libertades de todas las personas y que están consagrados por la Constitución Política, reforzando así el respeto por la dignidad humana (artículo 1° de la Constitución Política de 1993[17]) y dotando de herramientas jurídicas a quienes se sientan vulnerados de sus derechos, para que el Estado a través de las instancias correspondientes, pueda reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, otorgando tutela inmediata y directa .

2.4. Magistratura constitucional

Conforme hemos expuesto líneas previas en la presente investigación, el Estado peruano ha adoptado, a partir de lo decidido por su constituyente, un modelo de jurisdicción constitucional dual o mixto, dependiendo de la lectura que se prefiera darle, pero que coincide en que los dos órganos encargados de brindar justicia constitucional son: i) el Poder Judicial y ii) el Tribunal Constitucional.[18]

[17] Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 05312-2011-PA/TC, fundamento jurídico 8.

[18] Artículo IV del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional.

2.4.3. Poder Judicial

Previamente expusimos que el modelo de jurisdicción constitucional incorpora el control constitucional difuso a cargo de los jueces del Poder Judicial, el cual se encuentra reconocido en el artículo 138° de la Constitución Política peruana, que expresamente dispone:

> La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. *En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior"* (cursivas añadidas).

Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano interpretó lo siguiente:

> *Al momento de evaluar si les corresponde ejercer el poder-deber de aplicar el control difuso contra una determinada ley (artículo 138° de la Constitución), todos los jueces y magistrados del Poder Judicial, bajo las responsabilidades de ley, se encuentran en la obligación de observar las interpretaciones realizadas por el Tribunal Constitucional que tengan conexión manifiesta con el asunto,* lo que, conviene enfatizar, no ha sido efectuado por la judicatura al momento de conocer algunas causas en las que se solicitó la aplicación de la norma impugnada.[19] (resaltado nuestro).

Asimismo, debemos advertir que los jueces del Poder Judicial tienen a su cargo los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales (dos primeras instancias), en relación con lo que el Tribunal Constitucional peruano interpretó lo siguiente:

> El control de constitucionalidad solo podrá practicarse siempre que la ley sobre la que se duda de su validez sea relevante para resolver la controversia sometida al juez. *En este sentido el juez solo estará en aptitud de declarar su invalidez cuando la ley se encuentre directamente relacionada con la solución del caso,* término este último que no

[19] Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 00019-2005-CC/TC, fundamento jurídico 65.

> puede entenderse como circunscrito solo a la pretensión principal, sino que comprende incluso a las pretensiones accesorias y también a las que se promuevan en vía incidental. El *juicio de relevancia que subyace al ejercicio válido del control de constitucionalidad no solo tiene el propósito de recordar el carácter jurídico del control de constitucionalidad de las leyes, sino también se establece como un límite a su ejercicio, puesto que, está vedado cuestionar hipotética o abstractamente la validez constitucional de las leyes*.[20] (resaltado nuestro).

Ahora bien, queda claro entonces que el modelo constitucional de control difuso a cargo de los jueces del Poder Judicial representa un mecanismo esencial para la protección de la supremacía de la Constitución y los derechos fundamentales. A través de este recurso los jueces pueden ejercer el control para revisar y declarar la inaplicabilidad de normas contrarias a la Constitución, ayudando a fomentar una cultura jurídica de respeto y obediencia a la Constitución en todos los niveles del sistema de justicia.

2.4.4. Tribunal Constitucional

En relación con el Tribunal Constitucional, conforme adelantamos, éste tiene la competencia jurisdiccional de realizar el control constitucional concentrado a través del proceso de inconstitucionalidad, siendo esta una competencia exclusiva y excluyente, y sus resoluciones en este proceso son irrevisables, conforme lo determinan el inciso 4) del artículo 200° y el inciso 1) del artículo 202° de nuestra Constitución Política. Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano interpretó lo siguiente:

> *Mediante el proceso de inconstitucionalidad, la Constitución Política del Estado ha confiado al Tribunal Constitucional el control de constitucionalidad de las leyes y las normas con rango de ley. En él, quien cuenta con legitimación para interponer la demanda, prima facie, no persigue la tutela de intereses subjetivos, sino "la defensa de la Constitución"* como norma jurídica suprema. No obstante, aun cuando se trata de un proceso fundamentalmente objetivo, es decir, un proce-

[20] Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 00374-2017-PA/TC, fundamento jurídico 25.2.

> so en el que se realiza un juicio de compatibilidad abstracta entre 2 fuentes de distinta jerarquía. Por un lado, la Constitución, que actúa como parámetro [...]; y, por otro, la ley o las normas con rango de ley, que constituyen las fuentes sometidas a ese control, tal como ha afirmado este Colegiado, también tiene una dimensión subjetiva, en la medida que son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, según establece el Artículo II del Título Preliminar del CPConst.[21] (resaltado nuestro).

De igual forma, en relación con el proceso competencial, el mismo Tribunal posee también una competencia exclusiva, al resolver este proceso en instancia única y su decisión es irrevisable, conforme se determina el inciso 3) del artículo 202° de nuestra Constitución Política. A partir de estas disposiciones, el Tribunal Constitucional peruano interpretó lo siguiente:

> Si bien la Constitución de 1993 y la LOTC no describen expresamente el objeto de la acción de conflicto de competencias, ello puede interpretarse de la lectura de los artículos 46° al 52° de la LOTC. De este modo, cuando el artículo 47° de la LOTC establece que "el conflicto se produce cuando alguno de los poderes o entidades estatales a que se refiere el artículo anterior, adopta decisiones o rehuye deliberadamente actuaciones, afectando competencias o atribuciones que la Constitución y las leyes orgánicas confieren a otro", *lo que se busca en la contienda es que los órganos constitucionales respeten el orden de competencias establecido por la Constitución y las leyes integrantes del denominado bloque de constitucionalidad; caso contrario, se correría el riesgo de efectuar un análisis basado en disposiciones recogidas en puras leyes ordinarias, convirtiendo al Supremo Intérprete Constitucional en un guardián de la legalidad antes que de la constitucionalidad de las normas* [...][22] (resaltado nuestro).

En esta línea, también expresó lo siguiente: "El proceso competencial puede ser considerado como uno sui generis, toda vez que no está orientado estrictamente a la tutela de un derecho

---

21 Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 00020-2005-AI/TC, fundamento jurídico 16.

22 Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 00013-2003-CC/TC, fundamento jurídico 10.4.

constitucional, ni al control abstracto de actos normativos, como sí sucede con los otros procesos constitucionales que el propio código reconoce".[23]

También, el Tribunal Constitucional es considerado el último defensor de los derechos fundamentales en la jurisdicción constitucional, porque conforme lo determina el inciso 2) del artículo 202° de la Constitución Política de 1993, el Tribunal Constitucional será la última instancia de revisión y resolución de los procesos constitucionales de tutela de derechos constitucionales. En relación con estas disposiciones, el Tribunal Constitucional peruano interpretó lo siguiente:

> [...] Que la Constitución ha *encomendado al Tribunal Constitucional, entre otras atribuciones, conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento. Por mandato del Constituyente el Tribunal Constitucional tiene la última palabra en materia de protección de derechos fundamentales,* los que, a su vez, son tutelados en los mencionados procesos constitucionales, que precisamente se caracterizan por ser netamente instrumentales y sumamente expeditivos.[24] (resaltado nuestro).

En relación a lo expuesto, el artículo 121° del Nuevo Código Procesal Constitucional, respecto del carácter inimpugnable de las sentencias del Tribunal Constitucional ha establecido lo siguiente: "Contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe impugnación alguna. [...]. Lo anterior no afecta el derecho a recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados de los que el Perú es parte".

Por último, este órgano jurisdiccional es el supremo y último Intérprete de la Constitución peruana, a partir de lo expuesto en este apartado, y conforme lo determina literalmente el artículo 1° de su Ley Orgánica, Ley N. 28301[25] y el artículo

---

23 Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 00007-2021-CC/TC, fundamento jurídico 18.

24 Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 00030-2021-PI/TC, fundamento jurídico 6.

25 Artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

1° de su Reglamento Normativo, Resolución Administrativa N.º 095-2004-P-TC,[26] y a lo interpretado por el propio Tribunal Constitucional que determinó:

> *Corresponde concluir que las decisiones jurisdiccionales de este Tribunal no son susceptibles de ser controladas por ningún órgano interno y a través de ninguna vía.* Un razonamiento contrario desvirtuaría la condición de supremo intérprete de la Constitución que caracteriza a este Tribunal (artículo 1 de la Ley 28301 -Ley Orgánica del Tribunal Constitucional-).[27](resaltado nuestro).

En atención a los artículos señalados, tanto de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de la Constitución Política del Perú, las disposiciones que encomiendan al Tribunal Constitucional ser competente de conocer procesos de garantía de derechos fundamentales y resolver en instancia última y única, refuerzan su importancia dentro de nuestro ordenamiento jurídico como el máximo garante de la supremacía de la Constitución y de la protección de los derechos constitucionalmente protegidos por el Estado, asegurando que sus decisiones contribuyan a alcanzar una mayor coherencia y uniformidad.

No obstante, es importante señalar que nuestro sistema de justicia permite a las personas que aún después de una sentencia emitida por el Tribunal Constitucional sigan considerando lesionados sus derechos, la posibilidad de recurrir a tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los cuales el Estado peruano es parte, encontrándose dicho reconocimiento podemos plasmado en la Constitución Política de 1993 en el artículo 205.[28]

---

[26] Artículo 1 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional.

[27] Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 03749-2018-PA/TC, fundamento jurídico 4.

[28] Artículo 205° de la Constitución Política.

III. Propuestas de reformas a la jurisdicción constitucional para la mejora en la protección de los derechos fundamentales

3.1. Reforma de los procesos constitucionales

3.1.1. Planteamiento del proceso de amparo directo ante el Tribunal Constitucional

Con el objetivo de que la tutela de los derechos fundamentales por parte de los procesos constitucionales sea efectiva se requiere de pronunciamientos jurisdiccionales que permitan una reversión del daño a estos derechos antes que el perjuicio a los mismos sea irreparable, contraviniendo, conforme hemos expuesto, la finalidad de los procesos constitucionales, según lo determina el artículo 1 del Nuevo Código Procesal Constitucional. Por tal motivo, proponemos que en ciertos supuestos, de forma excepcional se pueda plantear el proceso constitucional de amparo ante el Tribunal Constitucional peruano, sin tener que transitar previamente por dos etapas procesales previas (o instancias procesales previas) en el Poder Judicial, como en la actualidad se realiza en la jurisdicción constitucional.[29] De esta forma, planteamos que los supuestos en los cuales se utilizará el proceso de amparo excepcional serán los siguientes:

1. *Supuesto de amparo contra resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en etapa electoral:* la necesidad de una tutela efectiva y rápida en estos casos es porque durante los mismos el calendario electoral no se detiene con la presentación de la demanda,[30] por lo que se necesita un pronunciamiento definitivo sobre la controversia constitucional contra las decisiones definitivas del Jurado Nacional de Elecciones que afecten los derechos de los ciu-

[29] Al respecto Roel Alva, Luis Andrés, *op. cit.,* pp. 323-346, *https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/18711/18952*;

[30] Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 05854-2005-AA/TC, fundamento jurídico 39 b); Resolución del Tribunal Constitucional N.º 00613-2011-PA/TC, fundamento jurídico 5.

dadanos en las contiendas electorales.[31]

2. *Supuesto de amparo contra resoluciones de la Junta Nacional de Justicia:* en este supuesto consideramos que al resolver el Tribunal Constitucional en única instancia se evita que el proceso transite por las instancias del Poder Judicial, en las cuales la independencia externa[32] de los jueces está en entredicho porque la Junta Nacional de Justicia es el órgano que los evaluará, ratificará o destituirá posteriormente.[33]
3. *Supuesto de amparo contra resoluciones del Poder Judicial:* en este supuesto consideramos que al resolver el Tribunal Constitucional en única instancia se evita que el proceso transite por las instancias del Poder Judicial, donde igualmente está en entredicho la independencia interna[34] de los jueces porque estas demandas serán contra decisiones tomadas por los órganos superiores del Poder Judicial.[35]

En tal sentido, planteamos como una reforma esbozada que, en los supuestos de procedencia del proceso constitucional de amparo contra resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en etapa electoral, contra resoluciones de la Junta Nacional de Justicia y contra resoluciones del Poder Judicial, se utilice el proceso de amparo excepcional. Por lo tanto, con el objetivo de que nuestra propuesta signifique una verdadera reforma en la tutela efectiva de los derechos constitucionales en la jurisdicción cons-

---

31 Artículo 44°, inciso 16) del Nuevo Código Procesal Constitucional; Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 02730-2006-PA/TC, fundamentos jurídicos 2-4.

32 Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 00004-2006-AI/TC, fundamento jurídico 18, a); Fiss, Owen, *El Derecho como razón pública*, Traducción de Esteban Restrepo Saldarriaga, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Marcial Pons, 2007, p. 9.

33 Título II de la Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia; Artículo 154° de la Constitución Política; Sentencia del Tribunal Constitucional N. 02250-2007-PA/TC, fundamentos jurídicos 1-8.

34 Sentencia del Tribunal Constitucional N. 00004-2006-AI/TC, fundamento jurídico 18, b); Fiss, Owen, *op. cit*., p. 90.

35 Capítulos I y II del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; Artículo 9 del Nuevo Código Procesal Constitucional; Sentencia del Tribunal Constitucional N. 00486-2022-PA/TC, fundamentos jurídicos 2-5.

titucional peruana, no podemos aspirar a que todos los supuestos de procedencia del proceso de amparo sean presentados directamente ante el fuero del Tribunal Constitucional, puesto que esto podría significar una alta sobrecarga procesal de dicho órgano jurisdiccional y ello sería un problema más que una solución. Por lo que, se identificaron estos tres supuestos específicos que requieren una reforma en la procedencia actual del proceso de amparo para una protección efectiva de los derechos constitucionales.[36]

3.1.2. Un proceso constitucional de amparo excepcional y un proceso constitucional de amparo genérico

Para los supuestos de procedencia del proceso constitucional de amparo contra resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en etapa electoral, contra resoluciones de la Junta Nacional de Justicia y contra resoluciones del Poder Judicial, serán los casos en los cuales se utilizará el proceso de amparo excepcional. En el resto de los supuestos de procedencia se utilizará el proceso de amparo como lo conocemos en la actualidad, el cual se denominaría el proceso de amparo genérico u ordinario. Para lograr esta propuesta se requeriría una reforma constitucional y una modificación del Nuevo Código Procesal Constitucional.

Cabe señalar que este planteamiento de tener dos tipos de proceso de amparo no es nuevo en el derecho y doctrina comparada,[37] puesto que, por ejemplo, en España existe tanto un proceso de amparo ordinario como un proceso de amparo extraordinario,[38] conforme lo determinan los artículos 53° inciso 2 y 162°

[36] Roel Alva, Luis Andrés, *op. cit.,* p. 343.

[37] Landa Arroyo, César, "El proceso de amparo en América Latina", *Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano*, año XVII, Montevideo, 2011, pp. 207-226, *https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27649.pdf*

[38] Agudelo Ramírez, Martín, "El recurso de amparo y el Tribunal Constitucional español, en Estudio sobre la tutela procesal cualificada de protección de los derechos fundamentales en el país ibérico". *Revista Ratio Juris*, vol. 1, núm. 3, 2005, pp. 35-53. *https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/8653699.pdf;* López Guerra, Luis, "La justicia constitucional en España", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional,* núm. 1, Madrid, Centro

inciso 1.b) de la Constitución española[39] y los artículos 41° y 48° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español, Ley Orgánica 2/1979, del 3 de octubre.[40]

3.2. Reforma en la Magistratura constitucional

3.2.1. Aumentar la cantidad de magistrados y más salas resolutivas del Tribunal Constitucional

Nuestro planteamiento en este apartado es incrementar el número de magistrados del Tribunal Constitucional de siete, como opera en la actualidad, a 9 nueve como se encontraba constituido en la época de su antecesor el Tribunal de Garantías Constitucionales. Esto significa que se plantea retornar a la cantidad de nueve magistrados de este órgano jurisdiccional como en la Constitución Política de 1979 y su Tribunal de Garantías Constitucionales. Efectivamente, el artículo 296 de la precitada Constitución establecía que: "El Tribunal de Garantías Constitucionales es el órgano de control de la Constitución. *Se compone de nueve miembros. Tres designados por el Congreso; tres por el Poder Ejecutivo; y tres por la Corte Suprema de Justicia"* (resaltado nuestro).

Por otro lado, en la actualidad son siete magistrados[41] con dos salas (denominadas como Sala 1 y Sala 2) de tres magistrados cada una y un Presidente del Tribunal Constitucional que no integra ninguna de estas, salvo excepciones reguladas y permitidas en el Nuevo Código Procesal Constitucional.[42] Por lo que nuestra propuesta al establecerse un órgano jurisdiccional con nueve Magistrados, permitiendo entonces que se tengan tres Salas resolutivas con tres magistrados cada una, permitiendo que exista una mayor capacidad resolutiva por parte del Tribunal Constitucional y brindando una oportuna justicia constitucional.

---

de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 187-206, *https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/45565*

39 Artículos 53° y 162° 1 de la Constitución Española de 1978

40 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español.

41 Artículo 201 de la Constitución Política.

42 Artículo 117 del Nuevo Código Procesal Constitucional.

3.2.2.Competencia para resolver el proceso de amparo directo

Conforme hemos planteado en apartados anteriores, una reforma del proceso constitucional de amparo, que tenga como objetivo que este se plantee directamente ante el Tribunal Constitucional, exige también una reforma en relación con la competencia de este último para conocer este novísimo tipo de amparo.

Efectivamente, según hemos expuesto previamente, estamos planteando una reforma en cuanto a la procedencia del proceso de amparo, lo cual exigiría no solo una reforma constitucional en relación a la disposición que reconoce este proceso sino que, además, la modificatoria de las competencias jurisdiccionales del Tribunal Constitucional, para que este órgano jurisdiccional pueda conocer excepcionalmente ciertos supuestos del proceso de amparo, sin que, previamente, transite por el fuero del Poder Judicial.

3.2.3. Cumplimiento en la implementación de la justicia constitucional especializada en el Poder Judicial

Desde el pasado Código Procesal Constitucional, Ley N. 28237, se ha exigido la implementación de la justicia constitucional especializada en el Poder Judicial, conforme lo disponía su Tercera Disposición Final: "Los procesos de competencia del Poder Judicial a que se refiere el presente Código se iniciarán ante los jueces especializados que correspondan en aquellos distritos judiciales que cuenten con ellos, con la sola excepción del proceso de hábeas corpus que podrá iniciarse ante cualquier juez penal".

En el Nuevo Código Procesal Constitucional, Ley N. 31307, también se ha exigido la implementación de la justicia constitucional especializada en el Poder Judicial, conforme lo disponen tanto la Segunda Disposición Complementaria Final como la Única Disposición Complementaria Transitoria. De esta manera, consideramos que es necesario que se cumpla efectivamente con esta exigencia legal, e incluso, se podría a través de una reforma constitucional plantear esta exigencia a este nivel, con el objetivo de que no exista duda de su obligatoriedad de cumplimiento, puesto que, conforme se puede apreciar, a partir de las dispo-

siciones precitadas, ha existido una obligatoriedad a nivel legal, pero esta no ha sido cumplida.

Cabe señalar que esta problemática no es nueva, e incluso, desde el Congreso de la República se planteó en su momento una iniciativa legislativa (Proyecto de Ley N. 05857/2020-CR, de 24 de julio de 2020[43]) para crear el Sistema Nacional Especializado de Justicia Constitucional, que tendría como objetivo: "[...] contar con un sistema integrado y especializado de justicia en dicha materia a efectos de expandir y concretizar la protección de la supremacía normativa de la constitución y los derechos fundamentales [...]",[44] que lamentablemente no logró aprobarse en el Congreso y materializarse en ley.

VI. Conclusiones

Conforme advertimos al comienzo de la presente ponencia, nuestro objetivo es plantear una serie de propuestas para mejorar la efectividad de la jurisdicción constitucional en la protección de derechos fundamentales en el Estado peruano. Estas son propuestas que tienen por objeto mejorar la efectividad de la protección de derechos fundamentales en la jurisdicción constitucional tanto a nivel de los procesos como a nivel de la magistratura constitucional. Estos planteamientos son tanto a nivel de reformas constitucionales como a nivel de reformas legales.

En este sentido, se ha considerado como parte de nuestra propuesta la reforma de los procesos constitucionales en cuanto a su estructura procesal, proponiendo la reforma del proceso constitucional de amparo, planteando que este proceso se divida en un proceso constitucional ordinario y uno excepcional, el cual tendría una procedencia directa ante el Tribunal Constitucional.

---

43 Roel Alva, Luis Andrés, Proyecto de Ley N. 05857/2020-CR, de 24 de julio de 2020, Lima, Congreso de la República, 2020, *https://www2.congreso.gob.pe/sicr/tradocestproc/CLProLey2016.nsf/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2016.nsf/Comisiones/24A4792734D2A6EA-052585B0001A5838?opendocument*

44 Artículo 1° del Proyecto de Ley N.º 05857/2020-CR

De igual forma, hemos considerado como parte de nuestra propuesta la reforma de la magistratura encargada de resolver los procesos constitucionales, proponiendo una reforma en la estructura y competencia del Tribunal Constitucional y una real (y efectiva) judicatura constitucional en el Poder Judicial.

Referencias

Agudelo Ramírez, Martín, "El recurso de amparo y el Tribunal Constitucional español, en Estudio sobre la tutela procesal cualificada de protección de los derechos fundamentales en el país ibérico". *Revista Ratio Juris*, vol. 1, núm. 3, 2005.

Fiss, Owen, *El Derecho como razón pública*, Traducción de Esteban Restrepo Saldarriaga, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Marcial Pons, 2007.

García Belaunde, Domingo, "La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo", *Revista Advocatus,* núm. 1, Nueva Época, Lima, Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 1998.

García Toma, Víctor, *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, 3ª. ed., Arequipa, Editorial Adrus, S.R.L, 2010.

Landa Arroyo, César, "El proceso de amparo en América Latina", *Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano*, año XVII, Montevideo, 2011.

López Guerra, Luis, "La justicia constitucional en España", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional,* núm. 1, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

Roel Alva, Luis Andrés, "El amparo directo ante el Tribunal Constitucional", *Pensamiento Constitucional,* núm. 21, Lima, Maestría en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016.

Roel Alva, Luis Andrés, *El Amparo Directo ante el Tribunal Constitucional*, Tesis para obtener el título de Magíster en Derecho Constitucional, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013.

Roel Alva, Luis Andrés, Proyecto de Ley N. 05857/2020-CR, de 24 de julio de 2020, Lima, Congreso de la República, 2020.

Ruiz Molleda, Juan Carlos, "Estado Constitucional de Derecho, democracia y descentralización",

Diálogo Regional: Estado de Derecho en el marco de la Descentralización en los Países Andinos, Documentos Temáticos, Lima, Programa CAPACIDES-Fortalecimiento de capacidades para procesos de descentralización, 2009.

Tutela procesal efectiva y lesión a derechos fundamentales por deficiencia normativa procesal constitucional en el Perú

***

Effective procedural protection and violation of fundamental rights due to constitutional procedural deficiency in Peru

*Jhonny Tupayachi Sotomayor**

Resumen: en el presente texto se busca abordar, desde una perspectiva crítica, algunas de las modificaciones en la legislación procesal constitucional peruana que, lejos de coadyuvar a la adecuada tutela de los derechos fundamentales, le resta funcionalidad a la justicia constitucional.

Con la entrada en vigencia del Nuevo Código Procesal Constitucional en 2021, el legislador decisión eliminar en este tipo de procesos la posibilidad de que las demandas sean declaradas improcedentes laminarmente, situación que no solo invita a la interposición de demandas absurdas, sino que además dificul-

* Abogado, magister en Derecho Constitucional y Doctor en Derecho. Master en jurisdicción Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad de Bolonia en Italia. Miembro de la Junta Directiva de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Presidente del Centro de Estudios de Derecho Constitucional de la Universidad San Martín de Porres (Perú). Profesor de pre y postgrado de los cursos en Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional, Derechos Fundamentales en diversas universidades del Perú. Autor de múltiples ensayos y textos de su especialidad. Actual Procurador Público en materia constitucional del Poder Judicial del Perú.

tan la impartición urgente de tutela judicial al aumentar de forma irracional la carga procesal.

Del mismo modo, la señalada reforma legislativa ha modificado ciertas reglas de competencia en el amparo contra resoluciones judiciales, hecho sobre el cual pareciera no se ha tomado en consideración la capacidad de producción de las Salas Supremas del Poder Judicial, que ahora asumen la tarea de jueces de segunda instancia.

Abstract: this text seeks to address, from a critical perspective, some of the modifications in Peruvian constitutional procedural legislation that, far from contributing to the adequate protection of fundamental rights, reduce the functionality of constitutional justice.

With the entry into force of the New Constitutional Procedural Code in 2021, the legislator decided to eliminate in this type of processes the possibility of claims being declared inadmissible, a situation that not only invites the filing of absurd claims, but also makes it difficult to urgent provision of judicial protection by irrationally increasing the procedural burden.

Likewise, the aforementioned legislative reform has modified certain rules of jurisdiction in the protection against judicial resolutions, a fact in which it seems that the production capacity of the Supreme Chambers of the Judiciary has not been taken into consideration, which now assume the task of judges of second instance.

Palabras clave: procesos constitucionales, tutela procesal efectiva, improcedencia liminar, tutela urgente.

Keywords: constitutional processes, effective procedural protection, liminal inadmissibility, urgent protection.

Sumario: I. Introducción. II. Los desastres de la reforma procesal constitucional en el Perú. III. Efectos reales de la eliminación del *rechazo in limine* a tres años de su vigencia. IV. El costo de la justicia constitucional. V. La desnaturalización del amparo contra resoluciones judiciales. VI. A manera de conclusiones. Referencias.

I. Introducción

La primacía de la Constitución en un Estado Constitucional de Derecho, conlleva al imperio del texto constitucional y los principios que ella comprende en el ordenamiento jurídico nacional. Es decir, la valoración del texto constitucional hoy en día comprende que no sea considerado un mero cuerpo político, sino, que se consolide como una carta fundamental de principios, derechos y garantías que sumado al alto contenido valorativo que encierra, le otorga una condición adicional al valor normativo que esta tiene. La percepción hoy de la Constitución, conlleva a otorgarle un fin circunscrito en el desarrollo de la persona a través de limitantes de orden valorativo al poder político, en la medida prioriza a la persona como el fin supremo de protección del Estado, lo cual conlleva, la tarea del reconocimiento de los derechos fundamentales, como también la exigencia del cumplimiento de la protección de los mismos, haciendo que las exigencias formales y políticas convivan en forma efectiva y plena en la Constitución.

Si el contenido constitucional tiene como finalidad la protección de la persona, con mayor razón las normas de desarrollo constitucional deben estar orientadas a dicho fin, considerando que la Constitución no se somete a los fines o intereses del Estado, si no en relación a la protección de la persona como fin en sí mismo.[1] En esa perspectiva podemos asumir que dentro de la Constitución se encuentra un contenido teleológico que está comprendido por el reconocimiento de derechos (parte dogmática); y por otro de carácter instrumental u organizativo del Estado (contenido orgánico), para el caso la coexistencia de ambos contenidos constitucionales, obliga a una conexión que repercuta en la protección de derechos fundamentales mediante garantías brindadas y reconocidas por la Constitución y que conlleve a materializar dicha protección por los organos constitucionales reconocidos por el Estado.[2]

---

1 Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 2a ed., Barcelona, Ariel Filosofía, 1996, p. 187.

2 Sánchez Ferriz, Remedio, *Introducción al Estado Constitucional*, Barcelona, Ariel Derecho, 1993, p. 9.

La forma como los estados establecen los mecanismos de protección de los derechos fundamentales se materializa en el ámbito procesal de la Constitución, para tal caso, muchos estados reconocen en sus constituciones mecanismos procesales o garantías, como es el caso peruano, donde el texto constitucional reconoce cuatro garantías que se plasman en procesos constitucionales enmarcados y desarrollados en la norma procesal que es el Código Procesal Constitucional.

Si bien es cierto todos los códigos procesales tiene como base el cuerpo normativo procesal general, la justicia constitucional se convierte en la excepción a la regla, ello, porque sus institutos procesales cuentan con una lectura distinta de las categorías clásicas que encontramos en el derecho procesal. Tal referencia encuentra sentido porque el derecho procesal constitucional en el ordenamiento jurídico peruano es un derecho constitucional concretizado, ello, a diferencia de otros derechos procesales que encuentran su base en los valores y principios inmersos en la teoría general del proceso, nuestro ordenamiento procesal se cimenta en la teoría constitucional siendo una concretización de esta.

En esa línea, desde la aparición del primer código procesal constitucional en sede nacional, el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de imponer su autonomía procesal, con lo cual, no solo conduce la adopción de institutos procesales, sino que tiene potestad de crear jurisprudencia e *institutos procesales constitucionales* que vayan en sintonía de los fines de los procesos constitucionales existentes, siendo que dicha *dictadura* constitucional ha sido bien recibida en la medida que ha generado una clara diferencia de la justicia ordinaria, más aún, refleja la relevancia de la protección de la persona y sus derechos por encima de la norma que muchas veces contraviene una lectura garantista.

Sobre ello, cabe recordar el caso masacre de las *Dos Erres vs. Guatemala;* si bien los extremos del caso citado y la sentencia que emite la Corte Interamericana se dan sobre una situación extrema, no podemos olvidar que en dicha sentencia la Corte resaltó que los Estados Parte tienen la obligación de brindar recursos judiciales efectivos a quienes sean víctimas de trasgresión de sus derechos humanos (artículo 25), dichos recursos deben estar

inmersos dentro de la protección del debido proceso (artículo 8.1), a efecto que los ciudadanos puedan ejercer con plenitud y resguardo los derechos reconocidos en la Convención.

En el presente trabajo vamos a analizar algunas modificaciones que se han dado en el cuerpo procesal constitucional peruano y cómo estas han afectado en la protección efectiva de derechos fundamentales y en la desnaturalización del proceso constitucional de Amparo, el mismo que, de ser un proceso rápido, sencillo y eficaz, se está convirtiendo hoy en día en un proceso ordinario, ello, por las innecesarias e inoperativas modificaciones realizadas en el corpus procesal constitucional que ha incrementado la carga procesal en los juzgados y ralentizado la justicia constitucional.

II. Los desastres de la reforma procesal constitucional en el Perú

El vigente Código Procesal Constitucional contiene artículos que no solo son inconstitucionales de plano, sino que van en contra de múltiples pronunciamientos del Tribunal Constitucional y tratados internacionales que son recurribles en la defensa de derechos fundamentales, afectando con ello, por un lado, las competencias de la defensa técnica del Poder Judicial en procesos contra resoluciones judiciales y, por el otro, la tutela procesal efectiva por parte de los recurrentes a la justicia constitucional, conforme expondremos en líneas siguientes.

2.1. La prohibición del rechazo liminar en los procesos de tutela de derechos

El actual artículo 6° del vigente Código Procesal Constitucional, incorpora como principal modificatoria la prohibición del rechazo liminar, estableciendo la siguiente redacción: "Artículo 6. De conformidad con los fines de los procesos constitucionales de defensa de los derechos fundamentales, en los procesos constitucionales de habeas corpus, amparo, habeas data y cumplimiento no procede el rechazo liminar de la demanda".

Esta decisión es un cambio drástico en la legislación y en el ámbito procesal. Lo llamativo de tal medida, no es el argumento justificante dado por sus promotores, quienes dieron solo dos argumentos: "el rechazo liminar fue utilizado como herramienta de parte de los jueces para desconocer las demandas y evitar carga procesal" o "no es justificable que existan limitaciones a la protección de derechos fundamentales en procesos de tutela"; lo peor del caso, es que tales argumentos no se encuentran en ninguna de las iniciativas legislativas presentadas y que generaron la modificatoria impuesta, ni mucho menos está sustentado técnicamente en el dictamen emitido por la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República, su único espacio de reflexión y debate se dio entre comentarios sueltos realizados en las sesiones de trabajo del grupo encargado de plantear las reformas aprobadas.

Y es tan incongruente la eliminación del rechazo liminar, que el legislador olvida que existen demandas absurdas y burdas como bien lo ha demostrado diversos antecedentes procesales; el caso del *presidente Rata* está lejos de ser el único caso disparatado en nuestra jurisprudencia constitucional. De forma más reciente y ya con la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional, el Cuarto Juzgado Civil de Piura tuvo que admitir a trámite una demanda de amparo interpuesta contra Mark Zuckerberg (Expediente 00900-2021-0-2001-JR-CI-04), por considerar que Facebook había vulnerado su derecho a la libertad de expresión con el bloqueo temporal de una cuenta de usuario en dicha red social.[3] De igual forma podemos encontrar la demanda de Habeas Corpus iniciada contra diversos funcionarios estatales e internacionales como el caso de Joe Biden actual presidente de EE. UU (Expediente 06182-2022-0-1801-JR-DC-07).

El propio Tribunal Constitucional reconoce que existen demandas con pretensiones absurdas o claramente improcedentes, que lindan entre la temeridad procesal y el total desconocimiento del Derecho. Asimismo, no debe ser extraño en nuestro medio dado que la poca formación constitucional conlleva a un mal

[3] Por si ello no fuera suficiente, en la demanda se solicitó también el pago de una indemnización por el monto de 300 mil dólares.

uso de los procesos constitucionales, siendo el rechazo liminar el filtro para dar prioridad a aquellas demandas que merecen atención y sobre todo tutela urgente. En esa línea, el colegiado constitucional resolviendo el recurso de agravio en el Expediente 2620-2003-HC/TC, señalo lo siguiente:

> [...] Merituados los argumentos de las partes, así como las instrumentales obrantes en el expediente, este Colegiado considera que el petitorio formulado representa un absoluto despropósito jurídico y una falta de respeto a la majestad de quienes administran justicia. Y si se ha redactado la presente sentencia consignando algunas de las frases utilizadas por el recurrente, muchas de las cuales merecerían testarse por su carácter grotesco e irreverente, ello obedece únicamente a la necesidad de ejemplificar con objetividad el grado de tolerancia que asume la justicia constitucional, lo que, sin embargo, no debe confundirse con lenidad ni libertinaje, como parece creerlo el recurrente, quien con sus actos, por lo demás acreditados plenamente en los autos, y del propio tenor de sus escritos, evidentemente no viene haciendo uso de ningún derecho constitucional, sino simplemente ofendiendo la dignidad de las personas. Una cosa es expresar libremente las ideas y otra, totalmente distinta, instrumentalizar la práctica de las mismas para ofender exprofeso la honra, como ha ocurrido en el presente caso.
>
> Por consiguiente, y al margen de que la presente demanda resulte totalmente infundada, por no existir ninguna razón objetiva que acredite la amenaza sobre los derechos del recurrente, este Colegiado, habida cuenta de la condición de abogado del accionante y de la evidente temeridad procesal con la que ha obrado, considera pertinente al caso de autos la aplicación de los artículos 111° y 112° del Código Procesal Civil, aplicables supletoriamente, de conformidad con el artículo 63° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N° 26435.[4]

En ese sentido, la nueva fórmula legislativa que exige al juez la admisión indiscriminada de la demanda constitucional, aun cuando estas pudieran ser descabelladas, desnaturaliza la finalidad a la cual sirve la jurisdicción constitucional y supone una intensa afectación a los derechos y principios procesales que

[4] Sentencia 02026-2003/PA/TC, Tribunal Constitucional, Perú, diciembre de 2003.

nuestra Constitución reconoce, sobre todo al de tutela procesal efectiva. Como bien demostraremos en líneas siguientes, es una medida que trae consigo serios problemas, tanto jurídicos como técnicos y, sin duda alguna, su permanencia en nuestro sistema procesal constitucional supone un completo desacierto que genera diversos problemas que detallaremos.

2.2. Generación de carga procesal, afectación al derecho de defensa y tutela jurisdiccional efectiva

El diseño del actual Código Procesal Constitucional olvida que existe una parte procesal en los procesos constitucionales que es el Estado, ello, sobre todo en los procesos de amparos y habeas corpus contra resoluciones judiciales defensa ejercida por su Procuraduría Pública. La eliminación del rechazo liminar conlleva al incremento desmedido de la carga procesal y por ende la complejidad de ejercer una defensa efectiva, dado que debe destinarse tiempo y recursos a contestar demandas que de por si son improcedentes de plano pero que deben ser contestadas por responsabilidad funcional.

Conforme la Constitución y el Decreto Legislativo 1326, la defensa de los intereses del Estado (Poder Judicial) es ejercida por la Procuraduría Pública; sin embargo, sería una utopía o quimera el poder cubrir la defensa de todos los procesos constitucionales generados a nivel nacional, ello, por el ingente y desmedido número de demandas interpuestas sin filtro de admisión, lo cual afectaría la eficacia y eficiencia en la defensa de todos los casos, dado que no existiría tiempo razonable ni el personal suficiente para plantear la estrategia de defensa adecuada.

En ese contexto, la defensa del Estado no podría cumplir con el ejercicio concreto de la defensa, violándose el núcleo esencial de la garantía constitucional de dicho derecho con incidencia negativa y determinante en la decisión judicial, en tanto y en cuanto, se cumpliría un papel meramente formal, olvidando que en muchos de los procesos contra resoluciones judiciales iniciados está de por medio sentencias donde se resolvieron casos emblemáticos, cuyo resultado en el proceso constitucional deja parali-

zar o dejar sin efecto lo resuelto en sede ordinaria, sobre todo en casos de comisión de delitos sensibles y complejos.

En ese contexto, la eliminación del rechazo liminar afecta a las partes procesales de los procesos constitucionales, a los demandantes por la falta de celeridad (demora) que se ocasionaría en la resolución de los casos por el ingente número de demandas que recibe el Poder Judicial cada año y el reducido número de órganos jurisdiccionales (lo que podría afectar gravemente, además, la calidad de la motivación de las resoluciones que se emitan) y por otro lado, la tutela procesal efectiva en la medida que en muchos casos la justicia a impartirse devendría en tardía *(sustracción de la materia)* o en algunos casos inejecutable *(irreparabilidad del derecho)*. Las condiciones descritas afectarían considerablemente una de las características principales de este tipo de procesos: la economía y celeridad procesal, en tanto que el objeto de protección de los procesos constitucionales requiere que se emita una respuesta judicial célere y de tutela urgente para reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación del derecho constitucional o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo, haciendo desaparecer la situación o acto lesivo.

Al respecto, y con el ánimo de profundizar lo expresado, es conveniente citar uno de los argumentos de la contestación de la demanda de inconstitucionalidad contra el Poder Legislativo planteada por la Procuraduría Pública del Poder Judicial, ello, contra varios artículos de la Ley N. 32307, donde se indica:

> En efecto, lo que persigue la disposición objeto de control es asegurar que el justiciable que presenta una demanda en un proceso constitucional de Habeas Corpus, Amparo, Habeas Data y de cumplimiento, tenga la garantía de que el juez evaluará con la debida eficacia su caso, y solo después de analizar tanto la demanda como la contestación de la misma [...].
>
> De esta manera, el artículo 6 (Prohibición de rechazo liminar) del Nuevo Código Procesal Constitucional garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva los justiciables en los procesos constitucionales, de conformidad con uno de los deberes primordiales del Estado establecido en artículo 44 de la Constitución [...].

Como se puede apreciar, lo que sustenta el apoderado del Congreso de la República es que, con la prohibición de rechazo liminar no se vulnera el principio/derecho a la tutela jurisdiccional efectiva; sino por el contrario, se amplía el margen de acceso a la justicia. También se argumenta que, al obligar al juez a declarar la improcedencia luego de calificada la contestación, se promueve que el caso sea evaluado con una *debida eficacia*. Con estos argumentos se está ignorando tajantemente que en un Estado Social y Democrático los derechos fundamentales no son solo derechos de naturaleza subjetiva, sino que cuentan también con una dimensión objetiva la misma que obliga la existencia de mecanismos normativos y procesales que hagan realmente efectivo su protección. En esa línea el Tribunal Constitucional ha señalado ello en el fundamento jurídico 9 de la sentencia Expediente N. 03330-2004-AA/TC, donde menciona:

> En su dimensión objetiva, los derechos fundamentales no solo protegen a las personas de las intervenciones injustificadas y arbitrarias del Estado y de terceros, sino que también facultan al ciudadano para exigir al Estado determinadas prestaciones concretas a su favor o defensa; es decir, este debe realizar todos los actos que sean necesarios a fin de garantizar la realización y eficacia plena de los derechos fundamentales. El carácter objetivo de dichos derechos radica en que ellos son elementos constitutivos y legitimadores de todo el ordenamiento jurídico, en tanto que comportan valores materiales o instituciones sobre los cuales se estructura (o debe estructurarse) la sociedad democrática y el Estado constitucional. [...].[5]

Asimismo, en el fundamento jurídico 4 de la sentencia del Expediente 53/1985, el Tribunal Constitucional español señala en forma clara como deben ser concebidos los derechos fundamentales:

> [...] la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce de la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también, la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que re-

[5] Sentencia 03330-2004-PA/TC, Tribunal Constitucional, Perú, agosto 2005.

> presentan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales "los impulsos y líneas directivas", obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa.

Dicho de otro modo, en virtud de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, el Estado está "obligado a actuaciones positivas a fin de crear las condiciones necesarias para hacer de los derechos fundamentales realidades efectivas".[6]

Es esa lógica es evidente la clara afectación a los derechos de los demandantes, en particular, a la tutela jurisdiccional efectiva, pues, lejos de crear las condiciones necesarias para su adecuado ejercicio, *se viene dificultando en demasía la existencia de un escenario que lo permita*. El legislador no ha tomado en cuenta la verdadera justificación y alcance de una figura procesal como la del rechazo liminar. No dudamos de las buenas intenciones del Congreso de la República, pero si se aprecia un profundo desconocimiento del sustento técnico de las figuras jurídicas.

La prohibición del rechazo liminar invita al incremento de las causas o controversias que ingresan a la jurisdicción constitucional, obligando al juez constitucional a admitirlas a trámite indiscriminadamente. La inversión de tiempo en causas que no ameritan ser admitidas conlleva la postergación de aquellas que sí requieran de tutela urgente. Por tanto, la importancia del rechazo liminar no solo conlleva a reducir la carga procesal "y evita todos los inconvenientes anotados", sino que también sincera la naturaleza y procedencia de los procesos constitucionales, pues el juez constitucional, dentro de su autonomía y competencia hace una calificación primigenia del fondo de la demanda y lo contrasta con las causales de improcedencia que el propio Código contempla.

---

[6] Castillo Córdova, Luis, "Principales consecuencias de la aplicación de la doble dimensión de los derechos fundamentales", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Perú, núm. 7, pp. 183-196.

III. Efectos reales de la eliminación del *rechazo in limine* a tres años de su vigencia

Los efectos de la eliminación del rechazo liminar pueden verse materializados al momento de revisar los resultados que nos dan los números en frío. No requiere mucha lógica el suponer el incremento de la carga procesal en los juzgados constitucionales, ello por el uso indiscriminado y la apertura de los procesos constitucionales, para tal efecto, en líneas siguientes, recurriendo al Sistema Integrado Procesal (SIP) de la Procuraduría Pública del Poder Judicial (Área Constitucional), procederemos a analizar el incremento de los procesos constitucionales de *Acción de Amparo y Habeas Corpus contra resoluciones judiciales (CRJ),* dentro de la clasificación de tipos de dichos procesos, lo cual incrementará en forma adicional la carga procesal en los juzgados constitucionales.

Cuadro 1

Demandas de Amparo y Habeas Corpus CRJ
"Presentadas por año"

Proceso/Año	*2017*	*2018*	*2019*	*2020*	*2021*	*2022*	*2023*
Amparo	2,716	2,980	2,791	1,479	*3,361*	4,554	**6,298**
Hábeas Corpus	2,628	2,921	3,251	3,500	*3,887*	5,124	**5,167**
Total	**5,344**	**5,901**	**6,042**	**4,979**	**7.248**	**9,678**	**11,465**

Fuente: elaboración propia.
Data actualizada al 30 de mayo de 2024.

Como puede apreciarse del cuadro precedente, el 2023 ha sido el año donde se ha tenido mayor carga procesal en los procesos de amparo y hábeas corpus a diferencia de los últimos cinco años, algo preocupante teniendo en cuenta que la nueva norma procesal constitucional entró en vigor recién a mitad de año 2021.

Conforme al cuadro precedente, conlleva a preguntarnos: ¿cuántas de las demandas constitucionales presentadas realmente obtuvieron un pronunciamiento de fondo de parte de un juez constitucional? y, por otra parte ¿cuál es el principal factor que

conlleva a la improcedencia de las demandas constitucionales iniciadas?

Si bien el ánimo —*más que razón*— del legislador para eliminar el rechazo liminar se justificó en la apertura de los procesos constitucionales para la salvaguarda de los derechos fundamentales y por ende el "garantizar un mayor acceso a la justicia constitucional, toda vez que en los últimos tiempos se ha podido observar una escaza o casi nula protección de los derechos fundamentales debido a que los jueces han exagerado su visión de los procesos constitucionales como supletorios", tal lectura, no ha sido del todo cierta en la medida que el problema no es la limitada accesibilidad a los procesos constitucionales, sino por el contrario, el problema es la *poca calidad postulatoria de las demandas,* manifiesto ello, en la inadecuada identificación del acto lesivo, la errada postulación de los derechos fundamentales afectados y la falta de determinación de la afectación al contenido constitucionalmente protegido; situación que ha venido dándose en los procesos existentes, generando altos índices de sentencias con fallos declarando improcedente o infundada la demanda, conforme puede verse:

Cuadro 2
Sentencias de Amparo CRJ (2023)

Sentencias	*Fundada*	*Infund. / Improc.*	*Total*
1ra instancia	118	**2,902**	3,020
2da Instancia	13	**1,575**	1,558
Agravio Constitucional	18	**375**	393
		Total	**5,001**

Fuente: elaboración propia.
Data actualizada al 30 de mayo de 2024.

Cuadro 3
Sentencias de Habeas Corpus CRJ (2023)

Sentencias	*Fundada*	*Infund. / Improc.*	*Total*
1ra instancia	**16**	3,761	3,777
2da Instancia	**14**	1,657	1,671
Agravio Constitucional	**16**	342	358
		Total	**5,806**

Fuente: elaboración propia.
Data actualizada al 30 de mayo de 2024.

Como es apreciable de los cuadros precedentes, la gran cantidad de rechazos *in limine* (improcedencia) y sentencias infundadas de las demandas constitucionales no son producto de un mero capricho judicial por no asumir carga procesal, sino que tal decisión, se ve confirmada en segunda instancia, con lo cual se cumple con la garantía de revisión en instancia superior imparcial. En tal sentido, consideramos que el "animo" del legislador queda solo en una buena intención, pero no conlleva una decisión técnico-jurídico, dado que no se avizoró el problema en forma real.

Recogiendo la data de la investigación de tesis del magister Luis Herrera Bustinza, a razón de "la sentencia interlocutoria denegatoria como barrera al acceso a la jurisdicción constitucional",[7] si revisamos las razones por las cuales el Tribunal Constitucional deniega el recurso de agravio constitucional, podremos advertir que no existe mérito alguno para considerar que limitar el acceso a la jurisdicción constitucional deviene en perjudicial para la protección de los derechos fundamentales de los justiciables. En tal caso, conforme a la investigación referida, el autor da cuenta de las principales causales para la expedición de una sentencia interlocutoria, las misma que son:

[7] Herrera Bustinza, Luis, *La sentencia interlocutoria denegatoria como barrera al acceso a la jurisdicción constitucional*, PUCP, Lima, 2020.

Cuadro 4
Causales de Improcedencia "Sentencia Interlocutoria"
(2014 - 2017)

Causales	*Número de resoluciones*	*%*
Causal A: Carezca de fundamentación la supuesta vulneración que se invoque.	89	0.76
Causal B: La cuestión de derecho contenida en el recurso no sea de especial trascendencia constitucional.	3,541	30.16
Causal C: La cuestión de derecho invocada contradiga un precedente constitucional vinculante.	1,827	15.56
Causal D: Se haya decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente iguales.	6,283	53.52
Total	**11,740**	100

Fuente: Luis Herrera Bustinza

Si bien diferimos de la implementación de la sentencia interlocutoria y del precedente Vásquez Romero, puede advertirse del cuadro 4, la gran cantidad de sentencias interlocutorias (53.52%) que resolvieron por la improcedencia de las demandas constitucionales en el periodo 2014 a 2017, lo cual no responde a la huida de los jueces constitucionales de no aplicar derecho constitucional o por motivos acusados al propio proceso constitucional en sí. Se denota del cuadro, que la principal causa es el poco sustento jurídico de las pretensiones *(demandas)* y el desconocimiento de la jurisprudencia constitucional sobre el caso concreto, es por ello el índice de rechazo al encontrar causas sustancialmente iguales *(jurisprudencia)* con criterio definido no observado por el accionante en su oportunidad o el ánimo de ir contra corriente jurisprudencial. De igual forma, la causal de la *especial trascendencia constitucional* —cuestionada por lo impreciso del término— también nos deja como lección, la importancia de la precisión en la identificación de los derechos fundamentales lesionados, dejando de lado planteamientos *absurdos* de parte de los abogados que invocan una *supuesta* afectación a derechos

fundamentales, cuando no conocen de los mismos o desconocen la jurisprudencia constitucional.

El problema ocasionado por la eliminación del rechazo liminar también alcanza al Tribunal Constitucional, el mismo que en la STC N. 0030-2021-AI/TC, reconoció lo siguiente:

> 198. Si a este incremento se suma la necesidad evidente de tiempo, medios técnicos y personal que hay que dedicar a las audiencias públicas con informe oral, se genera una sobrecarga de casos pendientes por resolver, menoscabando no solo el derecho de tutela judicial efectiva de un amplio sector de justiciables, sino la propia legitimidad institucional del Tribunal Constitucional. Así, al 20 de enero de 2023, conforme a las estadísticas sobre la actividad del Tribunal Constitucional, la cifra de expedientes pendientes de resolver es de 5,310 que comprende procesos ingresados al Tribunal Constitucional desde el año 2015.
>
> 199. De otro lado, la carga procesal prevista para el año 2023 será superior a los 10,000 expedientes. A los 5,310 que se encuentran en trámite, se debe añadir los aproximadamente 5,000 que ingresarán desde el 20 de enero hasta el 31 de diciembre de 2023. Así, se prevé que, cuando menos, la carga procesal para el año 2023 será de 10,000 procesos.

En la gráfica siguiente elaborada por propio Tribunal Constitucional, denota que el sistema de puerta abierta instaurado con el vigente código procesal, solo ha servido para cargar a los órganos jurisdiccionales, generando procesos en retardo y acumulativos que hoy significan 5,310 causas pendientes de resolver.

Cuadro 5

Carga procesal del Tribunal Constitucional

AÑO	TOTAL	PROCESOS DE TUTELA														PROCESOS ORGÁNICOS	
		AA			AC			HC			HD			Q		CC	AI
		S1	S2	P	S1	S2	P	S1	S2	P	S1	S2	P	S1	S2 P	PLENO	
2015	1		1														
2016	1			1													
2017	4		1	3													
2018	20		7	10						2		1					
2019	44	5	11	23		1				1	1	1		1			
2020	32	1	1	12		1		5	3	6		2			1		
2021	331	43	78	106	2	3	1	19	6	35	4	4		6	7	4	13
2022	4516	1054	1010	533	86	95	3	619	508	349	79	74		37	56	4	9
2023	361	91	94	11	12	13		51	52	21	5	5		2	4		
TOTAL	5310	2900			192			1553			166			108		8	22

Fuente: Tribunal Constituconal - STC N° 0030-2021-AI.

Como se advierte la eficacia de la administración de justicia constitucional se ve comprometida por la alta carga procesal, conllevando a que los fallos no sean oportunos en la inmediatez de su necesidad, adicional a ello, la carga innecesaria conlleva a reflexionar en un mecanismo de doble filtro. Uno de ellos, en la admisión de las demandas al inicio del proceso constitucional (retornar al rechazo liminar) por los jueces constitucionales y, posteriormente desarrollar un filtro más objetivo para el recurso de agravio constitucional (RAC) ejecutado por el Tribunal Constitucional, ello para la admisión de los mismos.

En ese orden de ideas, enfatizamos nuestra pregunta *¿era necesaria la eliminación del rechazo liminar cuando los índices de fundabilidad son muy bajos en las demandas constitucionales?* Si el ánimo del legislador era resguardar el derecho de accesibilidad a la justicia constitucional, este se veía garantizado con la revisión de segundo grado del rechazo *in limine* y, en el peor de los casos cuando el propio Tribunal Constitucional conocía del RAC, califica el mismo y corría traslado a la parte demandada a efecto de contestar la demanda y resolver conforme a su competencia, ello por la necesidad de tutela urgente. A nuestro criterio, las cifras hablan por sí solas, demostrando que la medida fue innecesaria, desnaturalizando la excepcionalidad de la justicia constitucional, al generar efectos en la carga procesal, lo cual conllevará a que las controversias de relevancia constitucional no sean atendidas en un momento oportuno.

IV. El costo de la justicia constitucional

Si bien es incuestionable la necesidad de implementar la especialidad constitucional como ámbito funcional de los magistrados, este proceso no solo parte de los enunciados normativos y los buenos propósitos de los legisladores. Tal situación sucede en el Código Procesal Constitucional vigente, donde se establece que los procesos constitucionales son de conocimiento del juez constitucional, olvidando que a nivel nacional solo existen 12 juzgados constitucionales (11 ubicados en Lima y 1 en Arequipa); siendo que, en todo el Perú, asumen los procesos constitucionales los jueces especializados civiles y penales.

La implementación de los juzgados constitucionales conlleva el destino y manejo de recursos económicos —presupuesto—, competencia con la que no cuenta el Parlamento. Más aún, cuando en el Informe 000044-2021-OPJ-CNPJ-J-CE-PJ, el jefe de la Oficina de Productividad Judicial del Poder Judicial, comunico que la demanda adicional de órganos jurisdiccionales que se requiere para la implementación del "nuevo" Código Procesal Constitucional son de 18 juzgados constitucionales cuyo costo anual asciende a S/ 23,710,536 soles, que van a ser necesarios para la contratación de jueces y personal jurisdiccional; así como para los costos de bienes y servicios y la adquisición de activos no financieros.

En ese sentido, el cumplimiento de lo estipulado en el artículo cuestionado conlleva modificaciones presupuestales para el Poder Judicial, generando gastos a la institución, lo cual, se encuentra fuera del presupuesto inicial de apertura (PIA) y lejos de las modificaciones a darse, las cuales priorizan otras necesidades institucionales. Esto significa convertir a la Ley 31307 en una norma que indirectamente contraviene el artículo 79 de la Constitución, que prohíbe al Congreso de la República la iniciativa de gasto público, pues la vigencia de esa Ley implica innecesariamente el aumento del gasto que desequilibra el presupuesto del Poder Judicial y ni siquiera tuvieran cuidado en analizar los ingresos o medidas alternativas para cubrirlo.

V. La desnaturalización del amparo contra resoluciones judiciales

5.1. El problema del Artículo 42 del Código Procesal Constitucional

Si bien la naturaleza del amparo conlleva al resarcimiento de la afectación de un derecho fundamental —*la misma que en muchos de los casos demoraba*—, hoy con la modificación realizada demorará más, ello porque el artículo 42 del cuerpo procesal constitucional, establece que en los amparos CRJ la primera instancia será la Sala Superior y la segunda instancia la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, conforme lo siguiente:

> Artículo 42. Si la afectación de derechos se origina en una resolución judicial, la demanda se interpone ante la sala constitucional o, si no lo hubiere, ante la sala civil de turno de la corte superior de justicia respectiva. La Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema es competente para resolver en segundo grado. Si la sentencia es desestimatoria, el agraviado puede interponer recurso de agravio constitucional en el plazo de ley.

La fórmula recoge lo previsto originalmente en el Código del 2004 y que fue modificado en el año 2006. Si bien algo nos enseña el pasado es que debemos aprender de las experiencias y de los errores. El sustento de tal modificación "iniciar el proceso de amparo contra resolución judicial en segundo grado" se sustentó en la poca probabilidad que un juez de primera instancia revise y declare nulo lo resuelto por un colegiado superior o supremo, en tal caso, la valentía y la razón, acompañará al colegiado de segunda instancia para tal fin en la percepción del legislador.

En esa línea, si el fundamento del legislador fue la *desconfianza de la valentía del juez de primera instancia de ir en contra su superior* para resolver los amparos CRJ. Bajo tal razonamiento, no entendemos como tal desconfianza no se extendió al juez de primera instancia que resuelve los procesos de habeas corpus —de mayor tutela y urgencia— y, que también procede a revisar y de darse el caso declarar nula las sentencias de vista y ejecutorias supremas. La sola idea de convertir a la Corte Suprema —Sala Constitucional Permanente— en órgano de segunda instancia para resolver todas las apelaciones del país, conlleva a sobresaturar dicha Sala, pues es la única competente para conocer los procesos constitucionales, dado que la estructura de funcionamiento de las Salas Constitucionales no solo responde a los procesos constitucionales contra resoluciones judiciales, sino también a diversos procesos distintos a los constitucionales (conforme al art. 35 del del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial), denotando que el legislador, no solo improvisó una reforma de competencia ya dejada de lado hace más de quince años atrás, sino que, no se detuvo a revisar la competencia actual de la Sala Constitucional y Social Permanente y de las Salas Constitucionales Transitorias de la Corte Suprema; mucho menos la carga procesal que tienen en la actualidad -*cabe recordar cuanto*

se demoran en resolver una casación-, siendo el único sustento técnico del legislador las "buenas intenciones".

5.2. Tentativas académicas a un problema naciente

Frente al problema de la sobrecarga procesal y en ánimo de garantizar una respuesta oportuna y efectiva de la justicia constitucional, consideramos que el diseño actual del Código Procesal Constitucional respecto a los procesos de amparo CRJ no diferencia los tipos de resoluciones judiciales sobre las cuales debe pronunciarse el juez constitucional, generalizando así la competencia de la Sala Superior y Sala Constitucional y Social, sin considerar la materia del proceso ordinario a conocer, el carácter de urgencia, la relevancia y oportunidad de atención, criterios que deberían suponer una distinción manifiesta en el ámbito procesal. En tal sentido, a fin de salvaguardar los derechos fundamentales de los justiciables y el acceso idóneo a la justicia constitucional, consideramos que la fórmula actual sobre la competencia judicial debe ser modificada.

En tal sentido, es oportuno promover una reforma legislativa que, de cierto modo, funcione salomónicamente —*recoja la preocupación del legislador*— como amortiguador de las dificultades anteriormente mencionadas. A nuestro criterio, si bien se busca garantizar la independencia del juez y tener un control de pares en la revisión de resoluciones judiciales, no puede generarse un mismo criterio de control frente a la pluralidad de resoluciones judiciales e instancias que las emiten, para tal caso, sería conveniente establecer condiciones procesales distintas para resolver los cuestionamientos planteados y garantizar la salvaguarda de una respuesta oportuna conforme a la condición de tutela urgente, dado que la sobrecarga procesal conllevaría a *ordinarizar* los proceso constitucionales.

El riesgo de la demora en resolverse los amparos CRJ, parte por diversos motivos:

- Alta carga procesal del juez constitucional que también conoce y resuelve de procesos ordinarios (conforme su

competencia), dado que existen solo 13 jueces constitucionales y 3 salas constitucionales especializadas en el país, los demás magistrados y salas superiores tienen un rol ambivalente.

- Conforme las competencias y estructura funcional de la Corte Suprema actual, la Sala Constitucional Permanente se convierte en el único órgano resolutor de los procesos de amparo CRJ, conllevando a que, al ser segunda instancia, conozca de todas las apelaciones del país, sumado a la carga procesal de resolver los recursos de casación en materia agraria, laboral, procesos de acción popular, etcétera.

Con base a las consideraciones expuestas, consideramos oportuno las siguientes propuestas:

5.2.1. Amparo contra Ejecutorias de la Corte Suprema

Considerando que no todos los procesos de amparo CRJ cuestionan una Ejecutoria Suprema, lo idóneo sería que, al existir una sentencia firme *con pronunciamiento de fondo* por parte de la Corte Suprema, sea el mismo órgano quien resuelva en primera instancia las demandas de amparo CRJ. De este modo, se garantiza que quienes resuelvan la *litis* constitucional sean también magistrados supremos pares, obviamente una sala suprema distinta, así no existirá el riesgo que se vicie la independencia de los jueces constitucionales. De ser el caso, cualquier cuestionamiento respecto de la *imparcialidad judicial* queda resuelto en la medida que será una Sala Suprema distinta quien resuelva el amparo.

En tal caso, la Sala Constitucional Permanente actúa como primera instancia "sobre ejecutorias que resuelven temas de fondo" y el Tribunal Constitucional actúa como segunda instancia, con lo cual, se cumple con lo señalado en los incisos 2 y 6 del artículo 139 de la Constitución, generándose así un proceso especial de Amparo CRJ.

Tal propuesta se sustenta en la medida que no pude llevarse ante la Corte Suprema cuestionamientos de resoluciones judiciales emitidas por jueces de primera instancia, donde el fondo del

proceso de amparo se circunscriba a temas de poca relevancia constitucional, más aún, cuando existe un alto índice de demandas con pretensiones absurdas o improcedentes de plano, distrayendo la atención de una alta sala que debiera resolver temas relevantes de fondo. De esta forma pretensiones como la revisión al monto de una pensión de alimentos, la ejecución de una sentencia (resolución ordena un desalojo), el pago de beneficios o pensiones ya reconocidas en sede judicial ordinaria; donde la intención del accionante es exclusivamente de revisión como instancia superior mas no de proceso de tutela de derechos, debe ser restringida.

Los amparos CRJ "ejecutorias que resuelvan temas de fondo" son muy poco recurribles en la práctica, pero justifica una tratativa especial, al igual como se trató de hacer en su momento con el *amparo electoral*, sobre el cual, existe una deuda pendiente de parte del legislador y que hoy en día conlleva a recurrir las resoluciones emitidas en última instancia del Jurado Nacional de Elecciones[8] a un proceso de amparo regular, el mismo que termina con la sustracción de la materia y la irreparabilidad del derecho, conforme la jurisprudencia establecida.

5.2.2. Amparo contra resoluciones de segunda instancia y los Autos de Calificación

Si bien la firmeza de la resolución judicial ordinaria es el principal requisito para la procedencia del amparo CRJ, también es cierto que las resoluciones no siempre vienen acompañadas de un pronunciamiento de fondo, sino que, también pueden ser cuestionadas vía amparo el "Auto de Calificación" que deniegan el recurso extraordinario de casación. En esos casos, lo que realmente se impugna es la decisión de la instancia suprema de denegar el recurso de casación por incumplimiento de requisitos de procedibilidad.

Siendo el "Auto de Calificación" la resolución más recurrible de las que emite la Corte Suprema, uno de los problemas que esta

[8] La posibilidad de impugnar las decisiones del JNE mediante el proceso de amparo ya ha sido reconocida en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en el fundamento 4 del expediente N.º 02366-2003-AA/TC.

acarrea al proceso de amparo, es que no existe un filtro de que "consideraciones" de la casación debe llevarse al proceso constitucional. Es decir, los "autos de calificación denegatorios" también son expedidos por la extemporaneidad del recurso y la falta de firmeza del mismo, ello, en forma adicional a las causales de incumplimiento de formalidad del recurso.

En tal caso, para que el amparo CRJ frente a resoluciones de segunda instancia y autos de calificación de la Corte Suprema tenga un mejor desarrollo y celeridad en el diseño actual, consideramos que debe reducirse la carga procesal en las Salas Superiores (Constitucional o Civil) y Corte Suprema. Para tal caso consideramos los siguiente:

- Debe otorgarse la competencia a las Salas Superiores en los procesos ordinarios, de poder verificar el cumplimiento de los requisitos de "plazo" y "firmeza" de los recursos de casación presentados antes de ser remitidos a la Corte Suprema, con tal competencia, se evitará que las Salas Suprema distraigan su atención en dicha tarea y se limite el amparo a los autos de calificación denegatorios emitidos por tal motivo. De tal forma se separa la paja del trigo, es decir, el amparo no procederá por la denegatoria por requisitos de forma, dejando expedito el camino para aquellos amparos donde se valores el incumplimiento de la formalidad de la casación.
- Consideramos que la Sala Superior solo deberá ser primer instancia de amparos CRJ, de aquellas resoluciones que tengan como emisor a un juez especializado, dejando al juez constitucional de primera instancia para conocer de los amparos CRJ que devengan de resoluciones de menor grado y demás tipos de amparos.
- Frente al silencio del Código Procesal Constitucional, consideramos que en salvaguarda de un proceso más efectivo y de control de "pares", los procesos de *amparo contra laudos arbitrales* y los *amparos contra leyes* deben ser de competencia en primera instancia de la Sala Superior y la segunda instancia la Sala Constitucional Permanente de la Suprema.

5.2.3. Amparo ordinario

Finalmente, el juez de primera instancia (constitucional o especializado) conocerá los procesos de amparo que no se refieran a los puntos anteriores, con lo cual, aquellos procesos de amparo CRJ sobre resoluciones judiciales donde la segunda instancia es un juez especializado, aquellos iniciados entre personas naturales y/o jurídicas y demás casos, tendrán el transito ordinario comprendido en el Código Procesal Constitucional vigente.

Si bien es cierto, la clasificación propuesta para la competencia del amparo conlleva diversos supuestos y condiciones, consideramos que los mismos serán un filtro necesario para menguar la carga procesal en las diferentes instancias judiciales, ello, en la medida de no sobrecargar a los jueces en una sola instancia y delimitando con mayor precisión los amparos CRJ. Si bien es cierto, la existencia del rechazo liminar sumaría con mayor precisión a tal fin, frente a la inexistencia de la misma, lo más adecuado y en contraste a la realidad procesal sería lo propuesto, salvo mejor opinión y solución.

VI. A manera de conclusiones

La tutela procesal efectiva se convierte no solo en una garantía del proceso, sino que, dada su trascendencia en la defensa de los derechos humanos es parte de la obligación de los Estados Parte conforme los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. El caso *Dos Erres vs. Guatemala*, da pie a exigir a los Estados a regular sus recursos en base a los estándares interamericanos el mismo que debe contemplar todas las garantías de eficacia evitando así conductas abusivas y dilatorias en relación a los abogados.

Si bien Perú no se encuentra en una situación extrema en relación a la regulación del proceso de Amparo, con la dación del mal llamado Nuevo Código Procesal Constitucional los procesos incoado en dicha garantía hoy en día no encuentran respuesta inmediata, dada la carga procesal existente y la sobresaturación de los órganos jurisdiccionales, quienes se ven obligado a admitir

todo tipo de demanda y con ello congestionar las altas instancias con procesos, en muchos de los casos insulsos o descabellados por falta de calificación previa.

Con la eliminación de la potestad del juez constitucional de rechazar liminarmente las demandas de habeas corpus o amparo CRJ, no solo se genera mayor carga procesal, sino que además, trae consigo la activación del aparato judicial (secretarios, técnicos, asistentes, notificadores), para dar trámite a un proceso que en muchos de los casos es improcedente, en tal caso, se mal utilizará recurso humano y logístico, en vez de atender demandas que realmente merecen tutela y celeridad procesal dada la urgencia del proceso.

Es incorrecto afirmar que la tutela jurisdiccional efectiva se ve garantizada por el simple hecho de ampliar el margen de admisión de las demandas *puerta abierta libre*, toda vez que tal medida, no garantizará el éxito de las pretensiones invocadas en las demandas presentadas —sobre todo de aquellas que son improcedente de plano—, ello, conlleva a que el aumento de la carga procesal detenga el avance célere de los procesos de amparo que merecen mayor atención. En esa línea, la regulación procesal actual vulnera los derechos fundamentales en su dimensión objetiva, la cual conlleva a que el Estado se compromete a crear las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales.

La desconfianza que generó la entrada en vigencia del Nuevo Código Procesal Constitucional y su artículo 6 ya no solo es conjetural, sino que, a dos años de su vigencia, existen datos concretos que avalan esta percepción. Las demandas de amparo y hábeas corpus CRJ se han incrementado considerablemente, siendo el periodo julio 2021 – julio 2023 el que mayor carga procesal ha tenido la Procuraduría Pública del Poder Judicial en los últimos cinco años.

Si bien con las nuevas reglas de competencia del amparo contra resoluciones judiciales, se pretendió disminuir la posibilidad de que el juez se desvincule de lo decidido por su superior jerárquico, no se tuvo la suficiente previsión del congestionamiento procesal que ello conllevaría, más aún, los contenidos de las re-

soluciones que debiesen ser revisadas en instancia superior o suprema. En razón a ello, consideramos que la regulación obrante en el código no es efectiva en el contraste a los fines que busca y al objeto del proceso, para tal caso, proponemos una clasificación de competencia para el conocimiento de los procesos de amparo CRJ que conlleve a diferenciar el tipo de resolución y el grado de la misma, con lo cual, creemos darle mayor celeridad al proceso constitucional.

Referencias

Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 2ª. ed., Barcelona, Ariel Filosofía, 1996.

Sánchez Ferriz, Remedio, *Introducción al Estado Constitucional*, Barcelona, Ariel Derecho, 1993.

Castillo Córdova, Luis, "Principales consecuencias de la aplicación de la doble dimensión de los derechos fundamentales", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Perú, núm. 7.

Herrera Bustinza, Luis, *La sentencia interlocutoria denegatoria como barrera al acceso a la jurisdicción constitucional*, PUCP, Lima, 2020.

Sentencia 02026-2003/PA/TC, Tribunal Constitucional, Perú, diciembre de 2003.

Sentencia 03330-2004-PA/TC, Tribunal Constitucional, Perú, agosto 2005.

Evolución del sistema de control de constitucionalidad en Colombia

***

Evolution and structure of the constitutional control system in Colombia

Ricardo Zuluaga Gil[*]

Resumen: actualmente el control constitucional en Colombia se mira más a partir del estudio de los efectos de las sentencias de la Corte Constitucional y por momentos se olvida que el colombiano es un sistema muy antiguo, abierto, integral y complejo que va más allá de los pronunciamientos de ese alto tribunal. Este ensayo se encarga de llamar la atención sobre ello, dando cuenta de las numerosas instancias judiciales, políticas y administrativas en las que se busca garantizar la supremacía de la Constitución, así como de los variados procedimientos establecidos para cumplir con este cometido.

Abstract: currently, constitutional control in Colombia is viewed more from the perspective of the study of the effects of the rulings of the Constitutional Court, and at times it is forgotten that the Colombian system is a very old, open, comprehensive and complex system that goes beyond the pronouncements of that high court. This essay aims to draw attention to

* Abogado especialista en derecho administrativo de la Universidad Pontificia Bolivariana y doctor en derecho (Universidad de Salamanca). Fue director del Departamento de Ciencia Jurídica (Pontificia Universidad Javeriana) y decano de la Facultad de Derecho (Universidad de San Buenaventura). Actualmente docente Universidad de Antioquia.

this, giving an account of the numerous judicial, political and administrative instances in which the supremacy of the Constitution is sought to be guaranteed, as well as the various procedures established to fulfill this task.

Palabras clave: control constitucional Colombia, supremacía constitucional, juez constitucional Colombia.

Keywords: constitutional control Colombia, constitutional supremacy, constitutional judge Colombia.

Sumario: I. Introducción. II. Formación del control constitucional en Colombia. III. El control judicial de constitucionalidad. IV. Control gubernamental. V. Controles administrativos.

I. Introducción

Cuando se habla de control de constitucionalidad, se piensa mecánicamente en el examen que el juez constitucional realiza sobre la coherencia de la acción del legislador con respecto a las disposiciones de la Ley Fundamental. Y es lógico que así sea, porque si la norma que de manera preferente, directa e inmediata a desarrolla la Constitución es la ley, naturalmente es en el Parlamento donde radica la mayor posibilidad de desfigurar o confundir la voluntad del constituyente. Pero en Colombia el sistema de control es mucho más amplio, pues sobrepasa este supuesto en la medida que él está configurado de una manera tal que resulta tanto integral como complejo y abierto. Se dice que es integral porque abarca la totalidad de las normas del ordenamiento jurídico, desde los actos reformatorios de la Constitución, hasta las normas de orden local. Es complejo porque su ejercicio está encomendado a diversas instancias de la estructura estatal. Tenemos así que en la Rama Judicial cumplen con esta labor la jurisdicción constitucional (Corte Constitucional), la administrativa (Consejo de Estado, tribunales administrativos y jueces administrativos) y la ordinaria (desde la Corte Suprema hasta jueces municipales). También el gobierno, en sus expresiones nacional, departamental y municipal coadyuva en el ejercicio de esta función e incluso la administración pública tiene el deber

de asegurar la integridad y coherencia del ordenamiento jurídico. Finalmente, se afirma que es abierto en la medida que la posibilidad de provocar los mecanismos de control está a disposición de cualquier juez mediante la excepción de inconstitucionalidad y todo ciudadano puede provocarlo a través de las acciones de inconstitucionalidad y las acciones populares.

El presente escrito da cuenta de esa compleja gama de instrumentos con los que en Colombia se articulan las nociones de control y supremacía constitucional y que hacen del nuestro uno de los sistemas más amplio y completo de entre los que conoce el derecho comparado; una aproximación que se justifica en la medida que la doctrina ha estado más preocupada por dilucidar aspectos como la posición institucional de la Corte Constitucional, el alcance de sus pronunciamientos o los límites de su accionar, pero se ha ocupado poco de los asuntos orgánicos que se suscitan alrededor de esta cuestión.

II. Formación del control constitucional en Colombia

El artículo 189 de nuestra primera Constitución, la de Villa del Rosario de Cúcuta de 1821 dispuso que: "El Congreso podrá resolver cualquier duda que ocurra sobre la inteligencia de algunos artículos de esta Constitución". La disposición fue recogida en las constituciones de 1830, 1832 y 1843 y dejaba en manos del legislador, mediante leyes de interpretación auténtica, la facultad de esclarecer cualquier duda con respecto a la coherencia y corrección de la legislación. Con posterioridad, la Constitución de 1853, estableció la figura de la objeción presidencial de inconstitucionalidad y en el artículo 42 determinó que entre otras atribuciones, a la Corte Suprema de Justicia le correspondía: "Resolver la nulidad de las ordenanzas municipales, en cuanto sean contrarias a la Constitución y a las leyes de la República".[1] Ello signifi-

[1] No hay pues la menor duda de que fueron los liberales radicales quienes instauraron el control de constitucionalidad en Colombia porque necesitaban de una seguridad normativa para consolidar un proyecto económico anticolonial. Dueñas Ruiz, Oscar José, *Control Constitucional*, Librería del

caba conferir a dos instancias nuevas, ejecutivo y rama judicial, la posibilidad de vigilar la corrección en el desarrollo de la Constitución. Poco después, el artículo 72 de la Constitución de 1863 agregó una nueva modalidad de control: "Corresponde a la Corte Suprema suspender, por unanimidad de votos, a pedimento del procurador general o de cualquier ciudadano, la ejecución de los actos legislativos de las asambleas de los Estados, en cuanto sean contrarios a la Constitución o a las leyes de la Unión, dando, en todo caso, cuenta al Senado para que este decida definitivamente sobre la validez o nulidad de dichos actos". Se trataba de la facultad de suspender y no anular los efectos de las leyes de los estados federados y fue la primera ocasión en que esta fue concebida como una facultad ciudadana. Añádase que era un control que solo recaía sobre las leyes de cualquiera de los estados y no sobre las de la Unión, con lo cual parece forzoso concluir que se trataba, más que de asegurar la supremacía de la Constitución, de velar por la vigencia de la integridad del pacto federal.

Se puede decir entonces que en Colombia la jurisdicción constitucional se ha ido construyendo a través de un largo proceso que se ha extendido por doscientos años y un nuevo paso se dio en 1886, cuando la Constitución de ese año otorgó a la Corte Suprema de Justicia (C.S.J.) la facultad de resolver definitivamente objeciones por inconstitucionalidad formuladas por el Presidente a los proyectos de ley sometidos a su sanción, siendo esa la única forma de control que consagró ese texto cuyo artículo 90 decía: "Exceptuase de lo dispuesto en el artículo 88 el caso en que el proyecto fuere objetado por inconstitucional. En este caso, si las Cámaras insistieren, el proyecto pasará a la Corte Suprema, para que ella, dentro de seis días, decida sobre su exequibilidad. El fallo afirmativo de la Corte obliga al Presidente a sancionar la ley. Si fuere negativo, se archivará el proyecto". Posteriormente, y con el ánimo de limitar los excesos y abusos en que habían incurrido a partir de 1886 los gobiernos, la ley 2ª de 1904 dispuso que: "La Corte Suprema de Justicia, a solicitud de cualquier ciudadano, y previa audiencia del Procurador General

Profesional, Bogotá, 1997, p. 138. En igual se refiere a la reforma de 1910, asumida como una garantía a favor de una burguesía que requería una clara seguridad jurídica, p. 141.

de la Nación, decidirá definitivamente en sala de acuerdo sobre la validez o nulidad de los decretos legislativos, de conformidad con el artículo anterior y con lo dispuesto en la Constitución Nacional en la materia". Infortunadamente la disposición tuvo escasos meses de vigencia y ninguna aplicación.

La crisis constitucional de la primera década del siglo XX[2] evidenció que la objeción presidencial, única herramienta de control consagrada en el ordenamiento vigente, no era suficiente para garantizar la supremacía de la Ley Fundamental y se hacía necesario instaurar mecanismos idóneos para preservar el papel preeminente de la Constitución en el sistema jurídico.[3] Fue así como en 1910, mediante el Acto Reformatorio N. 3 de ese año, se estableció un control de constitucionalidad judicial y concentrado que ejercía la sala plena de la C.S.J. Así lo disponía el artículo 41 de dicha reforma:

> A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confiere ésta y las leyes, tendrá la siguiente: Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos que hayan sido acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación.

Ese modelo de control se mantuvo hasta 1968, cuando el artículo 71 de la reforma constitucional de ese año creó una Sala Constitucional en la C.S.J., integrada por cuatro expertos en derecho público encargados de realizar el estudio previo y concep-

---

2 Guerra civil de tres años, la dictadura militar, el golpe de estado civil y, sobre todo, la pérdida de Panamá, son los hechos relevantes de esa fractura constitucional que sólo se superó con la Asamblea Constituyente de 1910.

3 El presidente Miguel Antonio Caro sostuvo que no había probabilidad ni posibilidad moral de que se expidieran leyes inconstitucionales, pues resueltas las objeciones por la Corte, no se trataría de un conflicto de opiniones o de voluntades entre poderes, sino de una cuestión de derecho. Pero esa supuesta valla resultó inoperante y la imposibilidad moral de violar la Carta no pasó de ser una utopía, pues el ejecutivo no solamente no objetaba las leyes inconstitucionales, sino que directamente las proponía al Congreso, pues quien controlaba, la Corte, era nombrada por él.

tuar para que la Sala Plena adoptara la decisión final.[4] Por último, la Constitución de 1991, artículos 239 a 245, modificó el sistema, separó las funciones de juez constitucional de la jurisdicción ordinaria y las encomendó a una Corte Constitucional (C.C.); órgano especializado integrado por nueve magistrados pertenecientes a las diversas áreas del derecho y elegidos por el Senado de ternas presentadas por el Presidente de la República, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia respectivamente.[5]

Pero el control concentrado no ha sido responsabilidad exclusiva de la C.C., pues tal como dispuso el artículo 78 de la Ley 130 de 1913, a la jurisdicción administrativa, a cuya cabeza se encuentra el Consejo de Estado (C.E.), le corresponde decidir sobre la exequibilidad de los actos del gobierno cuyo control no esté asignado a la C.S.J. Esta facultad, en apariencia clara, generó conflictos de competencia entre ambas potestades en torno a la naturaleza jurídica de los actos que a cada una le correspondía controlar; unas diferencias resueltas mediante la reforma constitucional de 1945 que en su artículo 45 dispuso que: "Corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno, cuando no sean de los expedidos en ejercicio de las facultades de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 69 y el artículo 117 de esta Constitución". Obviamente la disposición estaba haciendo referencia a los decretos leyes y a los decretos legislativos, que, por tener el mismo rango de la ley, eran de competencia de la C.S.J.

Pero nuestro sistema de control de constitucionalidad también es mixto porque incorpora elementos del sistema concentrado y difuso, último este que opera a través de la llamada excepción de inconstitucionalidad, instrumento creado en la reforma constitucional de 1910, que en el artículo 40 dispuso: "En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales". Así

4 Antecedente de la Sala Constitucional fue la Sala de Negocios Constitucionales creada en 1956 y que funcionó hasta su supresión en 1958.

5 Entre 1911 y 1968, la Corte Suprema profirió 625 sentencias de constitucionalidad: 255 sobre leyes, 370 sobre decretos, 60 doble proyectos de ley y 4 sobre reformas constitucionales.

se zanjó una vieja disputa doctrinal, pues si bien el artículo 5º de la Ley 57 de 1887 decía que:

> *Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquella*, el artículo 6º de la Ley 153 de 1887 decía que: *Una disposición expresa de la Ley posterior a la Constitución se reputa constitucional, y se aplicará aun cuando parezca contraria a la Constitución. Pero si no fuere disposición terminante, sino oscura o deficiente, se aplicará en el sentido más conforme con lo que la Constitución preceptúe*.

No obstante, la claridad del dispositivo normativo incorporado en 1910, hasta 1991 la excepción fue una institución lánguida y que sirvió poco para garantizar la eficaz supremacía de la Constitución. Sin mayores sobresaltos, hoy está recogida por el artículo 4º de la Constitución vigente que dispone: "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".

Los controles judiciales se complementan con la objeción presidencial a los proyectos de ley existente en Colombia desde que nació la República con la Constitución de 1821. El artículo artículo 46 de esa Ley Suprema disponía que el jefe del ejecutivo podía devolver: "el proyecto a la Cámara de su origen, acompañándole de sus reparos, sea sobre falta en las fórmulas, o en lo sustancial, dentro del término de diez días contados desde su recibo". Se trataba de un texto vago que no mencionaba expresamente que el veto se podía ejercer por motivos de inconstitucionalidad[6] y no fue sino con la Constitución de 1853 que se

[6] La disposición se refiere a contrariedad con la Constitución y no es otra la interpretación del texto cuando dice que procederá la objeción por: *faltas en las fórmulas o en lo sustancial*. Además, la opinión de un tratadista de la época prueba que había clara idea de supremacía constitucional: *En fin, que la autoridad legislativa de las cámaras no debe extenderse a alterar la constitución, y que por esta razón es necesario que el jefe del Estado pueda oponerse a la sanción de cualesquiera leyes que atenten a sus facultades, lo que no tiene lugar sino puede usar del veto absoluto […]. Privado el jefe del Estado de este derecho, quedan el poder ejecutivo, y con él la constitución, indefensos y a discreción de la asamblea legislativa*. Mosquera, José Rafael, *Nociones de derecho constitucional*, Universidad Externado, Bogotá, 2003, p. 80

estableció expresamente la posibilidad de que las objeciones pudieran ser por inconstitucionalidad como se señalaba en el artículo 38: "El Poder Ejecutivo pondrá a continuación del proyecto de las Cámaras un decreto de ejecución, si lo juzga conveniente; o de devolución a la reconsideración del Congreso, si lo creyere inconstitucional, perjudicial o defectuoso"; disposición que fue recogida en los artsículos 35 y 36 de la Constitución de 1858 y 56 y 57 de la de 1863. El artículo 90 de la Constitución de 1886 estableció una modificación importante a la figura:

> Exceptuase de lo dispuesto en el artículo 88 el caso en que el proyecto fuere objetado por inconstitucional. En este caso, si las Cámaras insistieren, el proyecto pasará a la Corte Suprema, para que ella, dentro de seis días, decida sobre su exequibilidad. El fallo afirmativo de la Corte obliga al Presidente a sancionar la Ley. Si fuere negativo, se archivará el proyecto.

De esa manera se establecía el control judicial y se introducía la posibilidad de la Rama Judicialtuviese participación en el proceso de formación de la ley, como hoy lo sigue haciendo la Corte Constitucional.

III. El control judicial de constitucionalidad

De las diversas formas de control que existen en Colombia y desde la perspectiva de la rama que lo ejerce, el más complejo es el encomendado a la Rama judicial, pues en el cumplimiento del mismo concurren la jurisdicción constitucional, la ordinaria y la administrativa, que lo ejercen de forma abstracta o concentrada, así como de forma difusa o exceptiva; extendiendo su accionar a los niveles nacional, seccional y local.

3.1. Control abstracto o concentrado

El control abstracto o concentrado se ejerce a través de las acciones de inconstitucionalidad ante la jurisdicción constitucional y la acción de nulidad ante la jurisdicción administrativa. Ambas, por ser populares, son la mejor expresión del carácter abierto de

nuestro sistema de control y son a la vez, clara proyección del carácter participativo de nuestra democracia enunciado en el artículo 1º de la Constitución;[7] aunque no está de más advertir que esta ventaja democrática que abre el control a todo ciudadano, conlleva el riesgo, nada improbable, de que se incurra en abusos o en la defensa de asuntos puramente personales. Ambas acciones, aunque persiguen un mismo fin: garantizar la supremacía normativa de la Constitución, se diferencian tanto por el órgano judicial encargado de conocerla, como por el tipo de norma sobre las que recaen. Veamos.

3.1.1. Acción pública de inconstitucionalidad

Se ejerce por cualquier ciudadano ante la Corte Constitucional y tiene por finalidad controlar la coherencia con la Ley Fundamental de dos tipos de normas: los actos reformatorios de la Constitución solo por vicios de forma y las normas con rango de ley (ejecutivas y parlamentarias), tanto por vicios de procedimiento o formación como por vicios sustanciales, materiales o de fondo. Diferencia esencial entre uno y otro control es que de acuerdo al artículo 242 de la Constitución, la acción haya tenido origen por vicios de trámite, ella caduca en un año, es decir, por mandato de la Constitución este plazo subsana los defectos en que se haya incurrido; mientras que los vicios de fondo carecen de término de caducidad, pues la contradicción persiste mientras esté vigente la ley.

[7] La Constitución es coherente con lo consagrado en el preámbulo y el art. 1º que predican el carácter democrático del Estado y por ello se entiende que confiera al ciudadano la facultad de acudir al juez constitucional para que defina la validez de las normas frente a la Constitución, contexto en el que no se puede olvidar que el art. 40 reconoce como un derecho fundamental interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y la de la ley. Carácter participativo más patente porque, excepto los decretos legislativos, la C.C. no puede iniciar de oficio el procedimiento, siempre lo debe impulsar un ciudadano. Sáchica Aponte, Luis Carlos, *La Constitución y su defensa*, UNAM, México, 1984 pp. 329-373. En el mismo sentido Sanín Greiffestein, Ignacio, *La defensa judicial de la Constitución*, Temis, Bogotá, 1971, p. 129.

La regla general es que el control se ejerza con posterioridad a la entrada en vigor de la norma y se produzca a partir del ejercicio de la acción de inconstitucionalidad que puede poner en movimiento cualquier ciudadano mediante un procedimiento para el que no requiere formalismos o requisitos especiales y en el que no es necesario demostrar perjuicios particulares, lesiones o desconocimiento de derechos individuales.[8] En este punto es bueno anotar que la Corte ha precisado que la titularidad de la acción corresponde a los nacionales que gozan de ciudadanía y que del derecho no se excluye ningún ciudadano. De la misma forma no puede presentarse una demanda de en condición de apoderado de una persona jurídica, porque lo que es de la esencia de la persona natural no puede extenderse a la persona moral.[9] La acción es, además, un derecho político que busca la defensa de las instituciones y el ordenamiento jurídico y por eso en el proceso en el que se debate la constitucionalidad de las leyes, sea obligatoria la intervención del funcionario que representa los intereses de la sociedad, así lo manda el artículo 277 de la Constitución: "El Procurador General de la Nación, por si o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones [...] Defender los intereses de la sociedad".

La acción recae sobre dos tipos de normas: constitucionales o actos reformatorios de la Constitución y las de rango legal, categoría esta que resulta compleja en la medida que en Colombia las leyes pueden ser parlamentarias o ejecutivas y las primeras a su vez pueden ser cualificadas (estatutarias y orgánicas) y ordinarias; mientras que las ejecutivas son decreto ley y decreto legislativo. Ahora bien, el tipo de control que se ejerce no solo difiere por la forma (de fondo o de forma), sino también por el momento en que se ejerce.

[8] En sentido contrario hay quien piensa que la legitimación para impugnar la constitucionalidad de una ley es restringida y se debe limitar a sujetos determinados con el fin de evitar impugnaciones por motivos frívolos o de mero interés personal. López Guerra, Luis, *Introducción al Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 204.

[9] Sentencia C-003 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

3.1.2. La acción pública de nulidad

Se trata de una acción pública que busca controlar la coherencia con la Constitución de las normas reglamentarias de todo nivel y su conocimiento le corresponde a la jurisdicción administrativa, a cuya cabeza se encuentra el C.E.;[10] órgano que para ejercer sus labores se divide en dos salas: contencioso administrativo integrada por consejeros que se reparten en secciones y cumple funciones jurisdiccionales; y Consulta y Servicio Civil, integrada por consejeros que no toman parte en el ejercicio de funciones jurisdiccionales. De acuerdo al artículo 237 constitucional, el C.E. le corresponde asegurar la guarda e integridad de la Constitución respecto de los decretos ordinarios del gobierno, así como de las resoluciones y otros actos administrativos de los funcionarios del orden nacional. Estos actos son acusables por los ciudadanos mediante la acción de nulidad, que al igual que la de inconstitucionalidad es pública, imprescriptible e indesistible.[11] También se encarga del control de los reglamentos autónomos o constitucionales, decretos a los que no se les reconoce fuerza de ley porque no modifican o derogan leyes y por el contrario deben concordar con ellas. La doctrina ha sostenido que son decretos autónomos por no estar subordinados a la ley, pues la Constitución otorga la competencia directamente al gobierno y sustrae la respectiva materia al conocimiento y la competencia del legislador.[12]

---

[10] El Consejo de Estado nació con la República y fue creado con funciones consultivas al servicio del gobierno. Suprimido en 1905, se restableció en 1914 cuando le agregaron funciones de control de la legalidad y en 1964 se le adicionaron funciones contenciosas en materia contractual y de responsabilidad estatal. También conoce de contenciosos electorales y la Constitución de 1991 le encomendó decidir procesos de perdida de investidura de los congresistas, conceptuar previamente sobre el tránsito de tropas extranjeras por el territorio nacional o el estacionamiento o tránsito de buques o aeronaves de guerra extranjeras. Puede para presentar proyectos de reforma constitucional o proyectos de ley.

[11] Gaona Cruz, Manuel, *Control y Reforma de la Constitución en Colombia*, Minjusticia, Bogotá, 1988, pp. 112 y 113.

[12] Charry Ureña, Juan Manuel, *La justicia constitucional en el derecho colombiano y americano*, Universidad del Rosario, Bogotá, 1988, p. 921.

Esta jurisdicción se complementa con los tribunales departamentales de lo contencioso administrativo ante los que son demandables los actos de las autoridades departamentales y municipales tanto por inconstitucionalidad como por ilegalidad. Además los jueces administrativos estará encargados de conocer demandas sobre asuntos de carácter contencioso de índole municipal.[13] De acuerdo con el artículo 238 de la C.P. esta jurisdicción cuenta con una eficaz herramienta a la hora de ejercer esta función y es la posibilidad de ordenar la suspensión provisional del acto que hayan impugnados, medida que se puede adoptar siempre que medie solicitud de parte al momento de la presentación de la demanda y se demuestre o aparezca que el acto es manifiestamente contrario o violatorio de las normas superiores invocadas.

Finalmente, al igual que la jurisdicción constitucional, la contencioso administrativa solo puede ejercer sus funciones a petición de parte mediante la acción de nulidad y bajo ninguna circunstancia puede hacerlo de manera oficiosa. Y en cuanto a los efectos de la sentencia esta es general y obligatoria, pero a diferencia con los pronunciamientos del juez constitucional, los efectos desde siempre han sido *ex tunc*, esto es, hacia el pasado; mientras que las de la justicia constitucional tradicionalmente han sido *ex nunc*, esto es, con efectos hacia el futuro perso desde hace unos años comienzan a tener efectos retroactivos.

3.1.3. Excepciones al derecho de acción

No obstante, la entidad de la acción pública y su correlación con el principio democrático existe la posibilidad de que sobre ciertas normas con rango de ley y dadas sus especiales características, el control opere de modo diferente, de tal forma que se excluye la intervención ciudadana. De manera previa a la vigencia de la ley

[13] La acción de nulidad tiene dos expresiones: la acción de simple nulidad que procede contra los actos de carácter general y que se ejerce con el fin de que se preserve la legalidad; y la de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos de carácter particular y que busca la anulación de la norma contraria y la reparación del daño producido.

recae sobre las leyes estatutarias, aquellas que establece la Constitución en el artículo 152 como una categoría de ley cualificada y que una vez aprobadas en el Congreso y antes de ser enviadas al ejecutivo para la sanción, deben pasar a control por parte de la C.C., tal como lo exige el artículo 153 inciso 2, donde además de la aprobación por mayoría absoluta, para su perfeccionamiento se requiere la revisión previa de constitucionalidad. La existencia de este tipo de normas se justifica por la importancia de las materias que desarrollan y que coinciden plenamente con los temas fundamentales que inspiraron la modificación de la Constitución de 1886: derechos fundamentales, administración de justicia, régimen de los partidos políticos, estatuto de la oposición, mecanismos de participación ciudadana y estados de excepción.[14] Lo que no está plenamente claro es el sentido de la intervención previa del juez constitucional, con lo cual se le coloca al mismo nivel y rango que el legislador elegido por el pueblo, de tal suerte que la Corte termina colegislando y determinando el contenido de la ley con anterioridad a su entrada en vigencia.

El control previo también se extiende a las leyes que convoquen un referendo constitucional o una asamblea constituyente, control que se realiza con anterioridad al pronunciamiento popular y que verifica solo los vicios en el proceso de formación de la respectiva ley. Como se observa, el control no es requisito de validez de la ley, sino que conlleva que la vigencia de la norma quede supeditada a la revisión que de ella realice la C.C. El control previo igualmente se aplica sobre leyes aprobatorias de tratados internacionales, pero con la precisión de que sobre este tipo de ley el control se ejerce una vez ha sido sancionada y el efecto que se produce es el aplazamiento del perfeccionamiento del instrumento internacional mediante el respectivo canje de notas.[15] Estas intervenciones previas a diferencia de la anterior,

[14] Igual que ocurre con la revisión consecuencia de la objeción presidencial de inconstitucionalidad, la Corte revisa normas no sancionadas ni promulgadas y no ejerce propiamente control, sino verdadera participación en la formación de la ley. En otras palabras, asume la condición de legislador, no de juez de la constitucionalidad.

[15] Existe una radical diferencia entre las constituciones de 1886 y 1991. La primera no atribuía, como si lo hace la actual, competencia expresa al juez constitucional en esta materia y eso llevó a que entre 1914 y 1985 la C.S.J.

no parecen generar mayores dificultades, pues la primera se reduce a un control meramente formal; mientras que la segunda lo que busca es evitar que se comprometa la responsabilidad internacional del país.

El control constitucional también puede ser automático y es el que opera respecto de los decretos legislativos[16] que deben ser revisados por la Corte para que dictamine si se ajustan a la Constitución. El control opera tanto si el gobierno cumple con el deber de enviar los decretos al día siguiente de su expedición, como si no lo hace, pues la Corte puede solicitar oficiosamente copias a la secretaría general de la presidencia y si se niega a entregarlas, ella puede avocar el conocimiento basada en el texto publicado en el Diario Oficial. Esta forma de control, que data de la reforma de 1968,[17] se justifica por los excesos en que históricamente incurrió el ejecutivo en el ejercicio de los poderes excepcionales y se mantiene porque el temor a ese abuso no solo subsiste teóricamente, sino que se presenta en la práctica.[18] Otra forma de control previo es la objeción presidencial, pero de ella nos ocuparemos en extenso más adelante.

No está de más resaltar una diferencia el control previo y el automático con el que se ejerce por la vía de la acción. En los dos primeros casos el control es integral sobre la norma revisada;

---

se declarara incompetente para conocer de la constitucionalidad de leyes aprobatorias de tratados internacionales. A partir de esa fecha la Corte cambió de parecer y acogió la tesis de la competencia para controlarlas.

16 Los estados de excepción en Colombia están regulados en los arts. 212 a 215 de la Constitución y están diseñados para que se pueda defender el orden constitucional enfrentando situaciones extraordinarias que lo pongan en grave riesgo. Son: guerra exterior, conmoción interior y emergencia económica, social y ecológica.

17 A partir del Acto Legislativo 1 de 1960 y hasta la Reforma de 1968, se facultó al Congreso para que por mayoría absoluta pidiera a la C.S.J. la revisión constitucional de los decretos legislativos que dictara el Presidente. Al establecerse en 1968 el control automático, esta figura desapareció.

18 Pero hay quien considera que el control automático sobre los decretos de estados de excepción no es conveniente porque se sienta una sombra de duda y se hace pesar una presunción general de inconstitucionalidad sobre ellos e implica por los términos, un suspenso inconveniente sobre la validez de las medidas que en razón de la situación de desorden deben

mientras que cuando se ejerce como producto de la acción o de la objeción, la Corte debe limitarse a confrontar las disposiciones acusadas con la totalidad de los preceptos contenidos el texto de la Norma Fundamental en relación con los cargos que fueron formulados.[19]

3.2. Control concreto o difuso: la excepción de inconstitucionalidad

Los actos jurídicos gozan del principio de presunción de legalidad y mientras no sean anulados por la autoridad competente, deben ser obedecidos y acatados por particulares y autoridades (art. 6 C.P.). Pero la presunción no es absoluta y no puede serlo, pues supondría que los funcionarios tendrían que aplicar actos manifiestamente contrarios a la Constitución, lo cual, ciertamente, daría al traste con el principio de supremacía normativa propio de la Ley Fundamental. Para solventar esta posible incongruencia se creó el control por la vía de excepción, que es la posibilidad de que en toda circunstancia en la que sea necesario aplicar el derecho, se deje de lado la norma contraria a la Constitución para hacer uso preferencial del mandato superior. El juez solamente interpreta la ley y decide su aplicabilidad o no y acatando el mandato que hace prevalecer la Constitución sobre la ley, aplica esta en vez de aquella, pero sin desconocer su vigencia ni conceptuar sobre su validez, tal como se desprende de su artículo 4º: "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". La doctrina ha entendido que se trata de una facultad transitoria, mientras la jurisdicción constitucional o contencioso no ejerzan la atribución general, pues una vez dictaminada por ellas la constitucionalidad de la norma, precluye para el operador jurídico la posibilidad de inaplicarla so pretexto de su inconstitucionalidad.

[19] Para posibilitar ulteriores pronunciamientos de la Corte sobre aspectos que no fueron considerados en su oportunidad, ella ha creado el concepto de *cosa juzgada relativa* que le permite, siempre y cuando la propia Corte haya hecho la salvedad, volver a revisar, bajo nuevas circunstancias, disposiciones declaradas exequibles.

Ello, claro está, es consecuencia del hecho de que los fallos del juez constitucional hacen tránsito a cosa juzgada.[20] Así lo ha señalado siempre la jurisdicción constitucional, que sostuvo que a falta de un pronunciamiento definitivo suyo sobre la constitucionalidad de una ley, el juez que en una caso y solo para éste, considere que ella contraría la Constitución, debe inaplicarla, o sea que para la Corte es claro que para que proceda la excepción, no debe mediar pronunciamiento suyo sobre la materia.[21] De lo anterior se desprende que a diferencia de la acción que no precluye, la excepción lo hace cuando la jurisdicción constitucional o la contencioso deciden la constitucionalidad de la norma; lo que significa que la excepción es un recurso temporal supeditado a que el encargado del control concreto no decida de definitivamente sobre la constitucionalidad.

La excepción no es un recurso judicial, es más bien un imperativo, una obligación constitucional oficiosa del funcionario, pues el deber de dar prelación a la Constitución se extiende a todos el que aplica la ley, no solo a los jueces. Tampoco es un juicio y quien se acoge a sus términos y pide que sean aplicados preferencialmente los mandatos de la Carta, no alega nada en su defensa, que no se da en sentido estricto. Tampoco es necesario la existencia de un proceso, ni el ejercicio previo de una acción, no hay demandado, simplemente una persona solicita que se respete la jerarquía de las normas, aplicando la de primer grado por encima de las secundarias que la contradicen. Por eso la denominación tradicional que ha imperado para esta figura es la de aplicación preferencial de la Constitución.[22] Solo puede ser interpuesta por quien sienta vulnerado un derecho por la incompatibilidad entre la norma y la Constitución y puede ser el demandante, el

20 Copete Lizarralde, Álvaro, *Lecciones de Derecho Constitucional Colombiano*, Temis, Bogotá, 1957, p. 248. Debe ser de eficacia inmediata, urgente, indiscutida y porque en este caso la efectividad de la restauración del orden público queda al buen juicio y oportuna decisión de la Corte, lo que puede causar dificultades al gobierno que es en últimas el responsable del restablecimiento de la normalidad. Sáchica Aponte, Luis Carlos, *Nuevo Constitucionalismo Colombiano*, 10ª. ed., Bogotá, Temis, 1992, pp. 127 y 128.

21 S.C.S.J del 9 de abril de 1970.

22 Melo Guevara, Gabriel, *El Estado y la Constitución*, Temis, Bogotá, 1967, p. 116.

demandado, un tercero interviniente, la parte civil, el procesado y el ministerio público que actúa en defensa del interés general. La contradicción debe ser ostensible, notable y desprenderse de la simple comparación entre la norma y la Constitución. Los efectos son inter-partes,[23] declarativos y no afectan la exequibilidad de la norma.[24]

La figura no ha estado exenta de dificultades y durante mucho tiempo no fue claro cuál era el funcionario competente para hacer uso de ella, si solo el juez o todo funcionario encargado de aplicar la norma y la ambigüedad de la disposición constitucional que consagra la excepción ha generado que sectores afirmen que ella está consagrada para procesos judiciales y para procesos administrativos y más aún, para todo asunto donde se deba resolver en derecho. Una doctrina intermedia afirma que además del juez, está facultado para aplicarla el funcionario investido de funciones que conlleven jurisdicción o autoridad;[25] y por último está la opinión de los que piensan que es una facultad privativa del juez, pues es el aplicador de la ley, mientras que a otros funcionarios solo les corresponde cumplirla. Una de primera y acertada tesis para resolver esta cuestión fue la elaborada por el magistrado Miguel Moreno Jaramillo, quien sostuvo que el competente para resolver sobre la inaplicabilidad de una norma es aquel que debe aplicarla, es decir aquellos a quienes la Constitución reviste de autoridad y jurisdicción.[26] Las precisiones jurisprudenciales se

---

23 Los efectos son inter-partes, sin embargo, para la C.C. desde 2001, es posible que algunos sus fallos tengan efecto *inter pares*, esto es, respecto de los casos semejantes, siempre y cuando se den las condiciones que determina la Corte.

24 El C.E. realizó algunas precisiones: debe afectar directamente un derecho particular o subjetivo jurídicamente protegido por la disposición constitucional que se dice violada y la violación debe ser de tal manera abrupta que para deducirla no haya lugar a profundas lucubraciones jurídicas, sino que se haga ostensible de la sola comparación de los textos. Es decir, la violación debe ser directa y no se puede acudir a silogismos o comparación de varias normas constitucionales.

25 Henao Hidrón, Javier, *Panorama del Derecho Constitucional Colombiano*, 11ª. ed., Bogotá, Temis, 1998, pp. 144-145.

26 Sanín Greiffestein, Ignacio, *op. cit*., p. 207, también es participe de la idea de que los funcionarios administrativos pueden inaplicar la norma con-

han extendido a los altos tribunales de justicia y la C.C. afirmó que es:

> consecuencia lógica y natural del principio de la eficacia de la Constitución como norma directamente aplicable que obliga a todos los órganos del poder público dentro de nuestro estado de derecho, y habilita a los jueces ordinarios, dentro del marco de lo dispuesto por el artículo 4º de la Carta Fundamental, de remoto origen y larga tradición nacional, para no aplicar la ley en los casos concretos en que se platee la contradicción entre la legislación anterior y la nueva Constitución.[27]

Y el C.E. ha sostenido que:

> si una autoridad se enfrenta a la posible necesidad de dar aplicación a las normas legales que habiendo sido expedidas bajo el régimen constitucional anterior, contrarían lo dispuesto por la actual Constitución Política, deberá abstenerse de hacerlo, acudiendo en sustento de ello, bien a la norma del artículo 9º de la Ley 153 de 1887, o a la figura de la excepción de inconstitucionalidad que consagraba la antigua Carta Política en su art, 215 y que se mantiene en el nuevo ordenamiento de la misma naturaleza, en su artículo 4º. En este mismo orden de ideas, si el funcionario, no obstante lo atrás expresado, da aplicación a una norma legal reformada o derogada por el posterior ordenamiento constitucional, el particular agraviado con dicho acto podrá ejercer ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo la correspondiente acción contra el acto de aplicación irregular de aquella norma.[28]

De acuerdo a lo anterior, para el C.E. cualquier funcionario está habilitado para tal ejercicio, que es en esencia la tesis que ha recogido de manera definitiva la Corte Constitucional.

Además de la indefinición del operador facultado, a la figu-

traria en su condición de funcionarios administrativos. El C.E sostuvo en sentencia del 20 de febrero de 1969 que esta la podían interponer las partes y a falta de ellas el propio fallador debía de abstenerse de aplicar la ley reputada inconstitucional y que la facultad era competencia de todas las agencias del estado capacitadas para decidir.

27 Sentencias C-434, del 25 de junio de 1992 y T-006 de mayo 12 de 1992.

28 Auto de la Sección Primera del C.E del 12 de marzo de 1992.

ra se le ha acusado históricamente de dejar una compuerta muy grande para ejercicios de hermenéutica constitucional. Así, desde 1914 Tobías Monroy sostuvo que:

> se ha abierto el camino para que cualquier funcionario público deje de aplicar las leyes, solo porque a él le parecen incompatibles con la Constitución. Esto último constituye un error gravísimo que puede conducir a los funcionarios públicos a la anarquía en la aplicación de las leyes, porque no teniendo todos un mismo criterio respecto de la constitucionalidad de estas, unos creerán constitucional y aplicarán lo que otros dejarán de aplicar por parecerles inconstitucional y de esas diferentes apreciaciones sobre unas mismas leyes resultarán, no pocas veces, sentencias contradictorias entre sí.[29]

Para remediar este riesgo aparente, Sáchica propuso que la institución se integrara al control directo por vía de acción, obligando al juez a quien se plantea en un juicio un problema de inconstitucionalidad, a elevar la correspondiente consulta a la Corte, con efecto suspensivo solamente sobre la decisión del caso en el que se promueve la cuestión, a semejanza con los sistemas italiano y español.[30] Lo curioso del asunto es que en el seno de la Asamblea Constituyente de 1910 se ventiló, sin que finalmente fuera aprobada, una interesante propuesta relativa a la institución de la excepción: "En las controversias judiciales y en caso de incompatibilidad manifiesta entre la Constitución y una disposición legal, se aplicará lo dispuesto en la Constitución; pero toda decisión en tal sentido habrá de ser consultada a la Corte Suprema. Si la inconstitucionalidad no fuere manifiesta, se aplicará la ley en el sentido más conforme con la Constitución".

A raíz de esta situación, en dos oportunidades el Gobierno trató de reglamentar la figura. En 1986 en un fallido proyecto de reforma constitucional la iba a convertir en una facultad consultivo-suspensiva que obligaba al juez a acudir a la justicia constitucional para que resolviera mediante un procedimiento semejante a la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 163 de la

[29] Carrillo, Álvaro José, *Excepción de Inconstitucionalidad, Universidad del Rosario*, 1993, p. 21, donde citan su obra de 1914 Leyes Inconstitucionales.

[30] Sáchica Aponte, Luis Carlos, *La Constitución y su defensa*, *cit.,* p. 358.

Constitución española.[31] Posteriormente, en 1992 el gobierno llevó al Congreso un proyecto de ley en el que precisaba que la facultad correspondía a los jueces. En la exposición de motivos sostenía que mantener la potestad de forma tan amplia, además del caos jurídico que, significaba suplantar la rama judicial, única a la que compete decidir la constitucionalidad de las normas. Para compensar a los funcionarios de la administración y en caso de hallarse ante una manifiesta inconstitucionalidad, se le facultaba para enviar a la jurisdicción constitucional o a la contencioso administrativa, demandas en este sentido para ser resueltas en 10 días. El proyecto no prosperó y hoy la figura continua sin reglamentar por lo cual se sigue presentando el inconveniente de que se deja en manos poco expertas la posible inaplicación de normas incluso de rango legal.

El mayor problema de la figura radica en que si bien reafirma el valor superior de la Constitución, permitir que cualquier operador jurídico implique en un caso concreto una disposición que a su criterio le parece contraria a la Constitución, es un atentado a la seguridad jurídica y tratándose de una ley, un atentado contra elementales principios democráticos y representativos, pues la autoridad de un único aplicador puede dejar sin efecto una norma públicamente debatida, analizada y expedida por el órgano dotado de la mayor legitimidad, problema que adquiere mayor relevancia si se tiene en cuenta que este control puede quedar en manos de un juez ordinario de la menor categoría e incluso como se vio, de un funcionario administrativo; sujetos que no están revestidos de la autoridad académica y jurídica ni de la legitimidad que puede llegar a tener un Tribunal Constitucional.[32] Aunque la discusión es más teórica que práctica porque la excepción a pesar de estar consagrada expresamente, a diferencia de EE.UU.

[31] Art. 163 de la C.E.: Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos.

[32] Para Eustorgio Sarria la excepción deja en manos inexpertas la aplicación de la norma en un caso concreto, pero ello puede superarse mediante una adecuada reglamentación legal, *Guarda de la Constitución*, Bogotá, Ceida, s.f., p. 79.

donde fue creada jurisprudencialmente, en Colombia no ha alcanzado mucha importancia, ni obtenido desarrollos prácticos resaltables, bien por existir la vía activa ante la Corte o porque ha existido negligencia, pues son muchas las ocasiones en que el aspecto constitucional no se ha estudiado, ni siquiera vislumbrado y es culpa también de los ciudadanos en general que nunca o muy raramente se detienen a estudiar y conocer la Carta.

Una reforma de la institución garantizaría los principios de coherencia en la aplicación del ordenamiento jurídico, igualdad ante la ley y seguridad jurídica, por lo que resulta importante transformarla en una institución similar a la cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional que se sigue en España, con lo cual, a la vez que se garantiza la concordancia del ordenamiento jurídico, se protege al individuo al asegurar la igualdad procesal y la defensa ante normas manifiestamente inconstitucionales.[33] Ahora bien, ello supondría que en Colombia dejaríamos de ser un sistema mixto para pasar a ser un sistema de control concentrado, donde el único que tiene la facultad de pronunciarse sobre la coherencia de una norma, al menos con rango legal, es el juez constitucional.

IV. Control gubernamental

Se concreta en la figura de la objeción presidencial de inconstitucionalidad, consagrada en los artículos 166 a 168 de la Constitución, que facultan al Presidente para objetar las leyes que le sean sometidas a la sanción ejecutiva cuando considere que violan o contrarían a la Constitución.[34] La objeción pueden ser por inconveniencia o inconstitucionalidad; pero para los efectos de este trabajo solo interesan la segunda, que son las que infieren directamente en el proceso de guarda constitucional. El presidente dispone de 6 días para objetar si el proyecto no supera los 20 artículos, 10 días si contiene de 21 a 50 y 20 días cuando supera

[33] Sanín Greiffestein, Ignacio, *op. cit*., p. 209.

[34] La Ley Estatutaria no puede ser susceptible de la objeción presidencial de inconstitucionalidad en la medida que de manera previa la C.C. ha cotejado el contenido de la misma con el texto de la Constitución.

los 50. Objetado el proyecto, este vuelve al Congreso para que reconsidere las objeciones, evento en el que el legislador podrá optar por una cualquiera de las siguientes soluciones: archivarlo, modificarlo o insistir en su constitucionalidad, último caso en que el proyecto pasará a la C.C. para que resuelva sobre ellas y si lo declara constitucional, el presidente debe sancionarlo, si considera que es inconstitucional, será archivado. En este caso, tanto el presidente como el juez de la constitucionalidad aparecen como colegisladores, como parte del proceso legislativo, hecho que se ve ratificado si se considera que el procedimiento aparece en el título dedicado a la formación de las leyes.[35]

No sobra advertir que este fue la primera forma de control de constitucionalidad que conoció nuestro ordenamiento y que históricamente ha sido justificada en Colombia, país de régimen presidencialista, bajo la tesis de que ni el presidente ni sus ministros concurren al debate de las leyes, no puede suspender las sesiones del Congreso, ni disolver las Cámaras, el ejecutivo carece de todo modo de resistencia diferente del que le da el derecho de veto sobre los actos a su juicio inconvenientes, de una mayoría transitoria que obre apasionadamente o que no represente de un modo genuino la voluntad del país.[36] La objeción, que resulta una figura exótica para el derecho continental europeo,[37] es una institución bastante común en los ordenamientos jurídicos americanos y existe en casi todos los países como una clara consecuencia del presidencialismo imperante en la región; pero no obstante la sólida tradición de la figura, ella no encuentra plena justificación actualmente, pues existen múltiples y variados mecanismos de control. Por eso, se le debe considerar un rezago decimonónico que los constituyentes de 1991 no supieron o no quisieron abolir

35 Hay quien sostiene que en este supuesto la Corte se coloca en igualdad con las otras ramas, como árbitro de un diferendo entre poderes, cuya intervención es necesaria para formar la ley. Cáceres Corrales, Pablo J., *Critica constitucional*, Banco de la República, Bogotá, 1989, p. 342

36 Concha, José Vicente, *Apuntamientos de Derecho Constitucional*, Librería Americana, Bogotá, 1914, pp. 207-209.

37 En Italia el art. 74 constitucional consagra un procedimiento similar cuya trascendencia es cada vez menor. Pizzorusso, Alessandro, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Madrid, CEC, V., 1984, p. 245.

y que le permite a un poder ejecutivo, de suyo muy fuerte, gozar de la posibilidad de oponerse a las decisiones del máximo exponente de la voluntad popular.

V. Controles administrativos

A la administración pública se le concede la facultad para en cualquier tiempo hacer desaparecer de la vida jurídica los actos que ella ha expedido, entre otras razones, por su manifiesta contrariedad con la Constitución. Dicho de otra manera, es la oportunidad que tiene la administración de enmendar sus errores.[38] El acto puede ser revocado por el funcionario en virtud de que quien tiene la competencia para expedir, la tiene para extinguir; pero, como una clara manifestación de la relación de jerarquía que prima en la administración pública, también lo puede hacer su inmediato superior jerárquico. En ambos casos, la revocatoria se produce a partir de la expedición de un nuevo acto administrativo en el cual el funcionario realiza un juicio estrictamente lógico jurídico similar al que hacen las autoridades jurisdiccionales mediante las sentencias. Ahora bien, si se trata de un acto particular, procede la revocatoria siempre y cuando medie autorización expresa del particular y si se trata de un acto general, más que de revocatoria se debe hablar de derogatoria.

Este medio de control viene más explícitamente consagrado en el artículo 69.1 del Código Contencioso Administrativo que dispone que:

> Los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores, de oficio, o a solicitud de parte en cualquiera de los siguientes casos: 1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley,[39] con la salvedad que si el acto ha creado situaciones

[38] Son causales de revocatoria directa de los actos administrativos: manifiesta oposición del acto a la Constitución o la ley; acto no conforme con el interés público o social o atente contra él; y el acto causa agravio injustificado a una persona.

[39] Como se desprende de la lectura de la disposición, no siempre tiene que existir instancia de parte para que el funcionario revoque un acto suyo,

jurídicas subjetivas, se requiere la aceptación expresa del particular afectado con la decisión de revocarlo.

Otra forma de control es la tutela administrativa, un tipo de control incorporado en la reforma constitucional de 1945 y ejercida por los gobernadores sobre las ordenanzas de las asambleas departamentales (artículo 305.9 de la Constitución), a las que puede objetar por inconstitucionalidad, ilegalidad o inconveniencia y sobre los actos de los concejos municipales y los alcaldes (artículo 305.10 de la C.P.), que puede revisar por inconstitucionalidad o ilegalidad y hallada una incongruencia con el sistema normativo, remitir al tribunal competente para que verifique su validez.[40] Ya en el último renglón de la escala administrativa y en consecuencia de la normativa, el artículo 315.6 otorga a los alcaldes municipales la facultad de objetar por inconvenientes o por contrarios al ordenamiento jurídico, los acuerdos de los concejos municipales cuando le son presentados para la sanción.

sino que existe la posibilidad que percatado de la irregularidad de la norma, proceda a revocarlo.

40 La subsistencia de esta facultad demuestra hasta que punto los constituyentes de 1991 tuvieron una noción poco clara del concepto de autonomía territorial, pues es difícilmente comprensible que en un Estado que reconoce la autonomía y carácter descentralizado de sus entidades territoriales, se pueda ejercer este tipo de controles jerárquicos.

Activismo judicial y separación de poderes en el sistema de justicia constitucional

*Francisco Zúñiga Urbina**

Resumen: en nuestro planteamiento el activismo judicial es la suma de las patologías del sistema judicial y tratándose del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema, genera graves problemas al funcionamiento del sistema político y deteriora la precaria legitimidad de la jurisdicción constitucional.

Abstract: in our approach the judicial activism is the addition of the pathology of judicial system and concerning of Constitutional Court, generate serious problems at operation of political system and damage the precarious legitimacy of the constitutional jurisdiction.

Palabras clave: activismo judicial, democracia constitucional, posición del Tribunal Constitucional y de las Cortes, legitimidad.

Keywords: judicial activism, constitutional democracy, position of Constitutional Court and Courts, legitimacy.

Sumario: I. Prolegómeno. II. Dos paradigmas: activismo judicial y garantismo procesal. III. Activismo Judicial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Constitución o blo-

* Profesor titular de cátedra de derecho constitucional, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

que de constitucionalidad. IV. ¿"Quo vadis" Corte Suprema? V. ¿Choque de Jurisdicciones? Referencias.

I. Prolegómenos

La re-lectura de una obra clásica del comparatista galo Edouard Lambert: "Le Gouvernement des Juges et la lutte contre la Législation Sociale aux Etas-Unis. La Expérience Américaine du Controle Judiciare de la Constitutinalité des lois" (Paris, Giard, 1921) vertida a nuestra lengua recientemente, es una buena excusa para dar cuenta de la recepción crítica que le da la cultura jurídica francesa y europea continental al control judicial de constitucionalidad en su versión angloamericana y, al mismo tiempo, es una buena excusa para abordar críticamente el activismo judicial y sus excesos, fuente o mejor dicho síntoma visible de una grave patología en las democracias constitucionales de hoy.

En efecto, Lambert interviene en el debate que el medio francés de las primeras décadas del siglo xx y en el medio europeo de la misma época, tienen los juristas acerca del control de constitucionalidad de la ley, poniendo en evidencia los peligros del "gobierno de los jueces" (empleando el término acuñado por Louis B. Boudin en: "Government by Judiciary", publicado en *Political Science Quaterly*, vol. 26, 1911, y recogido en libro del mismo título de 1932), cuestión que llegó a larvar una crisis político institucional más tarde con el "New Deal" del presidente F. D. Rooselvet, enfrentando a un poder Ejecutivo federal cansado de un tribunal reaccionario, de los "nueve venerables ancianos". Pero, además, Lambert quien, en rigor es comparatista y fundador moderno de esa disciplina y fundador en 1920 del Institut de Droit Comparé de Lyon, observa dos problemas basales de un sistema de justicia constitucional: la ilegitimidad democrática de este poder, disfuncional a la democracia, y las dificultades de imponer límites a una Constitución que, prescriptivamente, es lo que los jueces dicen que es; lo que vendría a sustituir la legitimidad democrática del Estado y del orden político por la legitimidad burocrático-judicial. El triunfo de la "soberanía de la Constitución", Constitución fruto de la lectura de los jueces; "triunfo" en que se refocila, hasta el éxtasis o en el mejor de los

casos tocando el "cielo de los conceptos", hoy el neoconstitucionalismo.[1]

El debate acerca del "activismo judicial" es muy propio del derecho y la política de los Estados Unidos de Norteamérica con fuerte resonancia en la opinión pública y los medios de comunicación social. En cuanto debate político constitucional desde 1803 se asienta con la doctrina jurisprudencial de la "revisión judicial de legislación", primera expresión histórica moderna de la politización de la justicia. Tal "revisión judicial de legislación" es archiconocida en su origen, tanto que el "hercúleo" y longevo Chief Justice John Marshall adquiere dimensiones casi "mitológicas", en una simplemente ubicua y política decisión en "*Marbury versus Madison*", en la pugna "federalistas" y "antifederalistas" en los albores fundacionales de la gran república del norte. Así contemporáneamente en el medio norteamericano W. Wayne observa dos dimensiones del activismo: primero, en sede jurisprudencial se reconocen judicialmente ciertos valores que otorgan ciertos derechos a grupos sociales minoritarios, débiles o vulnerables; y, segundo, en la adopción de una posición por los jueces al defender un derecho vulnerado que supone invadir la esfera de competencias de otros órganos políticos o administrativos.

---

[1] Consultar la obra general de Toinet, Marie France, *El sistema político de los Estados Unidos,* prefacio de S. Hoffmann y trad. de G. A. Gallardo J., México, F.C.E., 1994, pp. 212-213. También la obra de Pinto, Roger, *La Cour Supréme et le New Deal,* París, Sirey R., 1938. De autores norteamericanos dos textos clásicos que explican el periodo del New Deal, traducidos al español, de Brent Swisher, Carl, *El Desarrollo constitucional de los Estados Unidos,* trad. de H. Charny, Buenos Aires, Edit. Bibliográfica Argentina, 1958, 2 vol., t. II, pp. 813-843; y de Sutherland, Arthur E., *De la Carta Magna a la Constitución Norteamericana. Ideas fundamentales sobre constitucionalismo,* trad. de J. Clementi, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1972, pp. 583-612. Sobre la autocomprensión judicial liberal en lo económico de la Corte Suprema, el libro de un juez de época (New Deal) como Evans Hughes, Charles, *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, 2a. ed. corregida y aumentada, apéndice de W. J. Brennan Jr., prólogo de A. Carrillo Flores, trad. de R. Molina y V. Herrero, México, F.C.E, 1971; y más contemporáneo el análisis de las grandes decisiones del Tribunal Supremo en sus grandes épocas el libro de R. Berger, R., *Government by Judiciary. The transformation of the fourtheenth Amendment,* Cambridge, Harvard University Press, 1977.

Sin embargo, el debate acerca del "activismo judicial" para situarlo en nuestras coordenadas, debe estar ligado al funcionamiento efectivo de los sistemas de jurisdicción constitucional concentrados, en que este activismo se expresa a través de las sentencias del Tribunal Constitucional, que pasan del control de constitucionalidad de normas (validez) y del obrar de esta Judicatura como "legislador negativo" al obrar como "legislador positivo", como ocurre a través del empleo de sentencias atípicas.[2]

De esta manera, el activismo judicial aparece ligado a la libertad (discrecionalidad) de creación de los jueces, al protagonismo de los jueces, al *aggiornamento* del servicio de justicia en que sus sentencias, además de heterocomponer el asunto sometido a su competencia, contienen "señales" innovadoras a los demás poderes públicos, a los jueces inferiores u otros órdenes jurisdiccionales, y a la sociedad en general, tendientes a generar un cambio en la legislación, en la jurisprudencia o en las costumbres; "señales" que pueden consistir en:

a) Crear derechos, es decir, garantizar la protección de un derecho no enumerado por ser éste considerado de naturaleza constitucional, ampliando así la nómina de derechos protegidos.
b) Ampliar las garantías procesales para la protección de los derechos, sea mediante nuevas garantías o mediante la interpretación amplia de las existentes.

[2] Wayne, William, "Two Faces of Judicial Activism", *George Washington Law Review*, vol. 61, núm. 1, 1992, pp. 1-13; y del mismo autor, "The New Awakening: Judicial Activism in a conservative age", *Southwestern Law Journal*, vol. 43, octubre de 1989, pp. 657-676. También sobre la creación de derecho a través de la sentencia constitucional Gozaíni, Osvaldo A., *La justicia Constitucional*, Buenos aires, Depalma, 1994, pp.350-358; Sagüés, Néstor Pedro, "Activismo y garantismo. A propósito del "juez actor", del "juez investigador" y del "juez preservador", en el derecho procesal constitucional", en él mismo, *La Constitución bajo tensión, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales*, 2016, pp. 257-270; Pizzorusso, Alessandro, "El Tribunal Constitucional italiano", en AA.VV., *Tribunales Constitucionales europeos y derechos humanos,* Madrid, CEC, 1984, pp. 253 y siguientes; Rubio Llorente, Francisco, "La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho", *Revista Española de Derecho Constitucional*, España, núm. 22, 1988.

c) Señalarle al Congreso Nacional la necesidad de una reforma legislativa en determinada materia.
d) Allanar los caminos procesales para facilitar u homologar el accionar del Gobierno, a través de un salto de instancias.
e) Convalidar normas de emergencia restrictivas de los derechos fundamentales.
f) Combatir excesos del poder en general[3].

En el fondo el "activismo judicial" es parte de un proceso de politización de la justicia (y que tiene contrapartida en la judicialización de la política), tan propio de las democracias contemporáneas y probablemente un importante indicador de "mala salud democrática". En nuestro medio Couso desde la politología observa, en una interesante monografía sobre el tema, agudamente: "En este trabajo se aborda la judicialización de la política en países embarcados en procesos de consolidación democrática, específicamente respecto del rol de las cortes en el control de la supremacía constitucional. El interés por este aspecto del fenómeno surge del hecho de que, junto con el retorno o la introducción de regímenes democráticos en decenas de países de América Latina, Europa central-oriental y Asia, la gran mayoría de estas nuevas democracias simultáneamente inauguraron sendos mecanismos de control judicial de la Constitución, convencidos de que ello contribuiría a someter a las autoridades políticas al imperio del derecho (Ginsburg, 2003). Aun cuando las modalidades y mecanismos de revisión judicial de la Constitución difieren entre dichos países, la noción básica de imponer controles

[3] Manili, Pablo Luis, "El activismo (bueno y malo) en la jurisprudencia de la Corte Suprema", *Revista La Ley,* tomo 2006-D, 2006, pp. 1285 y ss., *http://www.pablomanili.com.ar/art_activismo.php* y del mismo autor, "El activismo en la interpretación constitucional de la actual Corte Suprema", ponencia presentada a Congreso Argentino de Derecho Constitucional, XIX Encuentro de Profesores de Derecho Constitucional, realizado en San Miguel de Tucumán, Tucumán, Argentina, durante los días 26, 27, 28 y 29 de agosto de 2009, *http://www.derechotucuman2009.com.ar/descargas/2_005_PABLO_MANILI.doc* y Morelo, Augusto Mario, *La Corte Suprema en Acción*, Buenos Aires, Editorial Platense-Abeledo Perrot, 1989, y del mismo autor, *El Proceso Justo. Del Garantismo Formal a la Tutela Efectiva de los Derechos,* Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994, p. 119.

jurídicos al poder político en defensa de los derechos humanos, es suscrita por la vasta mayoría de las democracias emergentes.[4] Ante esto, surge la pregunta de si las esperanzas puestas en este tipo de mecanismos para apoyar procesos de consolidación democrática están bien fundadas. El presente artículo pretende comenzar a responder esta cuestión".[5]

En cuanto a la segunda cuestión que plantea Couso, esto es, identificar los factores que contribuyen a que emerjan procesos de judicialización de la política, se debe partir por constatar la extensa literatura producida en los últimos años sobre esta materia. Estos trabajos han logrado identificar una serie de elementos que se piensa facilitan el activismo judicial, entre los que se cuentan el trabajo: "La expansión global del poder de la judicatura", de Tate y Vallinder (1995), en el que se ofrece un resumen de las condiciones que facilitarían la aparición de un activo control judicial de la Constitución: "Los factores que contribuyen a la judicialización de la política son varios: la presencia de un régimen democrático; un sistema de separación de poderes; una cultura de derechos [...]; partidos políticos débiles o coaliciones de gobierno frágiles que produzcan atochamiento en la elaboración de las políticas públicas [...]; y, por último, la delegación a las cortes de autoridad para tomar decisiones en ciertas áreas de las políticas públicas [...]. Dicho esto [...] la judicialización de la política puede no darse [...], porque aun bajo una constelación muy favorable de condiciones que la faciliten, el desarrollo real de la judicialización de la política requiere que los jueces tengan las actitudes personales apropiadas, y preferencias fuertes acerca del rol que desempeñan los otros poderes del Estado[...]."[6].

---

4 Nota al pie de página Nº 1 del texto que se cita, la que dice: "Por cierto, el que los regímenes autoritarios que las antecedieron hubieran incurrido en brutales violaciones de los derechos de las personas, sin duda contribuyó a la introducción del control judicial de la constitucionalidad de las leyes".

5 Couso, Javier, "Consolidación democrática y Poder Judicial: Los riesgos de la judicialización de la política", *Revista de Ciencia Política*, Chile, vol. XXIV, núm. 2, 2024, p. 30, *http://www.scielo.cl/pdf/revcipol/v24n2/art02.pdf*

6 *Ibidem,* p. 39.

II. Dos paradigmas: activismo judicial y garantismo procesal

En cuanto a la vinculación de los tribunales a la Constitución, a la ley y a las demás fuentes formales directas, se han forjado en nuestra América dos paradigmas opuestos, teñidos de concepciones y preconcepciones acerca del derecho y de los jueces; expresado en un viejo debate acerca del Estado de derecho y del Estado judicial. En efecto, se opone al "activismo judicial" el "garantismo procesal". En el procesalismo y constitucionalismo contemporáneos se han planteado dos visiones acerca de la posición de los jueces en el sistema político democrático: "activismo judicial" y "garantismo procesal", modelos-actitudes polares, una suerte de ethos posicional, que admiten naturalmente matices.

El denominado "activismo judicial", que según hemos advertido admite matices, para algunos tiene como finalidad cumplir las exigencias de justicia material y del "proceso justo", por lo que invitan a un rol activo de los jueces en la creación pretoriana de derechos, protección de derechos humanos y defensa de las minorías, versión que vendría a equivaler a un cierto "activismo de izquierdas" (o "progresista"); o un "activismo judicial" orientado o abierto a un rol activo pro gubernamental o de blanqueamiento de situaciones de excepción, guerra o emergencia constitucional (como la emergencia económica), o simplemente de consolidación del status quo de privilegio o desigualdades; que vendría a equivaler a un cierto "activismo de derechas"(o "conservador"-"neoliberal"); aunque paradójicamente sean las "derechas" de la contrarrevolución neoliberal-neoconservadora de la década de 1980 las que han criticado el activismo. Paradójicamente en la crítica de derechas al activismo "progresista", se observa muy frecuentemente un activismo de "derechas" mal ocultado. Un ejemplo elocuente de lo dicho en las últimas cinco décadas es en el caso norteamericano, cuna del debate acerca del activismo, son las políticamente ubicuas Cortes Warren-Burger y Rehnquist-Roberts.

Sin embargo, en el pasado, como ocurre en el período de entreguerras el "activismo de derechas" domina a la Corte Suprema norteamericana, llegando a enfrentar a la política del "Nuevo Trato" de F. D. Rooselvet, y es bien conocida la crítica, como lo

advertimos antes, a la "revisión judicial de legislación" en Francia y Europa a través de la obra de Lambert, y que tendría un profundo eco en Francia y en Europa[7]. El "activismo judicial" justifica la posición del juez, cargando las tintas, pretendiendo que en "...en el altar del garantismo formal se frustran los derechos a los que debía brindarse la tutela efectiva" (Morello); como si las "formas" no fueren gravitantes en la legitimidad del sistema democrático y la organización del Estado como un Estado de derecho.

Por otra parte, el denominado "garantismo procesal", sostiene que el activismo destruye las garantías constitucionales del debido proceso legal, que es primariamente adjetivo y secundariamente sustantivo, y en tal proceso debido se verifica la tutela judicial y se heterocomponen conflictos de parte o interviniente, donde el juez o tribunal al igual que los cuadros orgánicos del sistema judicial, dada su vinculación al principio de legalidad, deben ser imparciales e independientes, asegurando la bilateralidad y la contradicción, cuando estos principios básicos son procedentes.

En el fondo del debate "activismo judicial" versus "garantismo procesal", subyace el reconocimiento de que el sistema judicial no funciona o no funciona bien a la hora de las decisiones de adjudicación y, por ende, el "activismo judicial" viene a significar que el sistema político no está en condiciones de dar respuestas a demandas políticas o socioeconómicas y, por tanto, es el sistema judicial la caja de resonancia y el ámbito en que estas demandas deben ser resueltas, por lo que el vértigo del activismo es la politización de la justicia. Un buen ejemplo es el "activismo judicial" asociado a la tutela judicial de derechos sociales en el proceso de amparo ordinario, en que la justiciabilidad viene a sustituir las miserias o insuficiencias de un Estado benefactor.

En este trabajo, dado lo complejo que es abordar monográficamente el activismo, vamos a circunscribir el análisis del "activismo judicial" primero, al Tribunal Constitucional y segundo a la Corte Suprema, dentro del sistema judicial y, finalmente advertiremos algunas "señales" o factores indicativos de activismo, es-

[7] Lambert, Edouard, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis: L'éxperience américaine du controle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, M. Giard, 1921.

pecíficamente, la creación pretoriana de derechos humanos-fundamentales, no ya los derechos implícitos o no enunciados tan en boga hace dos décadas, a través del "bloque de constitucionalidad" y también el recurso a la figura *iuris* de la sentencia atípica, en especial la técnica de la sentencia exhortativa a los poderes públicos democráticos.

Como en otros lugares, más allá del debate entre "activismo judicial" y "garantismo procesal", defenderemos la necesidad de definir una posición del Tribunal Constitucional en base a su competencia tasada en la Constitución, su rol en el balance de poder y la necesaria auto-limitación judicial, deferencia con los poderes públicos, en especial con los poderes revestidos de legitimidad democrática, la admisión real de la presunción de legitimidad de la ley y los actos estatales y la no justiciabilidad de las cuestiones políticas.

En la definición de la posición y legitimidad del Tribunal Constitucional (y que podría también extenderse a la Corte Suprema) la doctrina clásica de la separación de poderes, universalizada por Montesquieu, nos presta un invaluable servicio teórico-práctico al distinguir entre poder de estatuir y poder de impedir; confiriéndole pleno sentido a la definición del poder de los jueces como un poder nulo; lo que en una democracia moderna adquiere pleno sentido al poseer dichos tribunales una legitimidad instrumental o constitucional y no legitimidad democrática. Solo de este modo podemos entender el viejo dogma de la separación de poderes y su salvataje por los tribunales constitucionales, al defender estoss la distribución funcional y territorial de poder político de fuente constitucional y, al mismo tiempo, defender la separación Estado-sociedad (poderes públicos-poderes privados) a través de la técnica de los derechos; y de este modo hacer justiciable el "derecho de la Constitución".

A nuestro juicio, el "activismo judicial", sea de "izquierda" o de "derecha", es la suma de las patologías que afectan al sistema judicial; y tratándose del Tribunal Constitucional o de la Corte Suprema estas patologías son: la "fuerza normativa" de la Constitución, que no es sino un disfraz de un acusado "fetichismo constitucional" que hace tabula rasa de la peculiar tipología y estructura de normas constitucionales, transformando al Códi-

go Político en un demiurgo normativo; un dominante horizonte neo-iusnaturalista o principialista en la argumentación y hermenéutica de la judicatura, que extrae de valores y principios todo tipo de respuestas "normativas" congruente con una máxima discrecionalidad judicial; y el recurso frecuente a las sentencias atípicas, en especial, a las técnicas de interpretación conforme y exhortación al legislador.

A continuación, analizaremos, a modo puramente ejemplar, la jurisprudencia contradictoria del Tribunal Constitucional acerca del bloque de constitucionalidad, aporía que pone en evidencia una auto-comprensión dual que el propio Tribunal tiene acerca de su posición en los poderes públicos y, consiguientemente, de su legitimidad constitucional.

Finalmente, nuestra crítica también se extiende a un "activismo controlado", "moderado" o "responsable", versión edulcorada o de recibo "políticamente correcta" del activismo, que muchas veces confunde engañosamente a éste con un proceso operado en la cultura jurídica consistente en impregnar la hermenéutica y decisiones judiciales de una cultura garantista, y con ello comprometer a los jueces y al mismo tiempo admitir el agotamiento de las técnicas de interpretación conforme a la Constitución, que comprende la interpretación *pro homine* en materia de derechos y sus fuentes formales de reconocimiento y protección; incluyendo en estass tratados internacionales de derechos humanos reconocidos y vigentes. Complementariamente, el "control de convencionalidad", concebida como una doble vía a transitar (sistema judicial interamericano y sistema judicial de los países que lo integran), ofrece una inagotable cantera al activismo nacional e interamericano.

En el juicio crítico al activismo fuerte y débil, de izquierda o de derecha, subyace como postulado reconocer como pieza esencial la posición de estas judicaturas entre los órganos supremos del Estado y una lábil legitimidad constitucional de los jueces constitucionales, con el inevitable añadido de la irresponsabilidad constitucional y política del Tribunal Constitucional (y en cierto sentido de las Cortes en general), y de los débiles controles que a su respecto existen. La posición y legitimidad del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema es el precio que debemos

pagar en el arreglo institucional del régimen político para contar con jueces "sin agradecimiento" a los poderes públicos que los nombran y, por ende, imparciales e independientes; alejados de cualquier vértigo político o de la asunción de un rol misional de custodio o guardián "hercúleo" de la Constitución, o mejor dicho de su "doctrina" o "filosofía perenne", es decir, de un techo ideológico autoritario y neoliberal, con un manto *neoiusnaturalista*.

Una cuestión distinta es la "política de la constitucionalidad", la "constitucionalidad de la legalidad" y la contribución que el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema hacen al sistema democrático y a la injerencia de las minorías políticas, socio-culturales, desventajadas o discriminadas en el proceso político asegurando el respeto de las reglas básicas de su funcionamiento tan caras a la participación y deliberación pública.

III. Activismo judicial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Constitución o bloque de constitucionalidad

En este apartado recurrimos, a modo de verdadero pretexto, a comentar dos sentencias del Tribunal Constitucional, que recogen una doctrina jurisprudencial contradictoria acerca de la posición del Tribunal y su legitimidad, que pasa por su vinculación a la Constitución, a la ley y al principio democrático. En las sentencias analizadas se observan dos autocomprensiones de los propios jueces del Tribunal, que pasan por admitir o no el activismo judicial, a propósito del "bloque constitucional de derechos", típica construcción dogmática del neoconstitucionalismo. Luego, el comentario-pretexto concierne a dos sentencias del Tribunal Constitucional, STC rol N° 1.284/2008, de 24 de septiembre de 2009 y STC rol N° 1.340/2009, de 29 de septiembre de 2009, que, contradictoriamente, resuelven acerca de la posición del Tribunal Constitucional a partir del parámetro de control de constitucionalidad o derecho material: la primera negando, por ende, próxima al paradigma del "garantismo procesal" y la segunda afirmándolo, por ende, derechamente activista, al menos implícitamente, al "bloque de constitucionalidad", categoría que permite ampliar en la práctica inconmensurablemente el derecho constitucional material.

3.1. Constitución y rechazo del "bloque de constitucionalidad"

En la STC rol Nº 1284/2008, de 24 de septiembre de 2009; con motivo de una acción de inaplicabilidad interpuesta por Agrícola Bauzá S.A. impugnando los artículos 124 y 125 del Código de Minería y 8°, inciso quinto, de la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras, el Tribunal Constitucional se pronuncia acerca de la ampliación del parámetro de control de constitucionalidad a leyes orgánicas constitucionales (negando un "bloque de constitucionalidad"), como un aspecto central de la sentencia desestimatoria (STC rol N° 1.284/2008).

En la STC rol N° 1.284/2008, de 24 de septiembre de 2009, señala como "cuestiones de previo y especial pronunciamiento" las siguientes:

> "Quinto. Que la segunda cuestión de previo y especial pronunciamiento sobre la que cabe pronunciarse, consiste en puntualizar el parámetro de referencia que utiliza esta Magistratura para el respectivo análisis de constitucionalidad.
>
> El punto es relevante, porque en el requerimiento se afirma que este Tribunal debe enjuiciar las normas cuestionadas teniendo como punto de referencia no solo la Constitución, sino el bloque de constitucionalidad. Este estaría integrado, según se afirma, por la Constitución y por ciertas leyes que refuerzan los derechos y garantías que la Carta Fundamental consagra".
>
> "Sexto. Que, al respecto, cabe señalar que el parámetro de referencia que tiene en cuenta esta Magistratura al resolver una inaplicabilidad, es solo la Constitución. La norma contra la cual debe examinarse el precepto legal objetado es únicamente la Constitución, no la ley".
>
> "Séptimo. Que, como la tercera cuestión de previo y especial pronunciamiento, cabe señalar que no le corresponde a esta Magistratura controlar la eventual aplicación incorrecta o abusiva de un precepto legal que pueda hacer el tribunal que conoce de la causa que constituye la gestión pendiente".

3.2. Constitución y "bloque constitucional de derechos"

Contradictoriamente con la contundencia del Tribunal Constitucional para no admitir un "bloque de constitucionalidad" que le confiriese forma a la Constitución material, en la STC rol N° 1.340/2009, de 29 de septiembre de 2009, resolviendo una cuestión de inaplicabilidad promovida por el Juez Presidente del Juzgado de Familia de Pudahuel, que impugna, en sede de investigación/reclamación de paternidad, la constitucionalidad del artículo 206 del Código Civil, por producir resultados inconstitucionales al impedir al presunto hijo de un sujeto que fallece con posterioridad a los 180 días siguientes al parto, demandar el reconocimiento de su filiación en contra de los herederos de ese presunto padre fallecido, inconstitucionalidad que se funda en la infracción de tratados internacionales de derechos humanos (artículos 3, 5.1 y 11.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículos 16 y 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y en la infracción de la garantía de igualdad ante la ley del N° 2 del artículo 19 de la Constitución, al establecer, la norma impugnada, una discriminación que no resistiría los test de racionalidad y proporcionalidad, entre presuntos hijos de padres fallecidos para demandar filiación, considerando solo el momento del fallecimiento del presunto padre.

En la STC rol N° 1.340/2009, de 29 de septiembre de 2009; el Tribunal Constitucional construye el conflicto constitucional, admitiendo implícitamente un "bloque constitucional de derechos" (integrado por derechos fundamentales y por "derechos esenciales"), al fundar la infracción genética del conflicto constitucional en el artículo 5º, inciso segundo, de la Carta Fundamental y sus obligaciones dirigidas a órganos del Estado, incluido tribunales, de respetar y promover derechos con fuente en la Constitución y en tratados.

Señala la STC rol N° 1.340/2009, de 29 de septiembre de 2009, lo siguiente:

> Cuarto: Que, [...] el conflicto constitucional sometido a la decisión de esta Magistratura consiste en que, de aplicarse el artículo 206 del Código Civil, a la resolución de aquél, podría verse vulnerada la obligación que pesa sobre todos los órganos del Estado de respetar

> y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, consignada en el inciso segundo del artículo 5º de la Carta Fundamental. Entre dichos derechos se encontraría, precisamente, el derecho a la identidad personal.
>
> Noveno: Que debe reconocerse, en efecto, que los diversos instrumentos internacionales, ratificados por Chile y vigentes, que cita el juez requirente en apoyo de su argumentación, consagran el derecho a la identidad personal generando, por ende, la obligación de los órganos del Estado de respetarlos y promoverlos, en los términos aludidos en el inciso segundo del artículo 5º de la Carta Fundamental.
>
> Vigesimotercero: Que, más bien, habrá que intentar armonizar los derechos del supuesto hijo y de los herederos procurando que ninguno de ellos quede anulado.
>
> [...] Sin embargo, resulta evidente que la eventual afectación de la honra de la familia y de la tranquilidad psíquica de sus integrantes se ve mitigada si la legislación permite que el accionante de mala fe pueda recibir alguna sanción por su proceder perturbador, como ocurre con alguna de las vías mencionadas en el párrafo final del considerando decimoctavo de esta sentencia.
>
> Además, parece importante diferenciar entre el reclamo destinado a constatar la calidad de hijo y aquél que, además, pretende consolidar los efectos patrimoniales que de ello se derivan.
>
> Vigesimocuarto: [...] [E]sta forma de entender la calidad de los herederos como legitimados pasivos permanentes y, en todo evento, en las acciones de reclamación de maternidad o paternidad no conduce a la anulación total de sus derechos que podrían verse comprometidos, sino que simplemente los restringe, posibilidad que no le está vedada al legislador, siempre que no pase a llevar la esencia de los derechos respectivos ni les imponga condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio, conforme al numeral 26 del artículo 19 de la Constitución, lo que no acontece en el presente caso.

Especial interés tiene la disidencia de los Ministros señores Colombo, Navarro y Carmona en la STC rol 1.340/2009, de 29 de septiembre de 2009, disidencia, próxima al paradigma del "garantismo procesal", partidaria de una competencia tasada del Tribunal Constitucional y, por ende, reflejo de una autocom-

prensión de ministros del Tribunal situada en las antípodas de la autocomprensión de la mayoría de los ministros del Tribunal como custodio misional de la Constitución y su sistema material de valores. La disidencia de la sentencia comentada afirma:

> Primero. Que el Tribunal Constitucional no conoce de todo conflicto que se suscite. Solo está facultado para conocer de ciertos conflictos constitucionales que lista el artículo 93 de la Constitución de modo taxativo. El resto de los conflictos, los conocen otros órganos jurisdiccionales.
>
> Segundo. Que los conflictos que conoce en sede de inaplicabilidad tienen en común el hecho que se produzca en ellos una vulneración de la Constitución, por violación de uno o más de sus preceptos, por una determinada aplicación de un precepto legal a una gestión pendiente. [...] No corresponde transformar en conflictos de constitucionalidad los vacíos o las contradicciones de las normas legales si estass pueden ser solucionadas con una debida interpretación o integración. En ese sentido, esta Magistratura ha señalado que son inadmisibles los requerimientos que van dirigidos en contra de las actuaciones del juez en lugar de dirigirse en contra de los preceptos aplicados.

La misma disidencia sitúa el conflicto planteado por el tribunal del fondo a través de la cuestión de inaplicabilidad como un problema de interpretación de la ley y, en consecuencia, no un conflicto constitucional, ya que la eventual contradicción de una interpretación posible del precepto legal impugnado con la Constitución, se salva empleando reglas hermenéuticas que aseguren una interpretación conforme con la Carta.

Señalan los disidentes lo siguiente:

> Tercero. Que, en el presente caso, hay un problema interpretativo de nivel legal, pues hay dos posiciones que se enfrentan sobre el sentido y alcance del artículo impugnado. Una tesis, que llamaremos restrictiva, sostiene que el artículo 206 solo permite que los hijos del presunto padre o madre muerto para demandar a los herederos de éste en búsqueda del reconocimiento filiativo, lo puedan hacer únicamente en los dos casos que contempla: hijo póstumo y padre o madre fallecidos dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto. La otra tesis, que llamaremos amplia, sostiene que este

> precepto debe mirarse como una excepción, pues hay otros preceptos del Código Civil que abren la posibilidad de demanda a otras situaciones que las contempladas en el precepto impugnado.
>
> Cuarto. Que para construir la inconstitucionalidad, el requerimiento opta por la tesis restrictiva. La imposibilidad de demandar de reconocimiento filiativo a posibles hijos que se encuentran en situaciones distintas a las reguladas en el artículo impugnado es lo que funda la eventual vulneración del derecho a la identidad (no se permite demandar a todos por el reconocimiento de su origen) y de la igualdad ante la ley (aquellos que se encuentren en las situaciones del artículo son privilegiados en relación al resto).
>
> Quinto. [...] Ello, a juicio de estos disidentes, implica, en primer lugar, tomar partido en un conflicto de nivel legal, invadiendo las atribuciones de los tribunales ordinarios y convirtiéndose en árbitro de disputas legales. [...]
>
> No le corresponde a esta Magistratura sustituir al juez ordinario definiendo una interpretación legal correcta. Una intervención en ese sentido lo convierte en un juez de casación, o sea, de guardián de la correcta aplicación de la ley.

Los disidentes estiman que ante tal problema de interpretación legal, el tribunal del fondo debe agotar las posibilidades de interpretación conforme a la Constitución, exhortando a:

> Sexto. Que, en segundo lugar, implica contradecir el principio interpretativo conforme al cual solo si se agotan las posibilidades de conciliar la norma cuestionada con la Carta Fundamental, cabe declarar la inconstitucionalidad. Pero si dicha posibilidad existe, tal declaración debe evitarse por estar en juego la presunción de constitucionalidad de las normas legales y la deferencia que esta Magistratura debe tener con el legislador.
>
> Octavo. Que, en íntima conexión con el principio de presunción de constitucionalidad de la ley se encuentra el principio de la "interpretación conforme", en virtud del cual el Tribunal intenta "buscar la interpretación de las normas que permitan resolver, dentro de lo posible, su conformidad con la Constitución" (STC rol 217). Y solo si ello no es posible, es decir, si se han agotado los esfuerzos de conciliación entre la norma objetada y la Constitución, cabe la declaración de inconstitucionalidad, pero no antes [...].

Finalmente, los disidentes precisan el contenido de la garantía institucional genérica de derechos fundamentales y derechos humanos del artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución al señalar:

> Undécimo. Que, por otra parte, cabe considerar que el deber de respeto y promoción a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y que estén establecidos en tratados internacionales ratificados por nuestro país y vigentes, es un mandato para los "órganos del Estado". Pero dicho mandato lo deben cumplir desde sus propias atribuciones. El artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución Política, no es una habilitación de potestades para que cualquier órgano del Estado, bajo el pretexto de invocar su obligación de respeto y promoción, exceda o invada la competencia de otros órganos del Estado. [...]
>
> En el presente caso, a juicio de estos disidentes, puede perfectamente armonizarse ley y tratados, sin poner entre medio la Constitución.

3.3. ¿"Quo vadis" Tribunal Constitucional?

No es este el lugar para extendernos en un merecido comentario crítico de las sentencias del Tribunal Constitucional, cuya inconsistencia es patente en relación a admitir un "bloque constitucional" que abra el derecho material de esta judicatura, de suerte que el parámetro del control de constitucionalidad es: el Derecho de la Constitución o Constitución, o un amorfo "bloque constitucional" en que la *iusfundamentalidad* no arranca de la posición y entidad de la fuente formal Constitución, sino de una "esencialidad" metafísica: la naturaleza humana y valor-principio de dignidad humana, como fundantes de derechos esenciales-fundamentales.

La artificialidad de incrustar el "bloque de constitucionalidad" y los peligros que esta fórmula importa para el sistema de fuentes y el principio democrático, por una parte, y para la posición y legitimidad del Tribunal Constitucional, por otra, lo hemos puesto de relieve en otros lugares y criticando la postura que en este campo sostiene el distinguido profesor Humberto Nogueira Alcalá.[8]

[8] Zúñiga Urbina, Francisco, "Derechos Humanos en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno: apostillas sobre Tratados y Constitución",

Además, un "bloque constitucional" anida un quiebre de la línea de separación constitucionalidad-legalidad, en la que los tribunales del fondo (jueces), deben actuar conforme a la Constitución, es decir, desempeñar sus funciones ministeriales de acuerdo a directrices constitucionales, argumentar, interpretar, integrar, y formular decisiones con sujeción a la ley y normas *infraconstitucionales*, pero siempre conforme a la Constitución. Desde esta separación constitucionalidad-legalidad es posible pensar un coherente control de constitucionalidad abstracto y concreto, en que los jueces también están legitimados para acceder al Tribunal Constitucional.

IV. ¿"Quo vadis" Corte Suprema?

En otro campo, en nuestro medio se ha analizado el activismo judicial de nuestras cortes y del Poder Judicial, de la mano del proceso de amparo ordinario de derechos fundamentales. Así recientemente, por la vía ejemplar Henríquez alude a este fenómeno de la mano de potencialidad expansiva, vía sobre-interpretación de los derechos fundamentales; activismo que tendría un sentido fuerte o un sentido moderado. El activismo judicial en un sentido fuerte se "produce cuando los tribunales, intencionadamente y destacando la importancia del derecho protegido, fallan a favor de aquél prescindiendo de lo dispuesto por las normas vigentes", lo que se produce cuando se atribuyen garantías a los derechos no expresamente reconocidas y cuando se le asignan a los derechos un contenido más amplio que el establecido en la fuente iusfundamental. El activismo judicial en un sentido moderado se "produce cuando los tribunales, intencionadamente y destacando la importancia del derecho protegido, fallan en su favor de forma indirecta, protegiéndolo mediante la expansión del contenido de otros derechos fundamentales relacionados o no".[9]

Revista de Derecho Político, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, núm. 71-72, 2008, pp. 787-827.

[9] Henríquez Viñas, Miriam, "¿Activismo Judicial en la obtención de cobertura adicional para enfermedades catastróficas?", *Estudios Constitucionales*, CECOCH, año 8, núm. 1, 2010, pp. 401-424.

La Corte Suprema en su jurisprudencia reciente ha mostrado un creciente activismo judicial, otorgándose un rol más allá de la mera interpretación de la norma a aplicar en el caso, arrogándose la facultad de determinar la vigencia de normas legales que sean contrarias a la Constitución en los casos que conoce, declarando su derogación o mejor dicho "inconstitucionalidad sobrevenida".

Resulta expresivo de ello la sentencia de dicho tribunal en los autos Rol N 35.236-2016 en sede de apelación de recurso de protección de 30 de agosto de 2016, la cual se origina ante la negativa del Servicio de Registro Civil e Identificación (SRCeI) a la solicitud de hora para contraer matrimonio entre un ciudadano húngaro y una ciudadana chilena basado en que el primero de ellos no contaría con cédula de identidad para extranjeros, documento que por lo demás no puede obtener por encontrarse vigente decreto de expulsión en su contra.

El servicio público habría sustentado su decisión principalmente en el artículo 76 del decreto ley Nº 1.094 de 1975, el cual indica: "Los servicios y organismos del Estado o municipales deberán exigir a los extranjeros que tramiten ante ellos asuntos de la competencia de esos servicios, que previamente comprueben su residencia legal en el país y que estén autorizados o habilitados para realizar el correspondiente acto o contrato".

La Corte Suprema señala que, en virtud de las funciones conservadoras, el juez tendría la facultad de ejercer un control de constitucionalidad de las leyes y, por tanto, de declarar la derogación de normas pretéritas que sean expresamente contrarias a la Constitución frente a su aplicación en los casos que conoce ("inconstitucionalidad sobrevenida"). Ello según la Corte sería diferente al control concreto de constitucionalidad vía acción de inaplicabilidad radicada en el Tribunal Constitucional. En palabras de la Sala Constitucional de la Corte Suprema:

> 6º.- [...] Lo ha dicho de manera reiterada la Corte Suprema y la Sala Penal en particular, que la constitucionalidad está referida a un examen de compatibilidad entre una norma legal y una norma constitucional, en que la primera es la controlada y esta última actúa como patrón de control. [...] [S]i de su comparación surge una antinomia [...], puesto que se desprenden decisiones que no llegan

> a una misma determinación, corresponde resolver sobre las consecuencias de tal determinación.
>
> La tarea del tribunal ordinario, en lo que respecta al derecho aplicable importa múltiples cometidos, entre ellos se encuentra el determinar el derecho aplicable al caso [...]. En segundo lugar, ante una divergencia incompatible entre distintas normas que integren el ordenamiento jurídico, le corresponde atender la forma en que tendrá aplicación cada una de las disposiciones en relación con los hechos del pleito, examinando en detalle la posible compatibilidad de los preceptos y [...] resolver sobre las consecuencias que esa determinación origina a las normas en conflicto, la que estará determinada por un reproche negativo y de falta de legitimidad, que impone una privación de efectos, que en cuanto a la aplicación de las leyes en el tiempo, implica que la norma posterior, deroga a la norma anterior.

Este efecto derogatorio que sería parte de las facultades de los tribunales ordinarios, permite que se establezca la vigencia de una norma legal anterior a la Carta Fundamental y que sea incompatible con sus normas, a lo que en palabras de la Corte Suprema "se le puede llamar cesación de eficacia, decaimiento o nulidad, pero lo definitivo es que se priva a una ley anterior de fuerza obligatoria y eso es derogación por estar en contraposición con la norma constitucional." (considerando sexto).

La falta de precisión en la pretensión de considerar como sinónimos los conceptos antes señalados revela la poca prolijidad con la que se ha intentado auto-atribuir funciones la Corte Suprema respecto de la vigencia de los preceptos legales que sean parte del marco normativo aplicable a los hechos del caso. La complejidad del sistema de jurisdicción constitucional con la participación de diversos órganos y actores no obsta a que éste siga siendo concentrado, permaneciendo el ejercicio de la facultad de declarar inaplicabilidad e inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional.

Pretender que existe un efecto derogatorio "automático" de las disposiciones que sean contrarias a la Constitución en relación con el principio de temporalidad afecta la seguridad jurídica y derivaría, como consecuencia de su declaración en consecutivos casos, una derogación de facto, cesación de vigencia que

requiere de una declaración formal de la autoridad facultada para ello. Pero todo ello es una visibilización del activismo de la Corte Suprema y en particular del ethos de su Sala Constitucional; lo que permite conjeturar en eventual conflicto de jurisdicciones.

V. ¿Choque de Jurisdicciones?

La antes comentada sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema desencadena en nuestro sistema de justicia constitucional, empapado de activismo, una reacción del Tribunal Constitucional. Este tribunal especial el 4 de noviembre de 2016, se reúne en la denominada "jornada de reflexión interna", en la que define su posición institucional en torno a la inconstitucionalidad sobrevenida o derogación tácita.

Señala que en virtud al principio de competencia de los órganos del Estado contenido en el artículo 7 de la Constitución Política, estoss solo pueden hacer lo que les permite expresamente la Constitución y las leyes. En este sentido, en un sistema de justicia constitucional concentrado, sería el Tribunal Constitucional el órgano que posee atribuciones exclusivas y excluyentes para declarar la inaplicabilidad e inconstitucionalidad de una ley, potestad entregada por la reforma constitucional de 2005 promulgada por la Ley N. 20.050 y el artículo 93, 6, y 7 de la Constitución.

Continúa señalando que en cuanto a la supremacía constitucional "en el régimen jurídico en vigor, los jueces están vinculados a la ley, pero también a la Constitución (artículo 6º). De manera que, si en un caso de que conozcan entienden que la ley aplicable no se conforma con la Carta Fundamental, están obligados a plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional, única magistratura llamada a pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes".

Luego, respecto a la legislación preconstitucional y la anotada inconstitucionalidad sobrevenida, concluye que es un problema cuya resolución compete exclusivamente y excluyente al Tribunal Constitucional, lo que ha sido manifestado en diversas sentencias e incluso reconocido por otras magistraturas, que en varias oportunidades han requerido de inaplicabilidad, incluyendo la Corte Suprema.

Sobre la supuesta derogación por inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional agrega que no existe en la Carta Fundamental clausula alguna sobre derogación de normas preexistentes, "ello porque el Constituyente estableció como único mecanismo derogatorio de leyes el contemplado en los artículos 93 Nº7 y 94, inciso tercero".

Un nuevo frente en este "choque de jurisdicciones" se produce recientemente cuando el Tribunal Constitucional resuelve una contienda de competencia (conflicto de jurisdicción entre autoridades políticas o administrativas y tribunales de justicia), planteada por el Contralor General de la República con motivo de un litigio relativo a legislación previsional de la defensa nacional (juicio declarativo de mera certeza); inclinándose por arropar la acción deducida por el organismo contralor. En paralelo la misma Contraloría General de la República plantea otra contienda de competencia ante el Senado del Congreso Nacional contra la Corte Suprema de Justicia.

El resultado del "choque de jurisdicciones" decide la suerte del control concreto de constitucionalidad vía inaplicabilidad residenciado en el Tribunal Constitucional, tipo de control cuantitativa y cualitativamente muy significativa en la carga de trabajo de esta judicatura. Y se decide la suerte, puesto que esta variante de control es un enjuiciamiento de constitucionalidad por vicios de inconstitucionalidad material de legislación preconstitucional. También de este "choque de jurisdicciones" abre un escenario de guerra de "posiciones" entre Poder Judicial, Tribunal Constitucional y Contraloría General de la República; guerra marcada por un ethos activista de todas estas instituciones, un activismo propio de una "hoguera de vanidades".

5.1. Primera conclusión: de vuelta a la separación de poderes

Finalmente, cerrando el abordaje del activismo judicial y su impacto en la jurisprudencia constitucional mediante el artificio del "bloque constitucional" o "bloque constitucional de derechos" cabe retomar la pregunta recogida al cerrar un capítulo anterior,

lo mismo que otros juristas locales al adentrarse en los temas de jurisdicción constitucional y al comentario de jurisprudencia: ¿*Quo Vadis* Tribunal Constitucional? O ¿Quo Vadis Sala Constitucional de la Corte Suprema?, pregunta-dilema que nos reconduce a la posición del Tribunal o de la Corte Suprema en el balance de poder, el permanente "Scila" del "activismo judicial" y el permanente "Caribdis" del "garantismo procesal", de la autolimitación y deferencia con los poderes públicos democráticos y, en último término, con el pueblo, último depositario del poder constituyente.

En un Estado democrático, esta posición especialmente del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema la fija la Constitución, importando subordinación de los Tribunales del sistema judicial a esta y deferencia con los poderes públicos y, de ningún modo, la creación pretoriana del derecho de la Constitución por quienes están llamados a actualizar e interpretar las normas *iusfundamentales* en un proceso político abierto y en una comunidad abierta de intérpretes de las mismas normas. Subyace a lo dicho algo elemental, la Constitución, en un sistema de fuentes formales del ordenamiento de raíz democrática, es un subsistema normativo *iusfundamental* expresión autodeterminada de las decisiones políticas fundamentales que el pueblo adopta en un tiempo histórico, a través del poder constituyente originario o derivado; y no el fruto de decisiones judiciales de quienes tienen una competencia tasada con "absoluta precisión" en la Constitución para su defensa (STC rol Nº 1.295/2008, de 6 de octubre de 2009, cons. 12º). En consecuencia, la posición jerárquica de la Constitución y doble dimensión de fuente de fuentes formales y de fuente de un derecho específico (derecho de la Constitución), enlaza con el principio democrático, tal cual la modélica "*Stufenbau Theorie*" de la Escuela de Viena (Merkl y Kelsen) nos invita a concebir el edificio estatal[10]. En la lógica del Estado democrático el Tribunal Constitucional está llamado asegurar la "constitucionalidad de la legalidad", es un sentido figurativo "legislador negativo", no "legislador positivo" ni "constituyente positivo".

[10] Merkel, Adolf, "Prolegómenos a una teoría de la estructura jurídica escalonada del ordenamiento", *Revista de Derecho Constitucional Europeo,* núm. 2, julio-diciembre de 2004, pp. 235-259 y núm. 2, 2005, pp. 301-324.

El lastre ideológico autoritario y neoliberal de la Constitución 1980/2005 vigente, que en su origen es otorgada, no es una buena razón para superar el déficit de derechos y de apertura ideológica a las tradiciones constitucionales democráticas y sociales, a través de la conversión de la Constitución material en Constitución formal operada por medio de un "bloque constitucional de derechos". El déficit en el sentido de incompletitud del catálogo de derechos y amarres de la transición que petrificaban de la "carta de derechos" de la Constitución de sesgo ideológico neoliberal permiten perfilar los contornos de un neoconstitucionalismo y su "justificación" histórico-política; pero a riesgo de socavar la democracia y la soberanía popular. Ello olvida que lo central es el cambio constitucional, el cual es un precipitado normativo histórico de fuerzas políticas que desde el conflicto y la integración arman los consensos institucionales, admitiendo o tolerando legítimos disensos, en ocasiones disensos profundos.

Por añadidura no solo identificamos un activismo de "izquierda" sino un neoconstitucionalismo vaporosamente "progresista" o "liberal"; que lleva décadas obsesionado por los catálogos o cartas de derechos en las constituciones de América Latina, a riesgo de un acusado desarrollismo constitucional o patológicamente "grafomanía constitucional"[11]; obsesión, además, enderezada a llevar a la Constitución o al derecho constitucional de los estados nacionales los tratados de derechos humanos (asignando jerarquía o creando un bloque constitucional de derechos), y que alimenta una masa amorfa de derechos "fundamentales", en una patológica "elefantiasis de derechos". Esta "izquierda" o "progresismo" neoconstitucional descuida dos cuestiones capitales: primero la acción política y de partidos con vocación de poder y con programas de progreso, reforma o cambio, y segundo, descuida la "sala de máquinas" del Estado. Esta segunda cuestión capital, es consecuencia directa de la obsesión por los derechos "fundamentales", y tras la dejación del Estado, su Gobierno y Administración, las políticas públicas y la actividad servicial; subsiste el recurso fácil de asignarle responsabilidades al sistema judicial (Poder Judicial y Tribunal Constitucional) en la procura

[11] Sartori, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados,* México, F.C.E., 1996, pp. 213-218.

de los derechos en especial prestacionales y en el señalamiento del rumbo de políticas públicas.

En suma una paradoja: el "progresismo" neoconstitucional termina justificando una nueva legitimidad no democrática del poder: una legitimidad burocrático-judicial y elitista, y de este modo alimentando a una suerte de "Leviatán" judicial integrado por super-jueces.

La política democrática, la deliberación, los espacios de ciudadanía, los partidos, las elecciones, no deben ser sustituidas por decisiones de una aristocracia togada (jueces, letrados, funcionarios, profesores de derecho); sin poner en entredicho la democracia misma y el imperio de la ley tan propia de un Estado de Derecho. Esto transforma al activismo judicial en una opción elitista, no indiferente usualmente a la segmentación social que sitúa o coopta a esta aristocracia togada entre las minorías privilegiadas o las pone a su servicio, elitismo negador de la democracia, y tributaria en último término de un elitismo epistemológico desbordante, que atraviesa a fuerza de activismo todas las decisiones públicas.

La política, y no la justicia, nos permite situarnos equilibradamente en el plano teórico-práctico constitucional: frente al catálogo o carta de derechos y la sala de máquinas; metáfora del jurista trasandino Roberto Gargarella para designar la organización del poder y de la participación de la ciudadanía[12]; y en ese plano descubriremos que el Estado, el Gobierno y la Administración, e incluso el régimen político resultan anacrónicos o anticuados para las exigencias de democracia y gobernabilidad en el siglo XXI.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional tiene una posición que determina su relación hacia los poderes públicos democráticos y, en especial, hacia el legislador democrático, posición que importa deferencia y de no admitir la justiciabilidad de las cuestiones políticas; velando porque "[...] la ley no vulnere los límites constitucionales, lo que significa [...] garantía de una cierta

12 Gargarella, Roberto, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Buenos Aires, Editorial Katz, 2014.

esfera de autonomía del legislador, que comprende, básicamente, el conjunto de apreciaciones de conveniencia y oportunidad política que lo llevan a la adopción de una u otra fórmula normativa orgánica." (STC rol Nº 1.295/2008, de 6 de octubre de 2009, cons. 28º; en el mismo sentido SSTC roles Nº 786/2007 y Nº 896/2007, entre otras).

Un notable auxilio a posicionar al Tribunal Constitucional lo entrega la clásica doctrina de la separación de poderes, ya que esta judicatura fue pensada, al menos en la teorización de Kelsen, como un conjunto de garantías procesal constitucionales orientadas a salvar esta separación o reparto de poderes dado el crecimiento y mayor complejidad del Estado. En palabras de Monstesquieu, desde cierta cratología-antropología pesimista acerca del poder político, entiende que "por la disposición de las cosas, el poder detiene al poder", por lo en el esquema trinitario el poder de juzgar es un "poder nulo", y al que se engarzan los poderes de estatuir y de impedir. El poder de estatuir es la prerrogativa de ordenar por su propia cuenta, o de corregir, enmendar, rehacer lo que otro ha hecho; y el poder de impedir es la prerrogativa de rechazar, y de hacer nulo lo que otro ha ordenado. En esta dialéctica se integra el Tribunal Constitucional, solo revestido de un poder de impedir, y en tal medida un órgano supremo del Estado "menesteroso", autolimitado, cuya autoridad y legitimidad arranca principalmente de sus decisiones.[13]

De este modo, la doctrina de la separación de poderes y la dialéctica poder de estatuir-poder de impedir, son un puntapié de partida de una autocomprensión de Tribunal Constitucional, como tribunal de derecho, instituido para salvar la separación de poderes, y con ello fijar los límites que la autoridad y libertad tienen en un Estado de Derecho; autocomprensión necesaria para

[13] Montesquieu, Charles de Secondat, barón de, *Del espíritu de las Leyes*, 6a. ed., trad. de N. Estévanez, estudio preliminar de D. Moreno, México, Edit. Porrúa, 1985, en especial las citas y definiciones provienen del archiconocido libro XI, capítulo VI de la obra, pp. 104-110. Una sinopsis del dogma de Zúñiga Urbina, Francisco, "Montesquieu y el dogma de la separación de poderes", *Colección Ideas*, *Fundación Chile 21*, Santiago, 2003. Del mismo autor, "Separación de poderes y Estado de derecho", *Revista de Derecho*, Pontificia universidad Católica de Valparaíso, núm. XIV, 1991-1992.

que funcionen los mecanismos institucionales correctivos o preventivos de activismo judicial como la autolimitación, deferencia razonada, no justiciabilidad de cuestiones políticas, entre otras. El poder de impedir de Montesquieu es el "legislador negativo" de Kelsen; único poder de los jueces compatible con el Estado de derecho; y nuestra decisión *iusfundamenta*l acerca de la forma política del Estado como república democrática. Al mismo tiempo tal autocomprensión del Tribunal Constitucional, permite no admitir la legitimidad de sentencias atípicas y exige de esta judicatura el empleo cuidadoso, dimensionando la eficacia y valor normativo, de normas de conducta *iusfundamentales* en la que cristalicen valores superiores del ordenamiento y principios constitucionales; y de esta manera reconociendo a los poderes públicos democráticos la determinación de significado de tales valores-principios a través de fuentes *infraconstitucionales*; lo que significa conferirle centralidad al legislador democrático.

5.2. Segunda conclusión: Deferencia del Tribunal Constitucional al Poder Judicial

Como hemos dicho insistentemente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es reflejo de dos autocomprensiones acerca de su posición y legitimidad, aunque tiende a prevalecer una autocompensión adscrita teórica e ideológicamente a los conocidos tópicos del neoconstitucionalismo. Las aporías de la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional, junto al peligro actual de un "activismo judicial" creador pretoriano de derechos humanos-fundamentales, a partir de una esencialidad *neoiusnaturalista*; también plantea un problema en la relación que esta judicatura debe tener con los tribunales ordinarios y especiales del sistema judicial, en especial la relación abierta por el binomio legalidad-constitucionalidad, y abren una incógnita, como lo hemos destacado en otro lugar, acerca del empleo de la "cuestión de inaplicabilidad" por los jueces.

Esta incógnita deriva de los desincentivos, en orden a entablar "cuestiones de inaplicabilidad" por los jueces, que la jurisprudencia del Tribunal produce en la medida que, por una parte, reafirma la vinculación primaria de los tribunales del fondo al

principio de legalidad, en un sistema de fuentes en el cual aún la ley es la fuente primaria del ordenamiento jurídico y, por otra, contradictoriamente al ampliar el parámetro del control de constitucionalidad, al menos implícitamente afirmando un "bloque constitucional de derechos", a través del artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución y su reenvío a derechos humanos de fuente convencional, limita severamente las posibilidades de que los tribunales del fondo realicen una hermenéutica de la ley conforme a la Constitución. Al mismo tiempo, se limita a los tribunales del fondo en orden a abordar a los tratados internacionales como fuentes *infraconstitucionales*, que importen una fuente apta para una mejor protección de derechos fundamentales y derechos humanos, cuando tales tratados no requieran transformación o desarrollo de derecho interno, al estar dotados en sus disposiciones de densidad normativa y autoejecutividad necesarias, y gocen en esta perspectiva de una aplicación preferente frente a fuentes formales *infraconstitucionales*, resolviendo así el conflicto de normas, e interpretando derechos conforme a reglas o principios que aseguren su más plena eficacia.

En términos simples, destruir la Constitución formal o derecho de la Constitución, imponiendo una Constitución material, bajo la forma de "bloque constitucional de derechos", no solo quiebra los principios ordenadores de las fuentes y el principio democrático, sino que genera una doble clausura. Primero en relación a la separación, entre el campo de la legalidad propia de la competencia de los tribunales del fondo y el campo de la constitucionalidad propio del Tribunal Constitucional, se produce la clausura de una sana o vivificante constitucionalización del obrar jurisprudente de los tribunales del fondo utilizando la técnica hermenéutica de la interpretación conforme a la Carta Política de la ley y las fuentes del derecho que utilizan en sus decisiones; en la medida que el derecho constitucional material engulle los tratados o los "derechos" de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados y vigentes. Segundo, también clausura el proceso de afianzamiento en nuestra cultura jurídica, de una nueva cultura garantista, paradigma que permita a estos tribunales (y jueces) a utilizar los tratados internacionales de derechos humanos, como fuentes *extraordinem* incorporadas al ordenamiento jurídico. El "bloque constitucional de derechos" incorpo-

ra a la Constitución material a los tratados internacionales e insufla el parámetro del control de constitucionalidad que emplea el Tribunal Constitucional, utilizando para ello incorrectamente la garantía institucional del artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución y, de este modo, sustrae tales tratados del campo de la legalidad o decisión de los tribunales del fondo.

En este sentido se hace necesario destacar una jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema alejada de la ambivalencia del Tribunal Constitucional que, con motivo de la incorporación del Convenio Nº 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas, no recurre a mecanismos de conversión de éste en parte integrante de la Constitución material como "bloque constitucional", sino que lo trata como una fuente formal de derecho internacional convencional *extraordinem* sometida a un principio de aplicabilidad y que debe ser armonizado en su inserción en el derecho interno con las fuentes formales *intraordinem*, y en todo caso subordinada a la Constitución. Ejemplarmente la sentencia de la Corte Suprema rol Nº 4078/2010 de 14 de octubre de 2010, señala:

> SEGUNDO: Que cabe destacar a su vez que la consulta a los pueblos interesados [...] tiene por finalidad arribar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas, pero jamás dicha forma de participación podría constituirse en una consulta popular vinculante ni afectar las atribuciones privativas de las autoridades que la Carta Fundamental determina. [...].
>
> Lo anterior significa que los pueblos indígenas, al igual que el resto de los habitantes de este país, están sometidos al ordenamiento constitucional vigente, sin que se les hayan transferido potestades que impliquen, en los hechos, un ejercicio de la soberanía. Sí se les reconoce el goce de determinados derechos que quedan comprendidos, como se ha dicho, dentro de los ámbitos que define nuestro texto constitucional.
>
> QUINTO: Que en concordancia con lo antes descrito, el artículo 34 del Convenio N° 169 contiene una norma que flexibiliza la incorporación de dicho tratado internacional al derecho interno, disponiendo que "La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país.

La jurisprudencia citada fragmentariamente, contrasta con la ambivalencia del Tribunal Constitucional en materia de bloque de constitucionalidad. Con todo, esta criticada orientación jurisprudencial o ambivalencia del Tribunal, es prisionera de la suma de muchas patologías que aquejan a la jurisdicción constitucional, el "activismo judicial", el cual en la demarcación de los campos de la legalidad y constitucionalidad, y vinculaciones de los jueces al principio de legalidad y a la Constitución, termina siendo muy poco deferente con los tribunales del fondo y, por cierto, con los poderes públicos democráticos o el pueblo como depositarios del poder constituyente.

En especial el activismo judicial del Tribunal Constitucional es muy poco deferente con el Poder Judicial, el cual está enderezado, en ejercicio de su "potestad conservadora", a la tutela de derechos fundamentales a través del proceso de amparo ordinario y a la tutela de los derechos humanos en general, tutela judicial restauradora o reintegrativa que utiliza como derecho material el derecho de la Constitución, la legislación y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados y vigentes.

Paradójicamente, esta falta de deferencia del Tribunal Constitucional termina favoreciendo es una vis activista que la Sala Constitucional de la Corte Suprema desapodere de competencia a tal Judicatura al permitir que los jueces del fondo del poder judicial puedan pronunciarse acerca de la inconstitucionalidad sobrevenida de la legislación preconstitucional. El resultado conjetural: un choque de jurisdicciones.

5.3. Tercera conclusión: Prospectiva

Por último, esta reciente y contradictoria jurisprudencia empapada de activismo contribuye a deslegitimar al Tribunal Constitucional, un tribunal de derecho, llamado a insertarse en el sistema judicial con deferencia hacia el Poder Judicial y la Justicia Electoral, ya que, como lo indica la judicatura constitucional, la decisión acerca de conflicto de normas, integración e interpretación de normas legales corresponde exclusivamente a los tribunales creados por ley y, tratándose del orden judicial, el órgano

llamado a unificar la interpretación de la ley es la Corte Suprema (STC rol Nº 1.295/2008, de 6 de octubre de 2009; STC rol Nº 810/2008, cons. 9º; y SSTC roles Nº 513/2006, Nº 980/2007, Nº 1.201 y Nº 1.240). El Tribunal Constitucional encuentra su legitimidad instrumental en la actualización a través del proceso constitucional del derecho de la Constitución, por lo que sus decisiones o sentencias son claves en tal legitimidad, deben ser fundadas, consistentes y comunicables a los poderes públicos, a los justiciables y a la opinión pública. Luego más allá del consenso-disenso que planteen las sentencias del Tribunal en la opinión pública, en la academia y en el foro, las que nutren a la doctrina y al debate constitucional, sí cabe esperar de estas decisiones una cierta consistencia y que permitan abrir un puente entre legalidad y constitucionalidad.

Sin embargo, prospectivamente estas orientaciones jurisprudenciales pueden cambiar, pero se instalan en un contexto político institucional de pasado y presente en que esporádicamente el Tribunal Constitucional emerge como un actor del proceso político, dueño o creador pretoriano *deus ex machina* de su competencia, erigido en custodio supremo de la Constitución y de su "sistema material de valores" obra de un poder constituyente autoritario en lo político y neoliberal en lo económico, refugiada en un inocultable originalismo (textualista o intencionalista) y que realiza una lectura de la Ley Fundamental desde un anacrónico horizonte ideológico-valórico (*neo*) *ius*naturalista o principialista, que *verbigracia* le permite la conversión de derechos humanos en derechos fundamentales, por una especial alquimia: la esencialidad-fundamentalidad de los derechos que emanan de la "naturaleza humana".

Ciertamente, se abre hoy un compás de espera y dialécticamente cabe abrigar la esperanza de que se resuelva la jurisprudencia del Tribunal Constitucional por la conciliación de legalidad y constitucionalidad, en la que los jueces tienen vía franca para acceder a esta judicatura una vez agotadas las posibilidades de interpretación conforme a la Constitución y dispuestas las fuentes formales del ordenamiento destinadas a heterocomponer el conflicto desde las coordenadas de una cultura garantista.

Asimismo, cabe esperar que prime en el Tribunal Constitucional una autocomprensión de este órgano como un tribunal de derecho, con una posición institucional orientada al balance de poder desde una competencia tasada en la Constitución, interactuando desde la deferencia y autolimitación con los poderes públicos democráticos e integrando armónicamente el "sistema judicial", poseedor de una legitimidad instrumental y, por ende, precaria en una "democracia constitucional". El Tribunal Constitucional tiene un lugar en la siempre inacabada empresa o lucha por asegurar el imperio del derecho.

Referencias

Berger, R., *Government by Judiciary. The transformation of the fourtheenth Amendment*, Cambridge, Harvard University Press, 1977.

Brent Swisher, Carl, *El Desarrollo constitucional de los Estados Unidos*, trad. de H. Charny, Buenos Aires, Edit. Bibliográfica Argentina, 1958, 2 vol., t. II.

Couso, Javier, "Consolidación democrática y Poder Judicial: Los riesgos de la judicialización de la política", *Revista de Ciencia Política,* Chile, vol. XXIV, núm. 2, 2024.

Evans Hughes, Charles, *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, 2a. ed. corregida y aumentada, apéndice de W. J. Brennan Jr., prólogo de A. Carrillo Flores, trad. de R. Molina y V. Herrero, México, F.C.E, 1971.

Gargarella, Roberto, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010),* Buenos Aires, Editorial Katz, 2014.

Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *La justicia Constitucional*, Buenos aires, Depalma, 1994.

Henríquez Viñas, Miriam, "¿Activismo Judicial en la obtención de cobertura adicional para enfermedades catastróficas?", *Estudios Constitucionales,* CECOCH, año 8, núm. 1, 2010.

Lambert, Edouard, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis: L'éxperience américaine du controle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, M. Giard, 1921.

Manili, Pablo Luis, "El activismo (bueno y malo) en la jurisprudencia de la Corte Suprema", *Revista La Ley*, tomo 2006-D, 2006.

Manili, Pablo Luis, "El activismo en la interpretación constitucional de la actual Corte Suprema", ponencia presentada a Congreso Argentino de Derecho Constitucional, XIX Encuentro de Profesores de Derecho Constitucional, realizado en San Miguel de Tucumán, Tucumán, Argentina, durante los días 26, 27, 28 y 29 de agosto de 2009.

Merkel, Adolf, "Prolegómenos a una teoría de la estructura jurídica escalonada del ordenamiento", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 2, julio-diciembre de 2004 y núm. 2, 2005.

Montesquieu, Charles de Secondat, barón de, *Del espíritu de las Leyes*, 6a. ed., trad. de N. Estévanez, estudio preliminar de D. Moreno, México, Edit. Porrúa, 1985.

Morello, Augusto Mario, *La Corte Suprema en Acción*, Buenos Aires, Editorial Platense-Abeledo Perrot, 1989.

Morello, Augusto Mario, *El Proceso Justo. Del Garantismo Formal a la Tutela Efectiva de los Derechos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994.

Pinto, Roger, *La Cour Supréme et le New Deal*, París, Sirey R., 1938.

Pizzorusso, Alessandro, "El Tribunal Constitucional italiano", en AA., VV., *Tribunales Constitucionales europeos y derechos humanos*, Madrid, edita CEC, 1984.

Rubio Llorente, Francisco "La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho", *Revista Española de Derecho Constitucional*, España, núm. 22, 1988.

Sagüés, Néstor Pedro, "Activismo y garantismo. A propósito del "juez actor", del "juez investigador" y del "juez preservador", en el derecho procesal constitucional", en él mismo, *La Constitución bajo tensión, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales*, 2016.

Sartori, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, México, F.C.E., 1996.

Sutherland, Arthur E., *De la Carta Magna a la Constitución Norteamericana. Ideas fundamentales sobre constitucionalismo*, trad. de J. Clementi, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1972.

Toinet, Marie France, *El sistema político de los Estados Unidos*, prefacio de S. Hoffmann y trad. de G. A. Gallardo J., México, F.C.E., 1994.

Wayne, William, "The New Awakening: Judicial Activism in a conservative age", Southwestern Law Journal, vol. 43, octubre de 1989.

Wayne, William, "Two Faces of Judicial Activism", George Washington Law Review, vol. 61, núm. 1, 1992.

Zúñiga Urbina, Francisco, "Derechos Humanos en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno: apostillas sobre Tratados y Constitución", *Revista de Derecho Político*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, núm. N° 71-72, 2008.

Zúñiga Urbina, Francisco, "Montesquieu y el dogma de la separación de poderes", *Colección Ideas, Fundación Chile 21*, Santiago, 2003.

Zúñiga Urbina, Francisco, "Separación de poderes y Estado de Derecho", *Revista de Derecho, Pontificia universidad Católica de Valparaíso,* núm. XIV, 1991-1992.

Zúñiga Urbina, Francisco, "Conflicto de jurisdicción y activismo judicial", *Revista Derecho Público Iberoamericano*, año VI, núm. 11, 2017.

Las sentencias constitucionales. Una aproximación a su tipología contemporánea y nuevas ofertas para su incorporación[1]

***

Constitutional rulings: an approach to their contemporary typology and new proposals for their incorporation.

*Gerardo Eto Cruz**

Sumario: I. Introducción. II. La tipología clásica en la teoría general del proceso: las sentencias constitucionales "típicas": sentencias estimativas y desestimativas. III. Las sentencias constitucionales según la materia que interpretan y defienden. IV. Las sentencias constitucionales atípicas.

I. Introducción

Aunque existe una reflexión aplastante sobre la teoría de las sentencias cuyos registros datan desde los albores sobre la justicia

* Doctor en Derecho Público por la Universidad Santiago de Compostela. Profesor de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional en las universidades Nacional de Trujillo y San Martín de Porres. Exmagistrado del Tribunal Constitucional del Perú.

[1] Ponencia elaborada para el XVI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional a desarrollarse entre el 21 al 25 de octubre en Ciudad de México, organizado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

que, a la postre, termina en una decisión final llamada sentencia, declarando el derecho a quien ha de corresponderle; ella permanece en constante evolución y desarrollo. En los predios del Derecho Procesal Constitucional, se ha gestado toda una compleja concepción sobre la teoría de las sentencias constitucionales,[2] no sólo sobre su *contenido, estructura, fines;* sino sobre su *tipología* en la que los teóricos vienen planteando una serie de propuestas que rompen con los predios de la *teoría procesal clásica* y ello obedece a la realidad que obliga a superar los clásicos paradigmas, abriéndose otros que deben enfrentar estas nuevas realidades, tan complejas y convulsas de estos tiempos.[3]

En consecuencia, la primera idea que hay que tomar en cuenta respecto a la problemática de su *tipología*, es que cualquier oferta académica, ella obedece a dichas realidades que no podrían ser resueltas ni abordadas bajo los viejos paradigmas de una sentencia clásica. Los tiempos de la *posmodernidad* ha llevado a replantear nuevos paradigmas que ha generado la estructura de la revolución científica de la que propugnaba por la década de los 60 Thomas Kuhn,[4] empezando porque las democracias contemporáneas no vienen atravesando buenos momentos[5] ni tampoco la justicia a nivel planetario siguen un desarrollo lineal, sincrónico y pacífico. Hoy la politización de la justicia y la judi-

---

2 Gozaíni, Osvaldo A., *Teoría de la sentencia constitucional*, México, Porrúa, 2015. Una visión panorámica de este autor puede verse en sus dos tomos de su *Tratado de Derecho Constitucional*. Prólogo de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Méxicol, Editorial Porrúa, 2011.

3 Una visión comparativa puede verse en Figueroa Mejía, Giovanni A., (coord.), *Tipología y efectos de las sentencias constitucionales, regionales y supranacionales*, SCJN, Centro de Estudios Constitucionales, México 2022.

4 Kuhn, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas,* Ensayo preliminar por Ian Hacking, Traducción e introducción de Carlos Solís, México, FCE, 2015.

5 *Vid*. al respecto a Przworski, Adam, *Las crisis de la democracia. ¿adónde pueden llevarnos el desgaste institucional y la polarización* [trad. E. Odriozola], Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Siglo XXI, Editores Argentina, 2022, igualmente a: Ginsburg, T. y Huq, A., *Cómo salvar una democracia constitucional,* trad. de G. Ponce Flores, Lima, Zela Editorial, 2024, Lessenich, S., *Límites de la democracia,* trad. M. Alberti, Barcelona, Herder 2022. Desde otra perspectiva y enfoque: Arcos, I., *Lo político en la posmodernidad: aproximaciones teóricas,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2022.

cialización de la justicia viene tomando ribetes que igualmente obligan a que el mundo académico no atraviese momentos "normales" de la ciencia, sino momentos muy convulsos que forman parte de esta revolución científica en todos los ámbitos, sumado a la Cuarta Revolución Industria (4RI)[6] que viene cerrando su ciclo[7] con la presencia exponencial de la Inteligencia Artificial[8] que tiene un profundo impacto en el fenómeno jurídico. Hoy, quien pretenda abordar seriamente una cartografía de ruta descriptiva al menos de las tipologías de las sentencias constitucionales, va a encontrar un tsunami cognitivo imposible de procesar en términos omnicomprensivos y totalizadores, pues la infocracia[9] que hoy se manifiesta en la sociedad de la información no permite sino realizar apenas un esbozo mínimamente consensualizado de los tipos o clasificación de las sentencias constitucionales.[10] Todos estos retos hoy la jurisdicción constitucional a nivel planetario tiene que replantear nuevos criterios a fin de cumplir con afirmar y garantizar los dos grandes estatutos que toda constitución pretende regular: el estatuto del poder y el de las libertades y derechos fundamentales a través de sus correspondientes procesos constitucionales en este primer centenario de presencia de tribunales constitucionales en diversas regiones del planeta.[11]

---

6 Schwab, K., *La cuarta revolución industrial*, México, Debate 2016, Blanco, F. *et al., Las claves de la cuarta revolución industrial,* Bogotá, Ecoe Ediciones, 2019.

7 Vidal, M., *La era de la humanidad. Hacia la quinta revolución industrial,* Barcelona Ediciones Deusto 2021.

8 SADIN, E., *La inteligencia artificial o el desafío del siglo. Anatomía de un antihumanismo radical,* trad. de M. Martínez, Buenos Aires, Caja Negra Editora, 2020.

9 Han, Byung-Chul, *Infocracia,* trad. de J. Chamorro, Madrid, Taurus, 2022.

10 En esta perspectiva, participo de la gran preocupación epistémica de Giovanni Figueroa en la ponencia presentada en Madrid postpandemia: Figueroa Mejía, G., "Las sentencias constitucionales en el derecho comparado clasificaciones y tipologías", en Ferrer Mac-Gregor, E. (coord.), *La garantía jurisdiccional de la Constitución. A 100 años del Verfassungsgerichtshof Osterreich, a cuarenta años del Tribunal Constitucional de España. XII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional,* Madrid, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, t. II. 2023. pp. 977 y ss.

11 Puede verse los siguientes trabajos: Astudillo, C. y Eto Cruz, G. (coord.), *Centenario de los Tribunales Constitucionales. Tomo I Estudios históricos,*

Es verdad que cualquier propuesta en torno a su tipología o clases es simplemente un criterio que pasa por el presupuesto si es útil o inútil, antes que auscultar si es "verdadera" o "falsa"; dado que, en la entelequia de las ofertas clasificatorias, la realidad y la experiencia, irá definiendo si las clasificaciones son ciertamente útiles o no.

Con todo, aquí debemos ubicar un rescate de algunas ideas que han estado en la base y génesis de la evolución de nuestra disciplina en torno a la jurisdicción constitucional cuyo resultado final de una controversia es, pues la sentencia constitucional. Lo que sigue es un breve repaso de lo que existe en torno a la tipología de las sentencias constitucionales. Y, desde ya aclaramos que aventurarse en pretender unificar el complejo universo de clasificación que viene apareciendo en la praxis de los tribunales constitucionales y asimilada y hecha eco en la doctrina, desde ya no es una tarea sencilla, pues la variedad de propuestas obedece a criterios muy particulares de los autores y no necesariamente coincidentes en la comunidad de académicos.

II. La tipología clásica en la teoría general del proceso: las sentencias constitucionales "típicas": sentencias estimativas y desestimativas

En la teoría procesal clásica, se ha hecho una distinción que solo aquí cabe enunciarla como las comúnmente llamadas *sentencias típicas*, tipología que a su vez se expresa en dos variantes: a*) sentencias estimativas*; y b*) sentencias desestimativas*.

Las primeras comprenden aquellos fallos en los que la justicia le otorga la razón a quien demanda una pretensión sea del proceso constitucional que se postule. En estas sentencias se resuelve declarar fundada la demanda. A su vez, esta tipología se subdivide en sentencias de anulación *total* o *parcial*; esto significa

teóricos y comparados. México, Thomson Reuters, UNAM, 2021; Igualmente de los mismos autores: *Los Tribunales Constitucionales. Estudios conmemorativos en el centenario del modelo kelseniano de jurisdicción constitucional*, I. Américа. México, Tirant lo blanch, 2024; y Tomo II, *Europa, África, Dialogo jurisprudenciales*, México, Tirant lo blanch, 2024.

que será *sentencia de anulación total* cuando se ordena que el acto lesivo materia de la controversia quede sin efecto; equivale a una sentencia fundada en todo lo que se ha postulado y comprende cualquier tipo de proceso constitucional sea la que pretende tutelar derechos o libertades fundamentales o procesos vinculados a la estructura del poder, como son los clásicos procesos de inconstitucionalidad o los procesos de conflicto de atribuciones o competencias que surgen entre las propias entidades del Estado. En el caso de las *sentencias de anulación parcial*, equivale a la identificación de la parte resolutoria (fallo) que está declarando que la pretensión procesal constitucional sólo es fundada en parte.

A su turno, las sentencias *desestimativas* parten del supuesto que la justicia se pronuncia rechazando lo peticionado en la demanda, sea porque no le asiste el derecho o por alguna razón de orden procesal que tampoco la tiene. Esta tipología a su vez se expresa en *sentencias constitucionales desestimativas por improcedente o infundada*. En ambas, el núcleo de la resolución es que no se le otorga al demandante lo que pide o postula en el proceso constitucional. La *sentencia constitucional improcedente* se configura en tanto existe alguna causal de procedibilidad que no permite a la justicia pronunciarse sobre el fondo de la controversia; en cambio, en *la desestimativa por infundada* ocurre cuando el órgano de justicia se pronuncia sobre el fondo de la disputa y resuelve no darle la razón al demandante; no obstante, esta tipología hoy por el huracán de la posmodernidad, ha desencadenado una suerte de crisis, lo que ha motivado nuevo replanteamientos que han ampliado nuevas cepas no transitadas y cuyo esbozo de las sentencias constitucionales constituyen hoy nuevas ofertas de clasificación con nuevos criterios.

III. Las sentencias constitucionales según la materia que interpretan y defienden

Encontramos dos y ella ocurre según el criterio de la *materia constitucional* que resuelven.[12] Aquí, se rescata el criterio que

[12] Este planteamiento puede encontrarse en: García Belaunde, D. y Eto Cruz, G., "Efectos de las sentencias constitucionales en el Perú", en Figueroa Me-

esgrimiera Mauro Cappelletti que distingue los *contenidos de la jurisdicción constitucional* en jurisdicción constitucional de la libertad y jurisdicción constitucional orgánica.[13] Estas sentencias comprenden dos variantes:

3.1. Sentencias que tutelan la parte dogmática de la Constitución

Nos encontramos ante los diversos procesos que integran la jurisdicción constitucional de la libertad; estos son procesos que van a tutelar los derechos y libertades de las personas, de allí que son sentencias efectivamente que defiende la llamada "parte dogmática" de la Constitución, es decir son fallos que van a tutelar y restituir el universo de derechos y libertades que integran dicha parte de la constitución. Así, todo fallo que proviene de procesos de hábeas corpus, hábeas data, amparo en sus *diversos nomen iuris* con los que se conocen en la legislación comparada, comprenden este tipo de sentencias.

3.2. Sentencias que tutelan la parte orgánica de la Constitución

En estos fallos se trata de regular el *estatuto del poder14* y ello ocurre en los procesos clásicos de inconstitucionalidad y conflictos competenciales donde el control constitucional gira en torno a la racionalización del uso legítimo del poder; de allí la distinción de la llamada "parte orgánica" de la constitución que regula la estructura del poder político y que no se presenten excesos o abusos que devengan en manifiesta inconstitucionalidad de le-

jía, G. (coord.), *op. cit*., t. I, p. 859 y ss. específicamente 880 y ss.

13 Cappelletti, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad,* Traducción y Estudio sobre la Jurisdicción Constitucional Mexicana por Héctor Fix-Zamudio, Antecede Prólogo de Mariano Azuela, México, UNAM, 1961.

14 Valadés, Diego, *El control del poder,* Porrúa, México, 2006. Igualmente puede verse a: Häberle, Peter y García Belaunde, Domingo (coord.), *El control del poder. Libro homenaje a Diego Valadés,* 2 volúmenes, UNAM, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2012.

yes o de conflictos de atribuciones o competencias entre los diversos órganos del Estado. Estas tipologías de sentencias son las que tienen un origen vinculado a los propios orígenes del control constitucional de las leyes[15] en las Altas Cortes que han llegado a cumplir ya un siglo de existencia[16] y que, desde sus inicios, como fuera el Tribunal Constitucional de Austria bajo la influencia y determinación de Hans Kelsen incorporarían los problemas competenciales que existían derivados precisamente de la ruptura del Imperio austrohúngaro.[17]

IV. Las sentencias constitucionales atípicas

Esta tipología obedece a cada una de las llamadas *sentencias interpretativas* que han surgido como consecuencia de la evolución del pensamiento filosófico de la hermenéutica jurídica, en especial, a partir de la teoría que desarrollara Robert Alexy en su obra *Teoría de los derechos fundamentales18* que ha decantado la diferencia relacionada al control constitucional de la disposición o de la norma. Así, las disposiciones de derechos fundamentales son los enunciados lingüísticos, es decir, la estructura morfológica o literal en la que se construyen las normas y que se encuentran ubicadas en la constitución. Lo que trasciende como operador deóntico de dicha disposición es la norma y en ellas se establece el sentido interpretativo atribuible a dichas disposiciones. Esta tipología comprende una compleja variable de sentencias constitucionales y que aquí tan solo damos una hojeada panorámica.

---

15 Cruz Villalón, P., *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

16 Astudillo, C. y Eto Cruz, G. (coord.), *Centenario de los tribunales constitucionales, op. cit*.

17 Para una visión específica puede verse el trabajo de Lagi, S., *El pensamiento político de Hans Kelsen (1911-1920). Los orígenes de 'De la esencia y valor de la democracia',* Biblioteca Nueva, Madrid, 2007. Una visión comparada puede verse en el informe general de la Sexta Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos, Centro de Estudios Constitucionales, Tribunales Constitucionales europeos y autonomías territoriales, Madrid, 1985.

18 Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales,* Madrid, Centro Político de Estudios Constitucionales, 2002, pp. 62 y ss.

Desde ya debe ponerse en relieve que esta tipología es la más densa, laberíntica y de una formidable creación que han venido impulsando los tribunales, salas o cortes constitucionales. Pero igualmente, como existen diversos criterios clasificatorios, es imposible sistematizarlos en términos armónicos. Los autores, por ejemplo, identifican sentencias con ubérrimos nombres y no siempre van a estar en una ruta uniforme. Así, sentencias llamadas como sentencias normativas, sentencias apelativas, resoluciones sustitutivas, de legislador precario, de recomendaciones al legislador, sentencias intermedias, sentencias de aviso -sólo para citar breves ejemplos-, mantienen otras terminologías que no están siempre en los parámetros clasificatorios. Con todo, entre el bosque y el árbol este trabajo es apenas un esbozo tentativo.

4.1. Sentencias constitucionales interpretativas estrictu sensu

Son aquellas en donde la jurisdicción constitucional ha interpretado más que al texto escriturario de la disposición, interpreta a la norma en sí. En efecto, si el órgano de jurisdicción constitucional examina no a la disposición (la redacción, el texto, el fraseo que forma la oración lingüística), sino a la norma (la regulación normativa) cuando las disposiciones y normas no son biunívocas; o habiendo varias disposiciones complejas de las que derivan varias normas; o disposiciones ambiguas; o cuando de las disposiciones puedan recabarse más normas, por vía interpretativa, de contenido diverso, se obtienen las sentencias interpretativas, que por regla general son: de rechazo y de acogida.[19]

El Tribunal Constitucional peruano ha señalado que las sentencias interpretativas [aparecen] "cuando se ha asignado al texto objeto de examen una significación y contenido distinto al que la disposición tiene cabalmente. Así, el órgano de control constitucional puede concluir en que por una errónea interpretación se han creado "normas nuevas", distintas de las contenidas en la ley

[19] Biscaretti Di Ruffia, Paolo, *Derecho Constitucional*, 3ª. ed., Madrid, Edit. Tecnos, 1987, p. 593.

o norma con rango de ley objeto de examen".[20] Por consiguiente, establece que en el futuro los operadores jurídicos estarán prohibidos de interpretar y aplicar aquella forma de interpretar declarada contraria a la Constitución.[21]

Estas sentencias formalmente son desestimativas, pero materialmente son estimativas, en tanto el intérprete le ha asignado un contenido hermenéutico distinto a lo que surge de la oración lingüística de dicha norma. Estas sentencias tienen dos variantes: de rechazo y de acogimiento.

4.2. Sentencias interpretativas desestimativas o de rechazo en sentido estricto

Se trata de aquellas resoluciones constitucionales en donde el Tribunal Constitucional desestima la postulación de un proceso de inconstitucionalidad como también pueden ser de procesos de tutela de derechos vía por ejemplo procesos de amparo; y ello ocurre cuando interpretan que sí es constitucional la norma impugnada, en tanto es el propio órgano de jurisdicción constitucional el que le dota de un sentido compatible o adecuado a la Constitución; por tanto, estos fallos son los que declaran constitucional por vía de interpretación formulada por la Alta Corte.

4.2.1. Sentencias interpretativas estimativas o de acogimiento

Esta tipología surge de la Corte Constitucional Italiana, denominada también "sentencias constitucionales estimativas", "sentencias integrativas", "sentencias relativas", entre otras. Estas sentencias para que tengan la calidad de sentencias interpretativas estimativas, ha de significar que los tribunales realizan una interpretación a la norma y no a la disposición. El profesor nica-

[20] STC 0004-2004-CC/TC, p. 3 y 2.

[21] *Vid.* STC 0042-2004-AI/TC dictada en el Caso del impuesto a los espectáculos taurinos; y la STC 0009-2007-PI/TC y 0010-2007-PI (acumulados) recaída en el Caso de las ONG's.

ragüense Iván Escobar Fornos plantea dos modalidades de esta tipología: i) sentencias que encierran inconstitucionalidad por interpretación errónea o aplicación indebida de una norma; y ii) sentencias que contienen normas o textos impugnados de inconstitucionales por sus efectos.[22] Giovanni Figueroa, distingue dos variantes de esta tipología.

4.2.1.1. Sentencias interpretativas estimatorias en sentido amplio

Son conocidas también como "sentencias interpretativas estimatorias", "sentencias de estimación parcial" y también como "sentencias manipulativas", se trata de aquellas sentencias que resuelven expresamente la inconstitucionalidad de una parte del contenido normativo de la disposición sometida a control sin que dicha declaración incida en su texto.[23] En el presente caso, dicho texto queda, por tanto impertérrito, inalterado, aunque tras la sentencia será necesaria una nueva lectura de la misma. A esta tipología se le conoce también como sentencias interpretativas de estimación o acogimiento.[24]

4.2.1.2. Sentencias interpretativas estimatorias en sentido estricto

Se trata de aquellas sentencias que resuelven la inconstitucionalidad de una o más interpretaciones derivadas *alternativamente* de una disposición, dejando a salvo todas las demás interpretaciones (normas) posibles que derivan de dicha disposición. Aquí se deja libertad discrecional al juez para optar por las demás interpretaciones existentes que no hayan sido declaradas inconstitucionales.[25]

---

22 Escobar Fornos, I., *Introducción al derecho procesal constitucion*al, México, Porrúa, 2005, p. 58.

23 Figueroa Mejía, Giovanni, *Las sentencias constitucionales atípicas,* Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2011, pp. 136-137.

24 Diaz Revorio, F. Javier, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional,* Porrúa, México 2011, p. 110-112.

25 Figueroa Mejía, Giovanni, *op. cit*., pp. 138-139.

4.3. Sentencias interpretativas-manipulativas

Este tipo de sentencias surgen cuando confluyen dos tipos de operaciones que van a utilizar los órganos de justicia constitucional para resolver la controversia y es la técnica *ablativa* y la *reconstructiva*. Por la primera, la operación ablativa va a reducir los alcances normativos de la ley que es materia de impugnación; y ello ocurre cuando suprimen o eliminan alguna frase de la estructura lingüística de la norma en cuestión que presuntamente contraviene a la Constitución. Así, la técnica ablativa anula fraseos o expresiones impertinentes. En la operación reconstructiva o de reposición, ella opera cuando la norma materia de interpretación que se impugna se le adiciona o agrega un contenido para darle un sentido hermenéutico compatible con el canon constitucional. En síntesis, en la ablativa hay supresión y en la reconstructiva adición de disposiciones lingüísticas que van a permitir habilitar una interpretación conforme con la Constitución.

Estas sentencias interpretativas manipulativas son hoy materia de una discusión y criterio relativamente pacifico bajo las siguientes clasificaciones:

4.3.1. Sentencias reductoras

Son las que señalan que una norma o precepto es contrario a la Constitución en una parte (frases, palabras, líneas, etc.) y generan un vicio de inconstitucionalidad por su redacción excesiva o desmesurada. Lo normal en este tipo de sentencias es que el fallo no afecte al texto o a la disposición, pero sí al contenido normativo. Aquí, la sentencia ordena una restricción o acortamiento o "extensión" del contenido normativo de la ley impugnada. Para tal efecto, se ordena la inaplicación de una parte del contenido normativo en relación con algunos de los supuestos contemplados genéricamente o bien en las consecuencias jurídicas preestablecidas.

4.3.2. Sentencias aditivas

Son aquellas que no declaran la inconstitucionalidad del texto de la norma o de la disposición general cuestionada, sino de los textos o normas que debieron consignarse para que la norma impugnada sea plenamente constitucional. Alfonso Celotto señala que este tipo de fallos son los más frecuentes, con las que se declara la inconstitucionalidad de la previsión omitida de cualquier cosa que habría debido estar prevista por la ley.[26] Es decir, mediante este tipo de sentencias se efectúa el control de las *omisiones legislativas inconstitucionales*, añadiendo al texto normativo original supuestos o consecuencias jurídicas distintos a los inicialmente contemplados, con el fin de evitar que una ley cree por omisión situaciones contrarias a los principios, valores o cláusulas programáticas de la constitución. Este tipo de sentencias es probable que sean las más complejas, no sólo en el ámbito teórico, sino también en el terreno práctico, puesto que la justicia constitucional aparentemente "invade" las atribuciones competenciales del legislador; superando la tesis kelseniana de que los tribunales constitucionales deben ser sólo el legislador "negativo" que nulifica a las leyes por inconstitucional; observación que Lucio Pegoraro recientemente ha puesto en evidencia formulándose las siguientes interrogantes: "¿Qué queda del denominado modelo kelseniano y la experiencia del *Verfassungsgerichtshof,* después de 100 años de su institución? ¿Sobrevive al modelo también en la praxis de la justicia constitucional, o sólo en el idealismo platónico de la doctrina académica? ¿Cuáles son las fracturas entre tal modelo y su interpretación por parte de la doctrina? ¿Cómo se podría justificar, a la luz de la teoría kelseniana, el papel actual de los Tribunales Constitucionales?[27] A lo que responde el mismo autor que "Tanto en Europa como en América, la rígida alternativa "estimación-rechazo", imaginada por él, ha mostrados bien pronto sus límites frente a la extraordinaria variedad de si-

[26] Celotto, A., *La Corte Constitucional en Italia*, trad. de G.F. Blasi, México, Porrúa, 2005, p. 92.

[27] Pegoraro, L., "El desarrollo de la justicia constitucional, la traición a Kelsen por parte de la doctrina académica y la venganza de Schmitt", en Astudillo, C. y Eto Cruz, G., (coord.), *Centenarios de los Tribunales Constitucionales, op. cit*., pp.329 y ss.

tuaciones que los Tribunales Constitucionales deben regular".[28] Adelantemos que la columna vertebral de este tipo de sentencias gira en torno a que la justicia constitucional observa que una ley objeto de control constitucional adolece de una omisión, de "algo" en su disposición lingüística de la norma y, tal como está prefigurado, resultaría inconstitucional, pero los tribunales "salvan" y reputan constitucional la norma en cuestión, en el fondo subyace un silencio del legislador que debió comprender algunos supuestos que no han sido recogidos en el texto de la ley. La doctrina, precisamente ha destacado una matriz de *omisiones absolutas y relativas*. Las primeras ocurren cuando en la norma sometida a control constitucional se evidencia que ha omitido toda una disposición legislativa que desarrolle y cubra por vía complementaria una cláusula constitucional, por lo general, cláusulas de naturaleza programática. El supuesto de omisiones relativas se presenta en la hipótesis de la ley que no ha desarrollado parcialmente la cláusula constitucional, hay un desarrollo "a medias", incompleta, y por esta situación también dicha norma legislativa es inconstitucional y su control será vía una sentencia interpretativa aditiva parcial. En consecuencia, bien puede afirmarse *prima facie*, que las sentencias aditivas pueden en su propia dinámica ser i) sentencias aditivas absolutas; y ii) sentencias aditivas relativas. Empero, la subtipología que ofrece un sector académico, entre los que destacan Díaz Revorio y Figueroa Mejía es de suyo interesante:

a) Sentencias constitucionales aditivas de inconstitucionalidad parcial. Normalmente las sentencias aditivas, como ya se ha explicitado, ocurren cuando las Altas Cortes encuentran que la norma sometida a su control constitucional no ha regulado algo que la norma constitucional exige como complemento de su desarrollo legislativo. Sin embargo, la norma en cuestión, en otros casos, ha omitido o excluye *implícitamente* lo que la constitución exige para su desarrollo. En estos supuestos se presentan una compleja tipología de sentencias aditivas. En el caso de las aditivas de inconstitucionalidad parcial, se trata de aquellos fallos en la que se declara la inconstitucionalidad y la nulidad

[28] *Ibidem*, pp. 348-349.

de una norma que forma parte del complejo normativo de la disposición impugnada. Anota Díaz Revorio que este tipo de resoluciones se produce "frente a preceptos que excluyen implícitamente lo que deberían prever desde el punto de vista constitucional". Y, para "apreciar si existe esa exclusión, consecuencia de una norma implícita que deriva de su disposición impugnada, es preciso proceder a interpretar esa disposición", concluye el citado autor que este tipo de sentencias señalan la inconstitucionalidad y la nulidad de esa norma implícita de exclusión, lo que permite la extensión o ampliación del contenido normativo exigido por la Constitución.[29] Estos fallos, responden, anota Figueroa, a una omisión que implica la exclusión de un supuesto determinado y que por lo general están vinculados al principio de la igualdad y no discriminación.[30]

b) Sentencias constitucionales aditivas de interpretación extensiva o analógica. Esta tipología que de por sí son muy excepcionales en su uso. Se trata de supuestos de omisión legislativa derivada del texto de una *norma implícita de exclusión* y en este sentido, si hubiere una *exclusión explicita por omisión*, se trataría de una *exclusión impropia* ya que se te trataría en realidad de una norma aplicable al supuesto no expresamente previsto. El profesor Díaz Revorio consigna como ejemplo la sentencia del Tribunal Constitucional Español que conoció el control constitucional del artículo 58.1 de la antigua Ley de Arrendamiento Urbano en la que dicha norma establecía que al fallecimiento del inquilino, titular del contrato de arrendamiento, su cónyuge [ ] podrá(n) subrogarse en los derechos y obligaciones del arrendamiento y plantea el profesor Díaz Revorio que si la mención expresa solo al cónyuge supone una exclusión implícita de quien hubiera convivido *more uxorio* con el arrendatario fallecido. A juicio de Javier Díaz, la exclusión no existiría, pues cabe realizar aquí una aplicación analógica de la norma previs-

[29] Díaz Revorio; op cit. pp. 184-185

[30] Figueroa Mejía, Giovanni, *Estudios sobre control constitucional y convencional*, *op. cit*., p. 293

to al supuesto de la convivencia marital estable, es decir también para una conviviente supérstite[31].

c) Sentencias constitucionales aditivas estimatoria. Las sentencias interpretativas manipulativas, en su variante aditivas, llevan a la justicia a analizar los entresijos de la disposición y de la norma, a fin de que tengan su interpretación adecuada que le corresponda, siendo que en este caso la teoría de las sentencias aditivas se enfrenta ante preceptos cuya exclusión implícita podría declararse como inconstitucional. Sin embargo, en las sentencias aditivas estimatorias, en rigor parecería que no se trata de una verdadera sentencia aditiva sino, antes bien, de una sentencia meramente interpretativa con valor aditivo. Díaz Revorio aprecia que: "un fallo interpretativo en sentido estricto es más adecuado en los supuestos en los que no hay exclusión implícita, por la simple razón de que no hay una norma o parte del contenido normativo expresado conjuntamente que sea contrario a la Constitución. Ahora bien, como ya expusimos en su momento, también cuando debe elegirse entre varias interpretaciones alternativas, algunas de las cuales es inconstitucional, el fallo más adecuado —aunque contrario a la práctica habitual— es el interpretativo estimatorio en sentido estricto, indicando que el precepto es inconstitucional si se interpreta en el sentido excluyente o restrictivo".[32] En buena cuenta, esta tipología de sentencia aditiva es la más frecuente puesto que la jurisdicción constitucional de las Altas Cortes llegan a interpretar una disposición que le falta algo para tener un encaje de armonía con la Constitución; y a través de este tipo de fallos se produce por interpretación un efecto de ampliación o extensión de esa cláusula normativa que está sujeto a control, bien sea porque se trata de un proceso de inconstitucionalidad o porque en la tutela de procesos de amparo o de hábeas corpus hay una restricción normológica con manifiesta inconstitucionalidad y la justicia constitucional se pronuncia supliendo esa omisión legislativa.

[31] *Ibidem*, p. 191.

[32] *Ibidem*, p. 197.

d) Sentencias constitucionales aditivas desestimatoria. En este tipo de sentencia se presenta una suerte de paradoja de que un fallo aditivo en sentido estricto o de estimación, puede igualmente llegar a ser emitida vía una sentencia interpretativa desestimatoria. Estas sentencias que provienen de la doctrina y jurisprudencia italiana son pródigas en esta compleja tipología de identificar a una sentencia aditiva desestimatoria como equivalente o afín entre las sentencias aditivas y las sentencias interpretativas de rechazo. Es claro que no todas las sentencias aditivas pueden asimilarse con una sentencia interpretativa de desestimación; y en torno a ello, anota Díaz Revorio que, si un precepto anida una norma implícita de exclusión, siempre será una sentencia aditiva (parcialmente) estimatoria. Las aditivas desestimatorias de extensión o analogía terminan con un fallo interpretativo desestimatorio y el fundamento consiste en que, al no presentar la norma una inconstitucionalidad en su disposición, los tribunales tienen allí una disyuntiva hermenéutica: la opción de hacer una *interpretación estricta* y otra *extensiva o analógica*. En esta última se ubica la emisión de las sentencias aditivas desestimativas.[33]

4.3.3. Sentencias sustitutivas

Aquí lo que realiza las Altas Cortes es sustituir una parte del texto por otra formulada por el mismo en el nivel de interpretación; este tipo de fallo establece que el precepto es declarado inconstitucional "en cuanto prevé [...]" o señala "algo", "en lugar de" otro aspecto que debería prever para ser constitucional. El Tribunal Constitucional peruano las ha conceptualizado señalando que "son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad declara la inconstitucionalidad parcial de una ley y, simultáneamente, incorpora un reemplazo o relevo del contenido normativo expulsado del ordenamiento jurídico; vale decir, dispone

[33] Díaz Revorio, *op. cit*., p. 196.

una modificación o alteración de una parte literal de la ley".[34] Se trata por tanto de fallos en las que la norma ha previsto una materia o tema en tanto constitucionalmente debería ser otra.

4.3.4. Sentencias exhortativas

Estas sentencias son llamadas también *monitorias* o de *recomendaciones al legislador* y engloban un conjunto de formulaciones o directrices que buscan la actuación del Poder Legislativo, lo que significa una obligación de actuar del legislador que encuentra su origen en encargos constitucionales que exigen un concreto desarrollo legislativo ulterior. Las exhortaciones, por lo general, aparecen como *obiter dictum*, y señalan los principios que han de seguirse en la elaboración de una nueva ley, por lo que bien pueden admitirse varias formas de exhortaciones, que van desde el simple consejo hasta fórmulas más coactivas.

La praxis de esta sentencia en el Perú ha sido en muchos casos, permanente; en lo que respecta a la conceptualización de estas sentencias, el TC señala que son aquellas en las que el órgano de control constitucional declara la incompatibilidad constitucional de una parte o la totalidad de una ley o norma con rango de ley, pese a lo cual no dispone su inmediata expulsión del ordenamiento constitucional, sino que recomienda al Parlamento para que, dentro de un plazo razonable, expida una ley sustitutoria con un contenido acorde a las normas, principios o valores constitucionales. Sin embargo, en lugar de declarar su invalidez constitucional, le confiere al legislador un plazo determinado o determinable para que la reforme, con el objeto de eliminar la parte violatoria del texto fundamental.

Los efectos de este tipo de sentencias resultan ser muy particulares, por cuanto subyace en ella el concepto de *vacatio setentiae*, mediante el cual se dispone la suspensión de la eficacia de una parte del fallo; esto es, se modulan los efectos de la decisión en el tiempo, con lo cual, en parte, esta figura se homologa con la versión de la *vacatio legis* o suspensión temporal de la entrada

[34] STC 0004-2004-CC/TC, FJ 3.3.3.

en vigencia de una ley aprobada por el Congreso. Igualmente, el TC ha pronunciado en forma puntual que la exhortación de estos fallos puede concluir por alguna de las siguientes vías:

a) Expedición de la ley sustitutiva y reformante de la norma declarada incompatible con la Constitución.
b) Conclusión in totum de la etapa suspensiva y, por ende, aplicación plenaria de los alcances de la sentencia. Dicha situación se da cuando el legislador ha incumplido con dictar la ley sustitutiva dentro del plazo expresamente fijado en la sentencia.
c) Expedición de una segunda sentencia. Dicha situación se produce por el no uso parlamentario del plazo razonable para aprobar la ley sustitutiva. Sobre el particular, el TC ha producido una importante cantidad de sentencias en esta materia, exhortando a los poderes del Estado; empero, dichos fallos, en puridad, no tienen efectos vinculantes. No obstante, puede ocurrir que en el segundo supuesto antes señalado vincule posteriormente al legislador por su incumplimiento, y en el tercer supuesto, impuesta una recomendación encaminada a que efectúe el legislador una determinada actividad y éste no lo hiciera, sí sería posible una posterior sentencia que sí declare la inconstitucionalidad (*sentenze monito*).

Estas sentencias se le conoce a la doctrina italiana como sentencias monitorias. Recapitulando, podrían esgrimirse las siguientes variantes o sub tipologías:

a) Sentencias exhortativas simples. Son aquellas en que la jurisdicción de las Altas Cortes ha exhortado a las entidades emplazadas, que por lo general es el Legislador o, según fuere el caso, el Ejecutivo u otro órgano del Estado emplazado, a que realice la actuación de alguna política legislativa: promulgar una ley específica por ejemplo; o una política pública que, por lo general involucra no sólo al Ejecutivo, sino a los actores que deben decidir y llevar a cabo las decisiones públicas.[35] Las sentencias exhortativas

[35] Dente, Bruno y Subirats, Joan, *Decisiones públicas. Análisis y estudio de los procesos en políticas públicas*, Barcelona, Ariel, 2014, p. 73.

simples, en la praxis, tiene un efecto no siempre deseado y querido por los tribunales constitucionales, pues las entidades emplazadas, estiman que están siendo cohonestadas y, en el juego de la dinámica política, no cumplen lo recomendado por las Altas Cortes, quedando muchas veces este tipo de sentencias en el nivel declarativo.[36]

b) Sentencias exhortativas con *vacatio sententiae*. Este tipo de fallos se les conoce también como sentencia exhortativa de inconstitucionalidad diferida como lo sostiene el profesor Osvaldo Gozaíni.[37] En este caso, como ya lo hemos delineado, se emite la sentencia exhortando al cumplimiento de algo, pero en la decisión o fallo se dispone que dicha sentencia no entrará en vigencia hasta en tanto la entidad estatal emplazada no cumpla o ejecute lo que ordena el tribunal constitucional; y suele disponerse un plazo expreso, cumplido dicho plazo y al no ejecutarse lo ordenado por el citado órgano jurisdiccional, entra en vigor la sentencia. En estricto, este tipo de fallo se intima a los demás poderes del Estado y sí resulta efectiva este tipo de sentencia en esta variante exhortativa al que la prensa lo ha identificado muchas veces como guerra de cortes o choques de trenes.

c) Sentencias exhortativas de inconstitucionalidad por omisión. Se trata de aquellos fallos donde la Alta Corte detecta que la inconstitucionalidad no es precisamente por una ley materia de control sino, antes bien, por la conducta contumaz, omisiva o renuente del legislador que no desarrolla una disposición constitucional, por lo general derivada de una cláusula programática de la Constitución que exige al legislador la producción de una ley para que exista una plenitud expansiva y vigorosa de lo

---

[36] La reflexión sobre esta problemática es ubérrima, aquí sólo consignamos lo siguiente: Ferrer Mac-Gregor, E. y Molina Suárez, C. (coords.), *El juez constitucional en el Siglo XXI,* t. I., UNAM-SCJN, México, 2009; igualmente a Ferreres Comella, V., *Justicia constitucional y democracia,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, Amaya, J.A., *Democracia vs. Constitución. El poder del juez constitucional,* Rosario, Ediciones AVI, 2012.

[37] Gozaini, Osvaldo, *Teoría de la sentencia constitucional,* Porrúa, México, 2015, pp. 283.

que ha establecido el constituyente en su momento. Esta tipología al que muchos le denominan *sentencia de recomendación al legislador* o *sentencia normativa*, o *de ilegalidad por omisión* a su vez puede presentar otras variables como son por ejemplo, la del propio Tribunal que prevé en su propio fallo frente a una futura inercia del legislador "rellenar ese vacío" ("horror vacui") y para ello utiliza la técnica también de la sentencia exhortativa con *vacatio*; o frente a la inercia del legislador, el Tribunal puede declarar la inconstitucionalidad por omisión y en su propio fallo suple dicha inercia, sin esperar la actuación del legislador omisivo. A esto último el profesor Néstor Sagüés le ha denominado *sentencia del legislador precario*.

d) Sentencia exhortativa de inconvencionalidad por omisión. Se trata de un reinvento contemporáneo en donde se ha pasado de un salto de la *inconstitucionalidad por omisión* a la *inconvencionalidad por omisión*. Por tanto, sí es factible identificar esta tipología donde las Altas Cortes observan que la autoridad estatal emplazada, bien sea sobre procesos de tutela de derechos y libertades fundamentales; o de procesos de inconstitucionalidad, aprecian que no ha cumplido con desarrollar clausulas legislativas o determinadas políticas pública que exigen los diversos tratados internacionales en materia de Derechos Humanos. A su vez, este fenómeno de inconvencionalidad por omisión podría igualmente admitir diversas tipologías que sólo aquí nos permitimos enunciar: i) inconvencionalidad por omisión de normas que requieren de normas ordinarias; ii) inconvencionalidad por omisión provenientes de clausulas principistas que requieren del desarrollo ya no meramente declarativo, sino constitutivo en los ordenamientos internos; iii) inconvencionalidad por omisión provenientes de sentencias convencionales que no son cumplidas en los términos expuestos por loa jurisdicción supranacional por parte de los Estados; iv) inconvencionalidad por omisión provenientes de opiniones consultivas de la Corte IDH; V) inconvencionalidad por omisión provenientes de mutaciones convencionales; donde su pretendido cumplimiento o ejecución se ve

> distorsionado o desnaturalizado por una interpretación perversa por parte de los Estados llamados a cumplir las normas internacionales de derechos humanos.[38]

4.3.5. Sentencias estipulativas

En esta variante de sentencia estimativa manipulativa se trata de aquella resolución en la que el órgano de control de la constitucionalidad establece, en la parte considerativa de la sentencia, un archipiélago de variables conceptuales o terminológicas que utilizará para analizar y resolver la controversia constitucional. Es verdad que muchas Altas Cortes suelen emitir fallos que exceden racionalmente del universo de páginas, siendo que el grueso de ellas se dedica a abordar una serie de aspectos que más identifica a una tesis o trabajo académico que en resolver la cuestión planteada. En parte es probable que, con ello, se pretenda generar un "*sentimiento constitucional".*[39] No obstante, bien cabe aquí formular una legítima crítica, porque las sentencias sí deben cumplir un rol docente que consiste en hacer llevar ese saber a toda la comunidad. Sin embargo, las sentencias no están hechas ni pensadas para enseñar a litigantes y abogados, las sentencias no son para eso. Lo que debe hacerse en una sentencia es resolver un conflicto, despejar una duda o precisar un derecho. Sin embargo, muchas altas cortes apelan a este tipo de sentencias, a fin de generar una catequesis y pedagogía constitucional en la sociedad en su conjunto.

---

38 Eto Cruz, G., *Los gritos del silencio en las normas constitucionales y convencionales. Una introducción a la teoría de la inconstitucionalidad e inconvencionalidad por omisión,* Lima, San Bernardo, 2021, pp. 310 y ss.

39 Lucas Verdú, P., *El sentimiento* constitucional (Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política), Madrid, REUS, 1985.

4.3.6. Sentencia prospectiva

Se trata de aquellos fallos constitucionales que modulan sus efectos en el tiempo y en la que los jueces constitucionales en el marco de una interpretación previsora buscan la solución más justa relacionada a los efectos de lo que están resolviendo, a fin de que se produzcan los efectos queridos sobre todo permitiendo que el legislador actúe adecuando la norma al sistema constitucional. Se trata de fallos que no son *ex nuc*, sino pro-futuro.[40]

4.3.7. Por el grado de compatibilidad con el bloque de convencionalidad

Este tipo de sentencias, se ubican dentro de los marcos del *pluralismo jurídico* vinculado al *constitucionalismo multinivel.41* Así, el pluralismo en su acepción clásica reconoce que, al lado del ordenamiento interno de un país, existe un orden supranacional o supraconstitucional; y cuyo enfoque, a partir del concepto multinivel se reconoce que a la producción jurídica "nacional" ("Derecho de producción interna") requiere ser integrada con la producción jurídica internacional ("Derecho de producción supranacional") en el marco del sistema de fuentes entre lo que también puede ser el bloque de constitucionalidad como nivel de producción interna, frente al bloque de convencionalidad que opera en dos variables. Un bloque de convencionalidad internacional que dimana de la ONU y un bloque de convencionalidad regional, en el caso latinoamericano que proviene de la Corte IDH. En este contexto, las sentencias que emitan las Altas Cortes, dependerán del grado de *su interpretación constitucional convencionalizada*; y forman hoy parte de los avatares de los tribunales constitucionales.

Distinguimos aquí dos tipos de sentencias:

---

40 Nogueira Alcalá, H., *La jurisdicción constitucional y los Tribunales Constitucionales de Sudamérica en la Alborada del Siglo XXI,* Porrúa, México, 2004, pp.274-275.

41 Gómez Sánchez, Y., *Constitucionalismo multinivel. Derechos fundamentales,* Madrid, Editorial Sanz y Torres, 2020.

a) Sentencias constitucionales convencionales. Se trata de aquellos fallos emitidos por las Altas Cortes de un país y cuyas resoluciones, tanto por la forma como por el fondo, interpretan el *corpus iuris latinoamericano*, a partir del respeto a dicho bloque. Así, un Tribunal Constitucional mantiene como un diálogo jurisdiccional la ruta hermenéutica trazada por la Corte IDH, a través de su bloque de convencionalidad, la misma que está conformada por: i) La convención Americana: ii) sus protocolos complementarios a la Convención Americana; iii) Las sentencias convencionales emitidas por la Corte IDH y; iv) Las opiniones consultivas. En buena cuenta las sentencias constitucionales convencionales constituyen fallos que se ubican dentro de una *interpretación constitucional convencionalizada*. Según el grado de intensidad de la interpretación constitucional convencionalizada, se podría distinguir dos variables de sentencias, sobre todo relacionada a sus efectos a las que Sagüés ha desarrollado a través del llamado rol "represivo" y "constructivo".
b) Sentencias constitucionales "represivos" del control convencional. En este caso se trata de sentencias emitidas por los tribunales constitucionales, donde ejercen un *control difuso de convencionalidad*. En este caso los tribunales suelen "desaplicar" el acto lesivo que no compatibiliza con la Constitución "convencionalizada", por tal expresión Sagüés lo enuncia que se trata de la Constitución Nacional "con dos notas de actualización: a) *depurada* de sus cláusulas radicalmente opuestas al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y en particular, del Pacto de San José de Costa Rica y de la jurisprudencia de la Corte IDH, que pasan a ser reglas no operativas de la Constitución; b) *recicladas* conforme a aquellos parámetros, mediante interpretaciones aditivas, sustractivas o mixtas del contenido del texto constitucional, que la conformen con aquellos parámetros internacionalistas".[42]

Estas sentencias represivas plantean un enfrentamiento en donde se antepone el corpus iuris latinoamericano que debe

[42] Sagüés, N.P., *La Constitución bajo tensión,* p. 391.

prevalecer frente al ordenamiento interno, siendo que este es el objeto de colisión entre derechos, bienes y valores sostenidos por los Tratados sobre Derechos Humanos. En efecto, el control represivo o destructivo que puede entrañar una sentencia emitida por los tribunales constitucionales domésticos significan la aplicación de una serie de directriz fijada por la Corte IDH como los casos *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006) y seguido por *Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú* (mismo año), las sentencias represivas de control de convencionalidad, suponen un *material controlante* (el bloque de convencionalidad) y un *material controlado* que puede ser normas nacionales, incluso la propia Constitución o cualquier "producto jurídico" doméstico interno que se opone o no compatibiliza con la doctrina convencional. Este escenario en tiempos recientes no es absolutamente pacífico, dado que en los últimos lustros, tanto la Corte IDH como la Comisión Interamericana se encuentra asolada por un activismo de cuño ideológico neosocialista, salvando honrosas excepciones por cierto, o de un progresismo injerencista en los Estados soberanos de Latinoamérica como es el reciente conflicto a raíz de la sentencia última del TC peruano en torno al indulto de Fujimori.

c) Sentencias constitucionales "constructivo" del control convencional. En este caso, el fallo emitido por los tribunales constitucionales se ubican igualmente en el marco de una interpretación constitucional convencionalizada pero no desaplican ni ejercen un control difuso radicalmente represivo dejando sin efecto la materia objeto de control constitucional y convencional, sino que se realiza una interpretación convencionalizando vía una *sentencia mutativa*, es decir, en el marco de la selección de interpretaciones los tribunales pueden realizar una interpretación pacífica "convencionalizando" la norma o la sentencia dándole una interpretación que no suponga una desaplicación, sino un acomodamiento hermenéutico a lo que dispone la doctrina convencional o, más propiamente dicho su control convencional. Esta tesis construida en los últimos tiempos desde una perspectiva académica por Sagüés plantea la idea que el control convencional no debe tener como objetivo invalidar reglas nacionales opuestas al derecho internacional de los derechos huma-

nos, sino que los tribunales deben procurar modular y reinterpretar las leyes, sentencias y cualquier expresión jurídica interna, según la constitución y convenciones internacionales antes que anular la materia objeto del control convencional.[43]

d) Sentencias constitucionales inconvencionales. Denominamos a aquellos fallos emitidos por la jurisdicción constitucional de un país cuya Alta Corte ha resuelto una controversia que fundamentalmente gira en torno a la tutela de los derechos y libertades fundamentales, bajo la categoría ya de Derechos Humanos. Estos fallos, sin embargo, no compatibilizan o se apartan o son materia de interpretación distinta a la interpretación pacífica que proviene de la fuente externa de la Corte IDH o de otros Tribunales Supranacionales. Precisamente, el *constitucionalismo multinivel* parte del presupuesto de la interpretación constitucional convencionalizada donde las sentencias constitucionales que se debaten en el seno interno de un país cuentan con el respaldo de la jurisdicción supranacional cuyos fallos, armonizan con el llamado bloque de convencionalidad. Sin embargo, el tema no es del todo pacífico, pues muchas veces, un fallo de la Corte IDH puede significar el menoscabo a la soberanía interna de un país que lo que ha hecho es aplicar su texto constitucional, como es en el caso del fallo emitido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina en el fallo CSJ 368/1998 (34-M)/CS1 *Fontevecchia y D' Amico vs. Argentina*.

4.3.8. Sentencias estructurales de los Derechos Fundamentales

Este tipo de sentencias tiene su génesis histórica en el fallo *Brown vs. Board of Education* que dispuso el diseño y la implementación

[43] Sagüés, N.P., "Hacia un reencuadre conceptual del control latinoamericano de convencionalidad. En particular, sobre su papel constructivo o positivo", en Cáceres Arce, J.L., *XV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Libro de ponencias. Constitucionalismo: Democracia a la defensiva. Homenaje a Héctor Fix-Zamudio,* Fondo Editorial Universidad Católica de Santa María t. II, Arequipa, 2022.

de un conjunto de políticas públicas a fin de dejar sin efecto las violaciones estructurales, sistemáticas y generalizadas de los derechos fundamentales a la igualdad entre blancos y negros. En este tipo de sentencias lo que está en juego son las categorías no de personas individuales, sino colectivas y difusas, es decir se trata, por regla general de poblaciones vulnerables que se encuentran en una situación socialmente marginadas como son los pueblos indígenas, las poblaciones carcelarias, las personas victimas de desplazamiento forzado en conflictos armados; pero también comprende a otro complejo sector vinculado a factores de pobreza, discriminación por falta de accesos a recursos básicos, marginación social, personas de bajos ingresos, minorías étnicas, personas discapacitadas, migrantes, niños, adolescentes y ancianos en abandono; y lo más probable de nuevas epidemias que asolan la posmodernidad en tiempos distópicos como son los casos de enfermedades mentales, el universo de ancianos en soledad, grupos de personas con orientaciones sexuales o identidad de género entre otros aspectos.

Este universo de personas afectadas estructuralmente en sus diversos derechos fundamentales puede, a partir de una sola sentencia, solucionar con efectos más allá de las partes de quienes postularon una demanda. Advertimos aquí que no solo se tratan de sentencias vinculadas a procesos de amparo o hábeas corpus o habeas data; sino también de procesos de inconstitucionalidad. Por lo general este tipo de sentencias ordenan el diseño y la implementación de políticas públicas con el fin de resolver las violaciones generalizadas de un conjunto diverso de derechos fundamentales.

Esbozamos aquí las siguientes subtipologías:

a) Sentencias Piloto. Se trata de decisiones que se ubican en el contexto de diversos problemas que enfrenta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que se ve amenazada con una ubérrima cantidad de peticiones sobresaturando su jurisdicción supranacional. Por lo general, los orígenes de estas sentencias derivan de la masiva incorporación al Consejo de Europa de los antiguos países socialistas. Anota Gutiérrez Beltrán que el número total de demandantes potenciales pasó de 450 millones a más de 800 millones de personas; a ello se suma la aprobación del Protocolo N° 11 adicional al Convenio para la protección de los

Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que entrara en vigor en 1998 y que amplió la carga procesal del Tribunal. Es bajo ese contexto en que aparece las llamadas sentencias piloto. Se trata por tanto de resoluciones que tratan de remediar una de las causas fundamentales del universo de demandas interpuestas ante el Tribunal Europeo. En las sentencias piloto se detecta que se trata de pretensiones y hechos idénticos y que, como tal, constituyen una violación generalizada de sus Derechos Humanos. Según el Tribunal en estos procesos los hechos revelan la existencia dentro del ordenamiento de un Estado de una falla o violación estructural, como consecuencia de la cual hay un universo de individuos que sufren o vienen padeciendo un conjunto de derechos y libertades fundamentales. La resolución piloto no se limita declarar la violación del derecho de quien ha postulado su pretensión; sino que exhorta a las autoridades a adoptar medidas generales dirigidas a solventar el problema estructural o sistémico como problema de gran escala. Algunos observan que se trata de una "pequeña revolución en marcha en Estrasburgo". En estricto, esta tipología de sentencia es homologable a las sentencias que declaran un *estado de cosas inconvencionales* pero con la diferencia que las sentencias pilotos son de *naturaleza supraconstitucional* y que suelen ser emitidas por los tribunales que ejercen un control de convencionalidad en cuya variante latinoamericana es la Corte IDH. Es de naturaleza descriptiva el fallo Hutten-Czapska vs Polonia en la que el Tribunal Europeo dispuso lo siguiente:

"Una de las implicaciones fundamentales del procedimiento de las sentencias piloto es que la evaluación hecha por el Tribunal sobre la situación denunciada en un caso piloto se extiende, de manera forzosa, más allá de los intereses exclusivos del demandante y requiere, por tanto, que el estudio correspondiente sea realizado desde la perspectiva de las medidas generales que deben ser adoptadas en interés de las personas potencialmente afectadas".[44]

[44] Gutiérrez Beltrán, Andrés Mauricio, *El amparo estructural de los derechos,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, pp. 115.

Las sentencias pilotos, si bien no son sentencias constitucionales *strictu sensu* dado que son fallos que forman parte de las sentencias internacionales o convencionales y emitidas por tribunales internacionales, no por ello se puede desconocer que se ubican dentro de los predios de las tipologías de este tipo de sentencias vinculadas a transversalizar las sentencias constitucionales en los países de cada jurisdicción doméstica o interna.[45]

b) Sentencias dialógicas. Esta tipología deriva de una *justicia dialogante* en el marco de una *democracia deliberativa* donde las partes que enfrentan un proceso bajo el tercero imparcial que es la jurisdicción constitucional de sus tribunales constitucionales, no solamente se trata de la forma clásica de que se interponga una demanda donde se invoca una pretensión (tesis), la jurisdicción constitucional califica y admite la demanda y corre traslado a la entidad emplazada; y ésta absuelve la contestación (antítesis) y, a partir de allí, en términos carnelluttianos se genera una justa composición del litigio y en el marco de la igualdad de armas, las Altas Cortes como anota el profesor Juan Manuel Sosa,[46] promueven el debate colectivo de las cuestiones de interés pública de manera abierta, plural e incluyente y a la vez crítica del "activismo judicial clásico". Este tipo de sentencias, constituyen el resultado de una controversia que ha sido materia de un diálogo horizontal entre las partes enfrentadas, que por lo general, una le corresponde a un colectivo de personas que se ven afectadas a partir de determinadas decisiones políticas o gubernamentales del ente estatal. Subyace en este tipo de sentencia estructural, un sincretismo armónico de conciliar posiciones encontradas con miras a que la justicia emita una resolución final "dialogada" previamente y con el resultado previsible y querido entre las partes.

---

45 Eto Cruz, Gerardo, *La transversalización del derecho constitucional,* Lima, Grijley, 2022. *Vid*. acápite: ¿se puede hablar de una transversalidad convencional? pp. 138-142.

46 Sosa Sacio, Juan Manuel, "Justicia constitucional dialógica: algunos mecanismos o estrategias que favorecen la legitimación democrática de los tribunales constitucionales"

c) Sentencias que declaran el estado de cosas inconstitucionales. La recepción del estado de cosas inconstitucionales en América Latina, por la información de la jurisprudencia que hoy forma parte del *diálogo jurisdiccional,47* probablemente sea el de Colombia. En efecto, el *activismo judicial* de la Corte Constitucional de la tierra de la cumbia ha sido muy profuso. Una de sus primeras sentencias fue la SU-559 del 06 de noviembre de 1997 en la que declaró un estado de cosas inconstitucionales la omisión de dos municipios de Bolívar desafiliar a sus docentes al Fondo Nacional de Prestaciones del Municipio. Sobre temas carcelarios, vinculados al derecho a la salud de las personas privadas de su libertad, la Corte Constitucional emitió la T-153 de 1998 y la T-606 de 1998; igualmente la T-590 de 1998 declaró el estado de cosas inconstitucionales por la omisión de defensa de los Derechos Humanos; la T-025 de 2004 por violación de los derechos de personas desplazadas en Colombia. Y así existe un amplio elenco en que este Alta Corte ha optado por este mecanismo de tutela, a fin de englobar a partir de una sentencia, favorecer a un universo amplio de personas que sufren un mismo problema que lleva a afectar la propia dignidad de las personas.

En el Perú, el Tribunal Constitucional también ha aplicado esta técnica. En el año de la pandemia 2020 el TC emitió un fallo declarando el estado de cosas inconstitucionales en torno a la sobrepoblación penitenciaria (STC 05436-2014-PHC/TC); y a ello se agregan precedentes de otros casos y de naturaleza diversa. Se trata, como se podrá apreciar, de un complejo fenómeno, donde autoridades o funcionarios, a través de una conducta sistemática, sea por acción o por omisión, desencadenan afectaciones de derechos fundamentales a una cantidad indeterminada, pero finita de personas que están englobadas dentro de los derechos difusos, colectivos, individuales homogéneos, divisibles o no. Este tipo de declaratoria es una excelente técnica que recoge el verdadero *principio de economía procesal*. EL TC peruano lo ha desarrollado

47 Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, *Tribunal Constitucional y dialogo entre tribunales*, Madrid, 2013.

en diversos fallos, tales como en el derecho de información (STC 02579-2003-HD, FJ. 22), en materia tributaria (STC 06089-2006-PA, FJ. 63 y 64), en seguridad social (STC 05561-2007-PA, FJ. 4 y 5), en educación (STC 00017-2008-PA, FJ. 210 y 214) (STC 03149-2004-AC, FJ. 8), salud mental (STC 03426-2008-HC, FJ. 30), derechos laborales (STC 01722-2011-PA, FJ. 26), en instituciones policiales y militares (STC 01126-2012-PA, FJ. 20), en procedimientos migratorios (STC 02744-2015-PA, FJ. 47), sobre el derecho a la educación secundaria gratuita (STC 00853-2015-PA/TC) y sobre el derecho al uso del propio idioma ante cualquier autoridad y el derecho a que en las zonas donde predominen las lenguas originarias, estas sean instituidas como idiomas oficiales, junto al castellano (STC 00889-2017-PA/TC).[48]

Para el TC peruano, sin pretender describir una noción o aproximación conceptual, entiende que el estado de cosas inconstitucionales consiste en extender los efectos de una decisión a personas que no fueron demandantes ni participaron en el proceso que dio origen a la declaratoria respectiva, pero que se encuentran en la misma situación que fue identificada como inconstitucional, de esta manera, no sólo se beneficia la persona que interpuso la demanda, sino que el fallo estimatorio que ordene una conducta a cumplir, se extienda a los que no judicializaron dicha violación.[49] Si se observa este tipo de declaración conceptual como *obiter dicta* del TC peruano, tanto como la Corte Constitucional colombiana, y probablemente del resto de las jurisdicciones constitucionales latinoamericanas, no se han detenido en delinear una estructuración conceptual donde establezca los fundamentos para la tutela, salvo enunciados en grandes rasgos, pero aún no existe una desarrollo orgánico donde se precise los elementos y características propias de esta figura procesal, lo propio sus presupuestos tanto como la naturaleza de los efectos expansivos; creemos, junto con lo que ha planteado Blanca Raquel que bien puede irse replanteando la posibilidad de

[48] Una aproximación de la evolución de esta problemática se encuentra en nuestro trabajo: Eto Cruz, Gerardo, *Derecho Procesal Constitucional. Su interpretación y desarrollo jurisprudencial*, vol. 3, Grijley, Lima, sexta edición, 2019, pp. 1731-1739.

[49] STC 05287-2008-PA, FJ 12.

que pueda una Alta Corte Constitucional, por vía pretoriana; o por la creación legislativa en mérito a una sentencia exhortativa, de que empiece a redimensionarse una nueva alternativa de un *proceso constitucional de estado de cosas inconstitucionales*; dado que esta figura, convoca por ahora a los clásicos procesos vía acción de tutela equivalente a los procesos de amparo o mandato de *injuction* y el clásico hábeas corpus.[50]

d) Sentencias que declaran el estado de cosas inconvencionales. El estado de cosas inconvencionales constituiría también una técnica a la que pueden apelar las Altas Cortes Constitucionales cuando exista un conflicto vertical entre derechos humanos entre los ciudadanos de un país que son, al fin y al cabo un núcleo de población vulnerable; y por otro lado la entidad estatal que resulta ser responsable precisamente de esa vulnerabilidad; en consecuencia estamos ante una situación concreta de que una persona se ha legitimado procesalmente para interponer un determinado proceso judicial, que por lo general se trataría de un proceso de la llamada *jurisdicción constitucional de la libertad* en la que está requiriendo o solicitando a las autoridades o funcionarios que cese la violación o la amenaza de violación de los derechos humanos que provienen, en este caso ya no tanto de la Constitución o del bloque de constitucionalidad, sino de los tratados internacionales en materia de derechos humanos al que la doctrina denomina *bloque de convencionalidad*. Identifica el estado de cosas inconvencionales en la que una persona como titular y actor al activar dicho proceso constitucional, los actos lesivos inconvencionales no solamente lo sufre como agraviado su titular como parte procesal; sino que, tras él, un importante universo de personas está en igual situación al que ha recurrido en proceso constitucional. Identifica también el estado de cosas inconvencionales que hay un conjunto heterodoxo de *derechos individuales homogéneos*, que parten del núcleo de los *derechos*

[50] Cárdenas, Blanca Raquel, *Del Estado de cosas inconstitucionales (ECI) a la formulación de una garantía transubjetiva,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 25.

difusos, supraindividuales, transindividuales o colectivos y como sustento normológico de dichos derechos son los citados Tratados, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los Protocolos adicionales al Pacto de San José de Costa Rica y las Opiniones Consultivas. En suma, todo este universo conforman el bloque de convencionalidad y al existir dicho estado de cosas inconvencionales se trata, por tanto de una realidad objetiva, concreta, verificable, conmensurable y que lleva a determinar a los órganos jurisdiccionales dicha existencia para que la sentencia que se emita de contenido estimatorio no solo tenga efectos entre las partes recurrentes que fueron legitimados en activar dicho proceso; sino también todas las demás personas que están en igual y homologable situación que el demandante. La lógica de este tipo de sentencia es que forma parte del universo de una interpretación constitucional convencionalizada y ciertamente mantiene similitud en parte con las sentencias piloto.

La problemática de las sentencias normativas

*Rubén Hernández Valle**

Resumen: las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad pueden clasificarse en exhortativas, de inconstitucionalidad simple, interpretativas, desaplicativas y normativas. Cada una tiene distintos efectos y formas de intervención sobre las normas sometidas a control constitucional. Dentro de ellas, las sentencias normativas, especialmente las aditivas y sustitutivas, adquieren particular relevancia porque permiten al juez constitucional corregir omisiones, integrar contenidos o establecer reglas destinadas a evitar vacíos normativos.

El uso de estas sentencias plantea el problema de los límites de la jurisdicción constitucional frente a las competencias del legislador. Si bien pueden justificarse cuando desarrollan principios y valores que ya se encuentran en la Constitución, no resulta admisible que el tribunal constitucional cree libremente normas o sustituya al legislador en decisiones de naturaleza política. Por ello, el ejercicio de la función interpretativa debe respetar la separación de poderes, el pluralismo político y los procedimientos establecidos para la reforma constitucional.

Abstract: Constitutional rulings declaring unconstitutionality may be classified as exhortative, simple, interpretative, non-application, and normative decisions. Each category has different effects and forms of intervention over the norms sub-

* Licenciado en Derecho, Universidad Costa Rica (1971). Doctor en Derecho Constitucional, Università La Sapieoma, Italia (1973). Profesor Derecho Constitucional U.C.R. 1973-94; 1998- 2010.

ject to constitutional review. Among them, normative rulings, particularly additive and substitutive decisions, are especially relevant because they allow constitutional courts to address legislative omissions, supplement legal provisions, or establish rules intended to prevent regulatory gaps.

The use of these rulings raises the issue of the limits of constitutional jurisdiction in relation to legislative powers. Although they may be justified when they develop principles and values already established in the Constitution, it is not admissible for a constitutional court to freely create rules or replace the legislature in matters of a political nature. Therefore, the exercise of judicial interpretation must respect the separation of powers, political pluralism, and the procedures established for constitutional reform.

Sumario: I. La tipología de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad. II. Análisis crítico de las sentencias normativas. III. Las sentencias normativas y los límites de la jurisdicción constitucional.

I. La tipología de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad

En los procesos constitucionales tendentes a ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes a posteriori, es posible individualizar una amplia tipología de sentencias estimatorias: a.- las exhortativas; b.- las de inconstitucionalidad simple; c.- las interpretativas; d.- las desaplicativas y e.- las normativas Dentro de cada categoría existen, a su vez, varias subespecies, como veremos de inmediato.

1.1. Las sentencias estimatorias exhortativas

Se trata de una técnica de uso exclusivo cuando el objeto del control son las leyes. Se caracterizaban porque el juez constitucional, al considerar que una determinada disposición legal es contraria a la Constitución, en vez de declarar su nulidad, le confiere un plazo determinado al legislador para que la reforme a fin de eliminar su parte incompatible con la Carta Política.

Debido a que en la praxis su eficacia resulta dudosa, pues no siempre los Parlamentos acatan las recomendaciones de los jueces constitucionales, la jurisprudencia de la Corte Costituzionale italiana elaboró la técnica procesal de la "doppia pronuncia". Según esta técnica, en una primera sentencia se advierte al legislador de que en caso de no ejecutarse las recomendaciones contenidas en ella dentro del plazo señalado, se dictará una segunda sentencia en la cual se declarará la inconstitucionalidad de la norma impugnada.

En otros términos, la sentencia original otorga un plazo al legislador para que enmiende el entuerto constitucional; de no cumplir este dentro del plazo indicado con lo solicitado por la sentencia del juez constitucional, entonces se procede a dictar una segunda sentencia que la declara la inconstitucionalidad de la norma impugnada.

Se produce, entonces, una "doppia pronuncia", sea, una sentencia desestimatoria condicionada, más una sentencia estimatoria si el legislador no cumple la advertencia dirigida a él en aquélla, pues, en alguna medida, la primera sentencia le fija pautas y directrices de cómo una determinada materia debe ser regulada para ser conforme con el Derecho de la Constitución. En Italia, se han terminado llamando a estas sentencias, de manera irónica, "sentenze- delega".

En Alemania y Austria se utiliza otra modalidad, al disponerse en la propia sentencia exhortativa de que si el legislador no cumple el mandato del tribunal dentro del plazo señalado en su parte dispositiva, entonces la norma impugnada quedará automáticamente anulada a partir del cumplimiento de aquél. Se trata, en suma, de una sentencia de inconstitucionalidad, cuya eficacia anulatoria queda sujeta a una condición suspensiva.

Por ello, si la condición suspensiva no llegare a producirse, es decir, si el legislador cumple con la exhortación del juez constitucional, la sentencia estimatoria no surte efectos anulatorios.

En ambas modalidades de las sentencias exhortativas, se trata de una técnica tendente a evitar que se califique al juez constitucional como legislador negativo y le da la oportunidad al órgano

político competente de que enmiende, dentro de un plazo razonable, una disposición emitida por él que roza con la Constitución.

La Sala Constitucional costarricense adoptó una nueva modalidad de sentencias exhortativas. En efecto, ante una demanda de inconstitucionalidad contra una norma contenida en el Código Electoral que autorizaba al Tribunal Supremo de Elecciones para cancelar las credenciales de los diputados cuando estos hubieran violado el deber de probidad, obligación contenida en la Ley de Enriquecimiento Ilícito y contra la Corrupción, la jurisprudencia de nuestro máximo intérprete de la Constitución estableció que el régimen de las inmunidades de los miembros de los Supremos Poderes está regulado exclusivamente en la Carta Política, por lo que no puede ampliarse por vía legal. Por tanto, declaró inconstitucional la citada norma del Código Electoral.

En esa misma sentencia, le otorgó un plazo de 36 meses a la Asamblea Legislativa, en su condición de Poder Reformador de la Constitución, para que introduzca en el texto constitucional la violación al deber de probidad dentro de las causales de pérdida de credenciales de los diputados.[1]

Se trata, sin duda alguna, de una sentencia exhortativa bastante sui generis, pues no se dirige al Parlamento en el ejercicio de sus funciones legislativas—para lo cual está legitimado constitucional y legislativamente—sino más bien como Poder Reformador de la Constitución, lo cual excede las competencias de cualquier tribunal constitucional.

Lo que sí puede y debe hacer un tribunal constitucional es anular disposiciones constitucionales por violaciones en su procedimiento de aprobación pues ello es una competencia de naturaleza jurídica. En cambio, indicarle al Poder Reformador del Estado que legisle en determinado sentido está fuera de su competencia, pues el ejercicio de la potestad de revisión constitucional reviste naturaleza política, por lo que el órgano legislativo la puede ejercitar discrecionalmente sin interferencias de ningún otro órgano estatal. De lo contrario se violaría el principio de

[1] Sentencia Sala Constitucional Voto 11352-1910.

la separación de Poderes, que consagra el artículo 9 de nuestra Constitución.

1.2. Las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad simple

En aquellas hipótesis en que el objeto del control de constitucionalidad son disposiciones, es decir, textos normativos o actos, la sentencia estimatoria tiene como finalidad específica eliminar la respectiva disposición del ordenamiento jurídico mediante una declaratoria de nulidad.

En estos casos, la inconstitucionalidad se produce por un roce entre el texto de la norma o del acto con una disposición o principio constitucional.

1.2.1. La declaratoria de inconstitucionalidad simple de carácter parcial

La declaratoria puede ser parcial cuando se refiere a una parte de un texto (un artículo, un párrafo, etc.) o a una parte del acto, dejando como válidas las restantes disposiciones contenidas en el texto normativo impugnado.

Verbigracia, una acción de inconstitucionalidad planteada para que se declare la nulidad de una disposición concreta contenida en el Código Civil, en el caso de ser declarada con lugar, solo afectaría la validez del artículo impugnado y no la de las demás disposiciones contenidas en el citado Código.

1.2.2. La declaratoria de inconstitucionalidad simple de carácter total

Las declaratorias de inconstitucionalidad simple pueden ser también totales, cuando afectan la totalidad del texto normativo o del acto impugnado. Por ejemplo, cuando se declara la inconstitucionalidad de toda una ley por una violación en el procedimiento de su formación, ya sea porque no obtuvo la respectiva votación

calificada, o bien porque se aprobó sin hacerse solicitado un dictamen previo vinculante.

En estas hipótesis, el juez constitucional elimina toda la ley, es decir, la disposición normativa desparece del ordenamiento jurídico en su totalidad.

1.2.3. Las sentencias interpretativas

Las interpretativas, según la modalidad de que se trate, declaran tanto la inconstitucionalidad de textos, así como también de las normas que se pueden recabar de aquellos.[2]

Por tanto, existen dos modalidades de sentencias estimatorias interpretativas que son claramente distinguibles: a.- cuando la inconstitucionalidad se produce por interpretación errónea o aplicación indebida de una norma a un caso concreto y b.- cuando el texto o la norma impugnados son inconstitucionales por sus efectos.

La inconstitucionalidad por interpretación errónea o aplicación indebida de una norma en un caso concreto. Con frecuencia ocurre que el texto de una norma o acto impugnados de inconstitucionales no contrarían directamente el bloque de constitucionalidad.

No obstante, su interpretación errónea o su aplicación indebida, tanto por las autoridades judiciales como administrativas, comporta una clara violación constitucional, dado que la norma recabada de esta interpretación o aplicación se pone en abierto contraste con la Constitución, sus valores o sus principios.

Las sentencias estimatorias en estos casos no declaran inconstitucional el texto de la disposición de la norma o del acto impugnados, sino más bien la interpretación errónea o la aplicación indebida que las autoridades administrativas o judiciales hacen de ese texto.

Jurídicamente lo que ocurre es que mediante la interpretación errónea o la aplicación indebida de un texto se crean nuevas normas, distintas de las contenidas en la disposición interpretada

[2] Zagrebelsky, Gustavo, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1977, pp. 148-150.

o aplicada. Esas nuevas normas con frecuencia rozan con el bloque de constitucionalidad.

En estos casos el juez constitucional dispone que una determinada interpretación o aplicación de un texto ha creado una norma que roza con la Constitución, por lo que declara que la norma producto de esa interpretación errónea o de la aplicación indebida es inconstitucional.

El texto de la disposición o del acto de donde se recabó la norma declarada inconstitucional, se mantiene inalterado y sigue surtiendo sus efectos normales. Lo que no pueden realizar en el futuro las autoridades judiciales y administrativas, en su caso, es darle a ese texto la interpretación anulada.

Este tipo de sentencias plantea un problema importante y es el relativo a si la interpretación dada por el juez constitucional es o no vinculante para los demás órganos administrativos y judiciales, especialmente para los tribunales de Casación.

En la mayoría de las legislaciones, tales sentencias no impiden interpretaciones diferentes de las dadas por el juez constitucional, a condición de que todas esas interpretaciones sean compatibles con la Constitución, sus principios y valores. Esta clase de sentencias, lo que prohíben es que otros órganos administrativos y judiciales interpreten o apliquen las normas impugnadas de manera que rocen con la Constitución.

La anterior alternativa se utiliza en aquellos ordenamientos en que se tiende a respetar el principio clásico del Derecho continental de que los tribunales de Casación son los que dicen la última palabra sobre la interpretación de la ley.

Ahora bien, al otorgársele al juez constitucional la facultad de interpretar las leyes sometidas al control de constitucionalidad, se entra evidentemente en conflicto con la tradición casacionista antes citada, la cual reserva a este tipo de tribunales el monopolio sobre la interpretación última de la ley.

En la praxis se producen con frecuencia enfrentamientos constantes, pues las Salas de Casación son proclives a desconocer las interpretaciones de las normas subconstitucionales que realizan los tribunales constitucionales. De esa forma se produce una dicotomía interpretativa entre dos altos tribunales: uno obligado

a velar por el fuero de la legalidad (Sala de Casación) y otro con competencia para tutelar el principio de supremacía constitucional (tribunales constitucionales).

En Italia, donde en el pasado surgieron graves divergencias entre la Corte Costituzionale y la Sala de Casación Penal, se ha terminado por elaborar la doctrina del "derecho viviente". De conformidad con ella, la jurisprudencia reiterada y pacíficamente aplicada por los tribunales ordinarios —especialmente la que emana de las Salas de Casación— sobre la interpretación de las leyes, debe ser respetada por la Corte Costituzionale, la cual se encuentra inhibida para darle una interpretación distinta.

Esta solución italiana tiene el inconveniente que elimina la ventaja que tiene justamente el sistema original: permitir un mayor grado de creatividad de los operadores jurídicos, pues hace posible que existan nuevas interpretaciones posibles de la legislación subconstitucional, a condición de que todas ellas sean también compatibles con el Derecho de la Constitución.

Presenta, sin embargo, un alto inconveniente que la técnica italiana tiende a paliar: produce inseguridad jurídica, además de que obliga al afectado a plantear nuevas cuestiones de inconstitucionalidad, cada vez que los jueces ordinarios realicen interpretaciones divergentes de la realizada por el tribunal constitucional.

La segunda solución, que es la acogida por ejemplo por la legislación costarricense, establece la obligatoriedad de la jurisprudencia y precedentes del juez constitucional erga omnes, de manera tal que sus interpretaciones sobre los alcances de las normas o actos sujetos al control de constitucionalidad son vinculantes y de acatamiento obligatorio para todos los operadores jurídicos, salvo para sí misma.

Esta solución tiene el inconveniente de que impide la interpretación creadora de los jueces y funcionarios administrativos, los cuales podrían perfectamente ensayar una o varias interpretaciones posibles de las normas y actos sujetos al control de constitucionalidad, todas ellas compatibles con el bloque de constitucionalidad, pero diferentes de la formulada por el tribunal Constitucional.

La inconstitucionalidad por los efectos del texto o de la norma impugnada. Estas sentencias declaran que un texto o una norma son nulas, no porque violen el bloque de constitucionalidad

de manera directa, sino más bien porque su aplicación modifica inconstitucionalmente otra norma del ordenamiento o bien porque su aplicación implica la violación indirecta del parámetro del juicio de constitucionalidad. Por ello, puede afirmarse que su aplicación produce, de manera refleja o indirecta, la violación del bloque de constitucionalidad.

En la primera hipótesis, podría pensarse en el caso de que por medio de un decreto ejecutivo se aumente, de manera indirecta, la tarifa de un determinado impuesto, lo cual es materia reservada a la ley. La inconstitucionalidad en este caso se produce de manera refleja, pues los efectos producidos por el decreto sobre la ley —modificando la tarifa original consagrada por ella— hace que aquél resulte inconstitucional.

Asimismo, existen hipótesis en que se producen inconstitucionalidades por sus efectos, como cuando la norma impugnada viola, de manera indirecta, el bloque de constitucionalidad.

Por ejemplo, si una ley estableciera que solo las personas asociadas en cooperativas pueden vender lotería al público, semejante disposición legal sería inconstitucional por sus efectos, pues obligaría a los vendedores de lotería a asociarse obligatoriamente en cooperativas con el fin de ejercer válidamente esa actividad comercial. En otros términos, la norma citada violaría, por sus efectos, el derecho de no asociarse que la Constitución le garantiza a todos los ciudadanos.

En síntesis, en estos casos la sentencia estimatoria no declararía inconstitucional la norma o actos impugnados por rozar directa e inmediatamente la Constitución, sus principios y valores, sino más bien por sus efectos, dado que su aplicación modifica inconstitucionalmente otra norma o bien porque su aplicación viola, de manera indirecta, el bloque de constitucionalidad.

1.4. Las sentencias estimatorias de desaplicación

Como última categoría de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad, encontramos el caso de aquellas que, sin anular la norma o el acto impugnados, sin embargo, declaran su inaplicabilidad para el caso concreto.

Las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad siempre producen al menos efectos de desaplicación respecto del recurrente y de los juicios y procedimientos administrativos suspendidos como consecuencia directa de la aceptación a trámite de la acción o consulta judicial, en su caso, dentro de la cual se dictó la respectiva sentencia estimatoria.

Desde el punto de vista procesal, tal distinción se basa en la diferencia que existe entre eficacia y autoridad de la sentencia.

Recordemos que la eficacia consiste en la actitud de la sentencia para producir sus efectos y en la efectiva producción de ellos...la autoridad, en cambio, sería un efecto ulterior y diverso de la sentencia, pero una cualidad de sus efectos, y a todos sus efectos referible, precisamente su inmutabilidad

Trasladado este esquema al ámbito procesal constitucional, la autoridad de la sentencia estimatoria se refiere al aspecto subjetivo del juicio y la eficacia se circunscribe solo a su aspecto objetivo. En consecuencia, pertenece al perfil subjetivo, es decir a la autoridad de la decisión del tribunal constitucional, toda la problemática inherente a la relación del proceso constitucional con el juicio a quo.

Por eso, los tribunales constitucionales y, por mayoría de razón, los tribunales de la jurisdicción ordinaria están inhibidos para atacar la eficacia inter- partes de la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, es decir, pues la Corte no podría violar las garantías de la cosa juzgada constitucional sobre el plano subjetivo, es decir, para aquella parte que se refiere a la relación entre la declaración de inconstitucionalidad y sus efectos en el juicio a quo

1.5. Las sentencias normativas

Este es el tipo de sentencias que emite el juez constitucional que produce más polémicas en la doctrina y en la jurisprudencia, puesto que a través de este instrumento procesal el juez constitucional puede terminar sustituyéndose al Parlamento en su función de creador de normas primarias con eficacia erga omnes.

Existen dos tipos de sentencias normativas: a.- las aditivas y b. las sustitutivas.

1.5.1. Las sentencias estimatorias aditivas

Están son las que se dictan en los casos de inconstitucionalidad por omisión. Se trata, en consecuencia, de una sentencia que declara la inconstitucionalidad no del texto de la norma o disposición general impugnadas, sino más bien por lo que tales textos o normas no dicen y debieran decir.

Desde el punto de vista procesal, se trata de sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una norma "en cuanto..." prevén o no prevén un derecho en favor de un solo grupo de personas o en perjuicio de otros.

Como indica una autora española: "Esta situación (violación del principio de igualdad mediante omisión) se produce en aquellos casos en que la ley, regulando algunos supuestos, omite otros sustancialmente análogos o bien, cuando injustificadamente delimita el ámbito de aplicación de la disciplina de que se trate en atención al sexo, raza, opinión, religión, etc. En algunos casos el Tribunal podrá solucionar la inconstitucionalidad interpretando extensivamente la norma, incluyendo entonces los supuestos o recurriendo a la analogía. La cuestión no es sin embargo fácil. El principio de igualdad no impone el tratamiento igual, sino el que la diversidad de tratamiento esté justificada, sea razonable. Por otra parte, uno de los límites en el recurso a la analogía está en que no es no posible interpretar extensivamente lo que se regula como excepción".[3]

Estas sentencias, en consecuencia, anulan la norma impugnada "en cuanto..." su regulación beneficia o perjudica exclusivamente a determinadas categorías de sujetos por motivos no justificados ni razonables, ya que tal exclusión o discriminación implica una clara violación del principio de igualdad ante la ley.

También tales sentencias pueden darse en los casos en que, al dictarse una nueva normación, se dejan a salvo los derechos adquiridos al amparo de la norma derogada, mediante el uso de la técnica legislativa de las disposiciones transitorias.

---

[3] Ahumada Ruiz, María Ángeles, "El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 8, 1991, pp. 186-187.

En los casos de sentencias aditivas, los tribunales constitucionales tienen dos opciones: o crean la norma para el caso concreto, extendiendo el beneficio a los ilegítimamente excluidos, con lo cual entran en el terreno de las sentencias aditivas, o bien se abstienen de hacerlo y dejan que sea el legislador o la Administración, en su caso, los que corrijan la omisión inconstitucional.

La jurisprudencia de la Corte Costituzionale italiana ha precisado que las sentencias aditivas

> solo son consentidas cuando la solución adecuadora no debe ser el fruto de una valoración discrecional, sino la consecuencia necesaria de un juicio de legitimidad en el que la Corte proceda, en realidad, a una extensión lógicamente necesaria y a veces implícita en la potencialidad interpretativa del contexto normativo en el que se encuentra inserta la disposición impugnada. Cuando, en cambio, exista una pluralidad de soluciones, que deriven de posibles valoraciones, la intervención de la Corte no es admisible, correspondiendo la respectiva escogencia únicamente al legislador.[4]

Una pequeña variante de este tipo de sentencias, son las aditivas distributivas. En estos casos, los tribunales constitucionales al declarar la omisión discriminatoria del legislador, ordena simultáneamente que la suma que actualmente reciben los beneficiarios se distribuya entre todos los que tengan el mismo derecho que ellos. Con ello se trata de respetar el principio constitucional del equilibrio presupuestario y de amparar, asimismo, el derecho de los recurrentes.[5]

Sin embargo, presenta el inconveniente de que disminuye sustancialmente los derechos de los beneficiarios originarios, lo cual pareciera que no está dentro de las potestades de los tribunales constitucionales, dado que aquellos derechos fueron adquiridos de buena fe al amparo de una legislación dictada por el Parlamento en el ejercicio propio de sus competencias constitucionales.

---

4 Corte costituzionale, sentencia núm. 125/1988, de 27 de enero de 1988.

5 Grosso, Enrico, *Sentenze costituzionali di spesa "che non costino"*, Torino, Giappichelli, 1991.

1.5.2. Las sentencias estimatorias sustitutivas

Estas sentencias se caracterizan por innovar el ordenamiento preexistente, introduciendo nuevas disposiciones con eficacia erga omnes. Pueden ser de dos clases: las que introducen nuevas normas propiamente dichas y las que ponen en vigor normas derogadas por las declaradas inconstitucionales.

La técnica de las del primer tipo se expresa a veces mediante la supresión de determinadas palabras o párrafos de una norma o texto, de manera tal que cambia el contenido normativo del enunciado original.

Este tipo de sentencias se debe diferenciar de las de inconstitucionalidad simple parcial, las cuales declaran, como vimos líneas arriba, la invalidez de una proposición que constituye por sí misma un precepto separable, aunque figure incluida en una disposición que contiene otros preceptos no afectados por la declaratoria de nulidad.

La característica de las sentencias estimatorias sustitutivas, en cambio, estriba en que el juez constitucional asume el papel de legislador ordinario, pues crea normas jurídicas con eficacia erga omnes, que sustituyen a las declaradas inconstitucionales, ya sea porque el texto original adquiere otro sentido con las palabras o párrafos anulados, o bien porque el juez constitucional le introduce una nueva normativa en sustitución de la anulada.

En la jurisprudencia de la Sala Constitucional costarricense se encuentran varios ejemplos. Vale la pena citar dos casos relevantes.

Extranjero que case con costarricense puede adoptar la nacionalidad por naturalización. Existe una sentencia de la Sala Constitucional, mediante la cual interpretó el artículo 14 inciso 4) de la Constitución en el sentido de que cuando la norma dispone que "Son costarricenses por naturalización: 1)..2)..3)...4) La mujer extranjera que al contraer matrimonio con costarricense pierda su nacionalidad", la palabra "mujer" debe leerse como "persona", de manera tal que también cobije a los hombres.

Cuando la norma fue promulgada en l949 existía una fuerte impronta cultural en nuestra sociedad de que existía una desigualdad entre ambos sexos, por lo que se propendía a proteger a

la mujer por considerarse más débil. Sin embargo, esos patrones culturales tuvieron un cambio radical a partir de los años setenta, por lo que hoy día se considera que ambos sexos son titulares de los mismos derechos y obligaciones.

Dijo la Sala sobre el particular

> La simple comparación de las normas transcritas con la disposición cuestionada demuestra que el beneficio concedido exclusivamente a la mujer extranjera casada con costarricense, constituye una discriminación en perjuicio del hombre extranjero casado con una ciudadana costarricense, contra quien crea artificialmente una desventaja pues le sustrae beneficios por razones de género, contraviniendo con ello el espíritu constitucional y universal de igualdad y no discriminación... Adviértase que en la especie la desigualdad que hiere los intereses del recurrente no es una simple diferenciación "*razonable y objetiva*", sino un tratamiento evidentemente injustificado, infundado y desproporcionado, producto de condicionamientos sociales, culturales, económicos y políticos felizmente superados, tratamiento que actualmente resulta lesivo para la dignidad humana en lo particular, como derecho subjetivo positivo concreto a la igualdad, y para la unidad familiar como derecho social objetivo, desde el momento en que establece una restricción odiosa que atenta, por discriminación, contra el equilibrio jurídico y espiritual de la familia, también tutelado por la Constitución y por el ordenamiento internacional y por ello patrimonio subjetivo del ofendido... En aras de evitar desigualdades y discriminaciones futuras que pudieran surgir al aplicarse la Carta fundamental y otros instrumentos jurídicos vigentes, y en el ejercicio de la facultades que le otorga la Constitución a esta Sala, se dispone que cuando en la legislación se utilicen los términos "hombre" ó "mujer", deberán entenderse como sinónimos del vocablo "persona", y con ello eliminar toda posible discriminación "legal" por razón de género, corrección que deben aplicar todos los funcionarios públicos cuando les sea presentada cualquier gestión cuya resolución requiera aplicar una normativa que emplee los vocablos arriba citado.[6]

Evidentemente estamos en presencia de una interpretación evolutiva, pues en el mundo actual los hombres y las mujeres son

[6] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia núm. 3435-92, de 11 de noviembre de 1992.

titulares de los mismos derechos y obligaciones. Sin embargo, es claro que la Sala puso a decir a la Constitución algo que no estaba en su texto original.

La libertad de contratación. Otro ejemplo de interpretación evolutiva la tenemos en la sentencia en que la Sala determinó el contenido esencial de la libertad de contratación y anuló, por ser contraria a esa libertad, el artículo 6 de la Ley de la Moneda, el cual permitía que las obligaciones contraídas en moneda extranjera pudieran ser canceladas en colones al tipo oficial de cambio.

La Sala consideró que efectivamente el deudor podía válidamente descargar sus obligaciones contraídas en moneda extranjera en colones, pero no al tipo de cambio oficial como reza literalmente la norma precitada de la Ley de la Moneda, sino más bien al "tipo de cambio de mercado", pues de lo contrario se producía un desequilibrio entre las prestaciones recíprocas entre acreedor y deudor, con un evidente enriquecimiento ilícito a favor del último.

Dijo la Sala sobre el particular lo siguiente: "No obstante, en el párrafo 2) in fine de esta última se faculta al deudor para descargar sus obligaciones contraídas en monedas extranjeras, en colones "al tipo de cambio oficial vigente a la fecha de pago"; aspecto este en que la norma así restablecida resulta también inconstitucional, porque vendría a permitir un evidente desequilibrio en perjuicio de los acreedores, con manifiesta violación del artículo 45 constitucional y de los criterios de constitucionalidad aludidos en el Considerando XIII supra, en cuanto que este tipo oficial no corresponda -por inferioridad o superioridad- al valor comercial efectivo que, a la fecha del pago, tenga en el mercado la moneda extranjera adeudada. Esto implicaría, por una parte, la expropiación ilegítima, sin indemnización, del patrimonio de aquéllos, y, por la otra, el enriquecimiento sin causa de sus deudores, como ha venido ocurriendo con harta frecuencia en nuestro país.

Es más, sería incluso hipotéticamente posible que la norma revirtiera en perjuicio de los propios deudores, en la eventualidad de que el tipo oficial se llegare a fijar en un monto superior al valor real de intercambio. En consecuencia, y en ejercicio de las potestades que le otorga el artículo 89 de la Ley de la Jurisdicción

Constitucional, la Sala opta por disponer también la anulación, por conexión o consecuencia, de la referida frase final, como única solución constitucionalmente válida para mantener el equilibrio financiero de los contratos; de manera que el párrafo 2) del artículo 6 de la Ley de la Moneda, cuya vigencia se restablece en virtud de las inconstitucionalidades declaradas, deberá leerse así: "Sin embargo, podrán celebrarse contratos y contraerse obligaciones en monedas extranjeras pudiendo, a opción del deudor, cancelarse en colones". Colones que, a su vez, deberán ser calculados conforme al valor comercial efectivo que tenga la moneda extranjera adeudada al momento del pago, es decir, a su valor real de intercambio, el cual debe responder a criterios suficientemente objetivos, comprobables y justos -esto último en cuanto a la justicia propia de la relación contractual, concretamente a la equivalencia en los intercambios y a la proporción en las distribuciones-; valor que, en último término, debe ser prudencialmente apreciado en cada caso por los tribunales de justicia, sin acudir a criterios arbitrarios o meramente subjetivos, como los de una paridad establecida legislativa, gubernativa o administrativamente. En este sentido, lo que debe imperar en todo caso es un tipo o valor de intercambio del colón, no en función de unidad de medida en relación con la de otras monedas, sino de valor objetivo y real, es decir, de su precio como mercancía, valor para cuya determinación puede acudirse sencillamente al que opera, de hecho, en el llamado mercado libre de divisas.[7]

Se trata indudablemente de una sentencia que aplica la pauta evolutiva, pues cuando la norma original fue aprobada, el tipo de cambio oficial coincidía con el del mercado. A raíz de la masiva devaluación que sufrió el país a finales de los años setenta e inicios de los ochenta, el tipo de cambió oficial se divorció para siempre de la realidad económica y pasó a ser una ficción jurídica.

En este caso, la Sala nuevamente cambió el texto original de la norma por uno nuevo.

Las del segundo tipo, es decir, las sustitutivas que ponen en vigor normas derogadas se dictan en aquellos casos en que la normativa anulada produce un vacío en el ordenamiento que

[7] *Idem*.

debe ser colmado mientras el legislador dicta la disciplina sustitutiva correspondiente.

El ejercicio de esta potestad se suele justificar argumentando que, de lo contrario, el vacío normativo dejado por la declaratoria de inconstitucionalidad podría producir graves dislocaciones de la seguridad, la justicia o la paz sociales.

Este tipo de sentencias se suele acompañar de una exhortativa, de manera que el legislador sea el que, en última instancia, dicte la normativa sustitutiva correspondiente, conforme a los parámetros señalados en la sentencia del tribunal constitucional. Por eso, la normativa creada por los tribunales constitucionales por medio de las sentencias estimatorias sustitutivas es de carácter transitorio.

Las sentencias aditivas, en sus dos vertientes de creación de nuevas normas con eficacia erga omnes y de reviviscencia de la legislación derogada, constituyen la forma más audaz de actuación del juez constitucional, pues en alguna medida le permiten invadir la función legislativa ordinaria, sustituyéndose a la voluntad del órgano parlamentario.

Sus defensores sostienen, sin embargo, que razones evidentes de seguridad jurídica en el caso concreto justifican el ejercicio de tales poderes extraordinarios del juez constitucional, dado que de lo contrario ciertas declaratorias de inconstitucionalidad, a pesar de salvaguardar el principio de supremacía constitucional, pondrían en serio peligro la estabilidad y la paz sociales.

II. Análisis crítico de las sentencias normativas

En el Derecho Comparado hay dos tendencias bien definidas en cuanto a la existencia de las sentencias normativas: un sector las acepta sin reticencias y otro las rechaza con vehemencia.

2.1. La justificación de las sentencias normativas

Para un sector importante de la doctrina, que ha tenido gran desarrollo en Italia, encabezado por Franco Modugno, la función crea-

tiva de los tribunales constitucionales es un estadio inevitable en la evolución de la jurisdicción constitucional. Dentro de este orden de ideas, se sostiene que las Cortes Constitucionales desarrollan una función mediadora de conflictos sociales y políticos, por lo que las sentencias normativas o manipulativas, aparecen como instrumentos procesales necesarios para el desarrollo de tales fines.

Según este autor, la Corte Costituzionale italiana ha asumido, en el curso de los últimos años, la función de mediadora y moderadora de los conflictos que no han logrado encontrar solución en otras sedes institucionales competentes en principio para ello. Por otra parte, la actividad de la Corte, aunque es de naturaleza jurisdiccional, es también forzosamente una actividad, en sentido lato, política. En otros términos, cada conflicto jurídico es siempre un conflicto de intereses, por lo que, en la base misma de cada decisión de la Corte, existe siempre un móvil político.

Por ello, concluye Modugno que la Corte se encuentra hoy "en el desarrollo de un papel positivo, paralelo y complementario de aquel que corresponde al Parlamento". Aunque se cuestiona la posibilidad de si un órgano que carece, en principio, de legitimación democrática, puede asumir semejante tarea, a final de cuentas su respuesta es positiva.

En efecto, sostiene el citado autor que si se da por descontado que la Corte tiene el poder de interpretar sistemáticamente las disposiciones legislativas y constitucionales, y si la inconstitucionalidad no es nunca un dato cierto que simplemente se revela a través de las resoluciones de la Corte, sino más bien el fruto de una escogencia (a menudo la Corte debe valorar si a través de un pronunciamiento suyo no se arriesga a provocar una situación de inconstitucionalidad más grande que la originaria), entonces las sentencias estimatorias normativas, representan un instrumento dúctil, adaptable a las diversas situaciones concretas, y como tales irrenunciables.[8]

Dentro de este orden de ideas, otro gran jurista italiano, Vezio Crisafulli, de grata memoria, justificaba las sentencias ma-

[8] Modugno, Franco, "Vecchie e nuove questioni in tema di giustizia costituzionale. Il superamento dell'insensato dualismo tra (semplice) legalità e costituzionalità", *Diritto e società*, núm. 4, 2019, pp. 791 y ss.

nipulativas bajo el concepto de que propician el despliegue de los efectos de las normas constitucionales obstaculizados por la ausencia de leyes.

Según Crisafulli, la nueva disciplina que produce la sentencia normativa no procede de la fantasía de la Corte, pues esta tiene prohibición para crear libremente Derecho (como lo hace el legislador), sino que el juez constitucional se limitar a concretar e individualizar una norma que ya se encuentra implícita en el sistema y, por tanto, deducible de él mediante los instrumentos hermenéuticos correspondientes.

Por ello, las sentencias normativas están dotadas de una capacidad autoaplicativa; se trata de una legislación en términos descriptivos, porque al no ser libre, sino inducida y deducida, es una legislación a "rime obbligate", por lo que no es verdadera legislación.[9]

2.2. La crítica de las sentencias normativas

Otra vertiente doctrinaria, partiendo de la premisa de que los tribunales constitucionales son órganos rigurosamente jurisdiccionales, sostiene que no es posible admitir la categoría de las sentencias normativas. Si la norma que se pretende agregar es derivable del ordenamiento vigente, entonces corresponde al legislador y, solo a él, introducirla.

Por ello, se considera que los tribunales constitucionales no se pueden arrogar el "aristocrático" privilegio de individualizar ellos mismos, con eficacia erga omnes, cuales normas nuevas o recabadas del ordenamiento vigente deben colmar las lagunas que integran la inconstitucionalidad de una ley.

Nos dice un autor italiano sobre el particular:

> No existe ningún monopolio de la Corte que la habilite para declarar en vía exclusiva los preceptos implícitos en la legislación, ni siquiera para enuclear el alcance de las reglas constitucionales, pues

[9] Crisafulli, Vezio, "La Corte costituzionale ha vent'anni", *Giurisprudenza costituzionale*, 1976, pp. 1707 y ss.

> si la norma está presente en el sistema, corresponde al juez (a todos los jueces) explicitarla; si no existe, corresponde al legislador (solo al legislador) crearla. Interviniendo la Corte, en cambio, en el primer caso viola la esfera de competencia de los jueces; en el segundo caso la del legislador.[10]

Estos autores concluyen que, si la cuestión de legitimidad constitucional requiere, de manera simultánea, la anulación de la ley impugnada y su sustitución por una nueva normativa, la Corte debe rehusar su intervención creando una nueva norma, lo que implicaría, en última instancia, que el caso se resuelva con un pronunciamiento anulatorio puro y simple.

Cuando, en cambio, la pretensión de inconstitucionalidad se limita al aspecto aditivo- discrecional, la Corte deberá rechazar la cuestión en bloque, en cuanto lo solicitado no es competencia suya. En tal caso, el resultado será una sentencia de inadmisibilidad.[11]

III. Las sentencias normativas y los límites de la jurisdicción constitucional

Los fundamentos jurídico-formales y los político-institucionales de la jurisdicción constitucional determinan también sus límites. Tales límites fijan la frontera más allá de la cual se extiende el territorio de las cuestiones meramente políticas, en las que está prohibida la intromisión del juez constitucional.

El problema jurídico inicial consiste, por tanto, en delimitar, de manera precisa, cuando un asunto debe considerarse político y, por lo tanto, queda fuera de la competencia de la jurisdicción constitucional.

En línea de principio y desde el ángulo de la jurisdicción constitucional, un asunto debe considerarse político cuando no existe una disposición o principio constitucional que sirva de parámetro de validez a la norma o al acto acusados de ilegítimos.

---

10 Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, p. 159.

11 Lavagna, Carlo, "Sulle sentenze additive della Corte costituzionale", *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 1131 y ss.

Paradójicamente fue Kelsen el que sentó los fundamentos teóricos que le confieren asidero jurídico a la concepción de que dentro del Derecho Constitucional no existen espacios vacíos.

A manera de excursus necesario, recordemos que fue justamente el jurista vienés quien califico a la jurisdicción constitucional como "legislación negativa", lo que permite concluir la imposibilidad lógico-jurídica de que el juez constitucional se sustituya a la voluntad del legislador por medio de las denominadas sentencias normativas o manipulativas.

Por otra parte, y volviendo al hilo conductor de nuestro discurso, la teoría kelseniana de la pirámide jurídica presupone la existencia del principio de "regularidad jurídica", según el cual debe existir una correspondencia y conformidad entre el grado inferior y el superior del ordenamiento jurídico. Este principio debe lógicamente cumplirse en todos los estratos del ordenamiento, los cuales están, inmediata o mediatamente, subordinados a la Constitución, pues cada uno de ellos constituye una etapa de los procesos de creación y aplicación del Derecho dentro del Estado moderno.

Este principio, llevado a sus últimas consecuencias, desemboca en la imposibilidad de que existan zonas vacías de Derecho Constitucional, pues las normas infraconstitucionales supondrán siempre, por exigencias lógico-jurídicas, la existencia al menos de un principio constitucional que les confiera fundamento normativo.

Esta tesis permite fundar las potestades de los tribunales constitucionales para dictar sentencias normativas, las cuales, en algunas de sus modalidades, posibilitan que aquellos actúen como legislador a secas, es decir, creando normas con eficacia *erga omnes*.

Por ejemplo, cuando los tribunales constitucionales declaran una inconstitucionalidad y establecen, en la misma sentencia, la regla que llena el vacío normativo dejado por la disposición eliminada del ordenamiento, o cuando, por las mismas razones, ponen en vigor una ley derogada, es evidente que en ambos casos ejercen una típica función legislativa ordinaria y no jurisdiccional.

Existe, sin embargo, una diferencia sustancial entre la decisión política y la decisión judicial, pues mientras la primera mira hacia el futuro, la segunda mira desde el pasado. En otros términos, "lo que caracteriza a la decisión política es que se argumenta y es argumentable desde los fines que persigue, mientras que la decisión judicial solo puede alcanzar aceptación general, esto es, legitimidad, si se basa en unas premisas que a su vez gocen de esa aceptación".[12]

Por otra parte, y en línea de principio, la Constitución no es un orden normativo que disciplina de manera omnicomprensiva los conflictos políticos. La Constitución es más bien un cuadro, al interno del cual existen amplios espacios constitucionalmente irrelevantes, espacios vacíos de Derecho Constitucional.

Asimismo, la incorporación de disposiciones sustantivas a la Constitución debe ser compatible con el pluralismo político, dado que el legislador no es un simple ejecutor de la Constitución, sino más bien un órgano estatal que actúa con discrecionalidad dentro del marco fijado por esta, por lo que su libre actuación necesita, en numerosos casos, que el enunciado de aquellos preceptos le autoricen un amplio espectro de interpretaciones políticas diversas.

Por ello, las potestades de los tribunales constitucionales para precisar los alcances de las normas, principios y valores constitucionales encuentran un límite concreto e infranqueable en el principio del pluralismo político. El legislador, en aplicación de este principio, puede desarrollar la Constitución en diversas formas, siempre que todas ellas sean compatibles con la "ratio" de aquella. El juez constitucional, por lo tanto, no puede valorar la discrecionalidad política del legislador para escoger una u otra opción; lo que sí puede y debe hacer, es controlar que tal escogencia no viole los límites de la discrecionalidad jurídica.

Dentro de este orden de ideas, un jurista español ha precisado, con gran lucidez, que "el legislador no es un ejecutor de la Constitución, sino un poder que actúa en el marco de esta y

[12] De Otto, Ignacio, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1987, p. 289.

esta libre actuación requiere en muchos casos (aunque no, claro es, en todos) que el enunciado de esos preceptos constitucionales permita un ancho haz de interpretaciones diversas. No de interpretaciones "jurídicas", sino de interpretaciones políticas, es decir, de diversas maneras de entender el texto constitucional cuyos enunciados han de construirse por tanto, con conceptos de alto valor de abstracción. (Rubio Llorente).

El problema de los límites de la jurisdicción constitucional, bajo el prisma de las cuestiones políticas, puede ser también analizado desde el punto de vista de los caracteres mismos del caso. En efecto, toda cuestión constitucional es, sin duda alguna, un conflicto de intereses o de podres que debe decidirse como una controversia jurídica, es decir, mediante la aplicación de una regla que se supone independiente de las relaciones materiales. Por consiguiente, la existencia de una jurisdicción constitucional significa que los sujetos político- constitucionales han consentido en dejar la solución de sus conflictos a una instancia independiente a través de la aplicación de normas jurídicas. En consecuencia, los límites de la jurisdicción constitucional coinciden con los límites de la materia regulada por el Derecho Constitucional.

Por otra parte, la actividad de los tribunales de justicia no es creación, sino más de interpretación del Derecho. Por tanto, el juez constitucional no puede sustituirse a la voluntad del legislador, pues la interpretación constitucional, a pesar de estar condicionada por evidentes componentes políticos, es siempre interpretación jurídica. Los límites de la jurisdicción constitucional, entonces, están íntimamente relacionados con los límites de la interpretación constitucional.

Dentro de esta óptica, debe afirmarse que los tribunales constitucionales son una especie de poderes neutros, cuya actividad se limita a sostener la efectividad del sistema constitucional respectivo, lo que implica que no puede cambiarlo ni mucho meno impedir su reforma.

La jurisdicción constitucional, en consecuencia, no solo es incapaz de impedir la reforma constitucional, sino que, además, es la encargada de garantizar que la misma se realice por los cauces establecidos en la Constitución.

Debe recordarse, en todo caso, que la soberanía popular, como cuestión de hecho, hay que hacerla descansar en la noción de consenso, de consenso político.

Por consiguiente, las Constituciones regulan jurídicamente los cambios de consenso que se producen en la sociedad civil subyacente. Por ello, los cambios de consenso, es decir la mutación de los contenidos materiales de la Constitución, solo pueden realizarse por medio de los procedimientos de reforma constitucional, pues tal función compete al pueblo en cuanto titular de la soberanía popular por medio de Convenciones o Asambleas Constituyentes y no a los tribunales constitucionales, que son órganos constituidos y cuya legitimación deriva directamente del propio texto constitucional.

El límite del poder interpretativo de los tribunales constitucionales es un presupuesto de la función racionalizadora que corresponde a la Constitución. Si bien esta función admite la posibilidad de un cambio constitucional por medio de la interpretación, también es cierto que excluye el quebrantamiento constitucional por desviación del texto en el caso concreto y la reforma de los contenidos materiales de la Constitución por medio de la interpretación. Como dice un jurista alemán, "Allí donde el intérprete se impone a la Constitución, deja de interpretarla para cambiarla o quebrantarla".[13]

Por consiguiente, el principio norteamericano de la "living Constitution" debe entenderse como actualización jurídica del texto constitucional conforme a las coordenadas tiempo y espacio, no como la modificación de sus contenidos materiales, que es una función de naturaleza política y, por tanto, diversa de la función jurídica que compete a los tribunales constitucionales de concretizar el contenido de las normas, principios y valores constitucionales.

En conclusión, los límites del poder interpretador de la Constitución están determinados por la condición de órganos constituidos de los tribunales constitucionales, lo que les impide

[13] Hesse, Konrad, "La interpretación constitucional", *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 52.

reformar aquella mediante procedimientos diversos de los expresamente autorizados al efecto por el Constituyente.

Las sentencias normativas, por lo tanto, solo son admisibles en la medida en que desarrollen los principios y valores contenidos en la Constitución. Cuando, por el contrario, llenan el vacío del legislador, mediante la imposición de una nueva regla no derivable de la Constitución o poniendo en vigor normas derogadas, es evidente que en tales hipótesis los respectivos tribunales constitucionales se sustituyen a los Parlamentos en su auténtica función política de crear normas con efectos erga omnes. Por consiguiente, tales sentencias normativas son espurias, pues implican una subversión del orden constitucional, dado que la magistratura asume el papel de legislador a secas, lo que, en los sistemas democráticos de gobierno, solo está consentido hacerlo al Parlamento.

Sentencias constitucionales unilaterales que reparan omisiones legislativas parciales

***

Unilateral constitutional rulings that remedy partial legislative omissions

*Giovanni A. Figueroa Mejía**

Sumario: I. Delimitación del ámbito de estudio. II. Las sentencias constitucionales que reparan unilateralmente las omisiones legislativas parciales. Esbozo. III. Sentencias que declaran la inconstitucionalidad de parte del texto de la disposición por ser discriminatoria. Algunos casos relacionados con hijas, hijos y menores de edad. IV. Conclusiones.

I. Delimitación del ámbito de estudio

De conformidad con la clásica distinción *wesseliana*,[1] en los sistemas jurídicos existen omisiones legislativas parciales y totales.

* Académico de Tiempo Completo y Coordinador del Doctorado Interinstitucional de Derechos Humanos en la Universidad Iberoamericana Ciudad de México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del Conahcyt, Nivel II.

1 *Cfr.* Wessel, W., "Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde", DVBl, cuaderno 6, 15-III-1952, quien es considerado el pionero en el estudio de la omisión legislativa, citado y comentado, entre muchos otros, por Ahumada Ruiz, Mª Ángeles, "El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas", *Revista del Centro de Estudios Cons-*

Las primeras, también llamadas relativas, aparecen cuando existe un silencio en el texto de la ley que se considera contrario a la Constitución.[2] Con las segundas, también denominadas absolutas, se origina una infracción constitucional, caracterizada por la ausencia total de la legislación que el constituyente o el órgano revisor de la Constitución ordenó que se creara específicamente en un determinado plazo[3] o sin señalar un plazo.

En algunos casos las Constituciones y las leyes de ciertos países han desarrollado una normativa amplia sobre la inconstitucionalidad por omisión legislativa parcial y total;[4] mientras que

titucionales, Madrid, núm. 8, enero-abril, 1991, p. 172; Fernández Rodríguez, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión: Teoría general; Derecho Comparado; el caso español,* Civitas, Madrid, 1998, pp. 114-115; Fernández Segado, Francisco, "La búsqueda de nuevos cauces de salvaguarda de la constitución: La inconstitucionalidad por omisión", *La Justicia Constitucional: Una visión de Derecho Comparado*, t. I, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 596-597.

2 En Italia el estudio de las omisiones del legislador y su posible control tiene su antecedente más remoto en el trabajo de Branca, Giuseppe, "L´illegittimità parziale nelle sentenze della Corte Costituzionale", en Maranini, Giuseppe (edit.), *La giustizia costituzionale*, Valechi Editore, Florencia, 1966, p. 38. Sin embargo, es Mortati, Costantino, "Appunti per un studio sui remedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore", en *Foro Italiano*, 1970, pp. 154 y 156, quien consagra en este estudio el análisis de los remedios jurisdiccionales contra los comportamientos omisivos del legislador. En España véase, en especial, a Gómez Puente, Marcos, *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, McGraw Hill, Madrid, 1997, pp. 25-26; Villaverde Menéndez, Ignacio, "La inconstitucionalidad por omisión un nuevo reto para la justicia constitucional", en Carbonell, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México, IIJ-UNAM, 2003, pp. 41-58; así como el trabajo de Fernández Rodríguez, José Julio antes citado.

3 Báez Silva, Carlos, voz "Omisión absoluta", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Martínez Ramírez, Fabiola, Figueroa Mejía, Giovanni A. y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, *1001 voces, Tercera Edición, In Memoriam Dr. Héctor Fix-Zamudio*, Tomo I, México, IIJ-UNAM-IECEQ, 2021, p. 1596.

4 Un estudio de los países que contemplan normativa para reparar las omisiones inconstitucionales se puede ver en Eto Cruz, Gerardo, *Los gritos del silencio en las normas constitucionales y convencionales. Una introducción a la teoría de la inconstitucionalidad e inconvencionalidad por omisión*, Lima, Editorial San Bernardo, 2021, pp. 63-93.

en otros es la jurisprudencia constitucional la que desarrolla el contenido y análisis de dichas omisiones.[5]

Ahora bien, ambos tipos de omisiones legislativas son un problema mayúsculo por las consecuencias que ocasionan, pues el "no hacer" del legislador puede generar situaciones que contradigan materialmente a la Constitución y que vulneren derechos humanos. Sin embargo, el problema principal no es solo el comportamiento del legislador que ha sido omiso, sino el control constitucional de esas omisiones y sus posibilidades de reparación.[6]

Aunque son interesantes las diversas modalidades sentenciadoras que suelen emplear los Tribunales Constitucionales para reparar este tipo de silencios del legislador. Por motivos de espacio, en este breve estudio solo se señalan algunas líneas generales respecto de las sentencias constitucionales que reparan unilateralmente las omisiones legislativas parciales y declaran la inconstitucionalidad de parte del texto de la disposición por ser discriminatorio.

---

[5] Un análisis completo sobre la jurisprudencia desarrollada en torno a las omisiones legislativas se encuentra en Bazán, Víctor, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales. Un recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2017, *passim*.

[6] Así lo han resaltado Ahumada Ruiz, Mª Ángeles, "El control de constitucionalidad", *cit*., p. 173, cuando dice que el problema de las omisiones del legislador cobra interés en cuanto a su control y posibilidades de corrección, no bajo el aspecto de la perfección técnica en el desarrollo por el legislador de los principios y normas constitucionales; Figueruelo Burrieza, Ángela, "La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo", *Revista de Estudios Políticos*, nueva época, núm. 81, julio-septiembre de 1993, p. 67, quien ha señalado que con las omisiones relativas, a diferencia de las absolutas, se abren espacios para la actuación del intérprete de la norma incompleta o defectuosa. Y es que el interés de este tema, en lo que concierne a su control y posibilidad de corrección, se incrementa, sobre todo, cuando se provoca la lesión o se impide el pleno ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución; Gutiérrez Zarza, María Ángeles, "Las sentencias interpretativas y aditivas del Tribunal Constitucional Español", *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, núm. 3, 1995, p. 1036, señala que el control de constitucionalidad se puede realizar sobre lo que no dice u omite decir un enunciado legal, no sobre lo que dice.

II. Las sentencias constitucionales que reparan unilateralmente las omisiones legislativas parciales. Esbozo

Retomando algunos de los principales elementos que se suelen emplear para hacer alusión a la expresión "sentencias constitucionales", serán pronunciamientos de este tipo aquellas decisiones emitidas por los Tribunales Constitucionales (con independencia del nombre que se les adscriba en cada país a este tipo de órganos: Tribunal, Corte o Sala Constitucional, Suprema Corte, Corte Suprema o Tribunal Supremo), al resolver procesos constitucionales, cuyo presupuesto sea interpretar valores y principios fundamentales, integrar creativamente el Derecho y decidir cuestiones de trascendencia jurídica y política.[7]

En cuanto al contenido esencial de la sentencia constitucional que pone fin a una confrontación entre una disposición normativa secundaria que es omisa parcialmente y la Constitución, el pronunciamiento puede limitarse a determinar que la disposición es inconstitucional, siguiendo la rígida alternativa de la estimación de inconstitucionalidad.[8] Es claro que esta vía no supone siempre la reparación más idónea, debido al "vacío normativo" que la sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad genera.[9]

Esta idea es particularmente útil sobre todo si se tiene en cuenta que la eliminación definitiva de una disposición omisa es un suceso muy grave que, incluso, puede generar una situación

---

7 *Cfr*. Figueroa Mejía, Giovanni A. "Sentencia constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Martínez Ramírez, Fabiola, Figueroa Mejía, Giovanni A. y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *op. cit*., t. II, pp. 1884-1886.

8 Sobre esta idea véase Kelsen, Hans, "La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)", en *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, 1928, traducida al español en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, traducción de Juan Ruiz Manero, Debate, Madrid, 1988, quien identifica al Tribunal Constitucional como una especie de "legislador negativo" –di *contrarius actus*–, porque anula las disposiciones que considera opuestas a la Constitución.

9 Esta preocupación de evitar el "vacío normativo" ha estado presente en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales. Desde 1967 ya evidenciaba esta problemática Sandulli, Aldo María, *Il giudizio sulle leggi. La cognizione della Corte costituzionale e i suoi limiti*, Milán, Giuffrè, p. 62.

de mayor incertidumbre en la solución de los problemas que el artículo expulsado del ordenamiento jurídico regulaba,[10] por las graves consecuencias que el vacío puede producir, especialmente si el legislador ("*in ben altre faccende affaccendato*") no se preocupa de colmarlo rápidamente con una nueva normativa a la que pueda atribuírsele un significado conforme con los dictámenes constitucionales;[11] o dicho de otra forma, cuando el legislador carece de la agilidad necesaria para cubrir de inmediato el hueco que deja la norma expulsada del ordenamiento jurídico, lo que se traduce en una laguna que ocasiona una gran confusión jurídica para la ciudadanía y para todos los poderes públicos.[12]

Problemas como éste no se pueden resolver desde un plano meramente teórico, prescindiendo de la experiencia y del conocimiento de datos realmente esenciales, como por ejemplo el tiempo necesario para que se agote el *inter* legislativo o las consecuencias probables de una larga carencia de normas sobre una determinada materia. Por ello, para evitar el vacío normativo que produce una disposición en caso de ser anulada, los Tribunales Constitucionales desde hace bastante tiempo prefieren partir de una confianza al legislador en la observancia e interpretación correcta de los principios constitucionales, es decir, sólo declaran la inconstitucionalidad de una disposición cuando su contradicción con la Constitución es evidente y no deja lugar a una "duda razonable".[13]

---

10 Cfr. Zagrebelsky, Gustavo, *La giustizia costituzionale*, Bolonia, Il Mulino, 2ª. ed., 1977, p. 152. También, Vigo, Rodolfo Luis, *De la ley al derecho*, México, Porrúa, 2003, p. 118.

11 Monteleone, Girolamo, *Giudizio incidentale sulle leggi e giurisdizione*, Padua, Cedam, 1984, p. 110.

12 García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª. ed., Madrid, Civitas, 2006, p. 102. Véase, en un sentido similar, a Fernández Segado, Francisco, "Reflexiones en torno a la interpretación de la Constitución", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, tomo IV, México, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Porrúa, 2002, p. 117.

13 La esencia de este proceder fue desglosada y precisada en un artículo clásico de Bradley Thayer, James, "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law", 7 *Harvard Law Review,* núm. 129, 1983, en el cual se consideraba que el juez constitucional no debe invalidar todas

Es esta necesidad de dar respuesta a exigencias específicas la que originó, y sigue originando, que los intérpretes supremos de la Constitución, al reparar unilateralmente las omisiones legislativas parciales, recurran a diversos tipos de sentencias que incorporan un nuevo elemento en el precepto aprobado por el legislador.[14] Por ello, en la actualidad no sorprende el gran poder que han adquirido los jueces constitucionales para decidir cuál es la forma más adecuada de reparar esas omisiones.

Con base en estas ideas generales, dentro de las varias posibilidades de solución,[15] enseguida se analiza una tipología de sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una parte textual de la disposición sometida a control, con la finalidad de *determinar* cuáles significados (normas) son constitucionales y cuáles deben rechazarse o para *modificar* el contenido normativo de la disposición y así queden reparadas las omisiones legislativas parciales en diferentes grados y formas. Estos pronunciamientos tienen en común que incorporan algo nuevo: el supuesto o los supuestos que originalmente estaban excluidos o no contemplados en el precepto sometido a control de constitucionalidad.

III. Sentencias que declaran la inconstitucionalidad de parte del texto de la disposición por ser discriminatoria. Algunos casos relacionados con hijas, hijos y menores de edad

Esta técnica correctiva de omisiones legislativas parciales es regularmente empleada por los Tribunales Constitucionales ante

las leyes que considere inconstitucionales, sino solo aquellas que sean "tan evidentes como para no dejar lugar a la duda razonable".

14 Álvarez Conde, Enrique, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 2008, vol. II, p 382.

15 Entre muchas otras, las más recurrentes tipologías de sentencias que reparan omisiones legislativas parciales son: sentencias que declaran la inconstitucionalidad de parte del texto de la disposición y amplian el contenido normativo; sentencias que determinan cuál es la interpretación conforme con la Constitución; sentencias que determinan cuál es la interpretación contraria a la Constitución; Sentencias que introducen una *doppia pronuncia*; sentencias aditivas; sentencias sustitutivas.

contenidos normativos discriminatorios expuestos de manera explícita en la disposición. La sentencia, en este caso, declara la inconstitucionalidad de la parte textual que excluye y, al mismo tiempo, origina la ampliación del contenido normativo que la Constitución exige. De esta manera, se invalida el estado de ventaja a favor de un sector en desventaja de otro.[16]

Con estos pronunciamientos los intérpretes supremos de la Constitución han ido afianzando una línea jurisprudencial en torno a la reparación de las citadas omisiones en disposiciones normativas discriminatorias en diferentes materias. Sin embargo, solo se señalan algunos ejemplos de sentencias relacionadas con derechos de la niñez.

En ese sentido, es relevante la labor de la Corte Constitucional colombiana respecto de normas que no respetan el principio de igualdad, pues en varias decisiones ha razonado que no es suficiente una argumentación que se limite a afirmar que la disposición acusada establece un trato discriminatorio, sino que además se deben "señalar con claridad los grupos involucrados, el trato introducido por las normas demandadas que genera la vulneración del derecho a la igualdad".[17]

---

16 Esta idea ha sido ampliamente abordada por la doctrina italiana y española. En esa tesitura puede verse Pizzorusso, Alessandro "Las sentencias 'manipulativas' del Tribunal Constitucional italiano", *El Tribunal Constitucional*, I, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, pp. 290-291; Duni, Giovanni, "L`oggetto dei giudizi di costituzionalità e la problematica dei dispositivi additivi. Additività testuale e additività normativa", en *Scritti in Onore di C. Mortati*, vol. IV, Milán, Giuffré, 1977, p. 341; Colapietro, Carlo, *Le sentenze additive e sostitutive della Corte costituzionale*, Pisa, Pacini Editore, 1990, p. 42; D´Orazio, Giustino, "Le sentenze costituzionale additive tra esaltazione e contestazione", en *Revista Trimestrale di Diritto Pubblico*, tom. I, año XLII, 1992, p. 92; Vecina Cifuentes, Javier, "El control por el Tribunal Constitucional de las omisiones legislativas lesivas del principio de igualdad", *Derechos y libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año 1, núm. 2, 1993-1994, p. 488.

17 *Cfr*. Sentencia C-913 de 2004. En un sentido similar véanse las siguientes sentencias: C-022 de 1996, C-1031 de 2002, C-176 de 2004, C-1115 de 2004, C-1086 de 2008 y Auto 132 de 2008. Sobre integración normativa se pueden consultar también, entre muchas otras, las sentencias C-320 de 1997, C-357 de 1999, C-539 de 1999, C-781 de 2003, C-227 de 2004, C-271 de 2003, C-409 de 2004, C-538 de 2005, C- 925 de 2005, C-536 de 2006 y C-941 de 2012.

Este argumento le sirvió de base a la Corte en la sentencia C-105/1994,[18] pues concluyó que, con base en lo dispuesto en el artículo 42 de la Constitución, eran inexequibles las normas que estipularan tratamientos diferenciados entre los hijos en razón de su filiación, pues la regla imperativa en estos casos era la igualdad ante la ley de los descendientes. Adicionalmente, extendió los efectos del principio de igualdad entre los hijos a las distintas modalidades de filiación a las que la Constitución reconoce protección. En tal sentido, la sentencia determinó que las diferenciaciones previstas en los artículos demandados, a favor de los hijos *legítimos,* resultaban inexequibles debido a que contrariaban diversos contenidos normativos de naturaleza constitucional.

Con fundamento en consideraciones similares la Corte Constitucional colombiana unos años más tarde ha emitido decisiones que declararon la inexequibilidad de normas de derecho civil que disponían consecuencias jurídicas discriminatorias relacionadas también con filiación. Así lo hizo en la acción de inconstitucionalidad C-404/13, del 3 de julio de 2013, en la cual se pronunció sobre el contenido del artículo 288, inciso segundo, del Código Civil, que establece: "corresponde a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos legítimos. A falta de uno de los padres, la ejercerá el otro". Esta disposición se consideró discriminatoria debido a que desconoce la igualdad material que debe existir entre todos los hijos, pues sólo contempla a los concebidos dentro del matrimonio y excluye a los extramatrimoniales o adoptivos. En consecuencia, la Corte declaró la inconstitucionalidad de la expresión "legítimos", contemplada en dicho artículo.

En el control de constitucionalidad de las leyes, el Consejo Constitucional francés fue muy "deferente" hacia el legislador

[18] En esta decisión la Corte estudió varias normas del Código Civil, entre ellas la determinación de a quiénes se deben alimentos, la fijación de reglas para el ejercicio de la curaduría del interdicto, la determinación de los legitimarios y los asignatarios forzosos y las causales de indignidad sucesoral; estipulaban consecuencias jurídicas para los hijos *legítimos*, con exclusión de los descendientes por filiación distinta a la matrimonial. En un sentido similar véase la sentencia C-451/16, del 24 de agosto de 2016, donde la Corte también determino la inconstitucionalidad del término "hijos legítimos".

hasta el año 1974[19] y en los años posteriores ha sido más activista.[20] Por ejemplo, con fundamento en consideraciones diferentes a las seguidas por la Corte Constitucional colombiana, pero en la misma temática sobre hijos legítimos, en la sentencia de la acción prioritaria de constitucionalidad 2018-737, del 5 de octubre de 2018, se pronunció sobre el contenido del artículo 1º de la ley de 10 de agosto de 1927, en el cual se establece que es francés: "Cualquier hijo legítimo nacido de un francés en Francia o en el extranjero". También valoró la constitucionalidad del artículo 3º, en el cual se precisa que es francés: "Cualquier hijo legítimo nacido en Francia de una madre francesa".[21]

El requiriente reprochó esas disposiciones, pues reservan al padre francés la transmisión de la nacionalidad francesa a su hijo legítimo nacido en el extranjero y, correlativamente, priva al hijo legítimo nacido en el extranjero de una madre francesa del beneficio de dicha transmisión. Por lo tanto, el Consejo declaró la inconstitucionalidad de los términos "en Francia" que aparecen en el citado artículo, pues con ellos se instaura una diferencia en-

19 Sobre las sentencias del Consejo Constitucional francés alrededor de esos años, véase Favoreu, Louis y Philip, Loïc, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 13ª. ed., París, Dalloz, 2005, *passim*. También, Di Manno, Thierry, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions "interpretatives" en France et en Italie*, París, Economica, Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 1997.

20 Un análisis reciente sobre este activismo se puede ver en Tusseau, Guillaume, "Las decisiones constitucionales del Consejo Constitucional francés", Figueroa Mejía, Giovanni A. (coord.), *Tipología y efectos de las sentencias constitucionales, regionales y supranacionales*, T. II, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Constitucionales de la SCJN, 2022, pp. 1293-1389.

21 Al establecer la atribución de la nacionalidad francesa por filiación materna, las disposiciones del 3º del artículo 1o de la ley de 10 de agosto de 1927 perseguían un objetivo demográfico de ampliación del acceso a la nacionalidad francesa. Sin embargo, el legislador supeditó la medida a la condición impugnada, la cual limita su beneficio a los hijos nacidos en Francia. Los motivos alegados en su tiempo para explicar este requisito se basaban, por una parte, en la aplicación de las normas relativas al servicio militar obligatorio y, por otra, en la voluntad de evitar posibles conflictos de nacionalidad. Sin embargo, según el Consejo, en la actualidad ninguno de dichos motivos puede justificar las diferencias de tratamiento impugnadas.

tre hijos legítimos nacidos en el extranjero de un solo progenitor francés, según se trate de su madre o de su padre, así como una diferencia de tratamiento entre los padres y las madres.

El efecto de la sentencia implica que la declaración de inconstitucionalidad señalada podrá ser alegada únicamente por las personas nacidas en el extranjero de una madre francesa entre el 16 de agosto de 1906 y el 21 de octubre de 1924 a quienes no se haya transmitido la nacionalidad francesa debido a dichas disposiciones. Sus descendientes también podrán prevalerse de las resoluciones que reconozcan que, habida cuenta de dicha inconstitucionalidad, esas personas tienen la nacionalidad francesa. Esta declaración de inconstitucionalidad puede alegarse en todas las instancias iniciadas en las que no haya recaído sentencia firme en la fecha de publicación de la sentencia.

En España, desde hace mucho tiempo, se ha considerado plenamente viable la intervención del Tribunal Constitucional cuando, por vía de amparo —o incluso por vía de cuestión de inconstitucionalidad—, se suscita una omisión del legislador que implica una inaceptable discriminación hacia los diferentes hijos. Por ejemplo, la sentencia STC 80/1982, del 20 de diciembre de 1982, fue la primera que aborda esta temática. Después, en la sentencia STC 67/1998, del 18 de marzo de 1998, se concluyó que la discriminación de los hijos nacidos fuera del matrimonio era contrario al derecho de igualdad. En la decisión se destacó, haciendo alusión a la sentencia STC 74/1997, que

> el legislador, ejerciendo su libertad de configuración normativa, puede elegir libremente entre proteger o no penalmente a los hijos en las crisis familiares frente al incumplimiento por sus progenitores de las obligaciones asistenciales que les incumben y que judicialmente están declaradas, pero, una vez hecha esa elección, no puede dejar al margen de la protección a los hijos no matrimoniales sin incidir en una discriminación por razón de nacimiento que proscribe el artículo 14 de la Constitución.[22]

Por este motivo, en la sentencia se subraya que, en cierto modo, el objeto de la demanda de amparo es fundamentalmente

[22] Fundamento jurídico 4.

la omisión del legislador, ya que no es la regla expresamente contenida en el artículo 487 bis del entonces vigente Código Penal la que, por sí misma y aisladamente considerada, pueda estimarse contraria al derecho de igualdad, sino su imperfección, *por no contemplar aquello que,* debiendo ser necesariamente incluido por el legislador, fue, sin embargo, omitido, ocasionando, con tal proceder, una discriminación por defecto, lesiva del *derecho fundamental a la igualdad del hijo* de la recurrente en amparo.[23]

Dentro de las decisiones que declaran la inconstitucionalidad por exclusión tácita de determinadas personas, también se ubica la sentencia del 10 de febrero de 2015, pronunciada por la Suprema Corte mexicana en la acción de inconstitucionalidad 86/2009.[24] En este asunt se impugnó, entre otros, el artículo 147 de la Ley de Salud Pública para el Estado de Baja California, al considerar que la disposición realiza una discriminación por exclusión de los menores discapacitados dependientes, toda vez que en el artículo se expresa lo que debe entenderse por "centros de desarrollo infantil", y a quiénes se les debe brindar los servicios de cuidado temporal, alimentación y educación especial, mencionando a menores en edad lactante, maternal, preescolar y menores con discapacidad *no dependientes*.

En la sentencia se determinó que la introducción del calificativo "no dependientes" es inconstitucional e incompatible a la luz del parámetro de control de regularidad constitucional, porque excluye a los menores con discapacidad dependientes del grupo de personas a las cuales los centros de desarrollo infantil brindan los servicios ya señalados. Por lo tanto, se declaró la invalidez de la porción normativa "no dependientes" con lo cual, a partir de la sentencia, se incluye tanto a los menores con discapacidad no dependientes como a los dependientes.

---

23 Fundamento jurídico 5.

24 Sobre declaración de inconstitucionalidad de una parte textual del artículo para corregir una omisión legislativa parcial, también se puede consultar la sentencia de la Suprema Corte de Justicia mexicana emitida en la acción de inconstitucionalidad 16/2016, en la cual se controló la constitucionalidad el artículo 380 Bis 3, quinto párrafo, del Código Civil para el Estado de Tabasco, que regula el contrato de gestación por subrogación.

También en materia de derechos de la niñez, en la sentencia 12.157-21 CAA, del 5 de mayo de 2022, el Tribunal Constitucional chileno analizó un asunto en el cual la persona demandada señala que residía en Venezuela, donde conforme a lo decretado por el Tribunal de Primera Instancia de Mediación y Sustanciación del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado de Mérida (Venezuela), se estableció que la patria potestad y responsabilidad de crianza de sus dos hijas sería ejercida en conjunto con el padre, y la custodia a cargo de la madre. Ésta decidió viajar con sus hijas a Chile, lugar en que se encuentra su familia y donde consideró tendrían mejores condiciones de vida que en Venezuela. El padre de las niñas interpuso acción de restitución ante el Tercer Juzgado de Familia de Santiago, alegando la aplicación del artículo 29 de la Convención Internacional de La Haya sobre efectos civiles de la sustracción internacional de menores y solicitó la restitución de sus hijas a su lugar de residencia.

El Tribunal se pronunció, entre otros, sobre el contenido del artículo 12[25] del Acta N° 205-2015 de la Corte Suprema, que regula el régimen recursivo previsto en el Auto Acordado sobre Procedimiento Aplicable al Convenio de La Haya relativo a los Efectos Civiles de la Sustracción Internacional de Niños y Niñas.

Respecto de la impugnación recaída sobre el citado artículo, se resolvió que es inconstitucional la expresión "solo", contenida en el inciso primero, y el inciso segundo, porque únicamente admite el recurso de apelación como medio de impugnación de la sentencia definitiva. Como resultado del pronunciamiento, se combatió la omisión legislativa parcial y se hicieron procedentes

[25] "Artículo 12. Recursos. La sentencia definitiva solo será impugnable a través del recurso de apelación, el que deberá interponerse dentro del plazo de cinco días hábiles, contado desde la notificación respectiva. El recurso será distribuido por el Presidente de la Corte dentro de los cinco días hábiles siguientes a su ingreso, sin esperar la comparecencia de las partes, y se conocerá en cuenta, salvo que éstas soliciten alegatos, caso en el cual se agregará preferentemente a la tabla.
Contra la sentencia que se pronuncie sobre el recurso de apelación no procederá recurso alguno.
Las demás resoluciones que se dicten durante la substanciación del procedimiento solo serán susceptibles de recurso de reposición".

los recursos de casación tanto en contra de la sentencia de primera instancia como de la que debía pronunciar la Corte de Apelaciones respectiva, pues, según se dijo, prohibirlos es contrario a lo dispuesto en el artículo 19, N° 2 y N° 3, de la Constitución. Además, el Tribunal razonó que, si bien el restrictivo sistema de recursos que contempla la disposición se vincula con la urgencia que es necesaria en el procedimiento contemplado en el Convenio de La Haya, cuyo fin recae en agilizar al máximo los trámites dispuestos en aras a la consecución de su objetivo básico, a saber, el retorno inmediato de los menores a su Estado de origen, tal sistema de recursos no puede establecerse vulnerando garantías constitucionales como las mencionadas o de manera incoherente con otras disposiciones del ordenamiento jurídico.

IV. Conclusiones

Debido a que existen varias tipologías de sentencias que reparan las omisiones legislativas parciales, no es factible incluir a todas ellas en un trabajo de esta magnitud, ni tampoco ofrecer una descripción exhaustiva de cada pronunciamiento, porque ello excedería el ámbito de estudio de este capítulo. Por lo tanto, se seleccionaron sentencias de Tribunales Constitucionales emblemáticos y se agruparon por los efectos que estas decisiones producen.

En todas las sentencias analizadas se combatieron disposiciones que regulan de manera incompleta o defectuosa, desde un punto de vista constitucional, el conjunto de supuestos a los que deben aplicarse. Específicamente, se trata de decisiones que se enfrentaron a enunciados normativos discriminatorios y que los Tribunales Constitucionales, para proteger el principio de igualdad, declararon la inconstitucionalidad de una parte textual del artículo (un inciso, una frase o palabra) y produjeron un efecto de ampliación o extensión de su contenido.[26]

[26] En este tipo de pronunciamiento tiene aplicación lo que Zagrebelsky, Gustavo, *La giustizia costituzionale*, *op. cit*., pp. 156 y ss., afirmó al establecer que no todas las decisiones de la Corte que eliminan partes textuales pueden quedar comprendidas dentro de las decisiones solamente negativas:

Los ejemplos que se introdujeron obedecen a esquemas y finalidades diferentes, pero tienen en común que, a través de ellos, se incorporó algo "nuevo" a la comprensión que se tenía de la disposición impugnada hasta antes de la respectiva sentencia. En fin, con este tipo de pronunciamientos quedan incorporados los supuestos que el legislador, consciente o inconscientemente, no contempló en la ley sometida a control.

es algo obvio, por ejemplo, que la eliminación de un "no" de una fórmula legislativa podría ser el origen de una serie de normas nuevas, introducidas con una operación solo aparentemente eliminatoria. Es necesario, en definitiva, valorar los efectos normativos que se determinan para fijar el alcance negativo o innovativo-positivo de un pronunciamiento

La justicia constitucional y las políticas públicas a la luz de sentencias estructurales y exhorativas desde la perspectiva del Tribunal Constitucional Peruano

***

Constitutional justice and public policies in the light of structural judgements and exhorative from the perspective of the Peruvian Constitutional Court

*Devora Franco García**

Resumen: conforme a la Convención Americana de los Derechos Humanos, los Estados Parte asumen el deber de proteger y de garantizar los derechos. Estos deberes entrañan un componente normativo, así como el diseño y ejecución de políticas públicas que se encuentran fuera de las competencias de los jueces. No obstante, esto no ha sido óbice para que la justicia constitucional a partir de la resolución de un caso que hubiera sido sometido a su jurisdicción realice un control constitucional sobre las políticas gubernamentales a través de sentencias estructurales y exhortativas. Este trabajo tiene por objeto analizar los alcances y límites de la participación de la justicia constitucional, y en especial del Tribunal Constitucional sobre las

* Abogada, Maestra en Derecho Constitucional, Maestra en Administración de la Educación, Investigadora RENACYT María Rostworowski nivel II, miembro de la Alliance Defending Freedom, Asociación Mundial de Justicia Constitucional y de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional. Docente tiempo completo y titular de la cátedra de Derecho Constitucional, directora del Círculo de Estudios de Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Universidad Católica San Pablo, Arequipa, Perú. Código ORCID: *0000-0002-2685-1183 dfranco@ucsp.edu.pe*

políticas públicas que puedan afectar el disfrute de los derechos fundamentales.

Abstract: according to the American Convention on Human Rights, State Parties assume the duty to protect and guarantee rights. These duties involve a normative component, as well as the design and implementation of public policies that are beyond the jurisdiction of the judges. However, this has not prevented constitutional justice from exercising constitutional control over government policies through structural and exhortative judgments, based on a case submitted to its jurisdiction. This work aims to analyze the scope and limits of the participation of constitutional justice, particularly of the Constitutional Peruvian Court, regarding public policies that may affect the enjoyment of fundamental rights.

Palabras clave: políticas públicas, estado de cosas inconstitucionales, sentencias estructurales, sentencias exhortativas, test deferente.

Keywords: public policies, unconstitutional state of affairs, structural judgments, exhortative judgments, deferential test.

Sumario: I. Introducción. II. El protagonismo de la justicia constitucional como rasgo del neoconstitucionalismo. III. La justicia constitucional y la protección de los derechos fundamentales en la esfera de las políticas públicas. IV. La actuación del Tribunal Constitucional en el campo de las políticas públicas. V. Conclusiones.

I. Introducción

En los últimos años, la presencia de la justicia constitucional, y en particular del Tribunal Constitucional peruano (TC) ha ido ganando terreno en el ámbito político. Por un lado, participa cuando al supervisar la constitucionalidad de los actos de los poderes públicos adopta decisiones de carácter político para garantizar un régimen democrático a través del principio de separación de poderes, y de otro lado, también llega a tener participación en

asuntos políticos cuando emite pronunciamientos en defensa de los derechos fundamentales que inciden en las políticas públicas.

Este trabajo se centrará únicamente en analizar la participación de la justicia constitucional en el campo de las políticas públicas cuando estas afectan el contenido esencial de los derechos fundamentales. A tal efecto, se escudriñará la forma en que el TC a partir de la emisión de sentencias estructurales y sentencias exhortativas ha dispuesto o exhortado a las autoridades públicas competentes a que adopten medidas en el ámbito de las políticas gubernamentales a fin de salvaguardar los derechos fundamentales de la persona.

En este escenario, a través de la argumentación jurídica propia del derecho constitucional examinaremos la legitimidad y el alcance de la participación de la justicia constitucional en las políticas de gobierno. Para lograr este propósito, en un primer momento daremos un vistazo a las razones que han dado lugar al protagonismo de la justicia constitucional en el neoconstitucionalismo. Posterior a ello, y a partir de las obligaciones del Estado se ofrecerán las razones que sustentarían la legitimidad de la justicia constitucional en la participación sobre políticas gubernamentales. Finalmente, analizaremos el alcance y el impacto de las sentencias emitidas por el TC en torno a las políticas públicas que inciden sobre los derechos fundamentales.

II. El protagonismo de la justicia constitucional como rasgo del neoconstitucionalismo

Comenzaremos por afirmar que, si bien existen álgidos debates en torno a la mejor caracterización del neoconstitucionalismo, la intensión de este trabajo no es sucumbir en tal disertación, sino en aproximarse a esta forma de constitucionalismo contemporáneo a través de la labor de los jueces y del Tribunal Constitucional.

A nivel teórico y respondiendo a formulaciones básicas, de acuerdo al profesor Villalonga "siguiendo la literatura de autores como Pozzolo, Comanducci, Carbonell y Prieto Sanchís" el neoconstitucionalismo se encuentra caracterizado por: i) la centrali-

dad de las garantías fundamentales en el razonamiento jurídico, ii) el acento en que los conflictos de principios que se han de resolver a través de la ponderación, iii) el escepticismo hacia la suficiencia de la ley, y su consecuente supeditación a los valores de orden constitucional, iv) la incorporación de elementos morales en el proceso de interpretación constitucional, y v) un énfasis en la justicia substantiva.[1]

En esta línea de razonamiento, es que el Estado constitucional de derecho ha quedado marcado principalmente por fundarse en la supremacía de la Constitución la cual es asegurada por medio de la actuación de los jueces. En la doctrina de Prieto Sanchiz, el neoconstitucionalismo engrana un fuerte contenido normativo y una garantía jurisdiccional, que se concreta en la presencia de una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, cuyo papel protagónico recae en los jueces.[2]

La constitucionalización del derecho, el antropocentrismo, junto a la preocupación por ofrecer una protección adecuada a los derechos fundamentales, han dado lugar al protagonismo judicial "en especial de la justicia constitucional". Esto responde a que el ordenamiento constitucional es garantizado a través de garantías constitucionales en las que se tutela el orden constitucional y se salvaguarda los derechos fundamentales.

III. La justicia constitucional y la protección de los derechos fundamentales en la esfera de las políticas públicas

En la actualidad, los Textos Constitucionales entrañan un auténtico estatuto de derechos que son protegidos por medio de la justicia constitucional. Estos derechos fundamentales "tanto de carácter individual como de carácter social" comprenden un as-

1 Villalonga Torrijo, Cristián, "Analizando el modelo de juez racional. Reflexiones sobre la teoría de la jurisdicción en el neoconstitucionalismo", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 46, núm. 3, 2019, p. 768.

2 Prieto Sanchis, Luis, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Palestra Editores, 2002.

pecto negativo que implica abstención, y un aspecto positivo que reclama acciones concretas exigibles a los Estados.

En el fondo el reconocimiento de derechos fundamentales genera una serie de obligaciones generales para el Estado: i) el deber de respeto, comprende un mandato de carácter negativo que protege a las personas frente a injerencias u obstaculizaciones arbitrarias en el disfrute de los derechos por parte del Estado; ii) el deber protección, exige el establecimiento de acciones dirigidas a impedir que terceros vulneren derechos, este deber incluye mecanismos de carácter preventivo y reactivo[3], y; iii) el deber de cumplimiento, reclama una obligación positiva de realizar, de adoptar disposiciones de carácter legislativo, administrativo, así como el diseño de políticas, estrategias y planes de acción para la protección de los derechos.[4]

A modo de ver de Casal el reconocimiento de los derechos fundamentales exige un desarrollo legislativo que los dote de contenido.[5] Por ello, la responsabilidad del Estado debe ser entendida, en primer término, como una responsabilidad jurídica garantizada a nivel constitucional y legislativo de forma que estos derechos puedan ser justiciables;[6] y en segundo lugar, como una responsabilidad que conlleva obligaciones de abstención y de realización que hace indispensable el diseño y ejecución de políticas y planes de acción.

Si bien es ampliamente aceptada y conocida la indivisibilidad e interdependencia entre los derechos civiles y políticos con

---

3 Carbonell, Miguel, "Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas", *Estudios Constitucionales*, año 6, núm. 2, 2008, p. 61.

4 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Los derechos económicos, sociales y culturales. Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2004, p. 20.

5 Casal, Jesús, "La garantía constitucional de los derechos sociales: progresos y dificultades o zonas de tensión" en Bazán, Víctor y Steiner, Christian (coords.), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales,* Colombia, Fundación Konrad Adenauer, 2015, p. 31.

6 Contreras Peláez, Francisco José, *Defensa del Estado Social*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1996.

los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), resulta de considerable relevancia admitir que, dada la naturaleza prestacional de los derechos sociales, estos precisan "aunque no de manera exclusiva" de mayor de actividad estatal para poder ser garantizados. Por lo tanto, es esperable y ciertamente necesario que la protección de estos derechos reclame la promulgación de leyes y el diseño de políticas públicas que, además consideren la obligación especifica de progresividad.

Este deber de progresividad recogido en la Convención Americana de los Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de los DESC[7] se traduce en que los esfuerzos desplegados se realicen con la mayor rapidez y eficacia posible, a fin de lograr una mejora continua de las condiciones de existencia del individuo,[8] abarcando un avance en la cobertura de los derechos, así como la optimización en la calidad de ciertos beneficios sociales "o, al menos, exhibir acciones concretas para el logro de estos resultados".[9] Todo ello sin que se pierda el margen de apreciación con el que cuenta cada Estado para adoptar las medidas que mejor se ajusten a sus circunstancias particulares.

En este orden de pensamiento importa también precisar que es responsabilidad del Estado, no solo asegurar los niveles esenciales de cada uno de los derechos, sino además de vigilar la realización, o más especialmente de la no realización de los DESC.[10]

---

7 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General núm. 3, *La índole de las obligaciones de los Estados Partes*, 1990.

8 Carbonell, Miguel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los Derechos Sociales y su Justiciabilidad Directa*, México, Editorial Flores, 2014, p. 46.

9 Tribunal Constitucional peruano, sentencia 4232-2004-AA/TC del 3 de marzo de 2005, f.j. 11, *https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04232-2004-AA.pdf* sentencia 2016-2004- AA/TC, del 5 de octubre de 2004,, f.j. 33-38, *https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02016-2004-AA.pdf*, sentencia 2945-2003-AA/TC del 20 de abril de 2004, f.j. 36-39, *https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02945-2003-AA.pdf*

10 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General núm. 3., *cit*., párr. 11, 1990.

IV. La actuación del Tribunal Constitucional en el campo de las políticas publicas

Es interesante observar, que aun cuando a la justicia constitucional no le corresponde participación alguna en el diseño o ejecución de las políticas gubernamentales, en ocasiones las sentencias del TC han impactado en el ámbito de las políticas de gobierno, sin que ello tenga que significar que haya arrogado competencias que le corresponden al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo. En ese sentido, a pesar de que pueda observarse casos en los que justicia constitucional se ha pronunciado en torno a políticas públicas, cabe precisar que estos se han enmarcado en la protección de los derechos fundamentales.

Al respecto si bien podríamos pensar que esta actuación se podría enmarcar en uno de los rasgos de la judicialización de la política, no necesariamente es así, puesto que un pronunciamiento constitucional dirigido a encaminar las políticas públicas –cuando no protejan el contenido esencial de los derechos, sean contrarias a los principios constitucionales o no hayan atendido a ciertos factores que impiden su ejecución–, no se traduce inexorablemente en una labor de activismo judicial.

Para tratar de explicar mejor el asunto, debemos poner atención en los alcances de la participación de la justicia constitucional, si la decisión adoptada repercute en la definición del problema para el diseño de una política pública, en la implementación o la alineación de la política pública –la cual comprende objetivos, planes, acciones estratégicas e indicadores– que ha sido objeto de revisión.[11] En esta directriz el profesor Sumaria afirma que se podría determinar de la participación de la justica constitucional en mérito a los efectos relacionados al grado de modificación que incidiría en la política, el tiempo de implementación en el cambio que supondría en la política y la relevancia de los fallos del Tribunal Constitucional en este aspecto.[12]

---

[11] Sumaria Benavente, Omar y Vassallo Efftha, Karla Sofía, "Un Nuevo Actor Político: La Participación de los Tribunales Constitucionales en la elaboración de las Políticas Públicas", *Revista Derecho & Sociedad*, núm. 40, 2013, p. 127.

[12] *Idem*.

A ello, habría que agregarse el tipo de pronunciamiento emitido y el modo en que podría incidir en la política pública en cuestión. Si el TC declara un estado de cosas inconstitucionales (ECI)[13] podría dar lugar a una sentencia de tipo estructural que, a juicio de Gutiérrez son aquellas en las que a fin de remediar violaciones generalizadas y sistemáticas a los derechos se ordena a las autoridades competentes el diseño y la implementación de políticas públicas[14] con la finalidad de que las instituciones públicas que se encuentren vinculadas se involucren de manera efectiva en la solución.[15] O si es que se trata de una sentencia exhortativa que en el marco de un proceso constitucional de pro-

[13] Se produce un estado de cosas inconstitucionales cuando existe un conjunto de hechos, acciones u omisiones que producen una repetida violación de derechos fundamentales que afecta a un amplio número de personas en el que se advierte problemas estructurales, razón por la que es necesario involucrar a otros poderes públicos que son competentes en la materia a fin de adoptar y coordinar las medidas pertinentes, lo cual podría dar lugar a una sentencia estructural. *Cfr*. Sánchez Gómez, Silvia Haydee, "Las sentencias estructurales del Tribunal Constitucional peruano en el ámbito de los derechos socioeconómicos: salud y educación", *Revista Ius Et Veritas*, núm. 60, 2020, p. 148. La Corte Constitucional de Colombia ha indicado que se produce un ECI cuando converge "i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos; v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial". Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-025/04 del 22 de enero de 2004, *https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm*

[14] Gutiérrez, Andrés, *El amparo estructural de los Derechos*, Madrid, CEC, 2018, p. 28.

[15] Tribunal Constitucional peruano, sentencia 05436-2014-PHC/TC del 19 de junio de 2020, f.j. 84, *https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/05436-2014-HC.pdf*

tección de derechos fundamentales, comprende recomendaciones o sugerencias que se ponen en manos del legislador o de un poder político para que en el ejercicio de sus funciones, y en base a las indicaciones o recomendaciones brindadas se pueda corregir o mejorar aspectos de una normatividad o política de gobierno defectuosa que de algún modo conspira contra la marcha del sistema constitucional o de la protección de los derechos.

Así, podemos apreciar algunos casos en los que el TC ha declarado un ECI y se ha pronunciado en torno a políticas públicas para salvaguardar derechos fundamentales. Por citar algunos ejemplos, en la sentencia 05436-2014-PHC/TC, el TC declaró un ECI respecto al hacinamiento en los establecimientos penitenciarios y las serias deficiencias en la infraestructura y servicios básicos a nivel nacional. En esta sentencia "dentro de otras medidas" exhortó al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos a que diseñe un nuevo Plan Nacional de la Política Penitenciaria, y al Ministerio de Economía y Finanzas a que asegure los recursos económicos necesarios. A este propósito, declaró que, de no adoptarse las medidas suficientes para superar el ECI en el plazo de 5 años, estos centros penitenciarios deberán ser cerrados.[16]

O la sentencia 03383-2021-PA/TC, en la que el TC determinó la existencia de un ECI en la Región de Loreto del Perú por la vulneración masiva de los derechos al agua potable y al medio ambiente debido a la contaminación ambiental, al detectarse un problema estructural. En este caso ordenó a las entidades públicas involucradas que detallen las situaciones de bloqueo institucional que les impide cumplir adecuada y debidamente con sus funciones relacionadas con el ECI identificado, y dispuso el establecimiento de un plan de acción en el que las autoridades demandadas coordinen y dispongan las medidas necesarias para revertir en el más breve plazo las vulneraciones detectadas.[17]

---

16 Tribunal Constitucional peruano, sentencia 05436-2014-PHC/TC del 19 de junio de 2020, f.j. 107, *https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/05436-2014-HC.pdf*

17 Tribunal Constitucional peruano, sentencia 03383-2021-PA/TC del 25 de julio de 2023, f.j. 144-145 y parte resolutiva de la sentencia, *https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2023/03383-2021-AA.pdf*

Por añadidura, podríamos traer a colación la sentencia 00853-2015-PA/TC en la que también el TC declaró un ECI sobre la disponibilidad y accesibilidad a la educación de personas en situación de extrema pobreza en el ámbito rural, en este caso ordenó elaborar, proponer y ejecutar un plan de acción que en un plazo máximo de cuatro años pueda remediar la situación vulneratoria, disponiendo además al Poder Ejecutivo y Poder Legislativo, que coordinen las gestiones pertinentes para asegurar dicho plan de acción.[18]

Como podemos apreciar en estos casos, la justicia constitucional ha jugado un papel importante, puesto que a través de la figura del ECI que comprende violaciones de derechos a un amplio número de personas a causa de problemas estructurales, ha ordenado a los órganos públicos competentes la elaboración de políticas públicas y planes de acción destinados a cesar las vulneraciones y a garantizar los derechos fundamentales.

Desde otra arista, también podemos advertir casos en los que la justicia constitucional peruana se ha pronunciado en torno a políticas públicas "a partir de la resolución de un caso concreto sometido a su jurisdicción" a través de sentencias de tipo exhortativas. Para ilustrar mejor este escenario podemos traer a colación algunos casos.

En la resolución del expediente 3208-2004-AA/TC el TC al analizar las políticas de prestaciones de salud en relación a la cobertura por desempleo durante el periodo de latencia, a pesar de considerar que estas no vulneraban el derecho a la salud, sostuvo que las prestaciones de salud otorgadas no eran suficientes, en tal sentido exhortó al Poder Ejecutivo y al Seguro Social de Salud (EsSalud) a adoptar las medidas necesarias para incrementar el periodo de cobertura integral de las prestaciones de salud en el periodo de latencia aplicable a los asegurados regulares.[19]

---

18 Tribunal Constitucional peruano, sentencia 00853-2015-PA/TC del 14 de marzo de 2017, f.j. 75 y parte resolutiva de la sentencia, *https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2017/00853-2015-AA.pdf*

19 Tribunal Constitucional peruano, sentencia 3208-2004-AA/TC del 30 de mayo de 2005, f.j. 7, 15-16 y parte resolutiva de la sentencia, *https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03208-2004-AA.pdf*

Otro ejemplo representativo discurre en la sentencia 10063-2006-PA/TC en relación a la pensión vitalicia por enfermedad profesional como parte del derecho a la seguridad social, en este caso el TC exhortó al Ministerio de Salud y a EsSalud a implementar procedimientos administrativos, y a la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud a utilizar sus facultades de regulación y supervisión para fortalecer el sistema de salud contributivo mediante la creación de Comisiones Médicas en las Empresas Prestadoras de Salud. Asimismo, recomendó al Congreso de la República para que, a partir del principio de progresividad estudie la problemática relacionada con la cobertura supletoria.[20]

Un caso aún más significativo tal vez es la sentencia 02480-2008-PA/TC en la que el TC afirmó que el Estado es el primer garante del derecho a la salud mental de las personas y en el marco de esta obligación exhortó al Ministerio de Salud y EsSalud a establecer un organismo público encargado dirigir y supervisar la implementación y el cumplimiento de las políticas de salud mental. También exhortó al Congreso y/o al Ministerio de Salud a ampliar la cobertura del Seguro Integral de Salud para la atención de las enfermedades y/o trastornos mentales.[21]

A esto se añade que en la actualidad también se puede apreciar sentencias en las que la justicia constitucional ha acudido al test deferente o "mínimo para el control constitucional de las políticas públicas" para analizar la constitucionalidad de las políticas gubernamentales, o incluso hasta para verificar el cumplimiento del deber de progresividad que entrañan los derechos de carácter social.[22] Interesa precisar que a través de este test el TC ha tenido la oportunidad de verificar la existencia de planes concretos debidamente estructurados y controlar la realización de

[20] Tribunal Constitucional peruano, sentencia 10063-2006-PA/TC del 8 de noviembre de 2007, f.j. 48 y parte resolutiva, *https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/10063-2006-AA.pdf*

[21] Tribunal Constitucional peruano, sentencia 02480-2008-PA/TC del 11 de julio de 2008, parte resolutiva, *https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02480-2008-AA.html*

[22] Tribunal Constitucional peruano, sentencia 0033-2010-PI/TC del 10 de abril de 2012, f.j. 29, *https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00033-2010-AI.html*

las acciones[23] con la finalidad de que los distintos órganos de gobierno competentes puedan corregir las deficiencias detectadas que pudieran afectar el disfrute de los derechos fundamentales. Así, a partir del test corresponde a la jurisdicción constitucional evaluar tanto a nivel de órganos competentes, procedimientos y contenidos:[24]

i) Déficits de existencia: si acaso se ha determinado que los órganos competentes han incumplido su deber de prevención en el sentido de haber obviado formular planes de acción o políticas públicas dirigidas a enfrentar problemas que impiden el ejercicio de derechos fundamentales.
ii) Déficits de ejecución: cuando las políticas o planes de acción formuladas no se han materializado.
iii) Déficits de consideración suficiente: en situaciones en las que se constate que, a pesar de existir políticas gubernamentales, estas no protegen en forma adecuada el contenido esencial de los derechos ya sea en su formulación o implementación.
iv) Déficits de respeto suficiente: se produce cuando una política infringe el contenido esencial de un derecho, estas deficiencias han sido catalogadas como: *déficits de violación manifiesta*, si es que se identifica que son notoriamente opuestas a los estándares de respeto, protección y garantía de los derechos; *déficits de razonabilidad*, si es que son inconducentes al fin establecido; y *déficits de protección deficiente,* si es que resultan ser insuficientes para el cumplimiento de los objetivos propuestos o planes trazados.
v) Déficits de confrontación de problemas estructurales*:* si es que no han enfrentado aspectos que impiden la ejecución efectiva de las políticas públicas, pudiendo tratarse de: *déficits de participación política,* si es que no cuentan con la

[23] *Idem*.

[24] Tribunal Constitucional peruano, sentencia 03228-2012-PA/TC del 10 de mayo de 2016, f.j. 39, *https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/03228-2012-AA.pdf;* sentencia 02566-2014-PA/TC del 4 de octubre de 2018, f.j. 39, *https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/12/Expediente-02566-2014-PA-TC.pdf*

> participación de la sociedad o de las personas afectadas*; déficits de transparencia,* cuando se carece de información pública actualizada en torno a las políticas públicas o a su ejecución; *déficits de control,* ocurre cuando no se han establecido mecanismos de supervisión o rendición de cuentas sobre las políticas implementadas; *déficits de evaluación de impacto,* si se ha omitido indicadores que permitan evaluar el impacto de la política pública en cuestión.

Considerando los alcances de este instrumento, el TC ha señalado que este test deferente delimita el control constitucional de las políticas públicas "en el marco de deberes interamericanos de respeto y garantía de los derechos" a aspectos básicos con el propósito de impulsar, corregir o encaminar el accionar de las autoridades para así evitar violaciones a los derechos fundamentales, sin que le corresponda a la judicatura constitucional fijar el contenido, curso o desarrollo políticas gubernamentales, lo cual no es impedimento para que en casos de renuencia se adopte algunas fórmulas que comprendan plazos y metas.[25]

Como podemos apreciar la justicia constitucional ha acudido a diferentes técnicas y ciertamente ha encontrado un camino para pronunciarse sobre políticas de gobierno cuya legitimidad está amparada en la protección de los derechos fundamentales. Y si bien también el TC ha tratado de ser cuidadoso en la forma en la se aproxima a las políticas gubernamentales utilizando la fórmula de las "exhortaciones", no es menos cierto que esto no ha impedido que haya dado "directivas de obligatorio cumplimiento utilizando o conjugando la palabra 'exhortación'".[26]

Precisamente esa es la razón por la cual el TC ha definido estas exhortaciones como

> medidas orientadas a que la autoridad, tras un análisis que ha establecido la existencia de un vicio o un déficit de constitucionalidad,

[25] Tribunal Constitucional peruano, sentencia 02566-2014-PA/TC, *cit.;* sentencia 0033-2010-PI/TC, *cit*.

[26] Tribunal Constitucional peruano, sentencia 02383-2019-PA/TC del 6 de julio de 2021, f.j. 17, *https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/02383-2019-AA%20Resolucion.pdf*

> actúe en determinado sentido, pero hallando sus propios medios dentro del marco de lo esclarecido en la sentencia. [Si se trata] de una cuestión que no puede ser obviada sin más por la autoridad conminada, el absoluto incumplimiento de una exhortación formulada [...] en una sentencia implica, en los hechos, un desacato [...].[27]

A ello hay que añadir que incluso para garantizar el cumplimiento de estas medidas es que pueden ser materia de supervisión, lo cual en palabras del TC "no hace sino ratificar [...] el carácter ordinariamente vinculante de dichas exhortaciones".[28]

Desde otro ángulo, también es interesante poner de relieve que, a raíz de algunos pronunciamientos judiciales en materia constitucional, es que los poderes del Estado han formulado políticas públicas para proteger derechos fundamentales. Un ejemplo claro es el caso de la sentencia STC 00607-2009-PA/TC[29] en la que el TC arraigó el contenido del derecho a la educación a la permanencia en los centros de estudios sin interferencias irrazonables, argumentando que la interrupción de los estudios a consecuencia de la falta de pago de pensiones resulta una limitación arbitraria y desproporcionada, razón por la cual no se puede prohibir a los alumnos morosos que puedan rendir sus exámenes o asistir a clases. Este pronunciamiento marcó un hito importante en la política educativa, el cual se concretó en la Ley de protección a la economía familiar respecto del pago de pensiones en institutos, escuelas superiores, universidades y escuelas de posgrado públicos y privados, Ley N 29947.

Es verdad que la participación de los jueces en las políticas públicas es un tema un tanto controvertido, especialmente en términos de su legitimidad democrática. Incluso de acuerdo a Henning esto podría plantear una supuesta violación del principio de división de poderes o hasta una intromisión en las funciones de los demás poderes.[30]

---

27 *Ibidem*, f.j. 18.

28 *Ibidem*, f.j. 19.

29 Tribunal Constitucional peruano, sentencia 00607-2009-PA/TC, sentencia del 15 de marzo de 2010, *https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00607-2009-AA.html*

30 Henning Leal, Mônia, "La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: ¿existe realmente "un activismo" o "el" activismo?", *Revista Estudios Constitucionales*, núm. 10, vol. 2, 2012, pp. 429-454.

No obstante, lo cierto es que, no todo pronunciamiento por parte de la justica constitucional respecto a las políticas del Estado puede ser calificado como activismo judicial, más aún si se tiene en consideración que el límite en la participación de las políticas públicas se enmarca en la tutela de los derechos fundamentales. En tal sentido, cuando se haya verificado la inexistencia de una política de Estado que brinde un marco de protección o no haya sido formulado de manera adecuada desatendiendo el contenido esencial de los derechos, la justicia constitucional no se arroga la competencia de diseñar una política pública, sino que exhorta o incluso dispone que el órgano competente diseñe, modifique, ejecute los planes de acción contenidos en una política gubernamental.

V. Conclusiones

La protección de los derechos fundamentales exige un desarrollo legislativo, el diseño y ejecución de políticas y planes de acción. Es así que, la participación de la justicia constitucional en las políticas públicas del gobierno se ha gestado a causa de la ausencia o deficiencia de políticas capaces de enfrentar situaciones que puedan comprometer el adecuado ejercicio de los derechos fundamentales, cuando colisionan con el contenido de la constitución o no se atienden ciertos factores que impiden su ejecución.

A la judicatura constitucional no le compete el diseño de políticas públicas, no obstante, cuando estas involucran la protección de derechos fundamentales, le corresponde controlar las políticas gubernamentales y exigir al gobierno la elaboración de políticas adecuadas, encauzar las políticas públicas formuladas para asegurar la satisfacción de derechos sociales, sin que ello signifique una labor de activismo judicial. Por tanto, la legitimidad y límite de su intervención está sujeta a la protección de los derechos fundamentales de la persona.

A lo largo de la jurisprudencia emitida por el TC se ha podido constatar su participación en políticas públicas a través de sentencias estructurales "en las que ha declarado un ECI" o de sentencias exhortativas, en las que ha ordenado o exhortado

al legislador o a un determinado poder político a que en base a ciertas recomendaciones pueda corregir algunos aspectos de una política de gobierno que afecta el disfrute de los derechos fundamentales.

El test deferente es un instrumento utilizado por la justicia constitucional para analizar la existencia o constitucionalidad de las políticas gubernamentales en el marco de deberes interamericanos de respeto y garantía de los derechos.

Referencias

Carbonell, Miguel, "Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas", *Estudios Constitucionales*, año 6, núm. 2, 2008.

Carbonell, Miguel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los Derechos Sociales y su Justiciabilidad Directa*, México, Editorial Flores, 2014.

Casal, Jesús, "La garantía constitucional de los derechos sociales: progresos y dificultades o zonas de tensión" en Bazán, Víctor y Steiner, Christian (coords.), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales,* Colombia, Fundación Konrad Adenauer, 2015.

Contreras Peláez, Francisco José, *Defensa del Estado Social*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1996.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-025/04 del 22 de enero de 2004.

Gutiérrez, Andrés, *El amparo estructural de los Derechos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2018.

Henning Leal, Mônia, "La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: ¿existe realmente "un activismo" o "el" activismo?", *Revista Estudios Constitucionales*, núm. 10, vol. 2, 2012.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Los derechos económicos, sociales y culturales. Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2004.

Prieto Sanchis, Luis, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial,* Lima, Palestra Editores, 2002.

Sánchez Gómez, Silvia Haydee, "Las sentencias estructurales del Tribunal Constitucional peruano en el ámbito de los derechos socioeconómicos: salud y educación", *Revista Ius Et Veritas*, núm. 60, 2020.

Sumaria Benavente, Omar y Vassallo Efftha, Karla Sofía, "Un Nuevo Actor Político: La Participación de los Tribunales Constitucionales en la elaboración de las Políticas Públicas", *Revista Derecho & Sociedad*, núm. 40, 2013.

Tribunal Constitucional peruano, sentencia 2945-2003-PA/TC del 20 de abril de 2004.

Tribunal Constitucional peruano, sentencia 2016-2004- AA/TC del 5 de octubre de 2004.

Tribunal Constitucional peruano, sentencia 4232-2004-AA/TC del 3 de marzo de 2005.

Tribunal Constitucional peruano, sentencia 3208-2004-AA/TC del 30 de mayo de 2005.

Tribunal Constitucional peruano, sentencia 10063-2006-PA/TC del 8 de noviembre de 2007.

Tribunal Constitucional peruano, sentencia 02480-2008-PA/TC del 11 de julio de 2008.

Tribunal Constitucional peruano, sentencia 00607-2009-PA/TC del 15 de marzo de 2010.

Tribunal Constitucional peruano, sentencia 0033-2010-PI/TC del 10 de abril de 2012.

Tribunal Constitucional peruano, sentencia 03228-2012-PA/TC del10 de mayo de 2016.

Tribunal Constitucional peruano, sentencia 00853-2015-PA/TC del 14 de marzo de 2017.

Tribunal Constitucional peruano, sentencia 02566-2014-PA/TC del 4 de octubre de 2018.

Tribunal Constitucional peruano, sentencia 05436-2014-PHC/TC del 19 de junio de 2020.

Tribunal Constitucional peruano, sentencia 03383-2021-PA/TC del 25 de julio de 2023.

Villalonga Torrijo, Cristián, "Analizando el modelo de juez racional. Reflexiones sobre la teoría de la jurisdicción en el neoconstitucionalismo", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 46, núm. 3, 2019.

Sentencias estructurales: nuevos retos y posibilidades en la actuación de la jurisdicción constitucional

***

Structural injunctions: new challenges and possibilities int the role played by constitutional courts

*Mônia Clarissa Hennig Leal**

Resumen: este artículo tiene por objetivo abordar la problemática de la conformación conceptual de las sentencias estructurales —como tipología asociada a elementos como el "estado de cosas inconstitucional" y la superación de la desigualdad estructural, particularmente de grupos vulnerables— para lo que su estructura se divide en dos partes: en la primera se aborda el tema de las sentencias, su concepto y su importancia en la garantía de los derechos fundamentales, bien como sus repercusiones para la actuación de la jurisdicción constitucional; a continuación, analiza la estructura institucional creada por el Supremo Tribunal Federal de Brasil para apoyar los procesos estructurales.

Abstract: this article aims to address the problem of the conceptual conformation of structural injunctions –as a typology associated with elements such as the "unconstitutional state of

* Post-Doctora en Derecho por la Universidad de Heidelberg (Alemania). Profesora Catedrática y docente permanente de la Maestría y Doctorado en Derecho de la Universidad de Santa Cruz do Sul – UNISC. Investigadora de excelencia del Consejo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico (CNPq).

affairs" and the overcoming of structural inequality, particularly of vulnerable groups– for which its structure is divided into two parts: the first addresses the issue of this kind of decision, its concept and relevance as a tool for guaranteeing fundamental rights, as well as their repercussions for the performance of the Courts and the exercise of judicial review; then, it analyzes the institutional structure created by the Brazilian Federal Supreme Court to support structural processes.

Palabras clave: jurisdicción constitucional, sentencias estructurales, "estado de cosas inconstitucional", desigualdad estructural, supremo tribunal federal.

Keywords: judicial review, structural injunctions, "unconstitutional state of affairs", structural discrimination, Brazilian Federal Supreme Court.

Sumario: I. Introducción. II. Aspectos conceptuales de las sentencias estructurales y su relación con la superación del "estado de cosas inconstitucional" y de la desigualdad estructural de grupos vulnerables. III. La estructura institucional del Supremo Tribunal Federal brasileño relativa a los procesos estructurales. IV. Conclusiones. V. Referencias.

I. Introducción

Las sentencias estructurales, como instrumentos destinados a superar problemas estructurales asociados a la realización de los derechos humanos y fundamentales, han ganado cada vez más espacio en las discusiones académicas y en el accionar de las Cortes, conformándose a una realidad identificada con el constitucionalismo contemporáneo.

En este sentido, el artículo, con el objetivo de abordar la problemática propuesta, relativa a la conformación conceptual de las sentencias estructurales "como tipología asociada a elementos como el "estado de cosas inconstitucional" y la superación de la desigualdad estructural, particularmente de grupos vulnerables" se divide en dos momentos: en primer lugar, se abordará el tema

de la estructuración de las sentencias, con el objetivo de examinar su concepto y su importancia en la garantía de los derechos fundamentales; A continuación, buscamos acercar la estructura institucional creada por el Supremo Tribunal Federal de Brasil para apoyar los procesos estructurales.

Se busca, por tanto, contribuir a una mejor comprensión y visualización de aspectos teóricos controvertidos relacionados con el tema, de modo que, a partir de este estudio, se pueda avanzar en la comprensión y operacionalización de este tipo de sentencias, como herramienta para la realización de los derechos humanos.

II. Aspectos conceptuales de las sentencias estructurales y su relación con la superación del "estado de cosas inconstitucional" y de la desigualdad estructural de grupos vulnerables

Las "sentencias estructurales" tienen su origen en la jurisprudencia norteamericana, asociándose a la noción de interdictos estructurales, refiriéndose a casos en los que los Tribunales adoptan medidas amplias e integrales para evitar y superar situaciones graves y generalizadas de violación de derechos.[1]

El origen del término remonta, a su vez, a la decisión del caso *Brown v. Board of Education*[2] (1954), en el que la Suprema Corte de Estados Unidos consideró que la segregación racial en las escuelas, basada en el concepto de "iguales pero separados", contradecía el principio de igualdad ante la ley previsto en la 14ª

[1] Ferrand, Martín Risso, "Sentencias estructurales. Comentario preliminar al trabajo de Néstor Osuna titulado Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia", en Bazán, Víctor, Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales: la protección de los *derechos sociales – las sentencias estructurales*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2015, p. 92.

[2] *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (Brown I de 1954) decidió que la segregación racial en escuelas públicas es inconstitucional y en 349 U.S. 294 (Brown II de 1955) determinó que las escuelas distrctales locales abolieran la segregación "*with all deliberate speed*". Para más detalles del caso y sus implicaciones, ver Mariela Puga (2022, p. 87-134).

Enmienda de la Constitución. Es precisamente esta desigualdad incorporada a la lógica del funcionamiento de la sociedad la que llevó, a su vez, a la necesidad de una intervención judicial para que se adoptaran remedios de carácter estructural, es decir, la adopción de medidas que impulsaran reformas que buscaran cambiar la situación. situación establecida.

Por lo tanto, los amparos estructurales tienen como finalidad reorganizar una situación, con el fin de evitar que el problema persista, residiendo el error (inconstitucionalidad) en la estructura social en la que se inserta el caso,[3] caracterizándose como decisiones que buscan "contribuir al adecuado y eficiente funcionamiento del Estado, respetando y maximizando la protección efectiva de los derechos humanos de los ciudadanos".[4]

Así, al dictar sentencia, el juez define cómo deben actuar las autoridades con miras a garantizar el ejercicio efectivo de los derechos vulnerados, emitiendo órdenes que van más allá del ámbito de las partes en el proceso, con miras a resolver un problema generalizado o estructural que tiene una relación directa con el objeto del asunto juzgado,[5] es decir, se reconoce que el caso concreto sub judice no constituye un hecho aislado, sino que se inserta en un contexto más amplio de no-juicio. cumplimiento de los niveles de protección y vulneración de los derechos humanos y fundamentales.

La adopción de este tipo de decisiones resulta útil, pues, ante un escenario en el que existen violaciones sistemáticas y repetitivas de derechos, se configura una situación de violación estructural,[6] en la que el Estado actúa de manera omitida o insufi-

3 Fiss, Owen M., *The civil rights injunction*, Bloomington, Indiana University Press, 1978, p. 11.

4 Pérez, 2014, p. 92.

5 Ferrand, Martín Risso, *op. cit*., p. 93.

6 El tema está relacionado con el reconocimiento de un "estado de cosas inconstitucional" (desde una perspectiva interna), o no convencional (desde una perspectiva internacional), sin embargo, se enfatiza que la existencia o reconocimiento de este estado de cosas no es un requisito indispensable para que la Corte adopte la postura preventiva y la lógica de no repetición presentes en las sentencias estructurantes. En otras palabras, las sentencias macro no dependen de la existencia de un estado de cosas inconstitucional

ciente en el cumplimiento de su deber de proteger,[7] por lo que es necesario adoptar medidas que busquen modificar esta realidad, buscando abordar las causas del problema.[8]

Según Gutiérrez "[...] las sentencias estructurales son decisiones judiciales que buscan remediar violaciones generalizadas y sistemáticas de los derechos de los ciudadanos, ordenando a las autoridades el diseño e implementación de políticas públicas".[9] Los tribunales que los utilizan lo hacen para proteger a grupos socialmente marginados, que no encuentran una representación política adecuada y enfrentan graves problemas sociales que son ignorados por la agenda política, lo que pone de relieve una causa que genera violaciones de derechos por la ocurrencia de un bloqueo institucional. El investigador también señala que las decisiones pretenden modelar la acción pública, con la adopción de programas para transformaciones sociales ambiciosas, profundas y duraderas, no concluyendo el proceso judicial con la publicación de la decisión, sino iniciando a partir de ahí un proceso judicial de evaluación. Cumplimiento de las órdenes dictadas.

Una característica de estas decisiones también puede identificarse como el hecho de que afectan a un número importante de personas que ven sus derechos vulnerados y buscan -directamente o a través de organizaciones que litigan su causa- protección judicial para remediar la violación,[10] terminando involucrando a

---

o no convencional, aunque estén íntimamente conectadas, Ferrand, Martín Risso, *op. cit*., p. 97).

7 Leal, Mônia Clarissa Hennig; Alves, Felipe Dalenogare, "A Corte Interamericana de Direitos Humanos como indutora de políticas públicas estruturantes: o exemplo da educação em direitos humanos - uma análise dos casos Ximenes Lopes e Gomes Lund versus Brasil - perspectivas e desafios ao cumprimento das decisões", *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, núm. 15, 2016, *http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/318*

8 Rojas, 2015, p. 128.

9 Gutiérrez, Beltran Andrés Mauricio, *El amparo estructural de los derechos*, Tese de doutorado na Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 2016.

10 Gutiérrez, Beltran Andrés Mauricio, *El amparo estructural de los derechos*, Tese de doutorado na Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 2016, pp. 87 y 88.

varias entidades estatales que son objeto de acciones legales por ser responsables de fallas sistemáticas en sus políticas públicas que contribuyen a tales violaciones de derechos. Además, implican medidas estructurales de protección,[11] es decir, órdenes de ejecución complejas, donde el juez instruye a las entidades públicas a emprender acciones coordinadas para proteger a la población cuyos derechos han sido vulnerados, sin limitarse a un ámbito restringido. Mire a los demandantes en el caso específico.

De ahí la preocupación por dispositivos que busquen medidas de no repetición que ataquen las causas del problema, combatiendo la desigualdad y las violaciones que se han incorporado a la lógica del funcionamiento de la sociedad. El propósito de la decisión no es solo poner fin al incidente que altera el *statu quo*, sino cambiar el estado actual de las cosas y crear un nuevo *statu quo*.[12]

Por lo tanto, la decisión termina determinando no solo una reparación para el caso específico o la prohibición de la práctica que pretende combatir, sino que también se ocupa de cambios estructurales que apuntan a enfrentar las causas que fueron responsables de la violación de derechos fundamentales. Se trata de medidas de protección en las que los tribunales instruyen a varios órganos gubernamentales a tomar acciones coordinadas, que pueden afectar las políticas públicas existentes o provocarlas para compensar su ausencia. Este control jurisdiccional sobre las políticas públicas también requiere un seguimiento judicial durante la fase de ejecución de la sentencia, momento en el que pueden ser necesarias correcciones, siendo importante la participación del juez en un contexto dialógico con otros órganos gubernamentales para la realización de los derechos una vez violados.

[11] Garavito, César Rodríguez, "Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America", *Texas Law Review*, vol. 89, núm. 7, Austin, 2011, p. 1671.

[12] Fiss, Owen M., "To make the Constitution a living truth: four lectures on the Structural Injunction", en Arenhart, S. C.; Jobim, M. F.; Osna, G. (org.), *Processos Estruturais*, 4a. ed., São Paulo, Juspodivm, 2022, p. 41.

Respecto a tales decisiones,[13] Osuna afirma que lo que las define como sentencias estructurales es la calificación del juez como máximo intérprete y defensor de los derechos fundamentales, asumiendo el rol de coordinador de las acciones estatales y definiendo cómo deben actuar. las autoridades (pero sin quitarles, a priori, la competencia para planificar y ejecutar las medidas a adoptar), con el fin de garantizar el ejercicio efectivo de estos derechos en materias que han sido gravemente descuidadas por ellas. Como resultado, el juez dicta órdenes que exceden la relación interpartes del caso que dio origen a la sentencia, apuntando a medidas que resuelven el problema generalizado identificado.

Estas sentencias no se limitan a la mera declaración de violación de la ley,[14] buscando abordar aspectos estructurales relacionados con la sociedad, donde se identifican violaciones masivas y generalizadas de derechos fundamentales. Buscan enfrentar el problema a través de acciones enfocadas en políticas públicas, creando condiciones para que, institucionalmente, se pueda avanzar con reformas sociales, para que estas violaciones dejen de ocurrir.

Así, es posible afirmar que las "sentencias estructurales" engloban una lógica preventiva y de prohibición de repetición de la violación, plasmada en una preocupación por la transformación estructural[15] de la realidad de vulneración masiva y repetitiva de derechos[16] (plasmadas en determinaciones encaminadas a ga-

---

13 Ferrand, Martín Risso, *op. cit*., p. 93.

14 Fiss, Owen M., "To make the Constitution a living truth: four lectures on the Structural Injunction", *cit*., pp. 46 y 47.

15 Leal, Mônia Clarissa Hennig, "A dignidade humana e o princípio da proporcionalidade como fundamentos e como parâmetros para o controle jurisdicional de políticas públicas", en Alexy, Robert; Baez, Narciso Leandro Xavier; Silva, Rogério Luiz Nery da. (orgs.), *Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo,* Florianópolis, Qualis, 2015.

16 Se observa que esta lógica (preventiva y de no repetición) está, en el momento actual, muy presente en las sentencias dictadas por el Juzgado de San José, sin embargo, hay que resaltar que no solo opera frente a casos contenciosos, pero también en la formulación de informes generales, informes temáticos y, también, en opiniones consultivas. Abramovich, Víctor, "De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el sistema interamericano de derechos

rantías de no repetición[17]), siendo que "la denegación de sentencias estructurales dejaría, y deja, muchas situaciones de clara violación de derechos humanos sin solución".[18]

De esta manera, existe la determinación de formular, mejorar o implementar políticas públicas por parte de los Tribunales, con el objetivo de evitar que vuelvan a ocurrir nuevas violaciones, así como con el objetivo de instituir cambios institucionales (con enfoque en las Autoridades Públicas) y /o culturales (centrados en la sociedad), reflejando así sus efectos más allá del caso puesto en conocimiento del Juzgado o Tribunal.[19]

Medidas de carácter estructural traen, a su vez, nuevos desafíos a la actuación de los Tribunales, pues requieren un seguimiento constante de su cumplimiento[20], siendo necesario crear mecanismos para vigilar el cumplimiento efectivo de las órdenes determinadas en la sentencia, como el "monitoreo" salas", integrada por agentes de la sociedad civil, expertos, interesados en la situación objeto de la demanda y miembros del gobierno, siendo responsable de analizar los informes proporcionados por las autoridades competentes, con el fin de verificar los avances en el

humanos", *Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 6, núm. 11, 2009, pp. 13-14).

17 Sagüés, 2022, p. 27, enumera como medidas de no repetición las siguientes: sensibilización, programas de capacitación y formación, modificación legislativa o constitucional, implementación de políticas públicas, facilitación del debate entre autoridades públicas y organizaciones de la sociedad civil, adopción de acciones positivas y preservación de la memoria colectiva.

18 Ferrand, Martín Risso, *op. cit*., p. 117.

19 Leal, Mônia Clarissa Hennig; Alves, Felipe Dalenogare, *op. cit.,* pp. 288 y 289.

20 Un ejemplo de este aspecto se puede identificar en la actuación de la Corte Constitucional colombiana, en el ámbito de la Sentencia T-025, de 2004, la cual no agotó sus acciones con la sentencia, pues creó, a partir de ella, tres instrumentos para verificar cumplimiento de las órdenes dictadas: (I) informes periódicos (elaborados por las autoridades administrativas encargadas de su implementación); (II) sala especial de seguimiento (integrada por la propia Corte, que emite decisiones sobre el nivel de cumplimiento); y (III) la celebración de audiencias públicas periódicas (que revisan los avances y dificultades en el cumplimiento). Ferrand, Martín Risso, *op. cit*., pp. 100-101.

cumplimiento de las frase, así como discutir temas relacionados con la misma. Las "actas de seguimiento" son decisiones dictadas por el propio Tribunal, con base en la información recibida de las "salas de seguimiento", posibilitando la ejecución de la pena o señalando observaciones al Ejecutivo, cuando se aplique parcial o defectuosamente las medidas determinadas por la sentencia del caso.[21]

La adopción de sentencias estructurales se caracteriza, por tanto, como una herramienta importante en casos de reconocimiento de un "estado de cosas inconstitucional",[22] llevando a la Corte Constitucional Colombiana,[23] por ejemplo, a desarrollar

---

21 Ferrand, Martín Risso, op. cit., p. 113.

22 Según Rêgo (2020, p. 53), la declaración del Estado de Cosas Inconstitucional consiste en una situación extrema de omisión estatal, concebida como 'fallas estructurales', fallas que nada tienen que ver con cuestiones constitucionales específicas. disposiciones u órdenes expresas para legislar o regular, sino más bien, con la "omisión o ineficiencia del aparato estatal que redunda en una deficiente protección de los derechos fundamentales", para luego, analizar la ausencia de políticas públicas que signifiquen la inobservancia del mínimo existencial.

23 Conforme la *Sentencia T-025/04*, "El concepto de estado de cosas inconstitucional ha evolucionado jurisprudencialmente desde 1997 cuando se declaró por primera vez. En las sentencias más recientes sobre este fenómeno, de conformidad con la doctrina de esta Corporación, se está ante un estado de cosas inconstitucional cuando "*(1) se presenta una repetida violación de derechos fundamentales de muchas personas - que pueden entonces recurrir a la acción de tutela para obtener la defensa de sus derechos y colmar así los despachos judiciales - y (2) cuando la causa de esa vulneración no es imputable únicamente a la autoridad demandada, sino que reposa en factores estructurales*". Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, cabe destacar los siguientes: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (ii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (iv) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (v) si to-

mecanismos para monitorear el cumplimiento efectivo de sus decisiones.

Esto abre espacio para la necesidad de reflexión no solo sobre la decisión misma, sino también sobre el período posterior a la decisión y la forma de actuar y relacionarse de la Corte con los demás Poderes, en el ámbito del seguimiento y monitoreo de la ejecución de sus decisiones.

Esto se debe a que, al reconocer una determinada situación de discriminación estructural o un determinado "estado de cosas inconstitucional", el juez puede coordinar a otras instituciones públicas y de la sociedad civil para que ellas, con su aparato técnico especializado, construyan soluciones y tomen decisiones sustanciales necesarias de ahí el hecho de que, por ejemplo, muchas sentencias estructurales prevean la presentación de informes y la necesidad de la aprobación del tribunal. Sin embargo, el magistrado mantiene su función de coordinación durante la ejecución,[24] siendo que su rol, como coordinador, apunta a crear condiciones para que institucionalmente pueda haber avances con las reformas sociales, para que estas violaciones dejen de ocurrir.[25]

Desde esta perspectiva, se debe prestar atención a la naturaleza del seguimiento realizado por la Corte, en particular en vista de la relación con las demás Potencias, por lo que Garavito defiende la adopción de un enfoque dialógico.[26] perspectiva de los Tribunales en esta tarea, en una lógica de necesaria coordinación entre instituciones para el cumplimiento de las medidas

---

das las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial".

24 Fiss, Owen M., "To make the Constitution a living truth: four lectures on the Structural Injunction", *cit*., pp. 46 y 47.

25 Bazán, V.; Armijo, G.; Nash, C., "El debate sobre las sentencias estructurales", *Jornal Ámbito Internacional*, Konrad-Adenauer-Stiftung, Programa Estado de Direito para América Latina, Bogotá, 2014, p. 21, *https://www.kas.de/es/web/rspla/einzeltitel/-/content/el-debate-sobre-las-sentencias-estructurales1*

26 Garavito, César Rodríguez, "Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America", *cit*., p. 1688.

determinadas por la sentencia, estableciendo objetivos amplios y vías claras de implementación, a través de plazos e informes de progreso, recayendo en los órganos de gobierno las decisiones sustantivas y los resultados detallados.[27] Por lo tanto, el enfoque dialógico fomenta la adopción de mecanismos de seguimiento participativo que profundicen la deliberación democrática, a través de la participación de diversos actores, incluida la sociedad civil, aumentando así el impacto potencial de las intervenciones judiciales.

Estas intervenciones del Poder Judicial en problemas policéntricos y estrechamente relacionados (como ocurre en las políticas públicas de gran escala) pueden, a su vez, causar tensiones en la red de relaciones existentes en las políticas públicas, como explican Fuller y Winston (1978, p. 395) con la metáfora de la telaraña[28]. En este sentido, hay que ser consciente de la falibilidad del Poder Judicial, que no tiene la misma capacidad institucional que los demás Poderes para formular e implementar políticas públicas; Sin embargo, la adopción de instrumentos de implementación de decisiones judiciales para enfrentar el problema de manera más horizontal entre los Poderes, aplicando la teoría de los diálogos institucionales e instrumentos como el seguimiento judicial, la celebración de audiencias públicas y el nombramiento de peritos, entre otros, puede contribuir a superar esta crítica.[29]

Otra hipótesis en la que se dan situaciones de vulneración masiva de derechos y que dan lugar a la adopción de sentencias estructurales son las relacionadas con grupos en situación de vul-

---

27 *Ibidem*, p. 1676.

28 "We may visualize this kind of situation by thinking of a spider web. A pull on one strand will distribute tensions after a complicated pattern throughout the web as a whole. Doubling the original pull will, in all likelihood, not simply double each of the resulting tensions. This would certainly occur, for example, if the doubled pull caused one or more of the weaker strands to snap. This is a 'polycentric' situation because it is 'many centered' – each crossing of strands is a distinct center for distributing tensions", Fuller, Lon L.; Winston, Kenneth I., "The Forms and Limits of Adjudication", *Harvard Law Review*, vol. 92, núm. 2, 1978, pp. 353-409, *https://www.yumpu.com/en/document/read/27607635/the-forms-and-limits-of-adjudication-people*

29 Sunstein; Vermeule, 2002, p. 47.

nerabilidad (Saba, 2005), es decir, grupos que se encuentran en una condición de discriminación histórica (políticos, sociales, económicos o culturales), como los indígenas, las mujeres, los negros, los niños, los migrantes y los homosexuales.[30] Según Rojas los esfuerzos para combatir tales violaciones deben señalar las condiciones jurídicas, políticas y culturales que les dan origen.

La discriminación estructural resulta entonces de la violación de derechos y libertades fundamentales de un determinado grupo de la población, caracterizado por su exclusión y marginación en relación con el resto de la sociedad,[31] siendo este el resultado de una cultura discriminatoria, cuyos estándares culturales permiten mantener prácticas violatorias, especialmente a través del comportamiento de invisibilizar los derechos de grupos desprotegidos o justificando las violaciones que sufren. Esto se debe a que la sociedad funciona sobre la base de una estructura social, jurídica y política que culturalmente mantiene ciertas prácticas que violan los derechos de estas "minorías" y "grupos vulnerables", cuyos derechos no son respetados, siendo este colectivo invisible para la sociedad. Para abordar esta discriminación generalizada y sistematizada, de carácter estructural, es necesario corregir las condiciones jurídicas, políticas, económicas y culturales que hacen recurrentes estas violaciones.

En este sentido, Antoniazzi señala que los grupos en situación de vulnerabilidad enfrentan obstáculos sociales y legales que les impiden alcanzar y mostrar la titularidad de sus derechos, perjudicando el disfrute equivalente (en amplitud y profundidad) de los mismos. sus derechos en comparación con otros ciudadanos.[32]

---

30 Quiñones, 2014, p. 209.

31 Rojas, 2015, p. 127.

32 Antoniazzi, Mariela Morales, "Protección de las personas privadas de libertad: aportes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la construcción de un *Ius Constitutionale Commune*", en Bogdandy, Armin von; Antoniazzi, Mariela Morales; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Construcción de un Ius Constitutionale Commune en América Latina: Contexto, estándares e impacto a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* Colección Gobierno y Política, Puebla, BUAP-UNAM-Corte IDH-MPI, 2016, p. 267-268.

Ante esto, surge la necesidad de una mayor preocupación por la protección de grupos en situación de vulnerabilidad a través de la tutela judicial, que encuentran incluso obstáculos institucionales para que se les reconozcan sus derechos, por lo que los procesos estructurales configuran, en este escenario, una importante herramienta para remediar, o al menos minimizar, estas desigualdades estructurales.

Por lo tanto, cuando existe un escenario de discriminación sistémica, es imperativo centrarse en las raíces del problema, en las causas que lo generaron, determinando medidas dirigidas a la comunidad, es decir, dirigidas no solo a reparar a la víctima, en base a este caso específico, pero también buscando evitar que nuevas situaciones de esta naturaleza vuelvan a ocurrir.[33]

En este escenario, la obligación de reparación de los Estados puede subdividirse en dos vertientes: a) reparación individual, que alcanza a la víctima en el caso específico; y b) garantía de no repetición, que se materializa en la adopción de medidas que modifiquen las causas que dieron origen a la violación, de manera que "estas medidas tendrán un efecto reparador en relación con las víctimas y de respeto preventivo para toda la sociedad".[34]

El objetivo de estas acciones es promover cambios tanto institucionales,[35] como medidas legislativas, modificación, reestructuración e implementación de políticas públicas, como culturales[36] (educación para la promoción y protección de los derechos

---

33 Leal, Mônia Clarissa Hennig; Alves, Felipe Dalenogare, op. cit., p. 289.

34 Rojas, 2015, p. 135.

35 Alcalá, Humberto Nogueira, "El derecho a la igualdad ante la ley, la no discrimnación y acciones positivas", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña (AFDUDC),* núm. 10, 2016, p. 799-831, *https://core.ac.uk/download/pdf/61894554.pdf*

36 Rojas hace la reserva de que la promoción de estos cambios institucionales y culturales "pueden ser eficaces en la medida en que También sean combinadas con un proceso de seguimiento y supervisión tanto por parte de los órganos de control como de la sociedad civil" (Rojas, 2015, p. 137). Cabe señalar, sin embargo, que no todos los países cuentan con un órgano estructurado para este fin (supervisión y seguimiento del cumplimiento de las sentencias internas y, en particular, de las dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos), citando el propio caso brasileño como ejemplo.

humanos, por ejemplo), lo que contribuirá a superar las causas que dieron origen a violaciones estructurales.[37]

Las obligaciones conferidas a los Estados pueden, por tanto, consistir en cambios a las políticas existentes, "reformas legales, la implementación de procesos participativos para la formulación de nuevas políticas públicas y muchas veces en la reversión de ciertos patrones de comportamiento que caracterizan la acción de ciertas instituciones de gobierno, Estado".[38]

Es desde esta perspectiva, a su vez, que daremos una indicación de la estructura institucional adoptada por el Supremo Tribunal Federal de Brasil, encaminada a operacionalizar sus acciones en el ámbito de procesos de carácter estructural.

III. La estructura institucional del Supremo Tribunal Federal brasileño relativa a los procesos estructurales

Es posible identificar, en el ámbito del Tribunal Supremo Federal, sentencias de carácter estructural, siendo ejemplos las sentencias de la Acción Popular 3.388[39] (caso Raposa Serra do Sol – demarcación de tierras indígenas) y el Mandado de Injunción 708[40] (sobre el derecho de huelga de los funcionarios públicos) (Jobim, 2022, p. 227-232), así como la ADPF 347[41] (sobre las

37 Rojas, 2015, p. 128-129.

38 Abramovich, Víctor, *op. cit*., p. 13.

39 El voto del ministro Carlos Alberto Menezes Direito, además de una declaración a favor de la demarcación de tierras indígenas, también observó la imposición de dieciocho restricciones al usufructo de los indígenas sobre sus tierras.

40 El voto del ministro Ricardo Lewandowski contiene dieciséis medidas para el uso de la ley sobre huelgas de particulares y servidores públicos.

41 En la decisión, el ministro relator Marco Aurélio destacó que el caso constituye una disputa estructural y que, en ese contexto, surge la necesidad de implementar políticas públicas o la implementación de medidas adicionales para corregir políticas públicas existentes, pero que no logran los objetivos previstos. Estas acciones incluyen la asignación de recursos presupuestales, ajustes en los arreglos institucionales y nuevas interpretaciones y aplicaciones de las leyes penales, siendo imperativo promover un conjunto integral de cambios estructurales, que abarque la amplia partici-

condiciones del sistema penitenciario, en el que se reconoció el "estado de cosas inconstitucional") y la ADPF 709[42] (derecho a la salud de los pueblos indígenas en la pandemia de Covid-19).

A pesar de que el Tribunal Supremo del país hace uso de sentencias estructurales, falta una regulación legislativa al respecto. Ante esto, la propia Corte decidió avanzar en este tema, mediante la creación de la "Asesoría de Apoyo a la Jurisdicción" (AAJ), junto a la cual funciona el llamado "Centro de Procesos Estructurales y Complejos" (Nupec).[43] De conformidad con el artículo 17, párrafo único, inciso I, del vigente Reglamento de la Secretaría del STF, al Nupec le corresponde coadyuvar en la

pación de las autoridades del Poder Público, debido a su responsabilidad sistémica. ante las insuficiencias de la acción estatal (Supremo Tribunal Federal, 2015, p. 29).

42 El Supremo Tribunal Federal reconoció que la violación del derecho a la salud de la población indígena se debió a la falta de protección territorial de esos pueblos, buscando repelerla mediante la imposición del deber de crear un plan que impusiera barreras sanitarias, que permitiera para contener las invasiones ilegales al territorio de la población indígena y, en consecuencia, una reducción de la exposición de los pueblos indígenas al virus Covid-19. Como medida cautelar, el STF otorgó medidas de estructuración dirigidas a pueblos indígenas aislados o de contacto reciente, determinando que se elabore un plan que establezca barreras sanitarias que impidan el ingreso de terceros a estos territorios habitados, así como determinar la instalación de la Sala de Situación, para monitorear la planificación de barreras sanitarias y coadyuvar en la gestión de acciones para combatir la pandemia en territorios indígenas, estando integrada por representantes de las comunidades indígenas, la Defensoría Pública de la Unión y la Procuraduría General de la República (Supremo Tribunal Federal, 2020, p. 06).

43 El ministro presidente de la Corte, Luís Roberto Barroso, en un acto administrativo reglamentario, expone la propuesta de reestructuración y la creación de la Consultoría de Apoyo a la Jurisdicción Constitucional (AAJ): "3. La nueva consultoría estructurará, ampliará y capacitará al actual Centro de Resolución Alternativa de Controversias (CESAL), dotándolo de un equipo interdisciplinario apto para el desempeño de sus funciones integrales. [...]. Considerando el aumento del número de procesos estructurales ante el STF y la creciente demanda por el uso de métodos consensuados para la resolución de conflictos, surgió la necesidad de ampliar significativamente el equipo responsable y transformar estos centros en una unidad administrativa específica, diseñada para brindar atención especializada. apoyo a la prestación judicial, previa solicitud de la Presidencia y Gabinetes." (Supremo Tribunal Federal, 2023, p. 02).

identificación y tramitación de acciones estructurales y complejas, además de ser responsable de la tarea de elaboración de dictámenes y notas. técnicas en demandas con impacto económico y social, teniendo el deber de integrar las salas de seguimiento de las acciones estructurales y, además, "coadyuvar en la construcción de indicadores para el seguimiento, evaluación y eficacia de las medidas adoptadas".[44]

Además, la gran innovación que trae consigo la creación de Nupec es su papel en el desarrollo de indicadores encargados de medir la efectividad de las medidas establecidas en el proceso, así como su apoyo en la supervisión y seguimiento de la fase de implementación de decisiones, incluyendo la posibilidad de crear Salas de Monitoreo para el tratamiento de cada proceso estructural de manera individual.[45]

Aunque se trata de una creación relativamente reciente, ya se pueden observar algunos efectos positivos de su funcionamiento, especialmente en lo que respecta a la cuestión de la transparencia, ya que en el sitio web del Tribunal Supremo Federal es posible encontrar un espacio reservado para el "Centro de Procesos Estructurales y Complejos" registra sus acciones en curso y ejecutadas. Actualmente, con datos referentes al período de octubre de 2023 a febrero de 2024, la plataforma identifica el desempeño del Centro en seguimiento: tres procesos en fase de seguimiento (ADPF 347, 635 y 709); 22 audiencias y reuniones técnicas realizadas; 16 notas técnicas emitidas y 16 decisiones estructurales/complejas que contaron con la asistencia de Nupec.[46]

IV. Conclusiones

Las sentencias estructurales son un instrumento importante para combatir problemas estructurales, como la inercia generalizada de los poderes públicos "como en el caso de la existencia de un 'estado de cosas inconstitucional'" o situaciones de discrimina-

44 Supremo Tribunal Federal, 2024, p. 13.

45 *Idem*.

46 Supremo Tribunal Federal, 2024, *www.portal.stf.jus.br*

ción estructural, ya que buscan, precisamente, activar Órganos del Estado que han descuidado sus obligaciones constitucionales, buscando promover transformaciones sociales, a través de la acción coherente de los diferentes actores, a través del accionar de la jurisdicción constitucional.

En el contexto brasileño, se observa que la ausencia de una norma regulatoria para los procesos estructurales no ha impedido su reconocimiento por el Poder Judicial; por el contrario, ha llevado a cabo intensos avances hacia la protección de los derechos demandados a través de procesos estructurales. Es innegable que el Supremo Tribunal Federal, así como los tribunales inferiores, han dedicado esfuerzos a la elaboración de reglamentos internos que ayuden a los servidores públicos y magistrados en la conducción de procesos estructurales, reconociendo que, para este tipo de demandas, los procedimientos judiciales tradicionalmente establecidos en el derecho procesal civil, ya que requieren una compleja reorganización de las estructuras de funcionamiento del Poder Judicial. Además, tales disputas requieren la incorporación de nuevos supuestos inherentes a la teoría de los procesos estructurales, que serán analizados a continuación, con el fin de identificar si se incorporan o no a la práctica del Tribunal Supremo Federal.

Referencias

Abramovich, Víctor, "De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el sistema interamericano de derechos humanos", *Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 6, núm. 11, 2009.

Antoniazzi, Mariela Morales, "Protección de las personas privadas de libertad: aportes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la construcción de un *Ius Constitutionale Commune*", en Bogdandy, Armin von; Antoniazzi, Mariela Morales; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Construcción de un Ius Constitutionale Commune en América Latina: Contexto, estándares e impacto a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Colección Gobierno y Política, Puebla, BUAP-UNAM-Corte IDH-MPI, 2016.

Alcalá, Humberto Nogueira, "El derecho a la igualdad ante la ley, la no discrimnación y acciones positivas", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña (AFDUDC)*, núm. 10, 2016.

Bazán, V.; Armijo, G.; Nash, C., "El debate sobre las sentencias estructurales", *Jornal Ámbito Internacional*, Konrad-Adenauer-Stiftung, Programa Estado de Direito para América Latina, Bogotá, 2014.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF*, Relator Luís Roberto Barroso, Brasília, 2020, *http://stf.jus.br*

Ferrand, Martín Risso, "Sentencias estructurales. Comentario preliminar al trabajo de Néstor Osuna titulado Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia", en Bazán, Víctor, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales: la protección de los derechos sociales – las sentencias estructurales*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2015.

Fiss, Owen M., *The civil rights injunction*, Bloomington, Indiana University Press, 1978.

Fiss, Owen M., "To make the Constitution a living truth: four lectures on the Structural Injunction", en Arenhart, S. C.; Jobim, M. F.; Osna, G. (org.), *Processos Estruturais*, 4a. ed., São Paulo, Juspodivm, 2022.

Fuller, Lon L.; Winston, Kenneth I., "The Forms and Limits of Adjudication", *Harvard Law Review*, vol. 92, núm. 2, 1978, pp. 353-409, *https://www.yumpu.com/en/document/read/27607635/the-forms-and-limits-of-adjudication-people*

Garavito, César Rodríguez, "Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America", *Texas Law Review*, vol. 89, núm. 7, Austin, 2011.

Garavito, César Rodríguez; Franco, Diana Rodríguez, "Un giro en los estudios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia", en Arcidiácono, Pilar; Yaksic, Nicolás Espejo; Garavito, César Rodríguez (org.), *Derechos sociales: justicia, po-*

lítica y economía en América Latina, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2010.

Garavito, César Rodríguez, "El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales", en Gargarella, Roberto (org.), *Por una Justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática,* Buenos Aires, Siglo XXI, 2014.

Gutiérrez Beltran, Andrés Mauricio, *El amparo estructural de los derechos*, Tese de doutorado na Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 2016.

Jobim, Marco Felix, "Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos processos estruturais: bases de uma possível construção", en Arenhart, S. C.; Jobim, M. F.; Osna, G. (orgs.), *Processos estruturais,* 4a. ed., São Paulo, Juspodivm, 2022.

Leal, Mônia Clarissa Hennig, "A dignidade humana e o princípio da proporcionalidade como fundamentos e como parâmetros para o controle jurisdicional de políticas públicas", en Alexy, Robert; Baez, Narciso Leandro Xavier; Silva, Rogério Luiz Nery da. (orgs.), *Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo,* Florianópolis, Qualis, 2015.

Leal, Mônia Clarissa Hennig; Alves, Felipe Dalenogare, "A Corte Interamericana de Direitos Humanos como indutora de políticas públicas estruturantes: o exemplo da educação em direitos humanos - uma análise dos casos Ximenes Lopes e Gomes Lund versus Brasil - perspectivas e desafios ao cumprimento das decisões", *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, núm. 15, 2016.

El alcance de la sentencia de amparo en Guatemala

***

The scope of amparo rulings in Guatemala

*Aylin Ordóñez Reyna**

Resumen: el presente artículo realiza en forma inicial una descripción histórica del amparo en Guatemala, enfocándolo desde el ámbito de protección, para luego analizar el alcance que poseen las sentencias que acogen la protección solicitada, describiéndose cómo ha evolucionado el alcance de la sentencia de amparo, a lo largo de los 39 años de vigencia de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Inicialmente se estudian los casos que encuadran en los efectos previstos en la Ley de la materia, para la sentencia estimatoria de amparo, luego se describen las variantes que han posibilitado la ampliación de sus efectos. Entre ellas, amparos promovidos por el Procurador de los Derechos Humanos en defensa de toda la población o de un sector de ella, así como instados a favor de una colectividad y casos en los que un ciudadano reclama en defensa de la institucionalidad del Estado, respecto de actos que tendrán efectos respecto de toda la población. Se estudian también sentencias de amparo con efectos normativos, así como las que cuestionan normas jurídicas.

* Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona, Sobresaliente Cum Laude. Máster en Derechos Humanos y Abogada y Notaria por la Universidad Rafael Landívar, Letrada en la Corte de Constitucionalidad (1990 a 2003 y 2005 a la fecha), actualmente Coordinadora de Sección Civil, Mercantil, Familia y Niñez.

Abstract: this article begins with a historical overview of amparo in Guatemala, focusing on its protective function; then analyzes the extent of the rulings that grant the requested protection, describing how the scope of amparo rulings has evolved over the 39 years of the validity of the Political Constitution of the Republic of Guatemala.

Subsequently, the article examines cases that align with the effects provided for in the relevant Law for favorable amparo ruling, and then explores the variations that have allowed the expansion of these effects. These include are amparos promoted by the Human Rights Ombudsman in defense of the entire population or specific sectors, as well as those filed in favor of a community and cases in which a citizen claims in defense of the state's institutional integrity, regarding acts that will have effects on the entire population. Normative effect judgments are also studied, as well as those that challenge legal norms.

Palabras clave: amparo, sentencia de amparo, alcance de las sentencias de amparo, amparo con efectos generales, amparo contra normas.

Keywords: amparo, amparo ruling, scope of amparo rulings, amparo with general effects, amparo against legal norms.

Sumario: I. Antecedentes del amparo en Guatemala. II. La sentencia de amparo. III. Sentencia de amparo según los efectos de su otorgamiento. IV. Conclusiones. Referencias.

I. Antecedentes del amparo en Guatemala

El amparo se reconoció en Guatemala mediante el Decreto 7 de la Asamblea Nacional Constituyente, el cual reformó en 1921 la Ley Constitutiva de la República,[1] decretada por la Asamblea Na-

[1] En 1920 derivado de la crisis del régimen de Estrada Cabrera, se produjo una reacción democratizadora, y en octubre de ese año se convocó a una constituyente que introdujo reformas para garantizar mejor los derechos individuales, fortalecer la separación e independencia de poderes. *Vid.* García Laguardia, Jorge Mario, *Breve historia constitucional de Guatemala*,

cional Constituyente el 11 de diciembre de 1879. Mediante esa reforma se reconoció el derecho de amparo, sin aún especificarse casos de procedencia ni supuestos de exclusión de la referida garantía, lo que se amplió en las siguientes reformas de 1927 señalando algunos casos de procedencia y abarcando el actual ámbito de la exhibición personal, de similar forma se reguló en la siguiente Constitución de 1945. En las Constituciones de la República de Guatemala de 1956 y de 1965 se reconocen como garantías independientes, el amparo y la exhibición personal, excluyéndose de los casos de procedencia de amparo, los asuntos del orden judicial.[2]

Con posterioridad a un golpe de Estado ocurrido el 23 de marzo de 1982, quedó sin vigencia la Constitución y surgió un proceso de transición democrática[3]. Se promulgó el 31 de mayo de 1985 la Constitución Política de la República de Guatemala actualmente vigente. Respecto de este texto, afirma el jurista Jorge Mario García Laguardia:

> [...] Dictada en un momento de euforia democrática, al final de un largo período muy oscuro de gobiernos autoritarios, en su mayoría militares, es totalmente legítima, producto de un cuerpo constituyente libremente electo, en el que las distintas fuerzas, ninguna mayoritaria, tuvieron que realizar permanentes negociaciones para obtener consensos y definiciones; y su preocupación central es la de establecer la consagración y garantías de los Derechos Humanos, en un sistema democrático y que siempre estuvo presente la preocupación por el pasado autoritario que se pretendía rebasar [...].[4]

Guatemala, Editorial Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2010, p. 76.

2 En la Constitución de 1965 se estableció esta exclusión respecto de las partes y personas que intervienen en ellos. Podía promoverse cuando no se hubiera dictado sentencia, contra infracciones al procedimiento en que incurriera la Corte Suprema de Justicia.

3 *Víd*. García Laguardia, Jorge Mario, *op. cit*., p. 99 Al respecto señala el autor relacionado que: "Esta Asamblea Constituyente dictó antes de disolverse, además de la Constitución, la Ley Electoral y de Partidos Políticos y la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad".

4 *Ibidem*, p. 100.

La Constitución de 1985 reconoce su carácter democrático y garantista de los derechos humanos al afirmar en esta desde su preámbulo la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social, al Estado como responsable de promover el bien común, la consolidación del régimen de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz, así como el impulso por la plena vigencia de los Derechos humanos. El texto constitucional contiene un amplio catálogo de Derechos Humanos individuales, sociales, cívicos y políticos, así como disposiciones que posibilitan la ampliación de este catálogo, dentro de las que se encuentra una cláusula abierta —artículo 44— y la previsión de la preeminencia sobre el derecho interno de tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala en materia de derechos humanos —artículo 46—.

Además del amplio reconocimiento de los Derechos humanos se establecen las garantías constitucionales y dentro de estas, el amparo del cual se prevé:

> 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.

La amplitud del amparo en Guatemala es evidente. Al respecto, señala el autor Edmundo Vásquez Martínez, que derivado de lo establecido en la Constitución y Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad (en adelante LAEPyC), el amparo es un derecho humano y es un proceso. Derecho humano porque se tiene la potestad reconocida por el ordenamiento jurídico como inherente a la dignidad humana de reclamar y obtener medidas concretas de protección. Como proceso porque "es el instrumento mediante el cual el Estado, incitado por el ejercicio del derecho de amparo, actúa las pretensiones de protección jurisdiccional de los derechos humanos, y dicta las medidas

concretas de tutela correspondientes"[5]. Análisis de interés dada su amplitud, pudiéndose estimar el "derecho de amparo" viabilizaría mediante su promoción el reclamo del resto de Derechos. La Constitución lo reconoce como una "garantía constitucional", que posibilita la protección de los demás derechos.[6]

Una profunda diferencia entre la regulación del amparo en la Constitución de 1965 frente a la de 1985, estriba en que en esta última no se establecen casos de improcedencia, contrario a ello se prevé en su texto que "no hay ámbito que no sea susceptible de amparo", evidenciándose su amplitud. Si bien, se enumeran casos de procedencia, estos no son limitativos, porque se establece su procedencia "entre otros casos", lo que ha permitido considerarlos jurisprudencialmente como "numerus apertus" los enumerados. Otro tema de relevancia es la procedencia del amparo en materia judicial y administrativa, cuya condición, es que se promueva después de que el interesado haya hecho uso de los recursos establecidos en la ley de la materia, si subsiste la amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan. Lo anterior permite evidenciar el amplio reconocimiento que en la actualidad posee el amparo en Guatemala.

---

5 Vásquez Martínez, Edmundo, "El proceso de amparo en Guatemala", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 1, núm. 91, 1998, *https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3533*

6 Al respecto, señala el autor Manuel Mejicanos Jiménez que: "Existe suficiente fundamento, tanto en normativa convencional internacional como en la nacional, que permite sustentar que el amparo es una garantía cuya eficacia propicia el goce de derechos y principios reconocidos en la Constitución, en tratados internacionales de derechos humanos y las leyes del país, garantía que se hace valer ante los órganos jurisdiccionales por medio del derecho a solicitar tutela judicial para la protección de esos derechos y principios establecidos en los ordenamientos jurídicos antes mencionados". *Víd.* Mejicanos Jiménez, Manuel de Jesús, "El amparo en Guatemala ¿mantiene actualmente su naturaleza jurídica de garantía con la que fue instituido en el ordenamiento constitucional?", *Opus Magna Constitucional*, t. XVII, 2021, p. 183, *https://opusmagna.cc.gob.gt/index.php/revista/article/view/48/41*

II. La sentencia de amparo

Las sentencias dictadas en los procesos constitucionales difieren de las proferidas en la jurisdicción ordinaria por la materia que protegen, así como por sus efectos, ya que las primeras verificarán la ocurrencia o no de una lesión constitucional, y dictarán las decisiones necesarias para mantener la plena vigencia de la Ley Fundamental, profiriéndose en ocasiones con efectos generales, variando según el proceso constitucional en el que son dictadas. En la jurisdicción ordinaria van dirigidas a dirimir un asunto surgido entre los sujetos procesales que intervienen en él.

Citando a Domingo García Belaúnde y Gerardo Eto Cruz, puede afirmarse que:

> [...] sentencia constitucional es toda aquella resolución que pone punto final a un proceso constitucional, sea en sede judicial, sea en sede constitucional. Pero con carácter de firme. El TC ha precisado por su parte que las sentencias constitucionales son aquellos actos procesales emanados de un órgano adscrito a la jurisdicción especializada, mediante las cuales se pone fin a la litis, cuya tipología se deriva de alguno de los procesos previstos en el Código Procesal Constitucional.[7]

Definitivamente, la particularidad de las sentencias dictadas en los procesos constitucionales irá dirigida a proteger derechos humanos lesionados o a garantizar la plena vigencia de la parte orgánica de la Constitución, cuando se denuncia su contravención.

En el caso guatemalteco, las sentencias de amparo proferidas por la Corte de Constitucionalidad poseen suma relevancia, ya

[7] García Belaunde, Domimgo y Eto Cruz, Gerardo, "Efectos de las sentencias constitucionales en Perú", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional,* núm. 12, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, enero/diciembre 2008, p. 266, *https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/27230domingogarciabelaundeygerardoetocruzaijc12.pdf*

que no solo constituyen decisiones en el caso concreto en el cual se dictan, sino que además de dirimir el conflicto constitucional planteado poseen carácter de inimpugnables, y generan efectos jurisprudenciales.[8]

Al respecto, establece el artículo 42 de la LAEPyC que al pronunciar sentencia el Tribunal de amparo examinará los hechos, analizará las pruebas y actuaciones y todo aquello que formal, real y objetivamente resulte pertinente; examinará todos y cada uno de los fundamentos de derecho aplicables hayan sido o no alegados por las partes. En la interpretación realizará también el análisis doctrinal y jurisprudencial "otorgando o denegando el amparo" con el objeto de proteger los derechos humanos lesionados. En el caso de la sentencia denegatoria de amparo, la ley impone también el pronunciamiento sobre las costas y multa al abogado patrocinante. Ahora bien, las que serán objeto de análisis en esta investigación son las que otorgan amparo, para lo cual el artículo 49 de la LAEPyC prevé como efectos, según sea el caso: *a)* dejar en suspenso el acto reclamado, y en su caso, restablecer la situación jurídica afectada; *b)* fijar un término razonable para que cese la demora si el caso fuere de retardo en resolver y *c)* cuando se reclame por omisión de emitir reglamentación, se fijarán las bases o elementos de aplicación para resolver el caso concreto.

En el caso guatemalteco, no se regula algún tipo de amparo colectivo o de efectos generales, por lo que en la Ley no se prevén específicamente efectos generales. Se ha reconocido legitimación activa al Ministerio Público y al Procurador de los Derechos Humanos para interponer amparo a efecto de proteger los intereses que les han sido encomendados.

III. Sentencias de amparo según los efectos de su otorgamiento

Como se precisó, en Guatemala, el amparo abarca una amplia protección. Al establecerse que "no hay ámbito que no sea sus-

[8] El artículo 190 de la LAEPyC establece que las resoluciones dictadas en estos procesos son de efecto declarativo y no causan excepción de cosa juzgada, sin perjuicio de las disposiciones relativas a la jurisprudencia.

ceptible de amparo" se plantea contra las más variadas situaciones en las que se reprocha a determinada autoridad lesión a derechos constitucionales.

Esa amplitud se presenta en cuanto a derechos que se protegen, ámbitos en los que surte sus efectos, sujetos legitimados para promoverlo, y según esa variedad de aspectos, se dictarán sentencias en las cuales los efectos también serán diversos.

Por ello se procederá analizar "el alcance" de la sentencia de amparo en los casos en los cuales este se otorga, comentando la evolución de esta protección desde los primeros años de funciones de la Corte de Constitucionalidad en 1986, a la fecha (2025), casi cuarenta años después. De esa cuenta, al analizar el alcance de las sentencias, podrían mencionarse:

3.1. Sentencias cuyos efectos derivan de los expresamente previstos en el artículo 49 de la LAEPyC

La referida disposición prevé como consecuencia del otorgamiento del amparo, dejar en suspenso en cuanto al reclamante el acto impugnado, fijar término razonable para que cese la demora si el caso fuere de retardo en resolver, y cuando se reclama contra la omisión en la emisión de disposiciones reglamentarias se establecerán las bases o elementos de aplicación al caso concreto. Con relación a la suspensión del acto reclamado, si bien en la actualidad este supuesto es el más frecuente en casos de otorgamiento del amparo, no siempre fue fácil su aplicación, como ocurrió al inicio de las funciones de la Corte de Constitucionalidad, al conocer respecto de decisiones adoptadas por la Corte Suprema de Justicia[9]. Respecto de la omisión de resolver se ordena que

[9] Puede citarse dentro de las primeras sentencias el expediente 8-1986 en el que se cuestionaba una resolución de la CSJ que no accedió a conocer el fondo de un recurso de casación con base en criterios formales referentes a la petición y mediante amparo se dejó en suspenso esa decisión y se ordenó el conocimiento de fondo del caso. Tal decisión no fue de fácil ejecución, al encontrarse la CSJ frente a una orden de dictar una nueva decisión en un asunto de su competencia. En la actualidad, las decisiones

cese la omisión fijando término para ello, el cual será el de ley y de no haberlo, el plazo máximo de 30 días que prevé el artículo 28 constitucional.[10] Ahora bien, con relación a la omisión de emitir disposiciones reglamentarias, la norma prevé que el Tribunal de Amparo establezca las bases o elementos de aplicación de la ley al caso concreto. Este supuesto es el menos frecuente de los efectos expresamente establecidos del amparo. Resulta interesante mencionar que los efectos dados por el Tribunal Constitucional han sido el que "cese la demora", en la emisión de las disposiciones reglamentarias, ordenando a la autoridad cuestionada que las emita. Al efecto pueden citarse tres casos, siendo ellos el reclamo contra la Corte Suprema de Justicia por omitir la emisión del Reglamento previsto en el artículo 216 del Código Procesal Penal, que posibilitaría la indemnización de gastos —viáticos— para testigos que debieran declarar fuera del lugar de residencia;[11] el cuestionamiento al Presidente de la República y Ministro de Salud Pública y Asistencia Social, por omitir la emisión del Reglamento de la Ley para la Maternidad Saludable[12] y la omisión de elaborar el Reglamento de la Ley protectora de la ciudad de Antigua Guatemala, y someterlo a aprobación del Organismo Ejecutivo, por parte del Consejo Nacional para la protección de la Antigua Guatemala. En todos estos el alcance del otorgamiento del amparo fue ordenar que cesara la demora debiendo emitir el Ejecutivo la disposición reglamentaria en el plazo de 6 meses.[13] Se observa en estos casos que tanto en el planteamiento se denuncia la omisión de dictar la disposición reglamentaria y por lo tanto, en la sentencia no se analiza la afectación directa hacia una persona, habiendo sido su efecto la emisión de la disposición reglamentaria.

---

que dejan en suspenso un acto reclamado se dictan respecto de diferentes autoridades, entre ellas, el Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

10 Un ejemplo de este supuesto se produjo en el amparo 4707-2017 de la Corte de Constitucionalidad cuya sentencia de 11 de mayo de 2018 otorgó la protección constitucional frente al reproche a la Dirección General de Trabajo por omitir pronunciarse respecto del reconocimiento de personalidad jurídica y aprobación de estatutos de un sindicato.

11 Expediente 2715-2010 CC, sentencia de 27 de julio de 2011.

12 Expediente 3502-2011 CC, sentencia de 20 de marzo de 2012.

13 Expediente 5593-2016 CC, sentencia de 05 de junio de 2018.

3.2. Sentencias dictadas dentro de amparos instados por el Procurador de los Derechos Humanos, a favor de la generalidad de personas

En Guatemala no se regula un amparo colectivo, sin embargo, desde los primeros años de funciones de la Corte de Constitucionalidad, se ha reconocido la legitimación del Procurador de los Derechos Humanos para defender los intereses difusos de la población o de una colectividad, ello con fundamento en la normativa constitucional. Por ende, de otorgarse el amparo sus efectos se dirigen a toda la población o hacia la colectividad respecto de la que reclama. Ello evidencia la ampliación del alcance de la sentencia de amparo no únicamente dirigida al reclamante.

Uno de los primeros casos de reclamo en defensa de los derechos de toda la población fue un reproche formulado a la empresa de energía eléctrica por haber realizado ajustes al pliego tarifario de servicio público de electricidad sin seguir los procedimientos legalmente establecidos. El otorgamiento dejó sin efecto legal dicho ajuste, debiéndose abonar a la cuenta de los consumidores lo cobrado con base en este.[14] Otro caso interesante fue el instado contra el Ministro de Salud ante la amenaza de que se violaran los derechos a la vida y a la salud de las mujeres debido a la actitud omisa de diseñar e implementar políticas y programas para prevenir el cáncer cérvico uterino y la negativa de proporcionar la vacuna de prevención de esa enfermedad para aquellas mujeres que previamente manifestaran su consentimiento libre, consciente e informado para ello[15], cuya protección fue otorgada, vinculando al Estado para elaborar los estudios y planes necesarios para la prevención de la citada enfermedad. Los casos reseñados, instados por el Procurador de los Derechos Humanos, evidencian la amplitud del ámbito de protección del amparo.

[14] Expediente 1398-96 CC, sentencia de 19 de diciembre de 1996.

[15] Expediente 4048-2012 CC, sentencia de 23 de mayo de 2013.

3.3. Sentencias con efectos hacia la generalidad, promovidas por ciudadanos cuestionando actos u omisiones que afectan a la totalidad de los habitantes del país por concernir a la institucionalidad del Estado

Se ha presentado la situación en la cual un ciudadano reclama la legitimación para cuestionar actos u omisiones que afectan a la generalidad de habitantes, en casos como la integración de Organismos del Estado. Inicialmente el Tribunal Constitucional reconoció la legitimación activa para cuestionar actos que atentaran contra la "institucionalidad del Estado", como la conformación de la Corte Suprema de Justicia y las magistraturas del Organismo Judicial. En ese caso se consideró que si bien la regla es la existencia de un agravio personal y directo, pueden haber situaciones

> [...] en las que el interés legítimo trasciende a una especial relevancia constitucional, que no puede ser vista desde una óptica individualista, que tiene respaldo en lo establecido en el inciso b) del artículo 135 constitucional[16], de manera que ese interés deberá entonces determinarse en función del objeto jurídico de la pretensión, promovida por quien también es titular de derechos fundamentales y libertades públicas.[17]

Los efectos de las sentencias han sido diversos, pero en caso de otorgar la protección constitucional sus efectos son generales y dirigidos a superar la situación institucional cuestionada.[18] En una resolución de reciente data, dictada el 14 de diciembre de

---

16 El artículo 135 de la Constitución Política de la República de Guatemala se refiere a los derechos y deberes de los guatemaltecos, y su literal b) preceptúa el de "Cumplir y velar, porque se cumpla la Constitución de la República".

17 Dentro de los amparos en los cuales se ha reconocido esa legitimación se encuentran el 3635-2009 CC, sentencia de 11 de febrero de 2010; expediente 3634-2009 CC, sentencia de 25 de marzo de 2010 y expediente 461-2014, sentencia de 07 de marzo de 2014, entre otros.

18 En el expediente 3635-2009, se denunciaba la amenaza de que el Congreso de la República eligiera magistrados de Salas de la Corte de Apelaciones y de Corte Suprema de Justicia, por el sistema de planillas y no analizando y votando en forma individual por cada uno de los candidatos.

2023, dentro del expediente 6175-2023, se reclamó contra varias autoridades, entre estas, el Presidente de la República y el Congreso de la República, ante la amenaza de que se desobedeciera la voluntad popular expresada en las elecciones, mediante acciones u omisiones que afectaran la toma de posesión de funcionarios electos, como: el Presidente y Vicepresidenta de la República y diputados al Congreso de la República.[19] El amparo se otorgó conminándose al Congreso de la República a que garantizara la efectiva toma de posesión de todo funcionario electo en el proceso 2023 conforme los decretos de oficialización y validación de resultados emitidos por el Tribunal Supremo Electoral. Lo anterior evidencia otro caso de ampliación del alcance de las sentencias de amparo.

3.4. Sentencias con efectos hacia una agrupación en amparos solicitados por una asociación o colectividad

Además de los casos ya señalados "Procurador de los Derechos Humanos, y ciudadanos ante afectaciones a la institucionalidad democrática", también se han formulado reclamos por parte de agrupaciones en defensa de los derechos de sus agremiados, lo que, de acogerse, se realiza en beneficio de los integrantes de estas agrupaciones.

Uno de los primeros casos se produjo en 2006, mediante la promoción de un amparo en el que asociaciones que agrupaban a personas con discapacidad, reclamaron contra la Corporación Municipal de Guatemala por la inexistencia de infraestructura en las paradas de autobuses que les permitieran abordarlos, lo que incumplía reglas universales de accesibilidad para personas con discapacidad, además de darse falta de normativa al respecto. El amparo se otorgó y se conminó a la autoridad municipal a

[19] Se consideró la existencia de un interés supraindividual cuando se pretende tornar positiva la preceptiva orgánica contenida en la Constitución Política de la República. Se estimó que será el Tribunal de Amparo el que ponderará de manera prudente los casos en los cuales se reconoce a una persona individual o jurídica la legitimación extraordinaria para promover amparo y que ello no debe obedecer a desacuerdos particulares con la elección de determinado funcionario.

adoptar medidas que tomaran en consideración el acceso de las personas con discapacidad en las nuevas construcciones, remodelaciones, ampliaciones de las aceras y paradas de autobuses.[20] La protección anterior posibilitó una protección hacia la colectividad reclamante y no a una persona en lo particular. El transporte colectivo que sería instalado cuando se formuló el reclamo "transmetro", cumplió con lo ordenado.

Se han promovido también amparos por parte de asociaciones que agrupan pacientes con determinada afección, quienes reclaman medicamentos o tratamiento determinado, por lo que al otorgase la protección, los efectos van dirigidos a favor de la colectividad reclamante.[21] Puede mencionarse también dentro de este grupo de peticiones, la efectuada por el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, al reclamar contra la administración tributaria el desabastecimiento de timbres fiscales, lo que imposibilitaba pagar los impuestos derivados de los contratos autorizados notarialmente, afectando a los agremiados en el ejercicio de su profesión. La sentencia proferida ordenó mantener el abastecimiento de timbres fiscales.[22]

Lo anterior permite evidenciar cómo ha trascendido el efecto personal y directo previsto doctrinaria y legalmente en casos en los cuales el reclamo abarca a más de una persona y encuadra en alguno de los supuestos en los que se ha reconocido esta legitimación activa.

3.5. Sentencias con efectos temporales

En Guatemala se han producido múltiples casos en los cuales los propietarios de bienes inmuebles denuncian haber sido despoja-

[20] Sentencia de 25 de abril de 2007, proferida en el expediente 2863-2006.

[21] Se decidió que bajo la responsabilidad de la Asociación amparista podría proveerse el medicamento que solicitaban, comprobando su idoneidad y eficacia, además de abstenerse de proporcionar medicamentos que no hubieren sido calificados previamente como idóneos en cada caso en particular. Expediente 339-2012 CC, sentencia de 26-04-2012. En similar sentido se profirió sentencia en el expediente 4024-2013 CC, de 28-02-2014.

[22] Expediente 4177-2017 CC, sentencia de 14 de marzo de 2018.

dos de estos mediante escrituras públicas falsas, lo que si bien, podría ser denunciado mediante un juicio ordinario de nulidad, durante el trámite de este podrían producirse nuevas transmisiones de propiedad. Derivado de ello y de la celeridad en el trámite del amparo, se ha optado por acudir directamente a esta garantía, la que se ha acogido en diferentes circunstancias. En el caso de que la falsedad sea evidente, se deja sin efecto el acto reclamado; sin embargo, cuando no hay plena certeza de esta, pero sí indicios, se ha dictado una sentencia que deja en suspenso el acto cuestionado, por un período determinado "generalmente de dos años". Es decir, es una sentencia que aun cuando firme, deja de surtir efectos cuando ha transcurrido el tiempo fijado, lapso en el cual se considera que los afectados podrán acudir a la jurisdicción ordinaria, habiendo preparado su demanda, recabado sus pruebas, ubicado a la contraparte y así obtener en esa jurisdicción las medidas precautorias que garanticen su derecho y la sentencia que lo proteja.[23] Con lo antes puntualizado se evidencian particulares efectos distintos en la sentencia de amparo, que se reducen en el tiempo.

3.6. Sentencias con directrices normativas (Sentencias estructurales)

La Corte de Constitucionalidad en sentencia de 26 de mayo de 2017, estimó que el modelo original con el que se diseñaron los mecanismos procesales de control de constitucionalidad ha resultado insuficiente para dar solución a complejos conflictos constitucionales, dando lugar a sentencias atípicas, lo que también se ha producido en el ámbito de resolución de amparos, por lo que consideró el surgimiento de "sentencias estructurales" las que se producen cuando se da el desconocimiento generalizado, recurrente y grave de derechos humanos, comprobando que existen causas estructurales, que de modo sistemático producen ese déficit de derechos humanos.[24]

[23] Tal criterio ha sido adoptado, entre otros en los expedientes 6139-2021, sentencia de 21 de marzo de 2022, 5580-2022, sentencia de 15 de diciembre de 2022 y 353-2023, sentencia de 26 de julio de 2023.

[24] Se menciona como referentes nacionales de sentencias atípicas las dictadas dentro de amparos aquellas que han otorgado protección a la colectividad,

La sentencia se dictó en un caso en el que se cuestionaba la concesión de bienes de dominio público sobre determinados ríos para la implementación de proyectos hidroeléctricos, sin haber realizado la consulta a la comunidad indígena *q'eqchi* que habitaba la región. La sentencia refirió que se han presentado reiterados reclamos por el incumplimiento del proceso de consulta, así como la carencia de una Ley que lo regule, y por casi 10 años la Corte de Constitucionalidad ha realizado exhortativas al Congreso para que emita la ley de la materia, sin que se produzca. De ahí que el Tribunal Constitucional estimó la existencia de un problema estructural que justificaba adoptar una sentencia estructural, en la cual se crearan "directrices normativas generales" para configurar pautas del procedimiento de consulta, para ese caso y los futuros.[25] Este fallo diseñó el procedimiento que debería implementarse respecto del derecho de consulta de los pueblos indígenas. Sentencias de este tipo representan un desafío para el Tribunal en cuanto a su ejecución,[26] ya que, en el caso concreto podrán rendirse los informes de cumplimiento, pero hay una serie de aspectos que pueden tornarlo complejo.[27]

---

como es el caso del reclamo formulado a favor de personas con discapacidad para el uso del transporte público, y por la actitud omisa de diseñar e implementar políticas y programas para prevenir el cáncer cérvico uterino. Ambos comentados con anterioridad.

25 Expedientes acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017 CC, considerando XIV, página 109, sentencia de 26 de mayo de 2017.

26 Al respecto se ha señalado que "la emisión de una ley sobre consulta a pueblos indígenas es un mandato judicial por cumplir [...] existen grandes desafíos en la fase de ejecución de las sentencias, a pesar del nivel de detalle ofrecido por la Corte para facilitar el cumplimiento especialmente en materia de consulta a pueblos indígenas, donde la evolución jurisprudencial muestra la exhaustividad de la CC para ordenar acciones concretas que de acuerdo a su criterio permitirán viabilizar el ejercicio del derecho por parte de sus titulares". *Víd.* Contreras, Ana Gabriela, *Debate sobre la necesidad de legislación nacional en materia de consulta: Reflexiones desde el análisis de la jurisprudencia de la CC*, Guatemala, Asociación de Investigación y Estudios Sociales, ASÍES, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2020, p. 11, *http://asies.org.gt/pdf/reflexiones_desde_el_analisis_de_la_jurisprudencia_de_la_c_c.pdf*

27 La obligación de emisión de la ley por parte del Congreso de la República se ha reiterado en sentencias posteriores, como lo es la dictada en el expediente 4785-2017, el 3 de septiembre de 2018 sin que a la fecha se haya emitido.

3.7. Sentencias de amparo con efectos de inaplicación de leyes

La Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad contiene dentro de los casos de procedencia del amparo, los que permiten cuestionar disposiciones normativas, "artículo 10 incisos b) y d) de la Ley".

El primero pretende la declaratoria de que una ley, reglamento, resolución o acto de autoridad no obligan al recurrente por restringir sus derechos[28]. El segundo se refiere a casos en los cuales se dicte reglamento, acuerdo o resolución con abuso de poder, excediéndose en las facultades legales o careciendo de ellas.

La procedencia del amparo cuestionando disposiciones normativas no es frecuente porque la vía específica para atacar leyes es la inconstitucionalidad, sin embargo, otro efecto de la sentencia de amparo ha sido la que cuando se basa en estos supuestos, pudiendo declarar la inaplicación de una disposición normativa. Se cuestionan normas en las que se reprocha que la autoridad cuestionada carece de competencia para dictarlas, como es el caso de un Acuerdo emitido por el director general de Aduanas por medio del cual autorizó la aplicación de tarifas por servicios extraordinarios, lo que se cuestionó al estimar que carecía de competencia para dictar tal normativa. Se otorgó el amparo, pero los efectos se dirigieron únicamente en cuanto al amparista.[29] Sin embargo, en otro caso, se ordenó al ente emisor derogar la norma al estimar que había sido dictada por carecer de facultades para emitirla.[30]

Los casos reseñados evidencian cómo, ha evolucionado el alcance de las sentencias de amparo y ante los diferentes reclamos se han pronunciado fallos con diferentes efectos en procura de alcanzar la protección reclamada.

---

[28] Dentro del primer supuesto puede mencionarse el reclamo que un afiliado al seguro social formula porque habiendo cumplido el número de cuotas necesario para obtener la pensión y solo a la espera de contar con la edad para recibirla cobra vigencia una nueva ley que modifica los requisitos. Expediente 883-2002 CC, sentencia de 9 de octubre de 2002.

[29] Expediente 138-95 CC, sentencia de 25 de septiembre de 1995.

[30] Expediente 124-93 CC, sentencia de 16 de marzo de 1994.

IV. Conclusiones

En el sistema jurídico guatemalteco el amparo ha superado los 100 años de vigencia, toda vez que se introdujo a este con las reformas realizadas a la Ley Fundamental de 1921, y durante ese período su evolución evidencia una amplitud en cuanto a los efectos de la sentencia que lo otorga. Si bien la norma contenida en el artículo 49 de la LAEPyC prevé efectos de la sentencia de amparo, existen otros casos en los que se ha otorgado amparo, y derivado de la amplitud del ámbito de procedencia, también los efectos de este trascienden del caso concreto, las sentencias emitidas no encuadran exactamente en la previsión establecida en el artículo 49 de la LAEPyC, sino que derivan de su normativa integral y se han desarrollado jurisprudencialmente. La vigencia del amparo con base en la Constitución vigente se ha prolongado por casi cuarenta años, lapso en el cual se advierte que el alcance de estos fallos se ha ampliado. De esa cuenta, resulta interesante que, sin reforma a la Ley de la materia, se emitan fallos con efectos generales o hacia una colectividad.

Dentro de estas sentencias pueden mencionarse las emitidas por reclamos formulados por el Procurador de los Derechos Humanos en defensa de toda la población, sentencias que han protegido a una colectividad, y por ende a sus integrantes. Otro caso relevante es cuando se reconoce legitimación a todo ciudadano para reclamar contra actos u omisiones que atentan contra la institucionalidad del Estado. Las sentencias de amparo con directrices normativas, produjeron "sentencias estructurales" dictadas ante el reclamo de omisión del proceso de consulta a comunidades indígenas, emiten una serie de previsiones que deberían ser aplicables a todo procedimiento en el que se reproche que no se respetó el referido derecho. Lo antes reseñado permite apreciar la diversidad de sentencias que otorgan amparo "emitidas durante la vigencia de la actual Constitución", lo que ha venido a ampliar el ámbito de protección ante los reclamos que se presentan.

Referencias

Chacón Corado, Mauro Roderico, "El amparo constitucional en Guatemala", *IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año V, núm. 27, enero-junio 2011.

Contreras, Ana Gabriela, *Debate sobre la necesidad de legislación nacional en materia de consulta: Reflexiones desde el análisis de la jurisprudencia de la CC*, Guatemala, Asociación de Investigación y Estudios Sociales, ASÍES, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2020.

Cordón Aguilar, Julio César, "El amparo en Guatemala (1921-2021) su 'amplitud' para garantizar derechos en constante 'expansión'", *Opus Mgna Constitucional*, t. XVII, Instituto de Justicia Constitucional adscrito a la Corte de Constitucionalidad, Guatemala, 2021.

Cruz Quiroz, Osmar Armando, "Los efectos generales en las sentencias constitucionales", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.*), La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional, Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. V.

García Laguardia, Jorge Mario, *Breve historia constitucional de Guatemala*, Guatemala, Editorial Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2010.

García Belaunde, Domimgo y Eto Cruz, Gerardo, "Efectos de las sentencias constitucionales en Perú", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional,* núm. 12, enero/diciembre 2008, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

Gozaíni, Osvaldo, *Teoría de las sentencias constitucionales, regionales y supranacionales*, Ciudad de México, SCJN, 2022.

Mejicanos Jiménez, Manuel de Jesús, "El amparo en Guatemala ¿mantiene actualmente su naturaleza jurídica de garantía con la que fue instituido en el ordenamiento constitucional?" *Opus Magna Constitucional*, t. XVII, 2021.

Salguero Salvador, Geovani, *El control constitucional normativo en Guatemala*, Instituto de Justicia Constitucional, Corte de Constitucionalidad, 2024.

Vásquez Martínez, Edmundo, "El proceso de amparo en Guatemala", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 1 núm. 91, 1998.

Digesto Constitucional, Guatemala, Corte de Constitucionalidad, Serviprensa, S.A., 2005.

Exposición de motivos del proyecto de Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, contenida en Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, Guatemala, Corte de Constitucionalidad, Instituto de Justicia Constitucionalidad, 2021.

Sentencias. Se identifican como Expediente CC los correspondientes a Corte de Constitucionalidad.

Sentencias de la Corte de Constitucionalidad:

Expediente 124-93, sentencia de 16 de marzo de 1994.

Expediente 138-95, sentencia de 25 de septiembre de 1995.

Expediente 1398-96, sentencia de 19 de diciembre de 1996.

Expediente 883-2002, sentencia de 9 de octubre de 2002.

Expediente 3635-2009, sentencia de 11 de febrero de 2010.

Expediente 461-2014, sentencia de 25 de marzo de 2010.

Expediente 3634-2009, sentencia de 25 de marzo de 2010.

Expediente 2643-2008, sentencia de 17 de agosto de 2010.

Expediente 3979-2010, sentencia de 24 de febrero de 2011.

Expediente 2715-2010, sentencia de 27 de julio de 2011.

Expediente 3502-2011, sentencia de 20 de marzo de 2012.

Expediente 339-2012, sentencia de 26 de abril de 2012.

Expediente 3501-2011, sentencia de 24 de julio de 2012.

Expediente 4048-2012, sentencia de 23 de mayo de 2013.

Expediente 4024-2013, sentencia de 28 de febrero de 2014.

Expediente 4552-2014, sentencias de 20 de enero de 2015.

Expediente 1631-2015, sentencia de 07 de octubre 2015.

Expediente 4831-2014, sentencia de 01 de junio de 2016.

Expedientes acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017, sentencia 26 de mayo de 2017.

Expediente 4177-2017, sentencia de 14 de marzo de 2018.

Expediente 4707-2017, sentencia de 11 de mayo de 2018.

Expediente 5593-2016, sentencia de 05 de junio de 2018.

Expediente 4785-2017, sentencia de 3 de septiembre de 2018.

Expediente 3442-2021 sentencia de 03 de noviembre de 2021.

Expediente 4307-2023, auto de 16 de agosto de 2023.

Expedientes acumulados 287-2023 y 288-2023, sentencia de 10 de agosto de 2023.

Las inconstitucionalidades por omisión en Guatemala

***

Ommission-based unconstitutionalities in Guatemala

*Geovani Salguero Salvador**

Resumen: en el presente trabajo se realiza un abordaje sobre la modalidad de inconstitucionalidad que se produce por la omisión en el cumplimiento de los mandatos, expresos o implícitos, establecidos en el texto constitucional, ya sea por desidia absoluta del legislador o por regular determinados temas de manera insuficiente, deficiente o discriminatoria. De manera concreta, se analiza el tratamiento que han tenido las inconstitucionalidades por omisión en la Corte de Constitucionalidad [Guatemala]. En el análisis destaca la poca apertura que ha existido respecto de las omisiones constitucionales absolutas, siendo diferente la suerte en cuanto a las relativas, las cuales, al ser examinadas, han dado lugar a la emisión de sentencias exhortativas que, en la práctica, ha tenido escaso éxito por la falta de acatamiento.

Abstract: through this article, an approach is made in regard of the type of unconstitutionality of laws that occurs due to the omission to comply with the rules and regulations, express or implied, established in the constitutional text, either due to absolute apathy of the legislator or due to regulating certain topics in an insufficient, deficient or discriminatory way. Specifically, the article adresses the treatment that has been given to

* Doctor en Derecho por la Universidad Rafael Landívar "Guatemala" y la Universidad del País Vasco "España". Actualmente, labora como abogado coordinador de magistratura de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

the unconstitutionalities by omission, discussed by the Constitutional Court [Guatemala]. The analysis emphasizes the lack of openness existing in regard of absolute constitutional omission; in different way as the relatives ones, which, when examined, have led to the issuance of exhortative judgements that, in practice, have had limited success due to the lack of compliance.

Palabras clave: inconstitucionalidad, omisión constitucional, omisión absoluta, omisión relativa, sentencias exhortativas.

Keywords: unconstitutionality, constitutional omission, absolute omission, relative omission, hortatory decisions of judgements.

Sumario: I. Origen, fundamento y definición de inconstitucionalidades por omisión. II. Elementos. III. Variedades. IV. Desarrollo jurisprudencial para abordar las omisiones inconstitucionales. Referencias.

I. Origen, fundamento y definición de inconstitucionalidades por omisión

La razón de ser de las inconstitucionalidades por omisión puede ser hallado en el principio de supremacía constitucional, según el cual, de la Constitución, como *norma normarum*, dependen el resto de las disposiciones normativas de todo el ordenamiento jurídico y, consecuentemente, toda actuación del poder público. De esa cuenta, resultaría ineficaz e insuficiente el sistema de control de constitucionalidad si solo está abierto a la posibilidad de controlar la legitimidad constitucional de las disposiciones normativas que confronten con el texto fundamental y se excluye el examen de las omisiones legislativas cuando existieren mandatos de regular determinados tópicos. De esa forma, no puede dejarse a merced de la voluntad parlamentaria la promulgación o no de las leyes que constitucionalmente está obligado a dictar. Ello se pone de manifiesto principalmente con los preceptos del texto fundamental, cuya eficacia depende de la actuación de agentes distintos a los legisladores constituyentes.

En la línea de lo expuesto, el insigne maestro Bidart Campos expresa que así como se acusa la inconstitucionalidad cuando se transgrede la Constitución porque se hace algo que ella prohíbe, debe rescatarse la noción de que también "hay inconstitucionalidad cuando no se hace lo que ella manda hacer". Esto es, existe "inconstitucionalidad *por omisión*" y para detectarla hay que examinar en cada caso si la obligación de *hacer* que impone el magno texto –como: legislar de tal o cual materia– viene exigida inmediatamente o está condicionada o se deja temporalmente librada a la oportunidad y discreción propias del criterio del órgano que tiene el deber.[1]

Aceptar la posibilidad de accionar contra omisiones normativas que riñen con el magno texto también encuentra sentido cuando se tiene presente el contenido que pudiera formar parte de este. Esto encuentra respaldo en lo expresado por el connotado jurista español Jimena Quesada, quien expresa que la Constitución no contiene solamente normas prohibitivas, organizativas o competenciales, o que exijan simplemente inhibición o abstención del Estado, sino por otras que imponen acciones positivas y obligaciones precisas que, a su vez, exigen medidas "legislativas o de otro tipo" cuya insuficiencia, inadecuación o mera inexistencia se traducen en infracción a la Constitución o en una *inconstitucionalidad por omisión*.[2]

Igualmente, útil resulta la definición del profesor Fernández Rodríguez, para quien esta construcción jurídica se produce por "la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación".[3] Líneas después indica que los ele-

---

1 Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, t. I, Buenos Aires, Ediar, 1996, p. 354.

2 Jimena Quesada, Luis, "Inconstitucionalidad por omisión y responsabilidad internacional", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Valencia, Universitat de València, 2007, núms. 58/59, 2007, p. 208.

3 Fernández Rodríguez, José Julio, "Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión", en Carbonell, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México, UNAM, 2003, p. 29.

mentos en que se apoya la definición son: la falta desarrollo y la inconstitucionalidad.[4]

Bazán refiere que esta modalidad de inconstitucionalidad se presenta cuando se obvia actuar a pesar de la existencia de "expresa previsión constitucional dirigida a que se lo haga o cuando se regula de modo deficiente plasmando una regulación insuficiente o discriminatoria al preterir dotar a algunos de los que, en igualdad de condiciones o circunstancias, acuerda a otros".[5]

Al hacer acopio de las notas comunes de las definiciones anteriores, el autor del presente trabajo es de la idea de que la inconstitucionalidad por omisión se produce cuando se viola la Constitución por la inactividad, en un plazo razonable, por parte de los órganos a los que aquella encarga, de forma expresa o implícita, la emisión de alguna disposición normativa, o bien porque la regulación fue cumplida, pero de forma insuficiente, deficiente o discriminatoria.

II. Elementos

Los contenidos de las definiciones relacionadas también permiten deducir que para estimar que concurre inconstitucionalidad por omisión se precisan de los siguientes requisitos:

a) La existencia de *mandato constitucional* "explícito o implícito", el cual constituye una obligación distinta del deber genérico de legislar, ya que implica la existencia de órdenes emanadas del texto fundamental que precisan de desarrollo infraconstitucional, pues, por extenso que sea el magno texto, no puede regularlo todo, por lo que encarga a los órganos que les reconoce competencia la posibilidad de completar el precepto fundamental incompleto.
b) La *inacción* del encargado de emisión de la disposición normativa; o sea que, ante una directriz de actuar, el en-

[4] *Idem*.

[5] Bazán, Víctor, "Jurisdicción constitucional local y corrección de las omisiones inconstitucionales relativas", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución*, México, Porrúa, 2004, núm. 2, p. 199.

cargado de dictar una disposición normativa toma una actitud pasiva. El ejemplo más claro de ello es el incumplimiento de un precepto fundamental de tipo programático. Ahora bien, también puede estarse frente a una *regulación insuficiente, deficiente o discriminatoria*, pese a la existencia del mandato relacionado.

c) El transcurso de un *plazo razonable*; ello en virtud de que no puede estimarse incumplido un mandato constitucional luego de la inmediata promulgación de un texto fundamental. Para estimar que no se ha cumplido con un mandato, debe tenerse en cuenta el período que los propios textos constitucionales otorgan para el efecto o, en su caso, que razonablemente haya transcurrido un período de tiempo que permita al órgano encargado integrarse y ponerse al tanto de su obligación de emitir la norma respectiva.

Se estima que los elementos mencionados son los que determinan la concurrencia de inconstitucionalidad por inactividad por parte del encargado de emitir una disposición normativa.[6]

Debe clarificarse que no es lo mismo una laguna legal, que no necesariamente implica una violación al texto fundamental, que la omisión inconstitucional que sí supone un incumplimiento consciente de un deber que emana de aquella. Además, conviene tener presente que los mandatos referidos pueden ser expresos o explícitos cuando la directriz de actuar es directa e indubitable, siendo innecesaria inferencia alguna respecto de lo que la disposición normativa exige cumplir; en tanto que son implícitos cuando ese mandamiento es deducido del contenido del texto fundamental.

---

[6] A los elementos enunciados pueden incluirse un presupuesto que solo opera para algunos Estados, tales como Venezuela y Ecuador, en los que se ha regulado la facultad del órgano jurisdiccional de subsanar la omisión violatoria de la constitución. Este último puede ser considerado un requisito no generalizado y el cual genera muchas disensiones ya que implican otorgar facultades legislativas a los tribunales. Sobre el particular, véase: Sagüés, Néstor Pedro, "La Corte Constitucional de Ecuador como legislador suplente y precario", Cuaresma Terán, Sergio J. y Pichardo, Rafael Luciano (dirs.), *Nuevas tendencias del Derecho Constitucional y el Derecho Procesal Constitucional*, Managua, Instituto de Estudios e Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 95 y ss.

Ciertamente, lo relacionado respecto de cómo se configura la inconstitucionalidad por omisión permite advertir un escenario no previsto en el diseño primigenio del control constitucional normativo ni en las previsiones del legislador constituyente guatemalteco, al instaurar la inconstitucionalidad general, directa o abstracta, como garantía constitucional viable para cuestionar la legitimidad de un texto normativo "efectivamente existente" a la luz de lo regulado en el magno texto. A ello debe agregarse que ese tipo de inconstitucionalidad tampoco se suele regular en la normativa procesal constitucional; así ocurre en Guatemala.

III. Variedades

Es casi generalizada la tendencia a clasificar la inconstitucionalidad por omisión en absoluta "también denominada total o material" y relativa "igualmente llamada relativa o formal".[7] Esa división ha emergido de la doctrina alemana, en especial por los aportes del exjuez del Tribunal Constitucional Federal alemán Franz Wessel,[8] habiendo tenido un impacto decisivo en la determinación de las respuestas que habrá de dictarse al atender las inconstitucionalidades directas motivadas por la estimación de la concurrencia de una actitud desidiosa o, bien, deficiente o insuficiente de los agentes estatales obligados a la producción normativa necesaria para cumplir con mandatos constitucionales.

Como adelanto al abordaje de los tipos relacionados, ha de indicarse que la inconstitucionalidad por omisión puede ser "*abso-*

7 Sagüés propone una clasificación semejante; a su juicio, las omisiones normativas provocan inconstitucionales por mora o por negación; la primera concurre cuando algunos órganos estatales omiten cumplir lo que dispone la Constitución, configurándose "mora en la producción de normas generales" y la segunda "se produce cuando quien debía tomar una decisión, según la Constitución, la ha adoptado, pero ella desconoce o rechaza algo que la Constitución concede". Para abundar sobre el tema, véase: Sagüés, Néstor Pedro, *Logros y obstáculos*, Lima, Centro de Estudios Constitucionales, Tribunal Constitucional del Perú, 2008, pp. 155 y ss.

8 Bazán, Víctor, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2014, p. 113.

luta cuando exista una ausencia total de norma secundaria sobre un tema o precepto constitucional que debería ser desarrollado legislativamente; o bien *relativa*, cuando habiendo algún tipo de ejercicio legislativo, resulte incompleto o deficiente".[9]

Con base en los presupuestos de existencia de una inconstitucionalidad por omisión "referidos precedentemente", para que esta sea absoluta, se precisa la total inacción total del encargado de dar cumplimiento a un mandato constitucional en un plazo razonable; o sea que concurre el silencio del encargado de crear la disposición normativa. En palabras de Bazán, esta modalidad se presenta cuando "hay ausencia total de la norma que debería regular una determinada situación fiada constitucionalmente".[10]

Cuando se requiere la actuación de la jurisdicción constitucional aduciendo que una actitud omisa de producción normativa contraviene preceptiva fundamental, ha de indicarse, aunque parezca obvio, que no se pretende expulsión de disposición alguna, sino revertir la pasividad y motivar el cumplimiento del mandato no ejecutado; es justamente ese punto lo que ha resultado escabroso, en razón de la dificultad de determinar cómo motivar la actuación del poder estatal que ha provocado la omisión.

En Guatemala no está regulado, de forma expresa, mecanismo alguno relacionado con el control constitucional de omisiones normativas; de hecho, desde una óptica positivista formalista, el examen de una omisión absoluta no sería viable a la luz de lo establecido en el artículo en el artículo 140 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, que dispone que la estimativa de un planteamiento de inconstitucionalidad general trae consigo la pérdida de vigencia de la disposición normativa examinada; esto supone el deber de señalar el enunciado que debe ser examinado "lo que no incluye el silencio normativo"; pese a ello, la innegable existencia de preceptos constitucionales que requieren desarrollo por medio de disposiciones normativas "legislativas o de otro tipo", tornándose necesario contar con un instrumento que habilite el control constitucional de ese tipo de omisiones.

---

9 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 578.

10 Bazán, Víctor, *Control de las omisiones... cit.,* p. 117.

IV. Desarrollo jurisprudencial para abordar las omisiones inconstitucionales

El mayor desarrollo jurisprudencial se ha producido en inconstitucionalidades por omisiones relativas, pues ha sido más complicado el camino recorrido por los planteamientos contra el silencio normativo absoluto, los cuales otrora eran repelidos de entrada por el tribunal constitucional guatemalteco. Muestra de lo indicado fue la suerte de la acción de inconstitucionalidad general total dirigida contra la omisión del Congreso de la República de Guatemala en cuanto a emitir la normativa específica ordenada en el artículo 70 de la Constitución; en esa ocasión la Corte de Constitucionalidad condicionó la admisión a que el accionante señalara concretamente una disposición cuestionada; sin embargo, pese a la insistencia del accionante en cuanto a que el cuestionamiento lo dirigía contra la inacción parlamentaria, resolvió rechazando la acción de inconstitucionalidad insta.[11] Lo anterior significa que el solicitante ni siquiera logró que fuera admitida para su trámite su petición de examen de una de las omisiones más latentes y sentidas en la sociedad guatemalteca, relativa a la emisión de la ley de comunidades y pueblos indígenas.

Un paso adelante se produjo más de un año después cuando un planteamiento semejante "por objeción de omisión absoluta" sí fue admitida para su trámite y fue conocida en sentencia de 8 de febrero de 2011 (Exp. 2229-2010); sin embargo, en esta se resolvió: "[...] efectivamente concurre la ausencia de labor legislativa por parte del Congreso de la República en cuanto al tópico que el accionante estima que se ha omitido legislar, a pesar de existir mandato constitucional. No obstante, el planteamiento formulado no puede prosperar [...]"; la razón para resolver de esa forma es que se consideró incumplido uno de los requisitos esenciales de viabilidad de la inconstitucionalidad directa: la cita puntual de la norma jurídica que gozara de generalidad y de vigencia de la que se acusa contravención constitucional.[12]

---

11 Corte de Constitucionalidad [Guatemala], auto de marzo de 2009 (Exp. 63-2009).

12 Corte de Constitucionalidad [Guatemala], sentencia de 8 de febrero de 2011 (Exp. 2229-2010). *http://138.94.255.164/Sentencias/815985.2229-2010.pdf*.

Dos años después fue dictado un fallo en el que el tribunal constitucional examinó una nueva acción de inconstitucionalidad general parcial por omisión relativa; a pesar de la variante instada, el tribunal dejó asentado lo siguiente: "Las omisiones absolutas no puede [sic] configurar un vicio que pueda ser objetable por vía de inconstitucionalidad abstracta". Según dicho fallo,

> [...] no sería adecuado, a la luz de las disposiciones del texto supremo que este tribunal por pretender subsanar aquella omisión, asumiera no solo una posición extremadamente activista sino que además estaría rebasando el ámbito de sus atribuciones, al arrogarse una función legislativa que en la Constitución le fue concedida a un organismo específico del Estado (Congreso de la República). En todo caso, precisa esta Corte que al estarse ante una omisión absoluta, quienes se consideren afectados con aquélla pueden acudir ante sus representantes electos para el Congreso de la República de acuerdo con un sistema democrático de representación indirecta, y puedan solicitarlo [...].[13]

Meses después al último fallo transcrito, la Corte se pronunció sobre un nuevo planteamiento de inconstitucionalidad dirigido contra una omisión absoluta. A pesar de haber determinado la veracidad de la denuncia, el tribunal reiteró su posición en cuanto a la improcedencia, ya que una decisión estimatoria implicaría suplantar en sus funciones al órgano encargado de cumplir con el mandato constitucional. Véase:

> [...] a. Es correcto admitir que cuando existe un mandato constitucional como el establecido en el artículo 127 de la Constitución Política de la República, y que es una manifestación en el texto supremo del principio de reserva de ley, la emisión de la ley a que alude el artículo 127 *in fine* ya no puede ser un acto discrecional del Congreso de la República, ni la omisión en el cumplimiento del mandato puede excusarse bajo el pretexto de que las circunstancias actuales del país tornan inconveniente la emisión de dicha ley [...].

Pese a la indicación categórica de existencia de omisión absoluta, también se consideró:

---

[13] Corte de Constitucionalidad [Guatemala], sentencia de 14 de febrero de 2013 (Exp. 266-2012). *http://138.94.255.164/Sentencias/822143.266-2012.pdf*.

> [...] este tribunal no podría pretender subsanar aquella omisión absoluta asumiendo una posición que, aparte de que pudiera considerarse en extremo activista e impropio por la necesaria prudencia con la que debe conducirse un tribunal constitucional, implique subrogar al Congreso de la República en el ejercicio de una atribución "función legislativa" que en la Constitución le confirió a este último organismo de Estado. [ ] Por lo anterior y al no ser la vía de inconstitucionalidad abstracta la vía idónea para hacer cesar una omisión absoluta legislativa, se arriba a la conclusión de que la pretensión de inconstitucionalidad promovida por [ ] es improcedente [...].[14]

Los fallos transcritos ponen de manifiesto los escasos avances experimentados localmente respecto de la viabilidad de la inconstitucionalidad por omisión absoluta. Ciertamente, lo deseable es que estuviera marcada la ruta procesal que habilite ordenar la ejecución de un mandato constitucional, pues, al asumir la inviabilidad de este tipo de planteamientos, sin que se avizore la reversión de ese criterio, se resta fuerza normativa al magno texto. Según Aizenstatd "jurista guatemalteco", esa situación torna facultativo el cumplimiento de la Constitución, por parte del ente violador; ello implica reconocer un espacio dentro de la función legislativa que no estaría sujeto a lo prescrito en el texto supremo;[15] a juicio de quien escribe, ello no debe ser aceptado, pues implica tolerar lo inconstitucional; el dilema sigue siendo determinar el conducto para superar ese estado de cosas.

Se guarda la esperanza que, en un futuro cercano y con el ánimo de alcanzar la máxima fuerza normativa del texto constitucional, se regule o acepte jurisprudencialmente la posibilidad de declarar procedente un planteamiento de este tipo. Esa necesidad sentida encuentra apoyo en la advertencia de varios mandatos expresos incumplidos que pueden ser hallados en el magno texto; a guisa de ejemplo, se evocan los siguientes artículos: (a)

---

14 Corte de Constitucionalidad [Guatemala], sentencia de 10 de diciembre de 2013 (Exp. 1135-2013). *http://138.94.255.164/Sentencias/824269.1135-2013.pdf*

15 Aizenstatd L., Alexander, "El derecho de la norma ausente: el surgimiento de la inconstitucionalidad por omisión en Guatemala", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano,* Bogotá, Konrad-Adenauer-Stiftung-Universidad del Rosario, 2013, año 19, p. 151.

70, que refiere que una ley específica regulará lo relativo a comunidades indígenas; (b) 127, que indica que una ley específica normará lo concerniente al régimen de aguas; (c) 242, que dispone que una ley sobre la materia regulará lo relativo a un fondo de garantía que habría de constituirse para financiar programas de desarrollo económico y social; (d) 3 de las disposiciones transitorias y finales, que dispone que el Congreso de la República emitirá una ley relativa a nacionalidad "a la brevedad posible" "si bien existe un cuerpo normativo que regula la materia, este es preconstitucional"; y (e) 9 de las disposiciones transitorias y finales, que impone la emisión de cuatro leyes, habiéndose cumplido con la emisión de tres de estas, pero faltando el "Código Tributario Municipal", habiéndose concedido, para el efecto, un plazo de un año a contar de la instalación del Congreso.

Como se indicó con antelación, la inconstitucionalidad por omisión relativa se produce cuando existe la disposición normativa, pero su regulación es incompleta, deficiente o discriminatoria, por lo que no se ajusta a las exigencias constitucionales, o sea que concurre falta de cumplimiento de un mandato constitucional, pero ello se produce por el contenido mismo de un enunciado normativo. Es pertinente indicar que el control de constitucionalidad de omisiones parciales no suscita el mismo nivel de oposición que sí suele darse con la de tipo total o absoluto, por cuanto que, a diferencia de estas, aquí sí existe un producto normativo concreto sobre el cual se realiza el examen constitucional.

En el repertorio de sentencias constitucionales guatemaltecas se encuentra la emitida el 24 de octubre de 2017 (Exp. 2112-2016), en la que se define la inconstitucionalidad por omisión relativa en los términos siguientes:

> la variedad de acción planteada es la inconstitucionalidad por omisión relativa en la cual se denuncia un silencio normativo que no es total, puesto que no se está ante la inexistencia de una disposición normativa, sino que se cuestiona de esta que su regulación sea incompleta, deficiente o discriminatoria, lo que podría incidir en que su contenido no se ajuste a las exigencias constitucionales.[16]

[16] Corte de Constitucionalidad [Guatemala], sentencia de 24 de octubre de 2017 (Exp. 2112-2016). *http://138.94.255.164/Senten-*

Al reparar que una disposición normativa objeto de examen no se ajusta a la Constitución, por contener defectos que la hacen incompleta, deficiente o discriminatoria, es usual que los tribunales constitucionales recurran a pronunciamientos con exhortaciones dirigidas al legislador y, si el tipo de enunciado lo permite, pueden hacerse las adiciones o adecuaciones respectivas. Otros órganos jurisdiccionales constitucionales, en cambio, están facultados para subsanar tales escollos, de conformidad con lo regulado en sus respectivos textos fundamentales –como Ecuador y Venezuela, donde se ha regulado constitucionalmente la figura del legislador suplente y precario–.

Se estima que el paso más significativo en cuanto a la viabilidad de una inconstitucionalidad por omisión, y la variedad relativa en particular, se produjo en la sentencia de 17 de julio de 2012 (Exp. 1822-2011), en la que fue acogido el primer planteamiento de ese tipo. La relevancia del fallo antes comentado es que dedica todo un considerando para explicar esta modalidad atípica de acción de inconstitucionalidad general; además, de forma por demás didáctica, se dejaron establecidas las diferencias entre las variantes existentes "absoluta y relativa, abriendo totalmente las puertas a la última, sin cerrarlas para la otra"; se citaron antecedentes locales y jurisprudencia de otros tribunales constitucionales; se trajeron a cuenta referentes doctrinarios y de Derecho Comparado; y se dejó asentado que el señalamiento puede estar sustentada en transgresión constitucional no solo por inobservancia directa a fragmento alguno de la Constitución, sino también por incumplimiento de un deber que emana del texto fundamental, tal como los compromisos asumidos por el Estado en materia de protección de los derechos humanos, por medio de tratados, a cuyo contenido se les reconoció expresamente el carácter de *bloque de constitucionalidad*. Lo anterior pone de manifiesto lo ilustrativo que ha resultado el contenido de la resolución, pues se dejaron sentadas directrices cuyo avance no podría ser revertido. En el pronunciamiento se estableció:

cias/837219.2112-2016.pdf El fallo también tiene la bondad de hacer una sucinta relación del desarrollo de las inconstitucionalidades por omisión relativa en Guatemala.

> En estos casos de la omisión relativa, a que hace referencia el citado autor Víctor Bazán, en la emisión de una norma, puede ocurrir una transgresión a la igualdad cuando el legislador establece determinados supuestos que favorecen a ciertos grupos y olvida otros que provocan una norma desigual e incompleta. Sin embargo, la omisión legislativa puede ser denunciada también cuando se estima la transgresión a normas constitucionales como las contenidas en los artículos 44 y 46 de la propia Constitución, vinculada tal omisión a la prohibición de una protección deficiente en materia de derechos humanos.

En el segmento resolutivo del fallo que se comenta se dispuso declarar:

> I) Con lugar la acción de inconstitucionalidad por omisión planteada [ ] II) El artículo 201 Bis del Código Penal conserva su vigencia, por no adolecer de vicio intrínseco en su actual contenido, aunque deberá ser completado por la acción legislativa con las adiciones que resulten de las disposiciones contenidas en la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratados o Penas Crueles o Degradantes y en la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura y que, conforme lo considerado, han sido omitidas en la legislación penal vigente. III) En consecuencia: a) que, conforme la Constitución Política de la República, entre otros, tienen iniciativa de ley para el efecto los diputados al Congreso de la República, el Organismo Ejecutivo y la Corte Suprema de Justicia, por lo que la presente sentencia deberá notificársele a dichos órganos del Estado; b) que, no obstante no tener fijado plazo en la Constitución Política de la República para la emisión de la legislación señalada, se exhorta a los indicados órganos del Estado dotados de iniciativa legislativa a asumir la responsabilidad institucional que corresponde para suplir la omisión señalada en la presente sentencia.[17]

Al ser constatada una omisión relativa, la Corte de Constitucionalidad dispuso exhortar la actividad legislativa para superar la deficiencia advertida en la disposición normativa examinada. Luego de conocer el objeto de cada una de las modalidades de

[17] Corte de Constitucionalidad [Guatemala], sentencia de 17 de julio de 2012 (Exp. 1822-2011). *http://138.94.255.164/Sentencias/820216.1822-2011.pdf.*

sentencias atípicas, se estima que el tribunal fue acertado al utilizar el recurso de la exhortación, ya que, si bien en otros sistemas jurídicos se hace uso de los fallos aditivos para complementar el sentido del enunciado al que le fueron encontradas falencias, en el caso objeto de examen ello no era viable porque la disposición objeto de examen tipifica un delito y el principio de legalidad penal restringe cualquier modificación al margen del proceso legislativo.

Los ejemplos referidos reflejan que los órganos jurisdiccionales encargados del control de constitucionalidad deben encontrar las respuestas que más se ajusten al objetivo de máxima protección a las personas soslayando formalidades que, con actitud garantista, pueden ser superadas. Además de la última sentencia comentada, también son ejemplo de pronunciamientos en los que se ha pretendido superar las omisiones inconstitucionales con exhortaciones al legislador los siguientes fallos: de 24 de octubre de 2017 (Exp. 2112-2016), de 4 de junio de 2018 (Exp. 1732-2015), de 29 de enero de 2019 (Exp. 3239-2017), de 8 de octubre de 2019 (Exp. 4670-2017), de 7 de noviembre de 2019 (Exp. 452-2019), de 27 de agosto de 2020 (Exp. 1258-2018), 28 de enero de 2021 (Exp. 3350-2019) y el 11 de febrero de 2021 (Exp. 4538-2018).[18]

Ciertamente, las sentencias exhortativas han sido la respuesta que la Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha utilizado para abordar los planteamientos de inconstitucionalidades por omisión; no obstante, para evitar apreciaciones incorrectas, es pertinente precisar que el desarrollo jurisprudencial de ese tribunal no ha dado cabida a todos los tipos de fallos exhortativos que reconocen los doctrinarios,[19] pues los que se ha estilado emitir

[18] Los fallos indicados están disponibles en línea en la siguiente página: *https://jurisprudencia.cc.gob.gt/ptmp/Inicio.aspx*

[19] Sagüés refiere que las sentencias exhortativas pueden ser divididas de la siguiente manera: (a) *Sentencias exhortativas de delegación*, que son las que declaran inconstitucional un enunciado normativo y advierten al órgano emisor qué pautas debería satisfacer uno nuevo que sea compatible con la Constitución; (b) *Sentencias exhortativas de inconstitucionalidad simple*, que se presentan cuando el tribunal constitucional constata la inconstitucionalidad de la disposición normativa, pero no la invalida "por los efectos noci-

en Guatemala corresponden más a lo que Sagüés denominó *sentencias exhortativas de delegación* y que Tomás y Valiente llamó *recomendaciones orientadoras* al legislador.[20]

También es pertinente referir que, con relación a las sentencias exhortativas, el panorama de la eficacia no es muy halagüeño, pues su recuento da cuenta que se han emitido más de dos decenas de fallos con exhortaciones para motivar el quehacer parlamentario; empero, apenas uno ha sido efectivamente acatado; ese es el caso de la sentencia de 12 de febrero de 2018 (Exp. 2951-2017),[21] en la que quedó contenida una exhortación a los parlamentarios, en ocasión de examinar la constitucionalidad del artículo 407 "N", segundo párrafo, del Código Penal, el cual tipifica uno de los supuestos de comisión del delito de financiamiento electoral ilícito. Sin ser la motivación del planteamiento, el tribunal constitucional detectó que la sanción aplicable a la conducta regulada en ese párrafo era desproporcionada, irracional e injusta, por lo que exhortó al "Organismo Legislativo y a sus diputados" a que realizara la reforma correspondiente, en atención a lo expresado en la parte motivante de la sentencia. Para el propósito de cumplir con la exhortación, el Congreso de la República conformó una comisión extraordinaria que, según lo dispuesto en el acuerdo legislativo 11-2018, estuvo a cargo, sobre la base del contenido del fallo del tribunal constitucional y dándole participación a diferentes sectores sociales, de impulsar

---

vos que ello podría causar", por lo que sigue vigente; sin embargo, impone al órgano emisor el deber de suprimir la situación inconstitucional; y (c) *Sentencias exhortativas por constitucionalidad precaria*, que se caracterizan por emitir pronunciamientos en el sentido que el enunciado normativo es todavía constitucional, o no es del todo conforme con la Constitución, por lo que insta la emisión de una nueva regulación. Con ello se declara la constitucionalidad "endeble o precaria". Para mayor abundamiento, véase: Sagüés, Néstor Pedro, "Las sentencias constitucionales exhortativas", *Estudios Constitucionales*, Santiago [Chile], Centro de Estudios Constitucionales, 2006, núm. 2, vol. 4, pp. 194 y 195.

20 Tomás y Valiente, Francisco, "Notas sobre las recomendaciones del Tribunal Constitucional al legislador", *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 101-111.

21 Corte de Constitucionalidad [Guatemala], sentencia de 12 de febrero de 2018 (Exp. 2951-2017). *http://138.94.255.164/Sentencias/838282.2951-2017.pdf*

el proceso legislativo tendente a la reforma legal recomendada. El acatamiento se concretó con la emisión del Decreto 23-2018 del Congreso de la República, el 18 de octubre de 2018.

El proceder del citado organismo estatal llama la atención, ya que aquel acatamiento no puede entenderse como pura casualidad, pues la exhortación efectuada en el fallo relacionado representó una oportuna válvula de escape al posible procesamiento de los secretarios generales de algunos de los partidos políticos representados en el parlamento, sobre quienes recaían imputaciones serias de financiamiento electoral ilícito; de habérseles condenado, se habrían impuesto graves sanciones, sin posibilidad de conmutación. Lo lamentable es que no atender el resto de las exhortaciones, además de suponer la no superación de omisiones inconstitucionales, implica no hacer efectivo el pleno goce de algunos derechos fundamentales, principalmente económicos, sociales, culturales y ambientales.

Ha de aceptarse que el gran problema que los fallos exhortativos como respuestas para afrontar planteamientos de inconstitucionalidades por omisión no radica tanto en cuestionamientos a su emisión, sino en la escasa y tibia respuesta por parte de los órganos a los que se apela determinada actuación, los cuales, ante la ausencia de responsabilidad por el incumplimiento, llanamente no atienden las exhortaciones que se les realiza; ese extremo es aceptado en algunos de los fallos transcritos. Por ello mismo, sería oportuno regular mecanismos jurisdiccionales de seguimiento; de lo contrario, la inobservancia ocurriría de forma perenne, lo que desmerece la eficacia del principio jurídico de fuerza normativa de la Constitución.

Referencias

Aizenstatd L., Alexander, “El derecho de la norma ausente: el surgimiento de la inconstitucionalidad por omisión en Guatemala”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano,* Bogotá, Konrad-Adenauer-Stiftung-Universidad del Rosario, 2013, año 19.

Bazán, Víctor, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2014.

Bazán, Víctor, "Jurisdicción constitucional local y corrección de las omisiones inconstitucionales relativas", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución*, México, Porrúa, 2004, núm. 2.

Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, t. I, Buenos Aires, Ediar, 1996.

Dermizaky, Peredo Pablo, "La inconstitucionalidad por omisión", *Anuario iberoamericano de justicia constitucional,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, núm. 6.

Fernández Rodríguez, José Julio, "Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión", en Carbonell, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México, UNAM, 2003.

Fernández Segado, Francisco, "El control de las omisiones legislativas por el Bundesverfassungsgericht", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, 2008, núm. 10.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, Madrid, Marcial Pons, 2013.

Jimena Quesada, Luis, "Inconstitucionalidad por omisión y responsabilidad internacional", *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Valencia, Universitat de València, 2007, núms. 58/59.

Rangel Hernández, Laura, "La sentencia que resuelve la inconstitucionalidad por omisión legislativa: Modalidades y efectos. Estudio preliminar", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, Konrad-Adenauer-Stiftung-Universidad del Rosario, 2013, año 19.

Sagüés, Néstor Pedro, "La Corte Constitucional de Ecuador como legislador suplente y precario", en Cuaresma Terán, Sergio J. y Pichardo, Rafael Luciano (dirs.), *Nuevas tenden-*

cias del Derecho Constitucional y el Derecho Procesal Constitucional, Managua, Instituto de Estudios e Investigaciones Jurídicas, 2011.

Sagüés, Néstor Pedro, "Las sentencias constitucionales exhortativas", *Estudios Constitucionales*, Santiago [Chile], Centro de Estudios Constitucionales, 2006, núm. 2, vol. 4.

Sagüés, Néstor Pedro, *Logros y obstáculos*, Lima, Centro de Estudios Constitucionales, Tribunal Constitucional del Perú, 2008.

Tomás y Valiente, Francisco, "Notas sobre las recomendaciones del Tribunal Constitucional al legislador", *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Problemas actuales de la cosa juzgada en México

***

Current issues of res judicata in Mexico.

*Rubén Sánchez Gil**

Sumario: I. Introducción. II. Eficacia refleja. III. Colisión de "cosas juzgadas". IV. Reconocimiento de la cosa juzgada extranjera. V. Notas finales. Referencias.

I. Introducción

"Cada sentencia del Poder Judicial que obliga a quienes no cumplen con el mandato de la Constitución o de la ley, a realizar lo que éstas prescriben, representa un acto democrático que honra la confianza popular en él depositada. En otras palabras, hacer cumplir la ley es uno de los actos democráticos más genuinos del servicio público".[1]

Con estas palabras, el ministro Alberto Pérez Dayán aludió a la importancia jurídica y política de la cosa juzgada en su discurso pronunciado el 5 de febrero de 2024 en ocasión del 107o. ani-

* Doctor en Derecho por la UNAM. Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Yucatán. Investigador nacional, nivel I, del Sistema Nacional de Investigadores. *ORCID: 0000-0002-2094-0855.*

1 Pérez Dayán, Alberto, "Por encima de la Constitución no hay poder alguno", *Nexos*, México, 6 de febrero de 2024, *http://bit.ly/3wMIjNV*

versario de nuestra Constitución, aún en vigor al escribirse estas líneas en mayo de 2024. La evidente relevancia jurídica de la cosa juzgada estriba nada menos en que su autoridad, fundada en los artículos 14 y 17 constitucionales, es "uno de los principios esenciales en que se funda la *seguridad jurídica*, toda vez que el respeto a sus consecuencias constituye un pilar del Estado de derecho";[2] en la inexorable observancia que —en principio— corresponde a la decisión contenida en la sentencia radica el cumplimiento de la función esencial del derecho: brindar certeza sobre las relaciones sociales imponiéndoles normas que forzosamente han de cumplirse.[3] Y el papel político de la cosa juzgada consiste en imponer el cumplimiento inexorable de estas normas creadas en una sociedad democrática por un legislador representativo de la ciudadanía, lo que es particularmente trascendente con relación a las sentencias de la justicia constitucional.[4]

Por esta relevancia jurídica y política, y por tratase de una figura técnica procesal de esencial importancia, la cosa juzgada ha ocupado desde siempre las reflexiones de los juristas. De ella ya se ocupó la ley quinta del Código de Hammurabi, y fue objeto de la consideración de juristas romanos como Ulpiano, Modestino y otros, al igual que de distinguidos procesalistas de los últimos siglos.[5] Sin embargo, a pesar de su larga historia y la relativamente abundante literatura sobre ella, la cosa juzgada aún está lejos de ser un tema agotado y la complejidad de nuestros actuales ordenamientos plantea nuevos problemas con relación a este concepto, como lo hace respecto de instituciones y figuras que teníamos como básicas o que dábamos por plenamente conocidas.

---

2 Cosa juzgada. El sustento constitucional de esa institución jurídica procesal se encuentra en los artículos 14, segundo párrafo y 17, tercer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011*, t. I, tesis 435, reg. 1011727, p. 1482.

3 Véase Recaséns Siches, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, 14a. ed., México, Porrúa, 1999, pp. 221-222.

4 *Cfr.* Liebman, Enrico Tullio, *Eficacia y autoridad de la sentencia y otros estudios sobre la cosa juzgada*, trad. de Santiago Sentís Melendo, México, TSJDF, 2003, pp. 151-152.

5 Véase en general Nieva Fenoll, Jordi, *La cosa juzgada*, Barcelona, Atelier, 2006, pp. 25 y ss.

Suele pensarse que el mayor reto para la cosa juzgada es su invalidez con motivo de su arbitrariedad derivada de "vicios de tal gravedad que la descalificar[a]n como acto jurisdiccional" como lo ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos.[6] Un ejemplo de lo anterior en México, que concretiza muy específicamente la satisfacción del debido proceso como presupuesto de la cosa juzgada,[7] es la llamada "nulidad de juicio concluido",[8] procedimiento sumamente extraordinario que recientemente se reconoció que abarca la materia mercantil para "dinamiza[r] el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido por el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos".[9] Pero no obstante sus complejidades, la nulidad de juicio concluido no presenta mayores dificultades en nuestro país, pues existe una experiencia doctrinal y jurisprudencial de décadas que lo ha consolidado como una institución procesal bastante conocida y aplicada sin mayores problemas.[10]

En esta ocasión me referiré a otras dificultades de la cosa juzgada, más sutiles y algunas infrecuentes, pero que constituyen problemas que deben dilucidarse para la cabal observancia de nuestro ordenamiento. Dichos tópicos son los siguientes: 1) la eficacia refleja de la cosa juzgada; 2) los conflictos entre "cosas juzgadas"; y 3) el reconocimiento de la cosa juzgada extranjera.

Este texto no pretende concluir sobre estos temas. Su intención es echar luz sobre estas aristas de la cosa juzgada y exponer sus notas esenciales a fin de propiciar la reflexión sobre ellas y comenzar a tomarlas en serio por sus eventuales implicaciones prácticas que he observado en la práctica profesional. Estos pro-

---

6 *Cantos vs. Argentina*, fondo, reparaciones y costas, 28 de noviembre de 2002, *http://bit.ly/3sM7Q7U,* § 63.

7 *Supra*, nota 2.

8 Véanse los artículos 52 y ss. del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares (CNPCF).

9 Acción de nulidad de juicio concluido. Procede tratándose de procedimientos mercantiles (artículo 737 A del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 11a. época, lib. 35, marzo de 2024, t. V, tesis PR.C.CS. J/30 C (11a.), reg. 2028455, p. 4428.

10 Véase Gómez Lara, Cipriano, *Teoría general del proceso*, 10a. ed., México, Oxford University Press, 2012, p. 287.

blemas muestran con claridad el dinamismo del derecho: una figura tradicional siempre puede tener nuevas facetas que proponen retos a la ciencia jurídica.

II. Eficacia refleja

Las modalidades (directa, e indirecta o refleja) de eficacia de la sentencia se relacionan con los límites objetivos y subjetivos de la cosa juzgada.[11] A grandes rasgos, la eficacia directa de la cosa juzgada es la que impone la autoridad de la sentencia con relación a las partes de un proceso, a su objeto y a la causa del litigio que resuelve; en cambio, la eficacia indirecta o refleja se despliega con relación a alguno(s) de los elementos anteriores y difiere respecto de otros especialmente las partes, pues su principal signo es que produce efectos contra terceros que no participaron en el proceso.

En modo alguno es novedosa la distinción entre la eficacia directa y refleja de las sentencias. Desde hace muchas décadas, por ser la base de una importante excepción procesal, la doctrina procesal y la jurisprudencia mexicana[12] se han ocupado de este tema, pero este tema aún parece "siempre insoluto y quizá refractario a una solución teórica general que nos libere de una casuística minuciosa en la que todo resultado particular permanece dudoso y discutido".[13] Esta dificultad se halla presente en el derecho mexicano vigente.

Al resolver el amparo directo 5/2021, la Suprema Corte de Justicia de la Nación sentó un precedente vinculante que define la cosa juzgada refleja.[14] El Máximo Tribunal señaló en esta eje-

---

11 Véanse Ovalle Favela, José, *Derecho procesal civil*, 3a. ed., México, Harla, 1989, pp. 214-215; y Cosa juzgada. Sus límites objetivos y subjetivos, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011*, t. I, tesis 436, reg. 1011728, p. 1483.

12 Véase en particular Cosa juzgada, eficacia refleja de la, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 8a. época, vols. 163-168, cuarta parte, reg. 240485, p. 38.

13 Liebman, Enrico Tullio, *op. cit.*, pp. 103-104.

14 Para una discusión de esta sentencia, véase Justicia TV, *#YaLoDijoLaCorte | Cosa juzgada*, YouTube, 11 de abril de 2024, *http://bit.ly/3wBfS5C*

cutoria que se actualiza la eficacia directa de la sentencia cuando las partes, el objeto y las causas del proceso en que se dictó coincide con dichos elementos de un segundo proceso, sobre el cual también impone su autoridad para satisfacer la seguridad jurídica. Pero la misma sentencia también tendrá una eficacia *indirecta o refleja* sobre el proceso ulterior en que "no se actualiza la totalidad de los elementos que la integran en su efecto directo" y "guarda una vinculación muy estrecha con actuaciones derivadas de una misma cuestión jurídica", "a tal grado que, de no tener[se] en cuenta la decisión del primer asunto, se comprometería la seguridad jurídica".[15] Estableció así la Suprema Corte un concepto *amplio y flexible* de eficacia refleja de la cosa juzgada.

Con anterioridad, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación había establecido en la jurisprudencia 12/2003 un concepto *estrecho y rígido* de "cosa juzgada refleja", uno de cuyos elementos es "[q]ue las partes del segundo hayan quedado obligadas con la ejecutoria del primero".[16] A diferencia del criterio de la Suprema Corte reseñado en el párrafo anterior, el Tribunal Electoral exige que la plena identidad de partes sea uno de los elementos comunes entre el primer proceso y el segundo al que se quiere llevar la cosa juzgada de aquél, lo que se corresponde con el postulado de que la autoridad de la cosa juzgada en principio sólo afecta a las partes del proceso en que se estableció, pues de lo contrario se afectaría la garantía de audiencia que el artículo 14 constitucional otorga a terceros.[17]

Por supuesto, desde el punto de vista formal y a efectos prácticos, el precedente de la Suprema Corte prevalece sobre el del Tribunal Electoral.[18] Pero aquí importa delimitar de manera materialmente acertada el concepto de "cosa juzgada refleja": ¿sería entonces preferible asumir el muy amplio criterio del Máximo

---

15 Cosa juzgada y sus efectos directo y reflejo. Diferencias y requisitos para su actualización, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 11a. época, lib. 28, agosto de 2023, t. II, tesis 1a./J. 101/2023 (11a.), reg. 2026918, p. 1157.

16 Cosa juzgada. Elementos para su eficacia refleja, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011*, t. VIII, tesis 83, reg. 1000722, p. 100.

17 *Cfr.* Ovalle Favela, *op. cit.*, pp. 215-216; y "Cosa juzgada...", *cit.*, nota 11.

18 Véase el artículo 223 de la Ley de Amparo.

Tribunal o el del segundo?; ¿o resultaría mejor seguir a Liebman y considerar que el elemento constante de la *eficacia* de la sentencia —distinta de la autoridad de la *cosa juzgada*— sea el *objeto* del proceso,[19] y que exclusivamente en función de éste la sentencia produzca efectos frente a todos, aunque con "intensidad menor" para los terceros quienes en observancia de su derecho fundamental de defensa podrían desvincularse de ella superando su presunción *iuris tantum* de corrección?[20]

III. Colisión de "cosas juzgadas"[21]

La cosa juzgada "directa" y la "refleja" adquieren pertinencia tratándose de una sentencia que repercute en el litigio de un diverso proceso aún *sub iudice*, en el cual no se ha dictado la correspondiente resolución definitiva. De acuerdo con la Suprema Corte, ambas modalidades de eficacia de las sentencias han de hacerse valer *oficiosamente* por el juzgador que conozca del segundo proceso para privilegiar la certeza jurídica y la observancia de lo resuelto en el primer proceso.[22] Pero no existe precedente u otro referente jurídico que indique cómo solucionar el conflicto entre dos resoluciones que ya se han dictado y causado estado, y las cuales mantienen conexidad y repercuten recíprocamente en sus materias.

Este problema no es una mera especulación teórica, aunque afortunadamente tampoco es un problema que se actualiza con frecuencia. Sin embargo, en conflictos complejos que tienen diversas vertientes procesales resulta factible que sus resoluciones

[19] Sobre la extensión de la eficacia refleja de la sentencia, véase Cosa juzgada. Su eficacia refleja se extiende a aspectos aun no decididos expresamente en el juicio primigenio, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10a. época, lib. 14, enero de 2015, t. III, tesis I.11o.C.21 K (10a.), reg. 2008339, p. 1886.

[20] Liebman, Enrico Tullio, *op. cit.*, pp. 137 (n. 54), 150-154, 178-179 y 209.

[21] Véase en general Nieva Fenoll, *op. cit.*, pp. 269-286.

[22] Cosa juzgada refleja. Debe analizarse de oficio cuando el juzgador advierte su existencia aunque no haya sido opuesta como excepción por alguna de las partes, Primera Sala, tesis 1a./J. 30/2018 (10a.), reg. 2018057, p. 651.

coincidan parcial, no totalmente; o que a pesar de no contener una de ellas pronunciamiento explícito que se oponga a lo decidido por la otra, las consecuencias o implicaciones de la primera entre en colisión con las determinaciones de la última; aunque es sólo una posibilidad, un fraude procesal no es necesariamente la causa de estos conflictos.[23]

Al analizar este problema, para solucionarlo Jordi Nieva Fenoll planteó cuatro alternativas —todas asumidas en la práctica en algún momento, y no meros ejercicios especulativos— que, en síntesis, pueden valorarse de la siguiente manera:[24]

1) *Nulidad de la resolución posterior*. Se trata de la alternativa más obvia, no sólo porque fue sostenida desde el derecho romano, sino derivar del arraigado principio *prior tempore, potior iure* ("primero en tiempo, primero en derecho"). Sin embargo, la corrección material de la cosa juzgada y la aplicación del derecho vigente que conlleva es una cuestión de orden público, aunque el litigio que resuelve verse sobre intereses inmediatamente privados; siendo así, determinar cuál resolución debe prevalecer es un problema demasiado importante para dejar su solución al simple turno, especialmente cuando su anterioridad podría no deberse a que se promovió antes sino a retrasos imputables al tribunal.
2) *Nulidad de la primera resolución*. Fundada sobre el criterio de temporalidad (*lex posterior derogat priori*), esta opción hace prevalecer la segunda resolución por considerar que ésta por su calidad postrera resultaría más adecuada. Pero esta alternativa tiene el inconveniente de ocasionar problemas prácticos si ya se ha iniciado o consumado la ejecución de la resolución anterior.
3) *Nulidad de ambas resoluciones (y sus procesos)*. Esta opción importa la reposición de los respectivos procedimientos para volver a instruir sus procesos y dictar una resolución que los resuelva conjuntamente para evitar

[23] *Cfr.* Nieva Fenoll, *op. cit.*, nota 5, pp. 272-273; y *supra*, nota 19.

[24] En lo sucesivo, con relación a estas opciones, *cfr.* Nieva Fenoll, *op. cit.*, pp. 271-279.

determinaciones contradictorias. Esta alternativa no sólo afecta evidentemente la economía procesal, sino que importaría una "auténtica denegación de justicia".

4) *Nulidad de la resolución "que parezca más incorrecta".* Según esta alternativa, con la participación de los interesados, se anulará una de las resoluciones "en demérito de la otra", aunque también es posible dictar una "tercera sentencia" que asuma las mejores posiciones de las demás y tome una resolución con un sentido distinto de ellas. Es importante considerar que dicha nulidad habría de limitarse a lo estrictamente indispensable para resolver esta oposición, por lo que podrían subsistir pronunciamientos ajenos a ella que contengan correspondientes fallos. Si bien esta alternativa sería "probablemente rápida", importa un "cierto desprestigio de los tribunales" por tener visos de una actuación incorrecta de su parte, aunque para entonces la existencia de decisiones contradictorias ya habría dado lugar a ese desdoro.

Siguiendo a Nieva Fenoll, la última sería la mejor alternativa para resolver este problema, y para un óptimo resultado debería tramitarse en un procedimiento sumario *ad hoc*, desarrollado ante un órgano jurisdiccional de primera instancia distinto de los que emitieron las sentencias contradictorias para asegurar su imparcialidad, y que permita el ejercicio de defensa de las partes.[25]

En México no existe un procedimiento semejante para encauzar esta cuestión, y las opciones que hay al respecto carecerían de esas cualidades. Por ejemplo: la acción de nulidad de juicio concluido no podría fungir como el procedimiento para dirimir la contradicción de "cosas juzgadas", pues sus supuestos de procedencia son sumamente limitados.[26] De momento, al menos para algunas materias, la opción en nuestro ordenamiento para salir de este problema consistiría en determinar en el procedimiento de ejecución de alguna de las sentencias la ineficacia de uno de los pronunciamientos contendientes, debiéndose permitir la intervención de todas las partes interesadas y citarlas para

[25] *Cfr. ibidem*, pp. 279-286.

[26] *Supra*, nota 8.

que la decisión de este procedimiento les pare perjuicio; pero esta opción tiene el inconveniente de la improbabilidad de que el juez que conozca de este procedimiento prive de eficacia su propia resolución, aunque esta determinación pueda examinarse ulteriormente en amparo indirecto.[27]

IV. Reconocimiento de cosa juzgada extranjera

La cosa juzgada extranjera puede requerir eficacia en un sistema jurídico nacional cuando la satisfacción de sus determinaciones necesita la conformidad de las autoridades del ordenamiento huésped con sus pronunciamientos. Este típico problema del derecho internacional privado también puede verse con una perspectiva constitucional e internacional de derechos humanos.

Históricamente, la eficacia de la sentencia extranjera se apoyaba en su conveniencia para las relaciones interestatales y era una mera cortesía del sistema jurídico receptor, pues dicha resolución es manifestación de la soberanía del Estado que la emitió y la cual no puede irrumpir en el ámbito de otro; pero luego se ha afianzado la idea de que cooperar con otro Estado para cumplir las decisiones de sus tribunales constituye un auténtico deber.[28] El punto de apoyo sustancial para lo último es hoy el reconocimiento, de una u otra manera, de la *tutela judicial efectiva* como parte del elenco de los derechos humanos reconocidos a nivel internacional;[29] dar eficacia a las situaciones jurídicas determinadas por una sentencia extranjera, no ha de verse hoy como una concesión sino una actuación de su parte para asegurar en su ámbito espacial la efectividad de los procesos y garantizar los derechos sustantivos que hace valer esa resolución.

En México, el fundamento sustantivo genérico para reconocer sentencias extranjeras son los artículos 7o. de la Convención

[27] Artículo 107, fracción IV, de la Ley de Amparo.

[28] *Cfr.* Sentís Melendo, Santiago, *La sentencia extranjera (exequatur)*, Buenos Aires, EJEA, 1958, pp. 30-32.

[29] Véanse en particular los artículos 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado y 13, fracción I, del Código Civil Federal; a este mismo efecto, en materias civil, mercantil y laboral, rige la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros. El procedimiento para llevar a cabo dicho reconocimiento se halla en la legislación procesal.[30]

Otorgar eficacia a una sentencia extranjera plantea distintos problemas. El primero ha sido acreditar la autenticidad del documento que la hace constar, que hoy se haya resuelto en muy buen grado por la "apostilla" que establece el Convenio de La Haya por el que que se Suprime el Requisito de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros. El segundo, que aún persiste, es el conocimiento del derecho extranjero necesario para dar eficacia a la sentencia dictada por el tribunal de distinto país; esta cuestión es compleja y amerita una mención especial.

En 1988 se reformó la legislación civil mexicana para adoptar la teoría italiana (*rinvio ricettizio*) que incorpora el derecho extranjero al doméstico y prescribe que se le dé el mismo trato, por lo que el juez nacional debería conocerlo y aplicarlo como lo haría el juzgador perteneciente a dicho sistema,[31] pero en realidad esta posición no ha sido asumida por los tribunales que han persistido en la idea del derecho extranjero como objeto de prueba a instancia de parte;[32] en cambio, esta última posición subsiste normativa y materialmente en materia mercantil.[33] Pero el dere-

30 *Cfr.* Sentís Melendo, *op. cit*., p. 30.

31 *Cfr.* Pereznieto Castro, Leonel, *Derecho internacional privado. Parte general*, 8a. ed., México, Oxford University Press, 2009, p. 211. Véanse los artículos 12, 14, fracción I, del Código Civil Federal y 86 bis del Código Federal de Procedimientos Civiles; *cfr.* artículos 267, 1173 y 1174 del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares.

32 Véase en particular Derecho extranjero. Su demostración en juicio corresponde a las partes, y al tribunal mexicano la potestad de verificar su texto, vigencia, sentido y alcance, para lo cual debe atenderse a las convenciones internacionales en las que el Estado mexicano ha sido parte, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XV, marzo de 2002, tesis I.3o.C.302 C, reg. 187565, p. 1326.

33 Véase en particular Derecho extranjero. Para decidir sobre la carga de la prueba en materia mercantil, es inaplicable el Código Federal de Procedimientos Civiles, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. épo-

cho extranjero es una categoría *sui generis*: aunque su aplicación sea imperativa e inmediata —en los términos señalados— no es exigible a un juez nacional que lo conozca como el propio,[34] y siempre es necesario acreditar su existencia de manera similar a un "hecho".[35] La necesaria consideración del derecho que rige la sentencia extranjera es uno de los aspectos que hacen problemático el reconocimiento de la cosa juzgada extranjera.

Una sentencia extranjera puede traerse a un sistema jurídico de distintas maneras:[36]

1) *Precedente judicial extranjero* que sirve de criterio abstracto orientador —no con efecto jurídico directo y concreto— para interpretar el sistema jurídico nacional.
2) *Medio de prueba* de hechos en sentido estricto que hace constar como documento público.
3) *Norma jurídica extranjera concretizada* que, con calidad de cosa juzgada,[37] (a) declara o constituye un estado jurídico, o (b) condena a cumplir obligaciones de hacer o de no hacer, cuyas consecuencias y fundamentos[38] se busca que

---

ca, lib. XXIII, agosto de 2013, t. 3, tesis I.5o.C.39 C (10a.), reg. 2004210, p. 1635.

34 *Cfr.* Derecho extranjero. Problemas que se generan para su aplicación en un caso concreto, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. época, lib. XXIII, agosto de 2013, t. 3, tesis I.5o.C.40 C (10a.), reg. 2004211, p. 1636.

35 *Cfr.* Derecho extranjero. su naturaleza para efectos de determinar la carga de pro-barlo, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. época, lib. XXIII, agosto de 2013, t. 3, tesis I.5o.C.43 C (10a.), reg. 2004214, p. 1639.

36 *Cfr.* Silva, Jorge Alberto, *Derecho internacional sobre el proceso*, 3a. ed., México, Porrúa, 2011, p. 327.

37 *Cfr.* García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 53a. ed., México, Porrúa, 2002, pp. 82-83; y Cosa juzgada debe analizarse ex oficio, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXIX, febrero de 2009, tesis I.4o.C.37 K, reg. 167949, p. 1840.

38 Véanse Silva, *op. cit.*, p. 334; y Cosa juzgada. Su autoridad radica en la parte resolutiva y los considerandos de la sentencia, Tercera Sala, *SJF*, 6a. época, vol. CXXXVI, cuarta parte, reg. 269141, p. 331; y Sentencias. Su autoridad se extiende a los considerandos, Tercera Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995*, t. VI, jurisprudencia 501, reg. 394457, p. 331.

adquieran eficacia en el ordenamiento y en el territorio nacionales.

La primera de las funciones indicadas no interesa en este momento, pues en realidad en modo alguno significa que la sentencia extranjera sea eficaz en un ordenamiento nacional, es decir, que (extraterritorialmente) haga valer en él las consecuencias de sus resoluciones. Basta decir a su respecto que la cosa juzgada y su carácter concreto son diferentes al precedente judicial y su naturaleza general, abstracta e impersonal que permite su aplicación a un número ilimitado de casos futuros.[39] De esta manera, tenemos tres distintas modalidades de eficacia que puede adquirir una sentencia extranjera: medio de prueba, resolución declarativa o constitutiva, y resolución ejecutiva o de condena.[40]

En rigor, la sentencia extranjera como medio de prueba[41] se limita a ser un *instrumento* por el cual se pretende demostrar la verdad de hechos y enunciados fácticos por hacerlos constar o implicarlos en su calidad de documento público y por el papel de "testigo de calidad" del juez que la dictó; cometido que podría cumplir o no ese cometido si así lo determinase el juez nacional.[42] Esta función es diferente a dar eficacia en el ordenamiento doméstico a las *decisiones* sobre cuestiones fácticas adoptadas en

39 *Cfr.* Gómora Juárez, Sandra, *Un análisis conceptual del precedente judicial*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018, http://bit.ly/3Q8kR20, pp. 59, 61-62 y 79-80.

40 *Cfr.* Sentís Melendo, *op. cit.*, nota 28, pp. 66-67.

41 Véanse en general Fairén Guillén, Víctor, *Teoría general del derecho procesal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992, http://bit.ly/3OlEQf7, p. 540; y Silva, *op. cit.*, nota 37, pp. 328-329 y 332-334. Sobre los aspectos epistemológicos de este tema, *cfr.* González Lagier, Daniel, "Prueba, hechos y verdad", en Ferrer Beltrán, Jordi, (coord.), *Manual de razonamiento probatorio*, México, SCJN/EFFJ, 2022, *http://bit.ly/3V3SHZy*, pp. 12-16 y 20-22.

42 "[L]a sentencia extranjera producida como simple medio de prueba *no vincula con la autoridad de la cosa juzgada*, sino que deja una absoluta libertad para el examen de la cuestión en hecho y en derecho", Sentís Melendo, *op. cit.*, p. 95 (cursivas añadidas) (en apariencia citando textualmente a Mortara, Lodovico, *Manuale della procedura civile*, Turín, 1926, t. II, p. 234; e *idem*, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, 3a. ed., Milán, t. V, p. 43 [n. 30]).

la sentencia extranjera y a los razonamientos que las motivan, propios del juicio y del poder dispositivo jurisdiccionales, que constituyen cosa juzgada a la que refleja pero inexorablemente estará sujeto el juez nacional al reconocerla y con ello incorporarla a su propio ordenamiento.[43]

El reconocimiento de la cosa juzgada extranjera, por tanto, se refiere a dar eficacia a las resoluciones de la sentencia que la estableció y los razonamientos en que se basa, en cualquiera de las modalidades que puede adoptar. En relación con lo anterior, es muy importante tener presente la clasificación de las sentencias de acuerdo con la finalidad de sus determinaciones: 1) *declarativas*, que reconocen una situación jurídica previamente existente; 2) *constitutivas*, que crean, modifican o extinguen un estado jurídico; y 3) de *condena*, que ordenan la realización de una conducta.[44]

El problema con el reconocimiento de la cosa juzgada extranjera en México radica en que los artículos 554 y 569 del Código Federal de Procedimientos Civiles exigen un procedimiento de homologación (exequátur) únicamente cuando "implique ejecución coactiva sobre personas, bienes o derechos", mencionan las sentencias que "sólo vayan a utilizarse como prueba", y no consideran de manera expresa las sentencias meramente constitutivas o declarativas. Similar cuestión —o peor— sucede con la nueva legislación mexicana: los artículos 1181 y siguientes del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares tampoco distinguen claramente el reconocimiento de sentencias extranjeras declarativas o constitutivas, e incurriendo en una petición de principio, se limitan a señalar que las resoluciones de otros países se reconocerán automáticamente cuando no requieran un procedimiento de homologación, pero sin expresar —como hace el código aún vigente— los casos en que éste sería necesario.[45]

Es posible que ambos códigos incluyan las sentencias consti-

43 *Cfr.* Nieva Fenoll, *op. cit.*, pp. 177-182.

44 Ovalle Favela, José, *Derecho procesal civil*, 3a. ed., México, Harla, 1989, p. 202.

45 *Cfr.* artículo 1183 del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares.

tutivas y declarativas en el género de las que funjan como "prueba", pues al no requerir la realización de sus consecuencias sobre personas y cosas, su eficacia en el ordenamiento interno se agota al asumir el juez sus determinaciones en su propia decisión. Sin embargo, como ya se indicó, esta asimilación no resulta exacta, pues establecer la calidad de cosa juzgada de una sentencia extranjera requiere acreditar distintas normas jurídicas extranjeras, ciertas características de la resolución de que se trate y su valoración en relación con el ordenamiento vigente, especialmente para determinar si se afecta el orden público nacional.[46]

Lo anterior lleva a otra cuestión: si para que surta efectos en un proceso ya iniciado, el reconocimiento de la cosa juzgada constitutiva o declarativa puede hacerse en un incidente o requeriría un procedimiento de exequátur. Esta cuestión ha sido discutida desde hace casi ciento veinte años por distintos procesalistas, de entre los cuales destacan Chiovenda y Carnelutti para quienes el reconocimiento de una sentencia extranjera puede darse tanto en un procedimiento especial y autónomo como dentro de uno incidental dentro de un proceso ya iniciado.[47]

Esta opción es la más viable para satisfacer los principios de economía procesa., continencia de la causa y concentración que realizan los derechos de audiencia, justicia pronta y plazo razonable que consagran los artículos 17, párrafo segundo, de la Constitución y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De esta manera, las partes podrían debatir no sólo sobre la existencia de la sentencia sino también las condiciones necesarias para su eficacia en el ordenamiento mexicano, para que el juzgador adopte una decisión sobre los efectos que daría en el proceso que esté llevando a cabo.

[46] *Cfr.* artículo 571 del Código Federal de Procedimientos Civiles, y 1186 y 1189 del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares.

[47] *Cfr.* Sentís Melendo, *op. cit.*, nota 28, pp. 143-147.

V. Notas finales

Los problemas de la cosa juzgada expuestos en las secciones anteriores no son los únicos que presenta en la actualidad esta figura procesal tradicional, a ellos podrían sumarse otros como la naturaleza de la que podría en principio llamarse "cosa juzgada administrativa"[48] o lo problemas que pueden plantearse en materia de sentencias de amparo desestimatorias, particularmente en relación con intereses legítimos colectivos.[49] Estos problemas parecen meras sutilezas técnicas, pero podrían tener importantes consecuencias en la impartición de justicia en casos particulares, inclusive con trascendencia más allá del interés de las personas involucradas en ellos.

Desde mi punto de vista, el mayor de todos estos problemas que aún presenta la cosa juzgada es uno fundamental: la definición de su modalidad refleja. Los mayores o menores alcances de la caracterización de este concepto son determinantes no sólo para garantizar la seguridad jurídica, sino también para una justicia más eficaz.

Esperemos que, en el futuro, para lograr una mejor impartición de justicia, haya una mayor atención sobre la cosa juzgada, sus implicaciones y sus retos en la actualidad jurídica de nuestro país. Un auténtico Estado de derecho se basa en una aplicación independiente, objetiva, técnicamente rigurosa de la ley, y por la firmeza de las decisiones de los tribunales que nos aseguran que así sea.

Referencias

Fairén Guillén, Víctor, *Teoría general del derecho procesal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *El nuevo juicio de amparo. Guía de la reforma constitucional y la nueva Ley de Amparo*, México, Porrúa/IMDPC, 2013.

[48] Véase Liebman, Enrico Tullio, *op. cit.*, pp. 161-166.

[49] Véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *El nuevo juicio de amparo. Guía de la reforma constitucional y la nueva Ley de Amparo*, México, Porrúa/IMDPC, 2013, p. 45.

Gómez Lara, Cipriano, *Teoría general del proceso*, 10a. ed., México, Oxford University Press, 2012.

Gómora Juárez, Sandra, *Un análisis conceptual del precedente judicial*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018.

González Lagier, Daniel, "Prueba, hechos y verdad", en Ferrer Beltrán, Jordi, (coord.), *Manual de razonamiento probatorio*, México, SCJN/EFFJ, 2022.

Justicia TV, *#YaLoDijoLaCorte | Cosa juzgada*, YouTube, 11 de abril de 2024.

Liebman, Enrico Tullio, *Eficacia y autoridad de la sentencia y otros estudios sobre la cosa juzgada*, trad. de Santiago Sentís Melendo, México, TSJDF, 2003.

Nieva Fenoll, Jordi, *La cosa juzgada*, Barcelona, Atelier, 2006.

Ovalle Favela, José, *Derecho procesal civil*, 3a. ed., México, Harla, 1989.

Pérez Dayán, Alberto, "Por encima de la Constitución no hay poder alguno", *Nexos*, México, 6 de febrero de 2024.

Pereznieto Castro, Leonel, *Derecho internacional privado. Parte general*, 8a. ed., México, Oxford University Press, 2009.

Recaséns Siches, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, 14a. ed., México, Porrúa, 1999.

Sentís Melendo, Santiago, *La sentencia extranjera (exequatur)*, Buenos Aires, EJEA, 1958.

Silva, Jorge Alberto, *Derecho internacional sobre el proceso*, 3a. ed., México, Porrúa, 2011.

Sentencias interpretativas y exhortativas del Tribunal Constitucional del Perú[1]

***

Interpretative and exhortative rulings of the Constitutional Court of Peru

*Omar Sar Suárez**

Resumen: la Constitución del Perú diseña un sistema mixto de control de constitucionalidad que combina el control difuso y el control concentrado. En tal contexto el Tribunal Constitucional, aun cuando no cierra el proceso hermenéutico de la carta en todos los casos, ha emitido sentencias interpretativas y exhortativas que resultan vinculantes. Dichas decisiones, aunque posean diferente nivel de eficacia, han impuesto deberes a los poderes del Estado y el propio órgano de control de la Constitución ha desarrollado mecanismos para garantizar su efectiva ejecución.

* Doctor y Magíster en Derecho Constitucional por la PUCP. Jefe de la Comisión de Procesos de Inconstitucionalidad y Competenciales del Tribunal Constitucional. Responsable Académico de la Maestría en Derecho Constitucional de la USMP donde, además, preside el Centro de Estudios de Derecho Procesal Constitucional. *ORCID: 0000-0003-3651-628X*. *osars@usmp.pe*

1 La presente ponencia forma parte de las tareas de investigación realizadas por el Centro de Estudios de Derecho Procesal Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres. Debe reconocerse expresamente el valioso apoyo prestado por Dabilui Isasi Cabrera, Lourdes Belén Gómez Capuñay, Alisson Melany Cabanillas Montalván, María Fernanda Carbajal Pinedo y Fiorella Gonzáles Sairitupac.

Abstract: the Peruvian Constitution designs a constitutional control mixed system that combines diffuse and concentrated types of control. To that extent, even though it is recurrently that the Constitutional Court does not close the hermeneutical process of the Constitution, it does issue interpretive and hortatory rulings that are binding. Although these decisions have different levels of effectiveness, they impose duties over the State powers, and the Constitutional Court itself has developed mechanisms to guarantee their effective execution.

Palabras clave: jurisdicción constitucional; control concentrado; sentencias interpretativas; sentencias exhortativas.

Keywords: constitutional jurisdiction; concentrated control; interpretative judgments; hortatory judgments.

Sumario: I. El modelo de jurisdicción constitucional en el Perú. II. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. III. Las sentencias del Tribunal Constitucional que contienen exhortaciones y otros mandatos. IV. Conclusiones. Referencias.

I. El modelo de jurisdicción constitucional en el Perú

El artículo 138 de la Constitución del Perú[2] establece que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial de conformidad con su ley orgánica. El segundo párrafo establece, además, que: "En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior".

El constituyente ha previsto expresamente el poder - deber de los jueces de ejercer el control difuso cuando una norma, de necesaria e inmediata aplicación al caso sometido a su conoci-

[2] Texto completo y actualizado, *https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H682678*

miento, se encuentra en conflicto con la Constitución.[3]

Por otra parte, el artículo 201 de la norma fundamental peruana introduce al Tribunal Constitucional como "órgano de control de la Constitución" y su ley orgánica establece que "es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad" (artículo 1).[4]

El modelo de jurisdicción constitucional es, entonces, uno de carácter mixto en el que conviven el control concentrado y el difuso, pero veamos cómo se entrelazan esos sistemas.

El Tribunal Constitucional es, en principio, el órgano de cierre del proceso interpretativo de la Constitución y está diseñado como órgano constitucional autónomo. Efectivamente, el Código Procesal Constitucional establece que "Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional" (artículo VII *in fine*).

En dicho contexto el Tribunal ha emitido sentencias interpretativas que fijan un criterio vinculante para los jueces y también sentencias exhortativas que imponen deberes a los poderes del Estado, como veremos más adelante. Por último, analizaremos también aquellos casos en los que se han emitido sentencias ordenando o disponiendo diferentes mandatos.

Sin perjuicio de lo expuesto, debe tomarse en cuenta que existen al menos cuatro supuestos en los que la interpretación de la Constitución se cierra con decisiones de órganos judiciales o jurisdiccionales, en sentido amplio, y sin intervención del Tribunal Constitucional.

---

[3] El Código Procesal Constitucional añade como requisitos para el ejercicio del control difuso que no exista una interpretación conforme con la Constitución y que el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema no hayan confirmado la constitucionalidad de la norma en un proceso de control abstracto como los de inconstitucionalidad y acción popular, respectivamente.

[4] Texto completo y actualizado, *https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H870810*

En primer lugar, se debe tomar en cuenta que el artículo 202.2 de la Constitución establece que el Tribunal Constitucional conoce de "las resoluciones denegatorias" recaídas en los procesos de tutela de derechos que en el Perú son el hábeas corpus, el amparo, el hábeas data y la acción de cumplimiento.

Se presenta la particularidad de que, en nuestro sistema, el órgano de control de la Constitución no conoce de las resoluciones estimatorias emitidas en segundo grado y, por lo tanto, si los órganos del Poder Judicial declararon fundada la demanda en cualquiera de dichos casos, la decisión es definitiva y queda firme.

De otra parte, como ya se señalara, los jueces pueden ejercer el control difuso en todo tipo de procesos y, por ende, si tal decisión se emite en un proceso ordinario no llega a conocimiento del Tribunal Constitucional y si es en un proceso de tutela de derechos tampoco porque, como ya dijimos, las estimatorias de estos últimos no son revisables.

En tercer lugar, hay que tener presente que el constituyente ha previsto en el Perú dos procesos de control abstracto de normas, uno destinado a controlar las que tienen rango de ley (el proceso de inconstitucionalidad) y otro para el análisis abstracto de las normas infralegales (el proceso de acción popular). En este último, la competencia corresponde en exclusiva al Poder Judicial y, por lo tanto, la interpretación de la Constitución que se realice será definitiva sin que esté previsto ningún mecanismo procesal para que este tipo de asuntos llegue a conocimiento del Tribunal Constitucional.

Por último, señalaremos que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, también pueden ejercer el control difuso el Jurado Nacional de Elecciones y los árbitros, puesto que ambos desarrollan funciones jurisdiccionales reconocidas por la Constitución (Sentencias 0007-2001-PI y 0142-2011-AA). En estos casos las decisiones tienen carácter definitivo y no llegan a conocimiento del órgano de control de la Constitución.

II. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional

En el Perú se ha admitido sin disenso que el ordenamiento jurídico está compuesto por normas en las que cabe diferenciar entre el texto propio de su enunciado y la o las interpretaciones que de aquél pudieran derivarse.

Guastini (2011) llamó disposición "a cada enunciado que forme parte de un documento normativo, es decir, a cada enunciado del discurso de las fuentes" y norma "a cada enunciado que constituya el sentido o significado atribuido (por alguien) a una disposición (o a un fragmento de disposición, o a una combinación de disposiciones, o a una combinación de fragmentos de disposiciones)".

Si partimos de esta lógica, forzoso será concluir que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición es el último recurso cuando no quepa derivar de la misma ninguna norma que resulte conforme con la Constitución; esto es particularmente cierto en sistemas que, como el nuestro, parten del supuesto de que las reglas y principios que componen el ordenamiento gozan de una presunción de constitucionalidad.

De lo expuesto se deriva que si el Tribunal Constitucional del Perú advierte la existencia de una interpretación ajustada a la norma fundamental no debe expulsar la disposición impugnada del ordenamiento, ni inaplicarla, limitándose, en tal caso, a proscribir las interpretaciones inconstitucionales, fijando aquella o aquellas que resulten conforme con la carta.

De esta forma, el Tribunal Constitucional se apartó, consciente y explícitamente, de la posibilidad de ser concebido como un mero legislador negativo y, al mismo tiempo se precave del vacío normativo que produce la declaración de inconstitucionalidad ya que en el Perú, "La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto" (artículo 204 de la Constitución).

Zagrebelsky y Marcenò (2019) sostienen que "Toda duda interpretativa se presenta porque se plantea desde el punto de vista

de un hecho o caso nuevos, o tales que merecen ser considerados de manera nueva, y porque, desde esta base de partida, se interroga sobre el significado actual a asignar a la norma".

En el Perú, el Tribunal Constitucional ha emitido 51 sentencias interpretativas en procesos de inconstitucionalidad; 28 de ellas son interpretativas propiamente dichas, 14 aditivas, 8 reductoras y dos de carácter manipulativo,[5] a cada una de ellas con la indicación del fundamento o punto resolutivo relevante.

Con base en la decisión de interpretar la disposición sometida a control de conformidad con la constitución y proscribiendo normas que resulten contrarias a ésta, el Tribunal Constitucional procedió a declarar infundadas algunas demandas. Por ejemplo, se desestimó la controversia planteada contra el Acuerdo de Libre Comercio con Chile siempre que "se interprete el concepto 'territorio continental, las islas, los espacios marítimos y el espacio aéreo bajo su soberanía [...]' de conformidad con el artículo 54° de la Constitución; es decir, que se asuma que la soberanía y jurisdicción que le compete al Estado peruano abarca al dominio marítimo que ejerce sobre las doscientas millas marinas adyacentes a sus costas, como parte del espacio territorial en el que se aplicará dicho tratado" (Sentencia 0002-2009-PI, punto resolutivo segundo).

En cuanto al efecto de la sentencia interpretativa se ha dejado sentado que "en el futuro los operadores jurídicos estarán prohibidos de interpretar y aplicar aquella forma de interpretar declarada contraria a la Constitución" (Sentencia 0004-2004-CC, fundamento 3.2).

Por otra parte, también se han emitido sentencias interpretativas en el contexto de decisiones estimatorias que declaran la inconstitucionalidad de un determinado fragmento de la disposición reduciendo su ámbito normativo. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la frase "[la] presente Ley no requiere reglamentación" manteniendo vigente el resto de la disposición (Sentencia 0016-2021-PI).

[5] Debe tomarse en cuenta que las sentencias suelen tener varias interpretaciones que, eventualmente, pueden ser de diferente tipo.

En otros casos, la inconstitucionalidad se debió a lo omitido en la disposición. Así, por ejemplo, el Tribunal realizó una interpretación aditiva al declarar infundada la demanda contra la ley que autorizaba a las FF. AA. para realizar acciones de interdicción del tráfico de drogas "si ello ocurre durante los estados de emergencia y siempre que el Presidente de la República hubiese dispuesto que asuman el control del orden interno" (Sentencia 0011-2019-PI).

Por último, se debe recordar que el Tribunal Constitucional ha emitido sentencias interpretativas a las que denominó manipulativas (normativas), en el sentido de que no se limitó a advertir el contenido inconstitucional, sino que reformuló la disposición para adecuarla a la Constitución. Estamos ante lo que Díaz Revorio (2002) denomina sentencias sustitutivas que son aquellas cuyo falIo afirma que el precepto es inconstitucional "en cuanto prevé..." o señala "algo", en lugar de otra cosa que debería prever para ser constitucional".

Por ejemplo, decidió declarar inconstitucional "la frase 'capacidad de enemigo' e incorporar en su reemplazo el término 'capacidad del grupo hostil' en el artículo 10 de la Ley" que regula el uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas (Sentencia 0002-2008-PI).

III. Las sentencias del Tribunal Constitucional que contienen exhortaciones y otros mandatos

Además de sentencias interpretativas, el Tribunal Constitucional del Perú ha emitido sentencias exhortativas, pero corresponde destacar que en algunas de éstas tal contenido resolutivo tiene efecto vinculante directo y en otras no.

Analizando la vinculatoriedad de las exhortaciones, y en el contexto de la solicitud de una de ellas, el Tribunal Constitucional del Perú resolvió que entender las exhortaciones como meras sugerencias o recomendaciones supone un análisis incorrecto de este tipo de decisiones y añadió que "los destinatarios sí se encuentran obligados a realizar una actividad o ajuste normativo que responda al asunto constitucionalmente relevante resuelto

por el Tribunal Constitucional, aunque sin que ello implique, necesariamente, y en el marco de los principios de cooperación y de lealtad constitucional, que este órgano jurisdiccional formule una orden directa y perentoria" (Auto 2383-2019-AA, fundamento 11).

El órgano de control de la Constitución a través de las resoluciones que emite, además de resolver el conflicto concreto que se le plantea, cumple una "función ordenadora y pacificadora" (Sentencia 1406-2007-AA) garantizando la actuación constitucional de los poderes del Estado.

El Tribunal Constitucional, entre 1996 y 2023 ha expedido un total de 392 exhortaciones en 321 casos, por medio de sentencias y también de autos.

Dichas exhortaciones fueron expedidas en el marco de todos los procesos que llegan a su conocimiento y en el siguiente cuadro se muestra la cantidad de exhortaciones emitidas según el destinatario y el tipo de proceso constitucional o recurso en el que se expidieron:

CUADRO DE SENTENCIAS EXHORTATIVAS POR ÓRGANO Y TIPO DE PROCESO

	Habeas Corpus	*Amparo*	*Habeas Data*	*Cumplimiento*	*Inconstitucionalidad*	*Competencial*	*Queja*
Poder Ejecutivo	33	105	0	2	10	3	-
Congreso	10	11	1	1	29	5	-
Poder Judicial	45	9	0	0	2	-	-
Órganos Constitucionales	8	12	9	7	4	11	1

Entre los poderes del Estado el que más exhortaciones recibiera fue el poder ejecutivo y cabría preguntarse si el Tribunal Constitucional puede controlar la ejecución o no de determinadas políticas públicas.

Al respecto, recordaremos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Campo algodonero contra Mé-

xico sostuvo que "el Estado no demostró tener mecanismos de reacción o políticas públicas que dotaran a las instituciones involucradas de los mecanismos necesarios para garantizar los derechos de las niñas" (Considerando 411) y ordenó al Estado realizar investigaciones, sancionar a los responsables e implementar "programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos y género".

Queda claro que el efectivo respeto de los derechos fundamentales puede suponer deberes positivos para los Estados y, por lo tanto, la abstención en este campo resulta inconstitucional y puede ser ordenada por los órganos jurisdiccionales.

No existe un efecto que se derive de modo inmediato y directo del incumplimiento de este tipo de exhortaciones, pero cuando no se satisface el estándar que viene exigido por la Constitución el Tribunal Constitucional puede recurrir a la declaración del estado de cosas inconstitucionales u ordenar medidas en fase de ejecución de la sentencia estimatoria.

Por ejemplo, cuando el Tribunal Constitucional constató el desacato frente a las exhortaciones sostuvo que "[...] la omisión en la que se ha incurrido [...], ha terminado de hacerse evidente y significativamente lesiva de los derechos fundamentales a la información y a la pensión, luego de no haber incluido la causal de desafiliación ya aludida, a pesar de que este Tribunal, luego de ejercer su función de supremo intérprete de la Constitución, la había considerado como constitucionalmente vinculante" y añadió que resultaba "[...] constitucionalmente necesario cubrir la omisión legislativa a partir del ejercicio de una interpretación concretizadora de la Constitución" (Sentencia 0014-2017-AI, fundamentos 17 y 18).

Al respecto, Sagüés (2006) señaló que "el órgano de la jurisdicción constitucional, ante una situación de norma inconstitucional o presuntamente inconstitucional [...], encomienda al Poder Legislativo la sanción de un nuevo texto acorde con la Constitución. Puede o no fijarle plazo preciso al respecto".

Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha recurrido a las sentencias exhortativas para enfrentar la morosidad en el trámite de los procesos ordinarios y, especialmente, de aquellos que tienen carácter penal.

En total, el órgano de control de la Constitución ha emitido 56 sentencias exhortativas requiriendo a los jueces la garantía efectiva del derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

En la mayoría de dichos casos requirió que se "dé trámite preferente al proceso [...] para la expedición oportuna de la sentencia (2673-2008-HC) y en algunos de ellos se dispuso que el órgano jurisdiccional resuelva la controversia con carácter definitivo en un plazo específico.

Esa misma lógica aplicó el Tribunal Constitucional cuando dispuso exhortar al Poder Judicial para que "dé trámite preferente a los procesos de amparo electoral, tomando en cuenta el carácter preclusivo de las elecciones" (Sentencia 0776-2022-AA).

Hay que destacar, además, que en la jurisprudencia constitucional también se exhortó a los jueces para que cumplan con imponer a los litigantes las medidas disciplinarias indispensables para garantizar el correcto desarrollo de los procesos sancionando la malicia y la temeridad procesal (Sentencia 3711-2004-HC).

De otra parte, el Tribunal Constitucional también ha exhortado al Congreso de la República con dos alcances distintos. En primer término, tenemos aquellos casos en los que el Tribunal Constitucional entiende que la norma sometida a control resulta inconstitucional, pero advierte que el efecto inmediato resultaría perjudicial para el sistema democrático; en este supuesto el órgano de control de la Constitución ha declarado la "*vacatio sententiae*" por un plazo determinado exhortando al legislador para que emita una norma ajustada a lo dispuesto en la sentencia.

En este supuesto, evidentemente, si vence el plazo de la suspensión del efecto de la sentencia sin que se haya aprobado la norma en cuestión, la resolución entrará en vigencia y la norma quedará fuera del sistema (Sentencia 0023-2003-AI).

El segundo escenario se presenta cuando el Tribunal Constitucional ha advertido la existencia de vacíos o antinomias que no pueden ser resueltos por vía interpretativa y, en consecuencia, resolvió exhortar al Congreso para que esa laguna sea colmada en ejercicio de su competencia legislativa, pero tomando en cuenta el criterio interpretativo desarrollado en la sentencia. Esto sucedió, por ejemplo, cuando se exhortó al legislador para

que incluya "[...] a la planta de la hoja de coca en la lista de cultivos reconocidos como Patrimonio Natural de la Nación" (Sentencia 0020-2005-PI). Corresponde advertir, en último término, que el Tribunal Constitucional también ha emitido 97 sentencias en las que incorporó mandatos de ordenar o disponer.

Como ejemplo de este tipo de sentencias tenemos el caso en el que ordenó "que se considere a la recurrente en el grupo de pacientes que recibirán tratamiento integral contra el VIH/SIDA" (Sentencia 2945-2003-AA) o aquél en el que dispuso el cese inmediato de la afectación de los derechos de los integrantes de la Asociación, [reintegrándoles] los aportes que en exceso del 3.5% de la remuneración pensionable se les hubiera descontado (Sentencia 3477-2007-AA).

IV. Conclusiones

En el presente trabajo hemos dejado establecido que el Tribunal Constitucional del Perú, no sólo que no es el único intérprete de la Constitución, sino que tampoco cierra en todos los casos el proceso interpretativo de la norma fundamental.

Sin perjuicio de ello, este órgano constitucional autónomo, encargado del control concentrado, no ha concebido su función como la de un mero legislador negativo desarrollando en su jurisprudencia interpretaciones, exhortaciones y mandatos que resultan vinculantes.

Dicha vinculatoriedad, en algunos casos se limita a la enunciación de un deber mientras que en otros la sentencia entra en vigencia por el mero vencimiento del plazo que se hubiese establecido sin que se verifique la actuación del órgano a quien se dirigiera el mandato.

Para esta ponencia realizamos en equipo un minucioso análisis de la jurisprudencia constitucional emitida en el Perú con miras a ofrecer un panorama completo y actual sobre estos tipos de sentencias que suponen una ruptura con el esquema tradicional de decisiones meramente estimatorias o desestimatorias y que poseen un alto impacto en el desarrollo del Estado democrático contemporáneo ya que inciden en el ámbito normativo, el de las políticas públicas y también en el de las resoluciones judiciales.

Para reforzar la eficacia de sus sentencias, el Tribunal Constitucional del Perú, no sólo declaró que su contenido resultaba vinculante, sino que, además, admitió la posibilidad de controlar su correcta ejecución y, en el ámbito de los procesos de tutela de derechos, la represión de los actos lesivos homogéneos.

En el Perú, la jurisdicción constitucional ha enfrentado, con una cierta cuota de activismo, los retos que presupone garantizar la supremacía normativa de la Constitución y, aunque no hayan faltado retrocesos y vacilaciones, ha jugado un papel importante en el proceso de construcción del sistema democrático.

Referencias

Díaz Revorio, Javier, *Interpretación constitucional de la ley y sentencias interpretativas. En Pensamiento constitucional*, Año 8, Número 8, 2011.

Guastini, Riccardo, *Disposición vs. norma*, en Pozzolo, Susana y Escudero, Rafael (Editores), Disposición vs norma, ed. Palestra, 2011.

Sagüés, Néstor Pedro, Las sentencias constitucionales exhortativas. En Estudios constitucionales, año 4, 2006.

Expediente 0007-2001-PI.

Expediente 0142-2011-PA.

Expediente 0002-2009-PI.

Expediente 0004-2004-CC.

Expediente 0016-2021-PI.

Expediente 0002-2008-PI.

Expediente 2383-2019-PI.

Expediente 1406-2007-AA.

Expediente 2673-2008-AA.

Expediente 0776-2022-AA.

Expediente 3711-2004-HC.

Expediente 0020-2005-PI.

El sinuoso camino del federalismo fiscal en Argentina

***

The winding path of fiscal federalism in Argentina

María Gabriela Abalos

Resumen: las disposiciones constitucionales en materia tributaria desde el texto histórico de 1853/60 han generado tensiones entre el estado nacional y los gobiernos locales que subsisten aún después de la reforma constitucional de 1994. En reiteradas ocasiones la pugna se resolvió a favor de la Nación ocasionando una indebida dependencia de las provincias, junto a disvaliosas conductas locales alejadas del control de gasto público y del equilibrio fiscal. Ello acompañado con un entramado de normas de coparticipación y de pactos fiscales, cuya interpretación y efectividad práctica no siempre contribuyó al fortalecimiento federal. El repaso de estos antecedentes es indispensable para poner en contexto las disposiciones incorporadas por la reforma constitucional de 1994 tanto en la distribución de competencias tributarias como en la constitucionalización de la coparticipación cuyo cumplimiento es una imperdonable deuda pendiente. El federalismo fiscal muestra un desarrollo sinuoso con marcadas inobservancias constitucionales cuya superación exige desechar pretensiones de unanimidad y concentrarse en arribar a consensos de mayorías, sobre la base de la coordinación y la complementariedad. A ello deben sumarse sólidos compromisos de responsabilidad fiscal, control de gasto público y equilibrio presupuestario tanto en cabeza de la Nación como de las autonomías locales.

Abstract: the constitutional provisions on tax matters since the historical text of 1853/60, have generated tensions between the national state and local governments that persist even after the constitutional reform of 1994. On repeated occasions, the conflict was resolved in favor of the Nation, causing an undue dependence on the provinces along with disvaluable local conduct far from the control of public spending and fiscal balance. This was accompanied by a network of sharing rules and fiscal pacts, whose interpretation and practical effectiveness did not always contribute to federal strengthening. The review of this background is essential to put into context the provisions incorporated by the constitutional reform of 1994, both in the distribution of powers and in the constitutionalization of co-participation, whose compliance is an unforgivable pending debt. Fiscal federalism shows a sinuous development with marked constitutional breaches, whose overcoming requires discarding pretensions of unanimity and concentrating on reaching majority consensus, based on coordination and complementarity. In addition to this, it must be added solid commitments to fiscal responsibility, control of public spending and balanced budget, both at the national and local level.

Palabras claves: federalismo fiscal, coparticipación, distribución competencias tributarias.

Keywords: fiscal federalism, co-participation, distribution of tax powers.

Sumario: I. Introducción. II. Federalismo argentino, características y evolución. III. Federalismo fiscal y distribución de competencias tributarias antes y después de la reforma constitucional de 1994. IV. Balance y aportes.

I. Introducción

El tratamiento de los temas vinculados con la distribución de competencias tributarias en la Argentina supone adentrarnos en el corazón del federalismo fiscal, el cual es la base necesaria de la existencia real de las autonomías locales. Repasar el trayecto recorrido antes y después de la reforma constitucional de 1994

nos muestra un sinuoso camino plagado de constantes incumplimientos constitucionales, empezando por el cercenamiento de potestades locales desde fines del siglo XIX, lo cual se profundiza en la mayor parte del siglo XX, seguido del pertinaz estancamiento a partir de la omisión inconstitucional en la formulación de nuevos regímenes de coparticipación.

Las disposiciones constitucionales en materia tributaria desde el texto histórico de 1853/60 han generado tensiones que subsisten aún después de la reforma constitucional de 1994. En reiteradas ocasiones la pugna entre Nación y provincias se resolvió a favor de la primera ocasionando una indebida dependencia de las autonomías locales junto a disvaliosas conductas locales alejadas del control de gasto público y el equilibrio fiscal. Ello acompañado con un entramado de pactos fiscales bajo la denominación de derecho intrafederal, cuya interpretación y efectividad práctica no siempre contribuyó al fortalecimiento federal.

El abordaje propuesto en esta ponencia parte de analizar las especiales características del federalismo argentino en lo fiscal, con sus connotaciones particulares y sus transformaciones prácticas. Ello desde las distintas etapas que fueron configurándose de la mano de incumplir el principio de separación de fuentes tributarias que contenía el texto histórico de 1853/60 y de ahí la necesidad de idear modelos de redistribución de fondos hacia sus titulares originales, las provincias. El repaso de estos antecedentes es indispensable para poner en contexto las disposiciones incorporadas por la reforma constitucional de 1994 tanto en la distribución de competencias como en la constitucionalización de la coparticipación cuyo cumplimiento es una deuda pendiente. El análisis se completa con los aportes y consideraciones que buscan contribuir al acatamiento y efectividad real del texto constitucional.

II. Federalismo argentino, características y evolución

La forma de estado adoptada y adaptada por el texto constitucional haciendo honor al régimen político se configura como un

federalismo con notas unitarias[1] que va mutando desde 1853 a 1860, pasando por las prácticas de concertación de mediados del siglo xx, a lo que se suman los aportes de la reforma constitucional de 1994 que tuvo como uno de sus principios rectores el de profundizar la descentralización tanto política institucional como fiscal.

El federalismo adoptado en el artículo 1 CN. supone la coexistencia de distintos órdenes de gobierno con potestades institucionales, políticas, administrativas, tributarias propias y concurrentes, que se rigen por el principio sentado en el artículo 121 en virtud del cual, las provincias conservan todo el poder no delegado a la Nación por medio de la Constitución Nacional. Dichas autonomías requieren del reconocimiento y la efectividad de una porción de poder tributario en cabeza de cada una, de modo tal de hacer real la descentralización política e institucional de la mano del manejo de los recursos tributarios propios. Ello así puesto que el federalismo desde lo político institucional necesita complementarse con la temática fiscal que lo configura y define.

---

[1] Alberdi refería que dicha fórmula pretende la conciliación de las libertades de cada provincia y las prerrogativas de toda la nación "[...] solución inevitable y única, que resulta de la aplicación a los términos del problema argentino "la nación y la provincia-, de la fórmula llamada hoy a presidir la política moderna, que consiste en la aplicación armónica de la individualidad con la generalidad, del localismo con la nación, o bien de la libertad con la asociación; ley natural de todo cuerpo orgánico, sea colectivo o sea individual, llámese Estado o llámese hombre; según la cual tiene el organismo dos vidas, por decirlo así, una de localidad y otra general o común, a semejanza de lo que enseña la fisiología de los seres animados, cuya vida reconoce dos existencias, una parcial de cada órgano, y a la vez otra general de todo el organismo" (Alberdi, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*; Buenos Aires; Ed. Francisco Cruz; 1914; cap. XVII; p. 108). Afirma Pérez Guilhou que la fórmula mixta no es novedad en las Bases porque ya la había planteado cuando la redacción de *Las palabras simbólicas*. (Pérez Guilhou, Dardo; *El pensamiento conservador de Alberdi y la Constitución de 1853. Tradición y modernidad*; 2a. ed. Corregida y ampliada; Mza., Ediunc, 2003; p. 119). Ver entre otros de Abalos, María Gabriela, *El pensamiento constitucional de Juan Bautista Alberdi. La influencia de su pensamiento en el derecho público provincial y municipal argentino*, en Manili, Pablo (dir.), *El pensamiento constitucional argentino (1810-1930)*, Buenos Aires, Ed. Errepar, 2009, pp. 203-221.

Los protagonistas primigenios del federalismo en el texto de 1853/60 son el Estado nacional y las catorce provincias históricas, a las que luego se van sumando paulatinamente nueve más.[2] Este esquema se modifica con la reforma de 1994 a través del rol conferido a la Ciudad de Buenos Aires y su estatus autónomo configurado principalmente en el artículo 129, dándole un papel activo como sujeto con participación directa en la relación federal.[3] Mientras que la autonomía municipal es reconocida en el artículo 123 pero no se modifica su inserción en la relación federal, son sujetos "en" la relación federal pero no "de" la relación federal porque son parte de esta a través de la provincia en cuyo seno existen.[4]

Se configura así el federalismo argentino sobre la base de tres sujetos que conforman veinticinco actores (la Nación, las veintitrés provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aries). En tanto que, en torno a la descentralización como fraccionamiento del poder en el territorio, se consolidan cuatro órdenes de gobierno, ya que se suman al nacional y a los provinciales, el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el de los municipios autónomos.[5]

---

2 Pérez Guilhou, Dardo, *Nación y provincias: competencias. Enfoque histórico-político*, en Pérez Guilhou, Dardo y otros, *Atribuciones del Congreso Argentino*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1986, p.85; Abalos, María Gabriela, "La descentralización y el federalismo argentino luego de la reforma de 1994", en *Revista Debates de Actualidad*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, año XVIII " núm. 189, Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, octubre 2002/marzo 2003, pp. 126-132.

3 Entre otros ver Abalos, María Gabriela, *Ciudad de Buenos Aires: aspectos institucionales y jurisprudenciales actuales*, en Palacio de Caeiro, Silvia (dir.), *Competencia Federal*, Buenos Aires, Ed. La Ley; noviembre 2012, pp.1097-1138; *La Ciudad de Buenos Aires y el federalismo argentino: el desafío de las relaciones institucionales*, Buenos Aires, Suplemento de Derecho Constitucional, El Derecho, 18 de julio de 2014.

4 Barrera Buteler, Guillermo, *Provincias y Nación*, Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, 1996, p. 246. También Frías, antes de la reforma de 1994, entendía que los municipios no podían ser incluidos entre las fuerzas autónomas convergentes de nuestro federalismo, sin perjuicio de tenerlos presentes por su significación política y los servicios que prestan. (Frías, Pedro José, *Derecho Público Provincial*, Buenos Aires, Ed. Depalmam, 1987, p. 23).

5 Hernández, Antonio M., *Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1997, p. 27.

III. Federalismo fiscal y distribución de competencias tributarias antes y después de la reforma constitucional de 1994

La distribución de competencias tributarias concebida por la Constitución de 1853/60 se basaba en la separación de fuentes tributarias entre el gobierno federal y los gobiernos provinciales, con tesoros distintos formados con los tributos respectivos. Sin embargo, el único caso en que las fuentes estaban separadas claramente era y continúa siendo, en relación con los derechos de importación y exportación, reservándose las provincias la imposición de los denominados impuestos internos por oposición a los nacionales.

En efecto, bajo la impronta de dicho texto se distingue con claridad entre las facultades originarias de las provincias para recaudar impuestos indirectos internos y directos como regla general, y la delegación a la Nación para la recaudación federal limitada a los indirectos externos (derechos de importación y exportación) y excepcionalmente por tiempo limitado a los directos.[6] La práctica constitucional fue demostrando el débil nivel de acatamiento al texto constitucional que, en los hechos, fue produciendo una profunda mutación constitucional favorable a la centralización de atribuciones en cabeza del gobierno nacional.

En este sentido, el sistema originalmente inserto en el texto constitucional en relación con las contribuciones indirectas internas de titularidad provincial rigió entre 1853/1860 hasta 1890. En dicho año, la crisis del sector externo afectó considerablemente la recaudación aduanera, lo que impulsó la creación por parte de la Nación de un paquete impositivo que incluían la creación de los impuestos internos; y la transformación a oro de los impuestos de importación y exportación; reformas que triplicaron lo producido por los derechos aduaneros.

De esta forma, se inició una nueva etapa caracterizada por la concurrencia de hecho de fuentes tributarias en relación a las contribuciones indirectas internas, dado que se crearon los im-

[6] Ello se plasmaba en el art. 67 incs. 1 y 2 y los arts. 4 y 121 del texto constitucional de 1853-60.

puestos al consumo por parte del gobierno federal, que se superponían a los que cobraban las provincias.[7]

A ello se sumó, fruto de otra situación de crisis económica e institucional, en 1932 bajo el gobierno de facto de José F. Uriburu la creación del impuesto directo a la renta con carácter nacional, ratificado por el Congreso bajo el número 11.682, por un período de dos años prorrogándose luego en forma indefinida, dejándose de lado el carácter excepción con el que habían sido delegados a la Nación. De ahí que a partir de 1934 se produce el nacimiento de otra etapa, la de coparticipación impositiva entre Nación y provincias.

A lo largo de más de cincuenta años se fueron sucediendo distintas normas de distribución de impuestos originalmente provinciales percibidos por el gobierno federal, incluyendo disposiciones emanadas de gobiernos de facto. En todos los casos la Nación asumió la recaudación de impuestos directos e indirectos internos de titularidad provincial según la norma constitucional, por lo que necesariamente debió implementar alguna modalidad de redistribución. Cabe resaltar que la experiencia argentina muestra en realidad un sistema de participación tributaria, ya que, recauda un solo nivel de gobierno y luego los distribuye a los restantes, mientras que la coparticipación se verificaría de existir transferencias recíprocas entre los distintos fiscos, lo que en la práctica no ha ocurrido.[8]

A fines de 1983 se produce el retorno a la legalidad democrática e institucional y se sanciona un régimen transitorio de coparticipación a través de la ley 23.548 en 1988 que regiría hasta el 31 de diciembre de 1989. Se trata de una modalidad de ley

---

7 La Corte Suprema de Justicia de la Nación convalidó el ejercicio concurrente de la facultad de establecer impuestos internos al consumo tanto en cabeza de la Nación como de las provincias en el caso *Sociedad Anónima Mataldi Simón Limitada c/ Provincia de Buenos Aires*, 28 de septiembre de 1927 (Fallos 149:260).

8 Casás, José Osvaldo, "Coparticipación y tributos municipales. Tributos análogos. Prestación efectiva del servicio y razonable proporción en los montos. Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento. Codificación y armonización tributaria municipal", en Bulit Goñi, Enrique (dir.), *Tasas Municipales*, t. I, 1a. ed., Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis, 2007, p. 34.

convenio, es decir, sancionada por el Congreso nacional que requiere que las provincias adhieran por medio de sus legislaturas locales. En virtud de ella, la Nación recauda y administra los gravámenes comprendidos y distribuye la recaudación entre las provincias adheridas comprometiéndose las mismas a no crear tributos locales análogos a los coparticipados, es decir renunciando a sus atribuciones propias de recaudación y legislación. A su vez, el compromiso incluye a los municipios de sus respectivas jurisdicciones. Tal normativa a pesar de su vocación de provisoriedad continúa vigente puesto que establece con prórroga automática ante la inexistencia de un régimen sustitutivo.

Con el paso de los años y el rotundo fracaso en la sanción de un nuevo régimen, dicha ley fue sufriendo innumerables modificaciones. Ellas vinieron, por un lado, de la mano de distintas normas que impusieron asignaciones específicas de recursos, y por otro lado, de parte de los pactos fiscales que se fueron sucediendo. En efecto, en la década de los 90 del siglo XX se produce un proceso de pactismos como modalidad para plasmar las relaciones entre la Nación y las provincias en distintas materias entre ellas la tributaria, bajo el formato de imposición de la primera a las segundas.

Cabe aclarar que tanto la ley de coparticipación como los pactos fiscales suponen intentos de armonización de las potestades tributarias de los distintos órdenes de gobierno, ello bajo la denominación de derecho intrafederal que reconoce la existencia de una trama de coordinación entre los distintos niveles de gobierno que se proyecta sobre la validez de los tributos. Sin embargo, merece reproche la falta de concertación voluntaria y multilateral mediante el consentimiento libremente expresado por todos los fiscos intervinientes, dado que se impusieron desde la Nación a las provincias, sin opciones de debate ni de sana discusión democrática y federal.[9]

[9] Abalos, María Gabriela; *Armonización tributaria y derecho intrafederal: consideraciones críticas*, en Suplemento de Derecho Constitucional, El Derecho, Buenos Aires, 16 de diciembre de 2015, p. 1, "El sistema fiscal federal en el programa constitucional", en Alvarez Echagüe, Juan Manuel; (dir.), *Tributación Local. Estudio integral y sistemático de la fiscalidad provincial y municipal. A 20 años del Seminario Internacional de Tributación Local, Dr.*

Esta compleja situación fue produciendo un estado de verdadera confusión e incertidumbre en el sistema general de redistribución de recursos entre la Nación y las provincias, lo que con acierto ha sido calificado como el *laberinto de la coparticipación*.[10]

A ello se sumaban las distintas posiciones en torno a la constitucionalidad de la coparticipación en esta etapa previa a la reforma constitucional de 1994. Desde entender que las provincias estaban cediendo solamente la potestad administrativa y recaudatoria de los tributos, con beneficio general y sin perjuicios alegables, hasta la consideración que lo delegado era la potestad tributaria en sí misma. Sin embargo, el debate de alto interés teórico se tornó abstracto, ya que las provincias que podrían haber cuestionado con legítimo derecho la validez constitucional de las normas de coparticipación, no lo hicieron, sino que lo consintieron sin limitaciones ni reservas.

José O. Casás; t. I, Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, octubre de 2021, pp. 135-154; "Federalismo y potestades tributarias locales: evolución y desafíos"; en *Revista Política Austral*; vol. 2, núm. 1, enero – junio 2023, Buenos Aires, pp. 53-69; "Potestades tributarias locales y sus límites. Análisis normativo y jurisprudencial", *Suplemento de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, El Dial, 29 de noviembre de 2023.

10 Término acuñado por el profesor de economía de la Universidad de Toronto, Richard Bird, en el marco de su visita a la Argentina como consultor del Banco Mundial, "[...] cuando vino a Buenos Aires luego de la reforma constitucional de 1994 y quiso conocer los regímenes de coparticipación federal de impuestos entonces vigente. La mejor forma que se nos ocurrió fue presentarlo en forma de gráfico. Y cuando lo vio por primera vez en una reunión de la Comisión Federal de Impuestos (desde luego que notoriamente más simplificado que el actual), dijo que era lo más parecido a un "plato de fideos" o, en todo caso, a un "laberinto". Posteriormente, José O. Casás lo puso en letras de molde en una revista especializada con el título "*El Laberinto de la Coparticipación*". *http://federalismofiscal.com/laberinto/* 8 de febrero de 2021. Ver también Bulit Goñi, Enrique, *Sistemas de coordinación de potestades tributarias a distintos niveles de gobierno en el régimen federal argentino*, en García Belsunce, Horacio A., director, *Tratado de Tributación*, tomo I, *Derecho Tributario*, vol. 2, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2003, p. 30, Casás, José Osvaldo, *Coparticipación y tributos municipales*, Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 2007, también Alvarez Echagüe, Juan Manuel, director, *Derecho constitucional financiero y tributario local. En homenaje al profesor emérito doctor José O. Casas y al doctor Enrique Bulit Goñi*, Buenos Aires, Ed. Ad - Hoc, noviembre de 2015.

Ahora bien, se abre otro escenario a partir de la reforma constitucional de 1994. En efecto, esta reforma tuvo como uno de sus principales objetivos el fortalecimiento del federalismo y bajo su enunciación, la distribución de competencias entre la Nación y las provincias respecto de la prestación de servicios y en materia de gastos y recursos, agregándose el régimen de coparticipación.

En este sentido, en primer lugar, se ratificó la competencia exclusiva del gobierno federal sobre las contribuciones indirectas externas "en el inc. 1 del artículo 75" derechos de importación y exportación, manteniendo el régimen de separación de fuentes en relación con este tributo. En cambio, se constitucionaliza la concurrencia que de hecho existía en materia de contribuciones indirectas internas y directas. Así se agregó a los tributos indirectos internos con carácter de concurrentes "en el inc. 2, primer párrafo, del art. 75", mientras que, se mantuvo la redacción original con respecto a los tributos directos, como correspondientes solo en forma excepcional al gobierno federal "en el inc. 2, segundo párrafo, del art. 75", desconociendo lo que la práctica constitucional había impuesto desde décadas atrás como se ha visto.

En segundo lugar, la Convención Constituyente procede a incorporar expresamente en el texto constitucional disposiciones sobre coparticipación en el segundo párrafo del inc. 2 del artículo 75. Así se estableció la coparticipación entre la Nación, las provincias y el nuevo sujeto federal: la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de los tributos indirectos internos -devenidos en concurrentes- y de los directos que en teoría debían ser resorte excepcional en manos del gobierno nacional. El segundo párrafo del inc.2 dispone que "Una ley-convenio, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, instituirá regímenes de coparticipación de estas contribuciones (las indicadas en el primer párrafo" indirectas internas y directas-), garantizando la automaticidad en la remisión de los fondos". Esta norma tendría que ajustarse a las siguientes exigencias constitucionales:

a. Podrá instrumentar uno o varios regímenes de coparticipación por ejemplo, separando tributos, por un lado los directos y por otro los indirectos internos, con modalidades de distribución diferentes. Se podría sancionar una

ley convenio troncal de coparticipación de impuestos nacionales, sin perjuicio de otras específicas para tributos en particular y que dispongan regímenes de coparticipación distintos del central.[11]

b. Debe contemplar como base los consensos o acuerdos entre la Nación, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Interpretaba Bulit Goñi con acierto que debería dictarse una ley nacional que reglamente lo relativo a los acuerdos entre la Nación y las provincias, en nuestra opinión, también la Ciudad de Buenos Aires.[12]
c. Corresponde su iniciación ante la Cámara de Senadores, ello en claro reconocimiento de la titularidad provincial originaria de las contribuciones (directas e indirectas internas) que se coparticipan y a diferencia de las normas impositivas ordinarias cuya Cámara de origen es la de Diputados (art. 52).
d. La sanción legislativa requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, una mayoría agravada que exige más de la mitad de los integrantes de cada cuerpo legislativo.
e. No puede ser modificada unilateralmente por ninguno de los sujetos federales, dada la naturaleza de ley convenio integrando la categoría de derecho intrafederal. Tampoco puede ser reglamentada por ninguno de ellos por las mismas razones.
f. Deberá garantizar la automaticidad en la remisión de los fondos, lo cual tiende a evitar el bloqueo de los recursos usado muchas veces, como herramienta de presión política a los gobiernos subnacionales por parte del gobierno nacional.
g. Requiere la aprobación por parte de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires respondiendo más bien a la lógica de norma de adhesión. En este punto es dable de destacar discrepancias doctrinarias, para algu-

[11] Bulit Goñi, Enrique, *Algunas consideraciones sobre la coparticipación federal y la reforma constitucional de 1994*, en *Constitución Nacional y tributación local*, t. II, Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 2009, p. 974.

[12] Bulit Goñi, Enrique, *El futuro de la coparticipación federal*, en *Constitución Nacional y tributación local*, tomo II, *op.cit*., p. 1088.

nos, en una interpretación literalmente de la letra del inc. 2 del artículo 75, la Ciudad no habría de ser parte de los acuerdos previos ni se requeriría su aprobación posterior ya que no se la ha equiparado a una provincia,[13] mientras que para otros, la aprobación de la Ciudad como su participación en la etapa de acuerdos previos, es indispensable y acorde con el estatus de autonomía que el artículo 129 CN le confiere.[14]

h. La distribución entre la Nación, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires, y entre estas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas, contemplando criterios objetivos de reparto.
i. También debe incluir criterios subjetivos como: la equidad, la solidaridad y la prioridad para lograr un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional.
j. Finalmente, un Organismo Fiscal Federal tendrá a su cargo el control y fiscalización de la ejecución de lo establecido en este inciso, según lo determine la ley, la que deberá asegurar la representación de todas las provincias y la Ciudad de Buenos Aires en su composición.[15]

El constituyente de 1994 ha diagramado así una ley convenio, es decir una norma contractual que deberá surgir de los acuerdos entre los distintos sujetos del federalismo, sancionada por el Congreso con una mayoría agravada, y finalmente aprobada por las provincias y la Ciudad de Buenos Aires. Es un instrumento jurídico que se diferencia de las leyes ordinarias que dicta el Poder

13 Bulit Goñi, Enrique, *La coparticipación federal en la reforma constitucional de 1994*, *Constitución Nacional y tributación local*, t. II, *op. cit.,* p. 1035.

14 Casas, José Osvaldo, prólogo a la obra de Enrique Bulit Goñi, *Constitución Nacional y tributación local*, t. I, *op. cit.,* pp. 45 y ss.

15 Ver al respecto de Pérez Hualde, Alejandro, *Los organismos federales de control en la Constitución: de servicios públicos y fiscal*, Buenos Aires, Ed. Rap, 2014. Del mismo autor *Coparticipación federal de impuestos en la Constitución Nacional*, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1999, *Constitución y EEconomía, Buenos* Aires, Ed. Depalma, 2000, "Coparticipación de impuestos: diseño del sistema económico federal y de su estabilidad", *Revista Federalismi.it no. 18*, diciembre de 2015.

Legislativo, lo que lleva a algunos autores a sostener que nuestro país se sale de un federalismo "normativo" para incorporarse en uno de carácter contractual.[16]

En relación con la distribución primaria, o sea, entre la Nación y las provincias y la Ciudad de Buenos Aires, se dispone por un lado lo vinculado a asignaciones específicas en el inc 3, y por otro que "la relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto", como dice el inciso 2 del artículo 75, en una frase que se correlaciona con un párrafo posterior de la misma norma que expresa: "No habrá transferencia de competencias, servicios o funciones sin la respectiva reasignación de recursos, aprobada por ley del Congreso cuando correspondiere y por la provincia interesada o la Ciudad de Buenos Aires, en su caso". Mientras que para la distribución secundaria, o sea, entre las provincias y la Ciudad de Buenos Aires, los criterios de reparto deben ser: a. objetivos: es decir, exentos de parcialidad, con razonabilidad; b. equitativos: es decir, con justicia en el caso concreto, v.gr., a mayor capacidad contributiva o poblacional sería equitativa una mayor distribución, c. solidarios: con ayuda mutua entre las provincias, v.gr., redistribución que beneficie a las poblaciones rezagadas y d. prioritarios para el logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional, lo que vincula directamente con los propósitos del artículo 75 inciso 19 CN, que aspira a ser la nueva cláusula del progreso, con especial énfasis en el "desarrollo humano", obligan a un gran esfuerzo para corregir los desequilibrios, desigualdades e injusticias de la sociedad argentina. Todo ello se ve reforzado por el inc. 8 del mismo artículo 75, que al referirse al presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la administración nacional, establece que deberá ser elaborado "conforme a las pautas establecidas en el tercer párrafo del inciso 2" del mismo artículo.

Teniendo en cuenta la importancia de esta norma de coparticipación, la misma reforma de 1994 contempló en la Disposición

[16] Spisso, Rodolfo, *Derecho Constitucional Tributario*, 8a. ed., Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2023, p. 99.

Transitoria Sexta que debía sancionarse antes de la finalización del año 1996. Sin embargo, han transcurrido casi tres décadas y no se ha logrado aún su dictado, en su lugar y en un contexto signado por estados recurrentes de emergencia económica e institucional se han sucedido consensos fiscales entre la Nación y la mayoría de las provincias con algunas disidencias, y reprochables decisiones unilaterales del Poder Ejecutivo nacional sobre recursos coparticipables.

Ello ha generado una multiplicidad de reclamos judiciales de las provincias que en general se han resuelto a favor de las competencias locales. En este sentido, la interpretación jurisprudencial ha recalcado que la omisión en establecer un nuevo régimen de coparticipación ha acarreado una debilidad provincial endémica, desoyéndose el objetivo de la reforma de 1994 de fortalecer el federalismo. Así la Corte Suprema recalca que ese inmovilismo no puede justificarse por la imposibilidad de lograr acuerdos políticos, en la medida en que 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. Señala con acierto que los coordinadores del sistema federal de concertación son las autoridades nacionales (Presidente y Congreso) y sobre ellos pesa las convocatorias pertinentes a los fines de elaborar las propuestas normativas o los acuerdos previos -como los llama la Constitución- para implementar el sistema de coparticipación. Ello no quita responsabilidad a los gobiernos locales pero con acierto la Corte Federal pone el acento en las autoridades nacionales.[17]

[17] CSJN. "Santa. Fe, Provincia de c/Estado nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad", 24 de noviembre de 2015. Con igual alcance y en la misma fecha "San Luis, Provincia de c/Estado nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad y cobro de pesos", CSJ 191/2009 (45-S/CS1) y la medida cautelar en "Córdoba, provincia de c/Estado Nacional y otro s/ medida cautelar", CSJ 786/2013 (49-C)/CS1, tambien "Formosa, Provincia de c/Estado Nacional", CSJ 4783/2015, 9 de diciembre de 2015. Ver el comentario de Abalos, María Gabriela, *Coparticipación impositiva: aportes institucionales de la Corte Suprema de Justicia*, Sup. Const. 2016 (abril), 20/04/2016, 65 - LL2016-B.

VI. Balance y aportes

El federalismo fiscal muestra un camino sinuoso marcado por incumplimientos constitucionales en gran medida impulsados por situaciones de crisis económicas e institucionales. En todos los casos la respuesta fue en desmedro de las provincias inclinando la balanza hacia el incremento de potestades en cabeza de la Nación, interpretando la concurrencia de atribuciones tributarias y efectivizándola en los hechos al margen de la norma constitucional.

A treinta años de la reforma constitucional de 1994 se observa que no existe voluntad ni intención real de parte de ninguno de los sujetos del federalismo argentino de cumplir con los mandatos constitucionales en materia tributaria. No solamente se convalida hacer de la excepción en el caso de los impuestos directos, la regla a favor de la Nación, sino que las provincias y la Ciudad de Buenos Aires pasivamente continúan aceptando las pautas de coparticipación impuestas por el estado nacional y con ello, las obligadas adhesiones a los pactos y compromisos fiscales. Se ha dicho con acierto que para las provincias parece más seguro garantizarse una asignación bajo forma de "piso coparticipable" que apostar a un nuevo esquema de administración tributaria.[18]

El reconocimiento de las potestades tributarias de los distintos órdenes de gobierno en el federalismo argentino, indispensable para la subsistencia de cada uno, solo podrán ejercerse en estricta armonización, sustentada en interpretaciones dinámicas que posibiliten nuevas formas de cooperación interjurisdiccional, impuestas por la realidad efectiva de la tributación y los nuevos fenómenos de la gestión local. A ello deben sumarse compromisos serios de responsabilidad fiscal, control de gasto

[18] Garat, Pablo María, *La coordinación financiera y el sistema de coparticipación federal a partir de la reforma constitucional de 1994*, El derecho, tomo 181–1044., Buenos Aires, 2 de abril de 1999. Ver también Asensio, Miguel Angel y Garat, Pablo María, coordinadores, *Federalismo fiscal. Experiencia nacional y comparada*, Buenos Aires, Ed. Rubinzal Culzoni, 2011, Asensio, Miguel Angel, Di Gresia, Luciano y Garat, Pablo María, *Aportes al debate sobre la relación fiscal federal*, Buenos Aires, Fundación Civilidad, 2016.

público y equilibrio presupuestario tanto en cabeza de la Nación como de las autonomías locales.

La gran deuda pendiente es el dictado de la ley convenio de coparticipación con uno a varios regímenes de distribución. Esta omisión lesiona gravemente el régimen federal y con ello el diseño de la organización de los poderes públicos, pues la división de las funciones del Estado tanto en su faz vertical como horizontal se erige en un pilar esencial en garantía de la real y plena vigencia de los derechos humanos. Hace décadas escribía Pedro José Frías "[...] contrariado, cambio el título de federalismo fiscal, por unitarismo porque es la realidad que vivimos",[19] sigue siendo una asignatura a cumplir.

El desafío de concretar el dictado de dicha ley convenio exige aportar una interpretación favorable a los consensos de mayoría y desechar una pretendida unanimidad para su dictado. Se pone de resalto que para la aprobación de la ley convenio, tanto como para las asignaciones especiales del inciso 3, el constituyente del 94 ha impuesto una mayoría agravada como es la mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso, más de la mitad de los miembros de cada una, no así la unanimidad. De esta forma, debería exigirse esa misma mayoría, como mínimo, para la instrumentación de los acuerdos previos como para la posterior aprobación por parte de las provincias y de la Ciudad de Buenos Aires. En esta hipótesis, para quienes no presten su conformidad se aplicaría la previsión de la cláusula transitoria sexta que dispone que no podrá modificarse la distribución de recursos vigente a la sanción de la reforma de 1994.

Finalmente los incumplimientos constitucionales resaltados tanto en relación a la distribución de competencias tributarias como en la articulación de la coparticipación en base a los criterios y modalidades exigidos muestran una empecinada conducta de los sujetos federales de desoír los mandatos constituciones. La persistencia de este comportamiento daña gravemente a las auto-

[19] Frías, Pedro José, *Unitarismo fisca*l, en Hernández, Antonio M. (dir.), *Aspectos fiscales y económicos del federalismo argentino*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Federalismo, Cba., 2008, p.45.

nomías locales, las debilita y las hace dependientes de la Nación, pero también deja a algunas en una cómoda posición de pasividad alejadas de preocupaciones de recaudación, control del gasto público y responsabilidad fiscal.

La instrumentación reglamentaria de los mandatos constitucionales expresos no puede quedar supeditada a razones de oportunidad o conveniencia de los poderes políticos nacionales y locales, ni justificada en las dificultades para arribar a mayorías sólidas y articuladas. El camino de la concertación federal tiene como base el fortalecimiento de las autonomías de la Ciudad de Buenos Aires, de las provincias, y dentro de ellas, de las municipales, con coordinación, complementariedad y consenso que sirvan de presupuestos orientadores a las complejas relaciones institucionales que cotidianamente marcan nuestro ser federal.

El pacto fiscal, el sistema nacional de coordinación fiscal, y problemáticas: transferencias condicionadas y no condicionadas con fines redistributivos y de compensación de los desequilibrios regionales que surgen en los sistemas federales

***

The fiscal pact, the national system of fiscal coordination, and problems: conditioned and unconditioned transfers for redistributive purposes and compensation of regional imbalances that arise in federal systems

*José Manuel Carapia González**

Resumen: en el sistema jurídico mexicano tenemos, que la relación entre la Federación y las Entidades Federativas incluye el aspecto fiscal y recaudatorio; dentro de dicha relación encontramos que las partes referidas con antelación, han celebrado "Pacto Fiscal", que permitió la creación de una Sistema Nacional de Coordinación Fiscal, por medio del cual se buscó la simplificación y armonización de los sistemas tributarios de los tres órdenes de gobierno: Federal, Estatal y Municipal.

* Maestro en Derecho Fiscal por la Universidad Autónoma de Yucatán, docente Universitario en la misma y docente de Posgrado en la Escuela Bancaria y Comercial; certificado en Combate y Control de la Corrupción en el Servicio Público con Enfoque Presupuestal, por la UNAM y SHCP; asesor Fiscal y Consultor Empresarial en Prevención de Lavado de Dinero.

No obstante, lo anterior, durante la implementación de dicho Sistema de Coordinación, han surgido problemas tales como la distribución de los ingresos federales. Situación que se aborda, en relación con los recientes reclamos de las entidades federativas -a través de sus Poderes Ejecutivos- hacia la Federación, al determinar los importes y ejecutar la distribución de las Participaciones Federales hacia las entidades federativas, y las posibles consecuencias del rompimiento del pacto fiscal y la subsecuente reestructuración del sistema tributario mexicano.

Abstract: In the Mexican Legal system we find that the relation between the Federation and the States includes the tax and tax collecting aspects; in accordance with that, the parts have celebrated a "Tax Pact" that has allowed the creation of the Sistema Nacional de Coordinación Fiscal -National Tax Collection System- in order to achieve the simplification and harmonization of the tax systems of all orders of government: Federal, State and Municipal.

Nonetheless, during the implementation of the System above referenced, problems have arisen, such as unequal distribution of federal funds. Situation that is boarded on the present paper, in relation to complaints formulated by the States -trough the Heads of State of each Local State- to the Federation, complaints related to the determination of quantities assigned to each State and the execution and deliverance of such funds to local treasury; as well as the possible consequences of breaking the Tax Pact and the following restructuration of the Mexican tax system, as a whole.

Palabras clave: federación, fiscal, coordinación, hacienda, Constitución, participaciones, local, estados, sistema tributario.

Key words: federation, tax, coordination, treasury, constitution, participation, local, states, tax system.

Sumario: I. Introducción. II. Ley de Coordinación Fiscal. III. Convenio de Adhesión al Sistema Nacional de Coordinación Fiscal. IV. Éxitos destacables del Sistema Nacional de Coordinación Fiscal. V. El pacto fiscal y la centralización política en México. VI. Grieta en el pacto fiscal. VII. Cuestionamientos al pacto fiscal. VIII. Nueva convención nacional fiscal.

I. Introducción

El Sistema Fiscal, en el Estado Mexicano, cuenta con una estructura de coordinación entre la Federación y las Entidades Federativas, dando lugar al hoy denominado Sistema Nacional de Coordinación Fiscal en México. Siendo este el instrumento a través del cual se ha ejercido el Federalismo Mexicano, en su vertiente fiscal-recaudatoria.

Ahora bien, para entender el sistema actual de coordinación fiscal, es menester dejar claro el antecedente del mismo, toda vez que el proceso de creación del Sistema Nacional de Coordinación Fiscal nos permitirá apreciar los desequilibrios de origen, que han subsistido al día de hoy, y que han mermado la eficacia recaudatoria, así como causado conflictos y reclamos relacionados con desequilibrios en la asignación de los recursos públicos.

Para efectos de lo anterior, se tiene que el Sistema de Coordinación Fiscal descansa en un principio de colaboración y coordinación entre la Federación y los gobiernos de las Entidades Federativas, en el cual, estas últimas, por voluntad propia, han cedido a la federación porciones de su poder originario, para constituir una unión nacional, en la que se interrelacionan los diferentes poderes y los diferentes niveles de gobierno que la integran, pretendiéndose que, mediante la participación conjunta entre la federación y las entidades federativas se logre el máximo desarrollo nacional en los ámbitos político, económico y social.

Coligiéndose que la coordinación fiscal, en el contexto del sistema jurídico mexicano, se entiende como el conjunto de acciones de tipo hacendario, basadas en las relaciones entre la Federación, los Estados y los Municipios, cuyo objetivo general es asegurar la equidad del sistema tributario hacia los contribuyentes de todo el país, simplificar el sistema tributario nacional y fortalece económicamente las finanzas estatales y municipales, a fin de alcanzar y sustentar el desarrollo económico nacional.

Siendo oportuno señalar que previo a la implementación del sistema de coordinación fiscal en comento, en el sistema jurídico mexicano, el sistema fiscal del país, destacaba por la multiplicidad de tributo -tanto federales como estatales y municipales-,

un sistema tributario complejo e inequitativo para los contribuyentes, la existencia de demasiadas leyes fiscales frecuentemente contradictorias, exacciones en gravámenes concurrentes desproporcionadamente altas y la multiplicidad de funciones similares de administración tributaria.

Lo anterior, generaba distorsiones en la economía nacional, por los efectos que provocaban la diferencia de oportunidades de la población en cada estado y territorio del país, y por los excesivos costos que para la nación implicaba dicho sistema.[1]

La instrumentación del sistema de coordinación señalado con antelación, se realizó mediante la implementación de una Convención Nacional Fiscal; misma que se erigió como un órgano del Estado que tendría destinada la organización del régimen fiscal de la República.

Entre las funciones que tenía proyectadas la Convención Nacional Fiscal, se encontraban la de proponer la delimitación de la competencia tributaria entre la Federación, los Estados y los Municipios, participar en los arbitrios no asignados privativamente a alguna de las personas de derecho público, y en aprobar las conclusiones necesarias para uniformar los sistemas tributarios relativos a los gravámenes privativamente locales.

Las propuestas de la Convención Nacional Fiscal, pasaban a su Comisión Permanente, la cual formulaba un proyecto de iniciativa de Ley que se sometía a la aprobación del Congreso de la Unión.

II. Ley de Coordinación Fiscal

La actual Ley de Coordinación Fiscal[2] establece el andamiaje jurídico con base en el cual se materializan, fielmente, los objetivos

1 Castañeda Ortega, Ramon, "Antecedentes del Sistema Nacional de Coordinación Fiscal", *Revista INDETEC Federalismo Hacendario Edición Especial Conmemorativa 30 Años al Servicio de las Haciendas Públicas*, México, 2003, pp. 26-41, *file:///C:/Users/lENOVO/Downloads/Antecedentes_SNCF.pdf*

2 Artículo 1, Ley de Coordinación Fiscal, *https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LCF.pdf*

del Sistema Nacional de Coordinación Fiscal, siendo de señalarse, destacadamente, los siguientes:

Coordinar el sistema fiscal de la Federación con los de los Estados, Municipios y Distrito Federal. Tiene el propósito de que la Federación y las entidades federativas, de común acuerdo, realicen acciones conducentes a la simplificación del sistema fiscal nacional, tratando de armonizarlo, para evitar la superposición de gravámenes federales, estatales y municipales, que traen como resultado cargas excesivas en los contribuyentes y la duplicidad o multiplicidad de las funciones de recaudación y vigilancia, y consecuentemente, un uso mayor de los recursos nacionales, traduciéndose esto en altos costos para la sociedad (contribuyentes y gobiernos).

Establecer la participación que corresponda a las Haciendas Públicas de los Estados, Municipios y Distrito Federal en los Ingresos Federales; y distribuir entre ellos dichas participaciones. Se fijaron las reglas mediante las cuales la Federación se obliga a transferir a las entidades federativas porcentajes establecidos de determinados conceptos tributarios y no tributarios recaudados por la Federación. A estos conceptos la ley los define como participables, los cuales son representativos de la dinámica de los ingresos totales anuales que obtiene la Federación.

Fijar reglas de Colaboración administrativa entre las diversas autoridades fiscales. Es un instrumento mediante el cual los dos ámbitos de gobierno locales (estatal y municipal) en coordinación con la Federación, ejercen funciones en materia de administración de los ingresos federales, que comprenden el Registro Federal de Contribuyentes, recaudación, fiscalización y administración; funciones por las que los gobiernos locales reciben a cambio un incentivo económico que les es de ayuda para fortalecer sus finanzas públicas.

Constituir los organismos en materia de Coordinación fiscal y dar las bases de su organización y funcionamiento. La creación de estos organismos del Sistema Nacional de Coordinación Fiscal, se efectúo con la intención de originar las áreas de participación de las autoridades fiscales estatales y federal en el desarrollo, vigilancia y perfeccionamiento del sistema; para que el sistema

contara con el sustento suficiente para llegar a consolidar y perpetuar la coordinación fiscal nacional.

III. Convenio de Adhesión al Sistema Nacional de Coordinación Fiscal

En la antes citada Ley de Coordinación Fiscal,[3] se establece el mecanismo mediante el cual las Entidades Federativas se adhieren al Sistema Nacional de Coordinación Fiscal, el cual consiste en la celebración de un convenio con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, que debe ser autorizado o aprobado por sus legislaturas, solicitando adherirse al sistema; hecho, que a las entidades les da derecho de participar en el total de impuestos federales y en otros ingresos que la propia Ley señala.

En esa tesitura, podemos definir a los convenios de coordinación como el instrumento jurídico de coordinación tributaria entre las Entidades Federativas y la Federación, en el cual se acuerda que las primeras recibirán porcentajes fijos de todos los impuestos federales, a cambio de la suspensión de los impuestos estatales y municipales que contraríen las limitaciones señaladas en las leyes sobre impuestos que solo puede establecer la Federación, de acuerdo a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

IV. Éxitos destacables del sistema nacional de coordinación fiscal

Dentro de los más grandes logros obtenidos como consecuencia de la implementación de la Coordinación Fiscal en el Estado Mexicano, encontramos la armonización del sistema fiscal nacional, evitando la superposición de casi 600 impuestos estatales y municipales, logrando que en algunas Entidades Federativas se hayan reducido el número de impuesto de más de 15 a solamente dos o cuatro.[4]

[3] Artículo 10, Ley de Coordinación Fiscal, *cit*.

[4] Castañeda Ortega, Ramon, *op. cit*.

Representando lo anterior una disminución significativa en la carga fiscal de los contribuyentes y el abatimiento de la duplicidad o multiplicidad de funciones de recaudación, vigilancia y fiscalización; permitiendo, lo anterior, un estímulo a los entes económicos, la eliminación de distorsiones económicas en el país y el ahorro de recursos públicos.

No obstante, lo anterior, la Coordinación Fiscal también trajo como consecuencia una mayor dependencia de los gobiernos locales respecto a las participaciones federales.

V. El pacto fiscal y la centralización política en México

Uno de los pilares sobre los cuales descansa el Estado Mexicano, es la Hacienda Pública, toda vez que a través de la misma se realiza la recaudación de los recursos públicos con los cuales se satisfacen las necesidades de la colectividad, mediante los servicios públicos de los cuales gozan todos los habitantes de nuestro país.

En ese mismo sentido, la Coordinación Fiscal —como hemos visto con antelación—, ha impulsado enormemente el crecimiento de la recaudación tributaria, quedando en evidencia tal cuestión con el incremento del 5.5%,[5] al comparar el primer cuatrimestre de 2024 con el mismo periodo de 2023, alcanzado una recaudación del 100.1 por ciento de las metas proyectadas en la Ley de Ingresos de la Federación.[6]

En esa tesitura, cobra suma relevancia estudiar la base tributaria sobre la cual se sostiene la Hacienda Pública de nuestro país, la cual, aun cuando cuenta con un armazón fiscal sólido y robusto, también es cierto que el mismo se encuentra viciado de

[5] Servicio de Administración Tributaria, "SAT informa avances en la recaudación de ingresos tributarios", Gobierno de México, 2024, *https://www.gob.mx/sat/prensa/sat-informa-avances-en-la-recaudacion-de-ingresos-tributarios-029-2024#:~:text=El%20Servicio%20de%20Administraci%C3%B3n%20Tributaria,crecimiento%20real%20de%205.5%20por*

[6] Artículo 1. Ley de Ingresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal de 2024, *https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LIF_2024.pdf*

un grave problema que permea en nuestra sociedad, como lo es la Centralización Política.

La centralización política en nuestro país debe ser abordada, para poder entender los problemas que han surgido en la asignación y redistribución de los recursos públicos, a lo largo de los años.

Al respecto, el arraigo de la centralización política en nuestro país se explica, aproximando tal fenómeno desde el punto de vista histórico, en virtud de que, desde La Reforma, y pasando por el Porfiriato, la política nacional siempre fue una de atar a las provincias al gobierno central a través del control de las finanzas.[7] Después de la Revolución, el centralismo político mexicano no disminuyó, solo adquirió nuevas formas.

Siendo que la economía mexicana, al igual que en todas las economías modernas de la actualidad, se basa en una jerarquía de Estados y regiones económicamente fuertes, las cuales cuentan con suficiente autonomía para acometer proyectos propios. Sin embargo, en nuestro país, los grandes proyectos científicos están siempre supeditados a una decisión del Ejecutivo Federal, y hasta la educación depende en gran medida de decisiones tomadas en el centro del país. No se confía en los estados, como para proporcionarles un mayor porcentaje de los impuestos recabados.

Como se ha visto con antelación, en México, a través de la Coordinación Fiscal establecido dentro del marco jurídico del Sistema Nacional de Coordinación Fiscal, los principales impuestos los recauda el Gobierno Federal, quien le entrega a los estados "participaciones" y "aportaciones". Las *participaciones* se pueden utilizar libremente por los estados, las *aportaciones* van etiquetadas desde el centro para diversas tareas cuya ejecución ha sido transferida a las Entidades Federativas, por ejemplo, para la educación o la salud.

De lo precisado en el párrafo que antecede, se puede apreciar claramente la manifestación de la Centralización Política, en la

[7] Rojas, Raúl, "Pacto Federal y estructura tributaria", *El Universal*, 2023, *https://www.eluniversal.com.mx/opinion/raul-rojas/pacto-federal-y-estructura-tributaria/*

vertiente fiscal y recaudatoria; sin embargo, no esta centralización impide la debida implementación de la coordinación fiscal, ya que el *deber ser* de la coordinación fiscal trae aparejada la descentralización como figura pivotal para la correcta utilización de los recursos públicos que integran la Hacienda Pública.

Esto es así, en virtud de que el efecto de una descentralización, relativa de cada país, es dotar a los Estados de iniciativa propia en cuanto a educación, investigación y para atraer inversionistas. Respecto a la educación, Estados financieramente fuertes pueden administrar sus propias escuelas, pagar la nómina y mantener una buena infraestructura. No tienen que estar negociando permanentemente con el Gobierno Central el financiamiento de la educación.

En México la nómina de los maestros (primaria y secundaria) es cubierta por el Gobierno Federal a través del Fondo de Aportaciones para la Nómina Educativa y Gasto Operativo. Eso ha llevado a innumerables conflictos a lo largo de los años, a pesar de que repetidamente se ha tratado de descentralizar la educación en México. Los intentos han fracasado sobre todo por la falta de recursos de las Entidades Federativas, para financiar ellas directamente la educación básica. En una situación ideal, cada Entidad Federativa se ocuparía de sus maestros, de su capacitación, de equipar a sus escuelas, etc., tomando los recursos directamente de sus ingresos fiscales. De esta manera, si incremente o disminuye el número de estudiantes, pueden reaccionar de manera más eficaz, sin necesidad de aparecer como solicitantes a la Secretaría de Educación Pública.

Lo mismo se puede decir del fomento a la investigación. En países fiscalmente descentralizados, las Entidades Federativas pueden decidir instalar centros de investigación o mejorar la calidad de sus universidades de manera autónoma. El retraso histórico de las universidades de provincia en México, con respecto a las universidades federales, como la Universidad Nacional Autónoma de México o el Instituto Politécnico Nacional, se ha dado sobre todo por la falta de recursos en los estados.

Para subsanar un tanto el problema, las Entidades Federativas a veces proporcionan algún terreno o edificio para que se instalen nuevas unidades de la Universidad Nacional Autónoma

de México o del Instituto Politécnico Nacional, que crecen como pulpos por todo el país, pero como universidades federales. No es que eso sea malo, al contrario, pero ¿no sería mejor que las universidades estatales recibieran mayores recursos, directamente de sus estados?

En la actualidad rara vez un estado apoya a más de una universidad local, la que se convierte en la universidad insignia del estado, al contrario de lo que ocurre en países más descentralizados en donde múltiples universidades estatales compiten entre sí por atraer a los mejores estudiantes e investigadores.

En cuanto a los centros de investigación ocurre algo similar. Los Centros Públicos de Investigación de Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología y el Centro de Investigación y de Estudios Avanzados del Instituto Politécnico Nacional, son instituciones federales. Es cierto que sus unidades están distribuidas por todo el país, pero quizás hubiera aún más si los Estados y la Federación pudieran asumir conjuntamente su financiamiento. Y escribo "pudieran", porque no es el caso actualmente. Un ejemplo sería el ya antiguo proyecto de instalar un sincrotrón en México, primero en Morelos y posteriormente en Hidalgo. A pesar de que cada uno de los dos Estados se interesó en albergar el proyecto, ninguno de los dos podía asumir un 50% o 40% de los gastos de construcción y operación. Para proyectos de esa envergadura se requiere 90% o más de participación federal. Y si esta no se da, el proyecto languidece.

Queda la opción de la investigación privada, que es aún muy reducida en México. Típicamente los estados compiten en México por atraer inversión. Algunos han sido muy exitosos, sobre todo donde se ha podido instalar manufactura de exportación. Esos estados, como Jalisco, Nuevo León y Puebla, reciben los beneficios de la inversión extranjera y las posteriores exportaciones. Pero rara vez compiten tratando de atraer centros de investigación científica. Si se pudiera estimular la investigación privada asociada a la industria de exportación, habría una fuente de investigación adicional muy beneficiosa.

VI. Grieta en el Pacto Fiscal

Si bien hemos señalado que los ingresos del Estado Mexicano han incrementado —en gran parte, gracias a la Coordinación Fiscal existente dentro del marco jurídico del Sistema Nacional de Coordinación Fiscal—, también es cierto que la asignación de recursos a las Entidades Federativas ha disminuido.

Esta circunstancia ha dado origen a múltiples reclamos[8] por parte de las Entidades Federativas, las cuales le reclaman al Gobierno Federal, toda vez que consideran que se trata de una estrategia deliberada para acaparar más poder fiscal.[9]

Para 2024 el Gasto Federalizado –el conjunto de recursos transferidos de la Federación a las entidades– llegará a 2.55 billones de pesos, 0.3% (7 mmdp) más que en 2023, pero 1% (25 mmdp) menos que en 2018. Es la primera vez en cuatro sexenios que este gasto disminuye.

En el Proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación (PPEF) 2024 se había propuesto un Gasto Federalizado de 2.56 billones, lo cual ya suponía una caída de 0.7% (19 mmdp) frente a 2018. A pesar de este recorte, al momento de redactar este análisis ya se ha aprobado[10] una reducción adicional de 6.3 mmdp, el mayor recorte en una década, consecuencia de la menor carga fiscal a Pemex.

Identificamos tres decisiones unilaterales del Poder Ejecutivo que afectan al Gasto Federalizado:

---

8 Trujillo, Humberto y Carrillo, Diego, "La discusión del pacto fiscal en México: más allá de los montos", *Nexos, 2021, https://federalismo.nexos.com.mx/2021/08/la-discusion-del-pacto-fiscal-en-mexico-mas-alla-de-los-montos/*

9 *México Evalúa,* "Presupuesto 2024: una grieta en el pacto fiscal. Números de Erario", 2023, *https://numerosdeerario.mexicoevalua.org/2023/11/16/presupuesto-2024-una-grieta-en-el-pacto-fiscal/#:~:text=El%20acuerdo%20por%20medio%20del,de%20Coordinaci%C3%B3n%20Fiscal%20de%201978*

10 Gaceta Parlamentaria, Número 6400-IV, Año XXVI, Palacio Legislativo de San Lázaro, lunes 6 de noviembre de 2023, *http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/65/2023/nov/20231106-IV.pdf*

1. la reducción del Derecho de Utilidad Compartida (DUC) para beneficio de Pemex, que afecta la bolsa de recursos que se reparte entre las entidades;
2. el recorte en fondos no blindados por la Ley de Coordinación Fiscal (LCF), como el Ramo 23 y convenios, y
3. a condonación de impuestos como el Impuesto Especial sobre Producción y Servicios, el Impuesto al Valor Agregado o el Impuesto Sobre la Renta, ya sea por estímulos fiscales a las gasolinas y zonas económicas especiales, entre otros.

Adicionalmente, y dado que la Federación no está obligada a compartir con las entidades los recursos que obtiene por financiamiento, la brecha en la gestión de recursos públicos no hace más que incrementarse. El resultado es una mayor concentración de recursos en manos del Gobierno federal: mientras que en 2018 el gasto federalizado representaba el 34% del gasto neto del Sector Público, para 2024 representará solo el 28%, la menor proporción registrada desde 2000.

En el caso del gasto federalizado, en lo que va del sexenio el Ejecutivo ha diezmado los fondos no protegidos por la Ley de Coordinación Fiscal, y ha debilitado las Participaciones federales, al reducir la carga fiscal a Pemex. Se trata de una grieta en el pacto fiscal que podría afectar la cohesión política del país. La concentración de poder deja huellas transexenales.[11]

Lo expuesto con antelación genera un sombrío panorama financiero para las Entidades Federativas, en virtud de que estas generan, únicamente, el 12% de sus ingresos, mientras que el 83% proviene de la Federación.[12]

Esto es, el actual arreglo de coordinación fiscal genera un escenario en donde las entidades federativas tienen poca autonomía fiscal, alta dependencia de las transferencias federales y baja

[11] Cano, Jorge, "La concentración de poder a través del presupuesto", México Evalúa, 2024, *https://www.mexicoevalua.org/la-concentracion-de-poder-a-traves-del-presupuesto/*

[12] Instituto Mexicano para la Competitividad, A.C., "Hablemos de ingresos en los estados", Centro de Investigación en Política Pública, 2021, *https://imco.org.mx/hablemos-de-ingresos-en-los-estados-2/*

recaudación; toda vez que los Estados recaudan únicamente el 5% de sus ingresos totales a través de impuestos.

VII. Cuestionamientos al Pacto Fiscal

Hay antecedentes recientes de cuestionamientos al pacto fiscal. En 2019, con la desaceleración económica de México, el pacto fue criticado por los gobiernos de Nuevo León y Jalisco. La queja se centró en la forma en que el Gasto Federalizado se reparte entre las entidades, debido a que las fórmulas de distribución dan más peso al tamaño de la población de cada estado que a factores como la recaudación local o el tamaño de la economía. En otras palabras, se argumentó que hay entidades en las que se recaudan pocos impuestos federales como el Impuesto al Valor Agregado o el Impuesto Sobre la Renta por su bajo desarrollo económico, y que reciben más de lo que generan.

La caída del Gasto Federalizado podría provocar otro tipo de cuestionamientos por una mayor cantidad de Entidades Federativas, principalmente a causa de la reducción generalizada de los recursos estatales y municipales necesarios para cumplir con sus responsabilidades. Si bien en 2024 el Gasto Federalizado caerá solo 1% frente a 2018, las entidades en realidad recibirán 19.3 mil pesos per cápita, una caída de 5.8% o 1,200 pesos. Para lograr el gasto per cápita logrado en 2018 (20.5 mil pesos), se tendrían que destinar 154 mmdp adicionales a lo aprobado.

Si lo vemos respecto del valor de la economía, el Gasto Federalizado representará en 2024 solo el 7.4% del PIB, la menor proporción desde 2009, cuando representó 7.5%. Para recuperar la proporción del PIB de 7.9%, lograda en 2018, las entidades deberían obtener 159 mmdp adicionales a lo aprobado para el siguiente año.

VIII. Nueva convención nacional fiscal

En virtud de lo anteriormente expuesto, el suscrito coincide con las propuestas que claman por la realización de una nueva Convención Nacional Fiscal, en la cual se reformule y actualice el Pacto Fiscal.

La necesidad de esta Convención Nacional Fiscal es de la máxima importancia, ya que el Pacto Fiscal, por medio del cual los estados cedieron a la Federación algunas de sus facultades tributarias tiene como bases legales dispositivos normativos que datan de 1978; y si bien es cierto lo Estados, en su momento, coincidieron en que era más eficiente que la Federación realizara la mayor parte de la tributación, por sus limitaciones técnicas, además de que buscaban obtener recursos de la renta petrolera, tal circunstancia ha cambiado al día de hoy.

Aunado a lo anterior, tenemos que la legitimación del Pacto Fiscal en comento, si bien ha sido sujeta a controversia, en virtud de reclamos planteados por Entidades Federativas inconformes, también lo es que se ha sostenido el Pacto en comento, toda vez que los recursos que recibían las Entidades Federativas, provenientes de la Federación se incrementaban constantemente.

No obstante, los 2.55 billones de pesos que la Federación se propuso entregar a las Entidades Federativas en 2024 será 1% (25 mmdp) inferior en términos reales a lo que recibieron en 2018. Este punto de quiebre podría agrietar el pacto fiscal, en concatenación con las acusaciones planteadas por los titulares de ciertas Entidades Federativas, que señalan a la Federación de incumplir con el Pacto Fiscal.

Otra problemática que tiene que ser abordada, es el recorte discrecional del Ramo 23 -eliminación sustentada en acusaciones de corrupción, discrecionalidad y falta de transparencia- y los Convenios de Descentralización y Reasignación, que no están blindados en la Ley de Coordinación Fiscal. Pues, aunque las Participaciones y Aportaciones han crecido frente a 2018, no han podido compensar la caída de los otros ramos.

En caso de no realizarse esta nueva Convención Nacional Fiscal, se corre el riesgo de que los riesgos y problemas aparejados a los términos en los cuales se encuentra redactado el Pacto Fiscal en la actualidad, sean exacerbados.

Entre estas problemáticas,[13] encontramos las siguientes temáticas que deben ser discutidas y abordadas, para efecto de

[13] Gobierno del Estado de Jalisco, Rumbo a la Consulta sobre el Pacto Fiscal, *https://seplan.app.jalisco.gob.mx/pactofiscal/pacto-fiscal/*

salvaguardar la Coordinación Fiscal sobre la cual descansa la Hacienda Pública tanto de la Federación como de las Entidades Federativas y de los Municipios:

- La dependencia financiera excesiva de los estados y municipios con respecto al Gobierno Federal.
- La decisión unilateral, por parte de la Federación, con respecto al ingreso y al gasto de los recursos nacionales.
- Los estados y municipios no tienen margen para corregir cómo se gastan los recursos públicos, pues los recursos ya vienen etiquetados
- Falta de transparencia en la erogación de recursos públicos, operados por los diferentes organismos públicos al gastar los recursos que les son asignados.
- Las acusaciones de inexistencia de colaboración administrativa entre los tres órdenes de Gobierno en ciertas Entidades Federativas.
- Las instancias en las que el Gobierno Federal invade las funciones de ley de los encargados de cobrar impuestos en el ámbito local, y las situaciones a la inversa.
- La actividad económica de las Entidades Federativas no trae beneficios de la recaudación a los mismos.
- Los propósitos federales, se ponen por encima de los estatales y municipales, y la Federación utiliza los recursos públicos que corresponden a los estados para alcanzar sus metas.
- La figura de las participaciones, principalmente su distribución, ya que a lo largo de los años, la Federación ha trasladado funciones de su competencia a los estados, sin embargo, los ingresos se han visto cada vez más limitados para los Gobiernos Estatales y Municipales, lo cual les impide realizar sus funciones pues las obligaciones se han ido incrementando.
- El Gobierno Federal ha utilizado una parte de los recursos participables para cumplir sus funciones federales redistributivas, a pesar de contar con una gran cantidad de recursos propios para esos fines. Impidiendo de esa forma a los estados y municipios cumplir con sus obligaciones a cabalidad.
- Los criterios de distribución no están acorde a la capacidad de recaudación que tienen las Entidades Federativas.

- Cimentar las estrategias de defensa litigiosa de crédito fiscales derivados del ejercicio de facultades de fiscalización/comprobatorias, ejercidas por autoridades locales coordinadas con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público; dado que las representaciones jurídicas locales tienen problemáticas para la implementación de procedimientos de fiscalización y de defensa fiscal ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa. Generando lo anterior, créditos fiscales sumamente cuantiosos que son declarados nulos, por una indebida defensa de los mismos.

Referencias

Cano, Jorge, "La concentración de poder a través del presupuesto", México Evalúa, 2024.

Castañeda Ortega, Ramon, "Antecedentes del Sistema Nacional de Coordinación Fiscal", *Revista INDETEC Federalismo Hacendario Edición Especial Conmemorativa 30 Años al Servicio de las Haciendas Públicas*, México, 2003.

Gaceta Parlamentaria, Número 6400-IV, Año XXVI, Palacio Legislativo de San Lázaro, lunes 6 de noviembre de 2023.

Instituto Mexicano para la Competitividad, A.C., "Hablemos de ingresos en los estados", Centro de Investigación en Política Pública, 2021.

Ley de Coordinación Fiscal.

México Evalúa, "Presupuesto 2024: una grieta en el pacto fiscal. Números de Erario", 2023.

Rojas, Raúl, "Pacto Federal y estructura tributaria", *El Universal*, 2023.

Servicio de Administración Tributaria, "SAT informa avances en la recaudación de ingresos tributarios", Gobierno de México, 2024.

Trujillo, Humberto y Carrillo, Diego, "La discusión del pacto fiscal en México: más allá de los montos", *Nexos, 2021*.

El control del gasto público en el federalismo mexicano

***

Control of public spending in Mexican federalism

*Aimée Figueroa Neri**

Resumen: este texto tiene como objetivo exponer las deficiencias que ocasiona el actual arreglo constitucional que tiene el control del gasto público en el marco del federalismo mexicano, así como ofrecer unas vías de análisis para solucionar la problemática.

Abstract: this paper aims at exposing the deficiencies produced by the institutional arrangement for public spending control established in the Mexican Constitution, within the context of a federalist system. The paper also proposes some analysis pathways to solve the existent problems.

Palabras clave: control externo, entidades de fiscalización superior, federalismo, vigilancia del gasto público.

Keywords: external control, supreme audit institutions public, federalism, public expenditure oversight.

* Investigadora de la Universidad de Guadalajara, México. Sus investigaciones y experiencia profesional de más de 20 años se concentran en la fiscalización superior del gasto público, los sistemas anticorrupción y la fiscalidad ambiental.

Sumario: I. Introducción. II. El gasto público en el ordenamiento constitucional. III. El caleidoscópico control del gasto público. IV. La fiscalización superior, el auxilio técnico del legislativo. V. De los convenios al Sistema Nacional de Fiscalización. VI. Deficiencias y propuestas. Referencias.

I. Introducción

El ordenamiento constitucional de las finanzas públicas en un Estado es la base para que este pueda cumplir con su función principal de satisfacer las necesidades colectivas mediante un gasto público que permita efectivamente, materializar el disfrute de los derechos humanos bien sea por medio de la prestación de servicios públicos o con las actividades de interés social y colectivo que realicen los gobiernos y sus administraciones públicas.

En los Estados que han optado por un sistema federal para su organización política y jurídica, como es el caso de México, la gestión de las finanzas públicas se complejiza por tener pluralidad de gobiernos y legislaciones.

Por lo anterior, si bien la literatura jurídica sobre el federalismo fiscal se ha concentrado más en la distribución de competencias y potestades en materia impositiva de los diferentes ámbitos de gobierno que tienen los Estados federales, es igualmente indispensable analizar las bases constitucionales del gasto público, particularmente, su control, para que este gasto público, sufragado con las contribuciones de los particulares, cumpla su función.

Las presentes líneas pretenden mostrar las deficiencias del ordenamiento del gasto público en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM)[1] comenzando por sus menciones; se continúa con la revisión de las normas que versan so-

[1] Todas la citas y referencias a los artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se toman de la versión con última reforma del 31 de diciembre de 2024, *https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf* por ello, algunas disposiciones difieren de las expuestas en el XVI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, celebrado en octubre de 2024 cuya grabación puede ser consultada en *https://www.youtube.com/watch?v=8kfOnb5DWA8&t=10s*

bre los diferentes tipos de controles del gasto público para pasar después al análisis particular de uno de ellos, que es la fiscalización superior. Posteriormente, se analizan las disposiciones que sustentan al Sistema Nacional de Fiscalización y se finaliza con unas breves observaciones sobre las actuales deficiencias y posibles vías para mejorar las normas constitucionales del control del gasto público atendiendo a nuestro federalismo.

II. El gasto público en ordenamiento constitucional

El concepto de "gasto público" aparece solo en dos preceptos constitucionales: la primera vez en la fracción IV del artículo 31, la cual establece la obligación de contribuir para los gastos públicos de la federación, los estados, la Ciudad de México y los municipios, siendo esta disposición la base del federalismo fiscal de nuestro país, ya que explicita los tres niveles de gobierno y administración pública que tenemos y los cuales, si tienen gasto público, habrán de tener competencia y potestades impositivas para sufragarlo.

La segunda ocasión que "gasto público" se menciona, es en el artículo 122, apartado A, fracción VI, inciso c), relativo a las facultades de los Concejos de las Alcaldías de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México; dichas facultades, señala el precepto, incluye "controlar el ejercicio del gasto público".

Por otra parte, las palabras "gasto" o "gastos" aparecen en diversos preceptos[2] sin que de ninguno se pueda colegir su definición, naturaleza o alcance. No obstante, es mediante las disposiciones constitucionales que hacen referencia a los "egresos" y a sus "presupuestos", o bien a los "recursos públicos ejercidos" o "resultados del ejercicio de recursos" como se ha podido interpretar y aceptar la definición de "gasto público" como el conjunto de erogaciones que hace el Estado para cumplir con sus fun-

[2] Entre ellos, el artículo 35, fracción VIII, párrafo 3 que deja fuera del mecanismo de consulta popular a sistema financiero, los gastos y el presupuesto de egresos de la federación; el artículo 41, fracción VI, inciso a) que menciona los "gastos de campaña" de los partidos políticos.

ciones y satisfacer las necesidades colectivas.[3] Así, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reiterado en diversas ocasiones que el gasto público, además de tener un sentido social y un alcance de interés colectivo[4], se aprecia mediante las competencias y atribuciones del Estado que se materializan en las actividades prestacionales de sus entes (servicios públicos y atención de necesidades colectivas o sociales) y en sentido formal, el gasto público se concibe en los presupuestos de egresos de la federación o de los estados y municipios. A continuación, se identifica dónde y cómo se establece el control del gasto público en nuestra Carta Magna.

III. El caleidoscópico control del gasto público

Existen múltiples clasificaciones del control del gasto público, entre ellas, la que atiende al momento en que se planea y aprueba (*ex ante*); cuando se está realizando (concomitante); y, posteriormente, cuando se revisa o evalúa (*ex post*); igualmente, se puede separar en control interno, si este se realizó por el ente que efectuó el gasto público; en control externo, si lo hizo un ente diferente; e incluso, hay un control social del gasto público que hacen los ciudadanos mediante la transparencia y acceso a la información financiera de sus gobiernos. Los siguientes Cuadros contienen las referencias de las normas constitucionales que se refieren a esta tipología de controles, la cuales serán descritas posteriormente:

[3] Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *El ingreso y gasto público en México*, Glosario, 2008, p. 7, *https://www.inegi.org.mx/contenidos/productos/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/historicos/2104/702825451646/702825451646_8.pdf*

[4] Tesis 2ª. IX/2005.TA. Gasto público, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época*, t. XXI, enero de 2005, p. 605, *https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/179575* Tesis 619.J, Gasto público, naturaleza constitucional del, *Semanario Judicial de la Federación,* Apéndice, Séptima Época, Tomo I, 2011, p. 1761, *https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/apendice/1011911*

Cuadro 1
Tipos de control de acuerdo con el momento que se realiza

Ex ante	*Concomitante*	*Ex post*
73, VII. Facultad del Congreso para imponer contribuciones para cubrir presupuesto 74, IV. Facultad de los diputados para aprobar el Presupuesto de Egresos de la Federación 116, II, p. 4 y 5. Facultad de las legislaturas estatales para aprobar los presupuestos de egresos y la inclusión en ellos de los tabuladores de las remuneraciones de los servidores públicos 117, VIII. Límites objetivos de la deuda pública que pueden contraer los Estados y Municipios 122, A. V, p. 3 y VI, p. 2. Facultad de los legisladores para aprobar los presupuestos de egresos de la CDMX y sus demarcaciones territoriales y la inclusión en ellos de los tabuladores de las remuneraciones de los servidores públicos 127. Obligación de la remuneración para los servidores públicos	73, XXVIII. Facultad del Congreso para legislar sobre contabilidad gubernamental para información homogénea de Estados y Municipios 113, III, b). Atribuciones del Sistema Nacional Anticorrupción sobre políticas públicas de control recursos 126. Prohibición de efectuar pagos no comprendidos en el Presupuesto de Egresos de la Federación o en ley posterior 134. Principios para el ejercicio de los recursos económicos	26, B. Medición de la pobreza y la evaluación de los programas, objetivos, metas y acciones de la política de desarrollo social a cargo del Instituto Nacional de Estadística y Geografía 41, V, A y B. Existencia de un órgano interno de control para la fiscalización de ingresos y egresos del Instituto Nacional Electoral y de los partidos políticos y candidatos. 73, XXIV. Facultad del Congreso para legislar sobre la organización y facultades de la Auditoría Superior de la Federación. 74, fracc. VI. Facultad exclusiva de los diputados para revisar la cuenta pública 79. Organización y reglas generales del trabajo de la Entidad de Fiscalización Superior (Auditoría Superior de la Federación) 115, IV, c.) Facultad de las legislaturas estatales para revisión cuentas públicas municipales 116, II, p. 6, 7 y 8. Obligación de las legislaturas estatales para tener una Entidad de Fiscalización Superior; atribución para el nombramiento del titular; y plazo para la presentación de la cuenta pública 122, A. II, p. 6, 7 y 9. Obligación de la Legislatura de la Ciudad de México para tener una Entidad de Fiscalización Superior; atribución para el nombramiento del titular; y plazo para la presentación de la cuenta pública 134, p. 2. Evaluación por instancias técnicas del ejercicio de los recursos sin menoscabo de lo relativo a la Auditoría Superior de la Federación y el Instituto Nacional de Estadística y Geografía

Fuente: Elaboración propia con base en la CPEUM, última reforma del 31 de diciembre de 2024.

Cuadro 2
Tipos de control de acuerdo con el sujeto que se realiza

Tipos de control de acuerdo al sujeto que lo realiza		
Interno	*Externo*	*Social*
41, V, A, p. 8. Existencia de un Órgano Interno de Control del Instituto Nacional Electoral y facultad de la Cámara de Diputados para el nombramiento de su titular 73, XXIV. Facultad del Congreso para legislar sobre gestión, control y evaluación de los Poderes de la Unión y los entes públicos federales y para expedir la ley general del Sistema Nacional Anticorrupción 74, VIII. Facultad de los diputados para nombrar a los Titulares de los Órganos Internos de Control de los Organismos Constitucionales Autónomos 109, III, p. 5 y 6. Obligación de los entes públicos federales, estatales y municipales para tener Órganos Internos de Control 113. Mención de la Secretaría responsable del control interno federal	73, XXIV. Facultad del Congreso para legislar sobre la organización y facultades de la Auditoría Superior de la Federación 79. Organización y reglas generales del trabajo de la Entidad de Fiscalización Superior (Auditoría Superior de la Federación) 113. Existencia y bases del Sistema Nacional Anticorrupción con atribuciones sobre políticas de control y fiscalización de los recursos públicos 116, II, p. 6, 7 y 8. Obligación de las legislaturas estatales para tener una Entidad de Fiscalización Superior; atribución para el nombramiento del titular; y plazo para la presentación de la cuenta pública 122, A. II, p. 6, 7 y 9. Obligación de la Legislatura de la Ciudad de México para tener una Entidad de Fiscalización Superior; atribución para el nombramiento del titular; y plazo para la presentación de la cuenta pública 134, p. 2. Evaluación por instancias técnicas del ejercicio de los recursos sin menoscabo de lo relativo a la Auditoría Superior de la Federación y el Instituto Nacional de Geografía y Estadística	6, A, I, V, y VIII. Derecho de acceso a la información pública; competencia en leyes de la materia para que los órganos internos de control conozcan los procedimientos de revisión de lo sujetos obligados a dar información; obligación de archivar y publicar información completa y actualizada sobre el ejercicio de los recursos públicos y los indicadores que permitan rendir cuenta del cumplimiento de sus objetivos y de los resultados obtenidos 79, II. Carácter público los informes de la Auditoría Superior de la Federación 116, II. Carácter público de los informes de las Entidades de Fiscalización Superior locales (estados) 122, A, II, p. 8 Carácter público del informe de la Entidad de Fiscalización Superior de la Ciudad de México

Fuente: Elaboración propia con base en la CPEUM, última reforma del 31 de diciembre de 2024.

El control *ex ante* del gasto público, se establece en nuestra Constitución en las fracciones VIII del artículo 73 y IV del artículo 74; la primera otorga facultad al Congreso para imponer las contribuciones que cubran el Presupuesto de Egresos de la Federación y la segunda, otorga como facultad exclusiva de la Cámara de Diputados, la aprobación de dicho Presupuesto. Esta última fracción, además, contiene el proceso básico -formas y plazos- para que este instrumento se materialice año con año. Las legislaturas de las entidades federativas a su vez aprueban sus presupuestos de egresos y los de sus municipios (artículos 116, fracción II, párrafo 4 y 112, fracción V, párrafo 3).

El control concomitante del gasto público, lo encontramos referido en el artículo 134[5] constitucional el cual refiere los principios del ejercicio de los recursos económicos de que dispongan la federación, las entidades federativas, los municipios y las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México; esta norma también, junto con el artículo 26, B, fundamenta la evaluación de los resultados del ejercicio de esos recursos, es decir, del gasto público. Por su cuenta, la contabilidad gubernamental, basada en la fracción XXVIII del artículo 73, ha homogeneizado la información financiera y sus reportes durante el ejercicio de los recursos públicos.

Respecto al control interno, este es de reciente aparición en las normas constitucionales[6] y sucede con motivo de la creación en 2015 del Sistema Nacional Anticorrupción y los cambios consecuentes en materia de responsabilidades de los servidores públicos. Se encuentra referido como la "Secretaría del Ejecutivo federal responsable del control interno" (artículos 109 y 113) y al mencionarse a los "órganos internos de control" de los entes públicos federales (artículo 109) y de los titulares de los órganos internos de control de los organismos que gozan de autonomía constitucional; dichos titulares son nombrados por la Cámara de Diputados (artículos 28, fracción XII; 41, fracción, V, inciso e),

[5] El 20 de diciembre de 2024 se reformó la CPEUM para desaparecer al Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social y transferirle esa función al Instituto Nacional de Estadística y Geografía.

[6] En forma genérica como "control", aparece como una de las facultades legislativas del Congreso, señaladas en el artículo 73, fracción XXIV.

Apartado A; 73, fracción XXIV; y 74, fracción VIII). En lugar de asentarlo en los artículos 116 y 122 -reguladores de los estados y la Ciudad de México- el mismo artículo 109 en su fracción III, párrafo 6, establece la obligación de los entes públicos estatales y municipales y del Distrito Federal y sus demarcaciones territoriales (SIC), para que tengan un órgano interno de control.

Pasando al control externo, la Cámara de Diputados en forma exclusiva, según la fracción VI del artículo 74 de nuestra Carta Magna, revisa por medio de la Auditoría Superior de la Federación (ASF), la cuenta pública que contiene la información sobre los egresos y gastos realizados, es decir sobre el gasto público, configurándose de esta forma, un control *ex post*. En complemento, el artículo 79 regula en forma amplia la configuración y trabajo de la ASF.

Llama la atención que este control externo del gasto público federal no sea una facultad también del Senado de la República como sucede en otros Estados federales, como lo es Alemania[7], lo que anula la vigilancia de los representantes de las entidades federativas, situación no deseable en un federalismo fiscal. Aunado a lo anterior, el ordenamiento constitucional no vincula los resultados de la fiscalización del gasto público con las decisiones sobre las asignaciones presupuestarias, desperdiciando así la utilidad de los informes que emite la ASF y las instituciones homólogas subnacionales e impidiendo alcanzar la finalidad última de la fiscalización superior que es mejorar la calidad del gasto público.

Por lo que toca al ámbito estatal y municipal, con el objetivo de armonizar, más bien se ha homologado por medio de varias

[7] Figueroa Neri, Aimée y Kloster, Frank, "Tribunal Federal de Cuentas de Alemania", en Aimée Figueroa Neri, *La Auditoría Superior de México en el horizonte internacional de la Fiscalización Superior*, México, Auditoría Superior de la Federación-Honorable Cámara de Diputados, 2007, pp. 49-70 y Teschner, Reiner, "La Fiscalización Pública en la República Federal de Alemania. La relación entre el Tribunal Federal de Cuentas y los Tribunales de Cuentas de los Länder (Estados federados)", *Revista Española de Control Externo*, núm. 7, 2001, pp. 49-67, *https://www.tcu.es/repositorio/3e5aefa8-9db9-43ea-ae2e-5dd9b48a412f/N07%20TESCHNER%20FISCALIZACION.pdf*

reformas constitucionales a los artículos 116 y 122 de nuestra Máxima Norma, que las entidades federativas tengan entidades de fiscalización superior similares a la ASF y sea la misma fecha de entrega de las cuentas públicas estatales, lo que, sumado a una misma contabilidad gubernamental ya señalada, reduce el espacio para que los congresos locales tengan un diseño propio del control del gasto público estatal y municipal. Y esto también, es de reconocerse, se deriva de la "federalización" de las transferencias financieras a los Estados y Municipios, es decir, del centralismo fiscal que tenemos en México reconocido por diversos autores.[8]

Hay que tener en cuenta, por otra parte, que la fiscalización superior de ámbito estatal incluye la revisión de las cuentas públicas municipales conforme se establece en la fracción IV, inciso c) del artículo 115 constitucional.

Así mismo, se debe tener presente que existe una excepción importante a la revisión que hace la ASF sobre el gasto público federal: el Instituto Nacional Electoral el cual tiene un órgano interno de control con facultades fiscalizadoras según se establece

[8] Entre otros, Centro de Estudios de las Finanzas Públicas, *Retos del Federalismo Hacendario*, 2018, Cámara de Diputados, México, *https://www.cefp.gob.mx/transp/CEFP-70-41-C-Estudio0013-270718.pdf*; Herrera González, Vladimir y Clavellina Miller, José Luis, "Hacia un nuevo pacto fiscal federal en México", en Martha Patricia Patiño Fierro y Gerardo Cruz Reyes (coord.), *200 Años del Pacto Federal: Significado, Actualidad y Perspectivas*, México, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, 2022, pp. 173-168, *https://www.researchgate.net/publication/359146489_200_anos_del_Pacto_Federal_Significado_actualidad_y_perspectivas*; Rabell García, Enrique, "El enfrentamiento fiscal en México", en José Ma. Serna de la Garza (coord.), *Perspectivas actuales del federalismo mexicano: leyes, políticas públicas y entorno social*, México, IIJ-UNAM, 2022, pp. 359-386, *https://tinyurl.com/46xdxc3j*; Ríos Granados, Gabriela, "Aprendizaje del federalismo hacendario: el caso de la pandemia por la COVID-19", en José Ma. Serna de la Garza (coord.), *op. cit*.; y, Salazar Medina, Julián, "Federalismo fiscal: hacia una descentralización ¿una nueva ley de coordinación fiscal?", en Martha Patricia Patiño Fierro y Gerardo Cruz Reyes (coord.), *200 Años del Pacto Federal: Significado, Actualidad y Perspectivas*, México, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, 2022, pp. 201-210, h*ttps://www.researchgate.net/publication/359146489_200_anos_del_Pacto_Federal_Significado_actualidad_y_perspectivas*

en el artículo 41, fracción V, apartados A y B. Este órgano mantendrá una coordinación técnica con la ASF.

Respecto del control social del gasto público por medio de la transparencia y acceso a la información pública, su fundamento constitucional lo encontramos en los artículos 6,[9] apartado A; 79, fracción II; 116, fracción II; y, 122 apartado A. fracción II, los cuales se desglosan a continuación:

En el artículo 6, apartado A, fracción I, se asienta con claridad que toda información federal, estatal y municipal es pública y en la fracción V del mismo apartado, se establece la obligación para los sujetos que ejerzan recursos públicos de archivar y publicar la información completa y actualizada de dicho ejercicio y de "los indicadores que permitan rendir cuenta del cumplimiento de sus objetivos y de los resultados obtenidos". Por otro lado, el carácter público de los informes de la ASF y sus homólogas estatales queda establecido en los preceptos señalados de los artículos 79, 116 y 122, reafirmando así la importancia del documento y su acceso a la sociedad.

Tras este breve resumen cartográfico para ubicar las disposiciones constitucionales del control de los gastos públicos de los tres ámbitos de gobierno que tiene México, a continuación, se analiza el que realiza la ASF y sus pares subnacionales y que, como se asentó, son los auxiliares de los poderes legislativos en su deber de revisar la cuenta pública que emiten los poderes ejecutivos, efectuándose con esta labor, una vigilancia entre poderes públicos, mecanismo esencial para el control del poder.

IV. La fiscalización superior, el auxilio técnico del legislativo

La vigilancia del gasto público por parte del poder legislativo ha estado presente desde que México se conformara como una

[9] El 20 de diciembre de 2024 se publicó en el Diario Oficial de la Federación, la reforma a este artículo eliminando al Instituto Nacional de Transparencia Acceso a la Información y Protección de Datos Personales el cual era el órgano garante de esos derechos.

nación independiente[10]. Así, el artículo 50, fracción VIII, de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824[11] establecía como facultad exclusiva del Congreso General "fijar los gastos generales, establecer las contribuciones necesarias para cubrirlos, arreglar su recaudación, determinar su inversión, y tomar anualmente cuentas al gobierno".

Los Estados, por su parte, tenían establecida en el artículo 161, fracción VIII, la obligación de "remitir anualmente a cada una de las cámaras del congreso general nota circunstanciada y comprensiva de los ingresos y egresos de todas las tesorerías que haya en sus respectivos distritos, con relación del origen de unos y otros...".

Para cumplir este deber de vigilancia del gasto público, el poder legislativo ha tenido el auxilio desde aquellas épocas y como sucede en otras latitudes, de una institución técnica especializada; no cabe en este espacio detallar la historia de esa institución, pero baste apuntar que la Contaduría Mayor de Hacienda decretada el 16 de noviembre de 1824, quedó bajo la inspección de la Cámara de Diputados[12] y tuvo diversas transformaciones y es el antecedente de la actual ASF que fue creada por medio de la reforma al artículo 79 de la Constitución publicada el 30 de julio de 1999 y su ley de desarrollo, Ley de Fiscalización Superior de la Federación, el 29 de diciembre de 2000.

La relación de la ASF con la Cámara de Diputados, el alcance de su autonomía institucional[13] y sus informes, así como la

---

10 Antes de ese momento, se encuentran antecedentes del control del gasto en las figuras de la época colonial, al respecto, se puede consultar la obra Auditoria Superior de la Federación, *1824-2004 180 años de rendición de cuentas y fiscalización en México*, 2004, México, Auditoría Superior de la Federación-Honorable Cámara de Diputados.

11 Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos 1824, *https://museodelasconstituciones.unam.mx/wp-content/uploads/2023/03/1824-Constitucion-Federal.pdf*.

12 Auditoria Superior de la Federación, *1824-2004 180 años de rendición de cuentas , cit*., p. 122.

13 Ackerman, John M. y Astudillo, César (coords.), *La autonomía constitucional de la Auditoría Superior de la Federación*, México, IIJ-UNAM.

coordinación con las entidades de fiscalización superior locales y con las instancias de control interno, han sido temas de intensos debates académicos,[14] legislativos y jurisprudenciales,[15] y es todavía un recorrido inconcluso a pesar de los más de 20 años transcurridos. Para efectos de este trabajo, en el siguiente apartado, se concentra la atención en la coordinación de la ASF y sus homólogas estatales, al amparo de las actuales disposiciones constitucionales.

V. De los convenios al Sistema Nacional de Fiscalización

En el inicio de las labores de la ASF, el mecanismo para que pudiera fiscalizar los recursos federales transferidos y ejercidos por los Estados y municipios, sin vulnerar la soberanía estatal y la autonomía municipal, fue la celebración de convenios de coordinación y colaboración, previstos en la primera Ley de Fiscalización Superior de la Federación.[16] Esta vía, sin embargo, no fue bien recibida por todas las entidades federativas y los convenios demoraron siete años en ser firmados en su totalidad y hubo, además, la interposición de controversias constitucionales que tuvieron que ser resueltas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación para determinar que la fiscalización superior es una competencia concurrente que pueden realizar tanto las entidades de fiscalización superior locales como la federal.[17]

---

14 Entre otros, Chaires Zaragoza, Jorge, *La fiscalización del ejercicio de los recursos públicos en el sistema federal mexicano,* México, Cámara de Diputados, 2017; Figueroa Neri, Aimée, "Separación de poderes públicos y entidades fiscalizadoras superiores". *Revista de Derecho Foro*, núm. 18, 2012, pp. 31-43; y, Flores Medina, Rubén Jaime, *Gasto público y control de la corrupción*, México, Tirant lo Blanch, 2019.

15 Controversias constitucionales 42/2004 y 87/2003, citadas por Chaires Zaragoza, Jorge, *Federalismo mixto en México: de un federalismo dual a un federalismo nacional*, México, Universidad de Guadalajara, 2018, p. 82.

16 Artículo 16, fracción XVIII de la Ley de Fiscalización Superior de la Federación, abrogada, *https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/lfsf/LFSF_abro.pdf.*

17 Chaires Zaragoza, Jorge, *Federalismo mixto en México , cit*., pp. 82 y 83.

En el 2008 se reforman los artículos 79, 116 y 122 constitucionales para, como se dijo líneas arribas, homologar más que armonizar, el perfil básico de las entidades de fiscalización superior locales con la ASF, así como la forma de elección de su titular y también, para confirmar la competencia directa de este órgano fiscalizador sobre los recursos federales transferidos y ejercidos por los estados y municipios, que pasaron a denominarse "gasto federalizado".

La evolución de las leyes federales y estatales de la materia[18] dan cuenta de la conformación de una fiscalización superior que intenta ser simétrica en las instituciones y procesos federales y subnacionales, pero con una fuerte presencia de la ASF en las entidades federativas causada por la dependencia financiera de los Estados y municipios del gasto transferido por la federación. Y, por otro lado, la coordinación entre los órganos internos de control y las entidades de fiscalización superior para auditar eficazmente también ha sido un esfuerzo institucional en el marco de las competencias y atribuciones de dichos entes tanto federales como estatales.

Transcurrieron los años y el control del gasto público mediante las revisiones internas y externas, continuaba con vacíos o duplicidades así como con una diversidad legislativa y de metodologías entre las 33 entidades de fiscalización superior y los respectivos órganos internos de control, por lo que el 30 de noviembre de 2010, emiten un pronunciamiento para impulsar la creación del Sistema Nacional de Fiscalización (SNF)[19] y este comienza a conformarse sin un sustento constitucional y bajo el liderazgo de la ASF y la Secretaría de la Función Públi-

[18] Figueroa Neri, Aimée (dir.), *Buenas, malas y raras. Las leyes mexicanas de fiscalización superior (2000-2009)*, México, Cámara de Diputados-Auditoría Superior de la Federación, 2009.

[19] Sistema Nacional de Fiscalización, Pronunciamiento de la Secretaría de la Función Pública, la Auditoría Superior de la Federación, los Órganos de Control de los Estados y del Distrito Federal , así como de las Entidades de Fiscalización Superior Locales para que en el ámbito de su competencia se impulse la creación de un Sistema Nacional de Fiscalización, *https://www.snf.org.mx/SharedFiles/Download.aspx?pageid=96&mid=103&fileid=44*

ca; durante el periodo 2010-2016 se celebraron siete reuniones plenarias.[20]

El SNF se establece en los artículos 37 a 47 de la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción (LGSNA) que es la ley de desarrollo del artículo 113 constitucional, fundamento del Sistema Nacional Anticorrupción (SNA) cuya finalidad es la coordinación entre las autoridades de todos los órdenes de gobierno competentes en materia de responsabilidades administrativas y hechos de corrupción, así como en la fiscalización y control de recursos públicos. En el Comité Coordinador del SNA están los titulares de la ASF y de la Secretaría de la Función Pública, es decir, los responsables del control externo e interno del ámbito federal. A casi 10 años de creación del SNA, se ha cuestionado su funcionamiento y resultados, particularmente lo relativo a la coordinación federalista que se esperaba.[21]

Retomando al SNF, en esta segunda etapa de vida, se mantiene en los artículos 37 y 38 de la LGSNA la misma conformación que ya tenía antes de la reforma del 2015 así como el liderazgo de la ASF y la Secretaría de la Función Pública, con una presidencia dual y permanente del SNF. En la página web del SNF se registran 5 reuniones plenarias entre 2017 y 2019[22] y parece que ha dejado de actualizarse la información sobre estas reuniones, aunque sí están disponibles los informes que entrega este Sistema al SNA.[23] Cabe destacar que ni el Comité Coordinador del SNA ni el Comité Rector del SNF incluye a ningún titular de organismos de nivel

---

20 Sistema Nacional de Fiscalización, Reuniones plenarias, *https://www.snf.org.mx/reuniones.aspx*

21 Entre otros, Camacho Pérez, Jason Alexi y Muñoz-Rivero Manrique, Emilio, "Política Nacional Anticorrupción: coordinación de políticas y retos para su implementación". *Estudios Políticos,* núm. 53, 2021, p. 172. DOI: *https://doi.org/10.22201/fcpys.24484903e.2021.53.79435*; y Nieto Morales, Fernando, "El legado del "sexenio de la corrupción": los retos del sistema nacional anticorrupción. *Foro Internacional* Vol. LX, núm. 240, 2020, pp. 706 y 707. DOI: *10.24201/fi.v60i2.2736.*

22 Sistema Nacional de Fiscalización, Reuniones plenarias, *https://www.snf.org.mx/reuniones.aspx*

23 Sistema Nacional de Fiscalización, Informes del Sistema Nacional de Fiscalización al Comité Coordinador del Sistema Nacional Anticorrupción, *https://www.snf.org.mx/informe-al-ccsna.aspx*

estatal o municipal, por lo que la rectoría de la coordinación está a cargo de instituciones federales, "nacionalizándose" la materia y siendo los Sistemas Anticorrupción Locales una réplica del nacional, pero sin una auténtica competencia propia o incidencia en ambos sistemas.

Esta "nacionalización" del control interno y fiscalización superior del gasto público deja poco margen a las legislaturas estatales para establecer un modelo *ad hoc* a las necesidades de su entidad federativa y sus municipios[24] y obliga, sin que se cumpla totalmente, a una homologación tal vez deseable en términos contables pero forzada en términos metodológicos y materiales de las auditorías que realizan las entidades de fiscalización superior locales y los órganos de control interno estatales y municipales. En el siguiente y último apartado se recapitulan las deficiencias que origina este entramado normativo constitucional y se esbozan unas vías de mejora.

VI. Deficiencias y propuestas

La precisión y claridad de las normas son cualidades deseables en los preceptos escritos por lo que, si bien hay una interpretación jurisprudencial que ha permitido entender el alcance del concepto de gasto público por medio de su formalización en el presupuesto de egresos de los gobiernos y sus instituciones, se podría redactar en la Carta Magna lo concerniente al gasto público en forma más precisa y ordenada; particularmente para determinar cómo se integra el gasto público federal o si será un gasto público nacional.

Adicionalmente, el mandato sobre el control interno es imposibles de cumplir ya que por un lado no se sabe con certeza cuántos entes públicos hay en cada uno de los gobiernos municipales y estatales y, por otro lado, no todos los entes públicos podrán tener la estructura y, en consecuencia, los procesos que establece

[24] Sobre la diversidad municipal y las formas de legislar en un contexto multinivel puede consultarse a Serna de la Garza, José María, "Perspectivas de reforma al régimen municipal en México" en José María Serna de la Garza (coord.), *op. cit.*, pp. 139-148.

la Ley General de Responsabilidades Administrativas que es la ley de desarrollo de la norma constitucional. Permitir que cada entidad federativa y municipio configure su control interno de acuerdo con sus capacidades y necesidades, pero con base en un modelo y principios constitucionales, atendería mejor al espíritu federalista y sería más útil para el control del gasto público.

Respecto del control social del gasto público se observa que las disposiciones constitucionales están repartidas entre el carácter público de los informes de las entidades de fiscalización superior y las disposiciones en materia de transparencia y acceso a la información pública; estas normas, además no utilizan los mismos conceptos como se expuso, lo que se presta a confusiones. Por ello, no se está materializando adecuadamente el derecho humano al acceso a la información sobre el destino del gasto público y la calidad de este. Una opción para solucionar esto, podría ser remitir de las disposiciones del artículo 6 al artículo 74, para concentrar en el contenido y carácter público de los informes de revisión de las cuentas públicas y evitar así la confusión y dispersión.

Una cuestión más que es inconsistente es la configuración constitucional de la fiscalización superior del gasto público la cual tiene rasgos de federalismo dual; sin embargo, el SNA que se vincula al SNF, implica la nacionalización de las políticas públicas y metodologías del control del gasto público de los tres órdenes de gobierno, impidiendo que los estados y municipios ejerzan con plenitud su competencia en la materia, pero tampoco reconoce la centralización que produce.

Por lo que toca al aspecto técnico para mejorar las auditorías al gasto público, es necesario decidir y establecerlo así en nuestra Carta Magna, que el SNF concentrará todo el ordenamiento técnico de la materia, evitando las 32 leyes estatales que solo replican la legislación federal y para respetar a las entidades federativas y los municipios, incorporarlos en la toma de decisiones de forma auténtica, incluyendo la obligación de los titulares de las entidades de fiscalización superior locales de asumir alternadamente, la presidencia del Comité Rector del SNF.

Aunado a lo anterior, no es deseable la fragmentación de la fiscalización superior que se genera con la existencia de un ór-

gano fiscalizador especial para los recursos asignados y ejercidos por el Instituto Nacional Electoral y los partidos políticos.

Por último, dos propuestas más: si se quiere que la fiscalización superior cumpla con su función técnica y derive en la vigilancia política del poder legislativo merece la pena incluir al Senado en esta vigilancia. Asimismo, los informes de los órganos fiscalizadores deben ser tomados en cuenta como un insumo técnico en las asignaciones presupuestarias. De esta forma, también serían útiles en el entramado y decisiones del federalismo fiscal.

Referencias

Ackerman, John M. y Astudillo, César (coords.), *La autonomía constitucional de la Auditoría Superior de la Federación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.

Auditoría Superior de la federación, *1824-2004 180 años de rendición de cuentas y fiscalización en México*, 2004, México, Auditoría Superior de la Federación-Honorable Cámara de Diputados.

Centro de Estudios de las Finanzas Públicas, *Retos del Federalismo Hacendario*, 2018, Cámara de Diputados, México.

Camacho Pérez, Jason Alexi y Muñoz-Rivero Manrique, Emilio, "Política Nacional Anticorrupción: coordinación de políticas y retos para su implementación", *Estudios Políticos,* núm. 53, 2021.

Chaires Zaragoza, Jorge, *La fiscalización del ejercicio de los recursos públicos en el sistema federal mexicano,* México, Cámara de Diputados, 2017.

Chaires Zaragoza, Jorge, *Federalismo mixto en México: de un federalismo dual a un federalismo nacional*, México, Universidad de Guadalajara, 2018.

Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos 1824.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Figueroa Neri, Aimée y Kloster, Frank, "Tribunal Federal de Cuentas de Alemania", en Figueroa Neri, Aimée, (coord.), *La Auditoría Superior de México en el horizonte internacional de la Fiscalización Superior*, México, Auditoría Superior de la Federación-Honorable Cámara de Diputados, 2007.

Figueroa Neri, Aimée (dir.), *Buenas, malas y raras. Las leyes mexicanas de fiscalización superior (2000-2009)*, México, Cámara de Diputados-Auditoría Superior de la Federación, 2009.

Figueroa Neri, Aimée, "Separación de poderes públicos y entidades fiscalizadoras superiores", *Revista de Derecho Foro*, núm. 18, 2012.

Flores Medina, Rubén Jaime, *Gasto público y control de la corrupción*, México, Tirant lo Blanch, 2019.

Herrera González, Vladimir y Clavellina Miller, José Luis, "Hacia un nuevo pacto fiscal federal en México", en Martha Patricia Patiño Fierro y Gerardo Cruz Reyes (coord.), *200 Años del Pacto Federal: Significado, Actualidad y Perspectivas*, México, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, 2022.

Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *El ingreso y gasto público en México*, Glosario, 2008.

Ley de Fiscalización Superior de la Federación, abrogada.

Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción.

Ley General del Responsabilidades Administrativas.

Nieto Morales, Fernando, "El legado del "sexenio de la corrupción": los retos del sistema nacional anticorrupción. *Foro Internacional* Vol. LX, núm. 240, 2020.

Rabell García, Enrique, "El enfrentamiento fiscal en México", en José Ma. Serna de la Garza (coord.), *Perspectivas actuales del federalismo mexicano: leyes, políticas públicas y entorno social*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2022.

Ríos Granados, Gabriela, "Aprendizaje del federalismo hacendario: el caso de la pandemia por la COVID-19", en José Ma.

Serna de la Garza (coord.), Perspectivas actuales del federalismo mexicano: leyes, políticas públicas y entorno social, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2022.

Salazar Medina, Julián, "Federalismo fiscal: hacia una descentralización ¿una nueva ley de coordinación fiscal?", en Martha Patricia Patiño Fierro y Gerardo Cruz Reyes (coord.), *200 Años del Pacto Federal: Significado, Actualidad y Perspectivas*, México, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, 2022.

Serna de la Garza, José María, "Perspectivas de reforma al régimen municipal en México" en José María Serna de la Garza (coord.), *Perspectivas actuales del federalismo mexicano: leyes, políticas públicas y entorno social.* México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2022.

Teschner, Reiner, "La fiscalización pública en la república federal de Alemania. La relación entre el tribunal federal de cuentas y los tribunales de cuentas de los Länder (estados federados)", Revista Española de Control Externo, núm. 7, 2001.

Tesis 2ª. IX/2005;TA. Gasto público, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época*, t. XXI, enero de 2005.

Tesis 619, Gasto público, naturaleza constitucional del, *Semanario Judicial de la Federación,* Apéndice, Séptima Época, Tomo I, 2011.

Metropolitan governance

***

Gobernanza metropolitana

Alfonso Navarrete Prida

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

Metropolises are cities that present certain attributes, they represent a conglomerate of two or more cities that belong to the same entity or to diverse geographic-political groups, therefore make the administration and exercise of government more complex, since they have multiple relationships when not they are interdependent. Hence the challenge that its governance presents.

According to Norris, Metropolitan Governance is understood as the way in which "governments, organized groups and residents in a given metropolitan area can associate for the purpose of controlling or regulating their behavior and the operation or provision of services for the area as a whole".[1] This approach implies overcoming the view that metropolitan agreements are reduced to intergovernmental decisions and in exchange requires incorporating other actor through various association mechanisms. This idea is articulated with those of flexibility, unity and diversity typical of a federal government model, like that of our country.

[1] Norris, "Perspectivas de gobernanza regional en el marco del nuevo regionalismo: imperativos económicos frente a impedimentos políticos", Revista de Urbanismo Negocios, 2001.

Therefore, talking about Metropolitan Governance in Federal Government models means a new way of addressing metropolitan problems through mechanisms for coordinating the political will of various levels of Government and their active participation, without excluding the people who settle in that territory for the sustainable management of cities.

Metropolitan Governance is a crucial issue in the context of rapid urbanization and expansion of cities; it refers to the coordination and management of public policies in metropolitan areas and jurisdictions and presents multiple challenges:

a) Institutional Fragmentation: The existence of multiple local governments can make it difficult to coordinate and implement coherent policies.[2]
b) Socioeconomic Inequalities: Metropolitan areas often face significant disparities in terms of income, access to services and economic opportunities.[3]
c) Environtmental Sustainability: The management of natural resources and the reduction of the ecological footprint are critical challenges in metropolises.[4]
d) Encourage Citizen Participation: Involving the community in decisión-making can improve the legitimacy and effectiveness of metropolitan policies.[5]
e) Develop Integrated Policies: Address metropolitan problems in a holistic manner, considering economic, social and environtmental aspects.[6]

---

2 Gobernanza metropolitana en México: instituciones e instrumentos. *https://revista.clad.org/ryd/article/download/160/319/1043*

3 Goma. R., *Retos y fragilidades de la gobernanza metropolitana en la era de las metrópolis*, *https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/estado-abierto-vol-2-numero-2-3-goma.pdf*.

4 Díaz, A., Gobernanza metropolitana en México: instituciones e instrumentos, 2018, *https://revista.clad.org/ryd/article/download/160/319/1043*

5 BID, Construyendo gobernanza metropolitana - Inter-American Development Bank, 2019, *https://publications.iadb.org/es/construyendo-gobernanza-metropolitana*

6 Papers N.61 (2018). Gobernanza Metropolitana. Institut Metròpoli. *https://www.institutmetropoli.cat/es/revistapapers/n-61-gobernanza-metropolitana/*

Speaking of our country, of the various factors to consider in Metropolitan Governance, a primary one is the legal regime, our Constitution suffers from two serious omissions:

1. It does not contain a specific chapter for a Free Municipality, however it indicates it as the basis of the political and administrative organization, although article 115 establishes tha bases of the municipal regime, this article is located in the Chapter called "De los Estados de la Federación y de la Ciudad de México", it is considered pertinent given the historical, cultural, political and administrative importance of the municipality to create a chapter or a specific title on this organization that was created before the states and the Federation in our country, it would be an addition that would not change the nature of the municipality, but would recognize its importance at a constitutional level and could establish powers and attributions for metropolitan municipalities, such as requesting their legal inclusion in a metropolitan área; and
2. The Constitution does not explicity point out the phenomenon of metropolis in the country, it only states one of them.

Certainly, the constitutional provision that empowers municipalities to coordinate and associate to make the provision of public services more efficient and better exercise their functions has existed for years, which in the case of metropolitan municipalities constitutes a form of governance; it will be up to the municipal organic laws of each entity to establish the norms under which the association of municipalities is finalized.

There is also the figure of the assumption of functions that occurs when a municipality agrees with the state on the provision of services or, the legislature itself determines in case there is no legal instrument and considers the necessary measure, the provision that Article 116, section VII, allows operating *a contrario sensu* to make it legally posible to asume the execution and operation of public works and the provision of public services of the state through an agreement in cases where there is the institutional capacity to do so.

Within the framework of federal and local laws, municipalities, in accordance with article 115, have important powers such

as formulating, approving and managing the zoning of their urban development plans and participating in the formulation of regional develpment plans, in the creation and administration of ecological reserved areas and in the development and execution of public passenger transport programs when they impact their territory, these provisions clearly constitute manifestations of governance, if they are municipalities of this nature and make clear the interest in establishing the foundations for it based on a series of constitutional reforms that have occurred in recent years.

Article 115 section VI states that "When two or more urban centers located in municipal territories of two or more federative entities form a demographic continuity, the Federation, the federative entities and the respective Municipalities, within the scope of their powers, will plan and regulate in a joint and coordinated manner the development of those centers, including criteria for mobility and road safety, in accordance with the federal laws on the matter", however, it does not establish the figure of the metrópolis although for several years now decades this is a reality that is recognized by the authorities of the diferent levels of government.

For its part, article 122 establishes the constitutional bases of Mexico City and contains a set of provisions related to the Metropolitan Zone of the Valley of Mexico, among others, that the Federation, the City and its territorial demarcations, as well as the States and metropolian municipalities will determine the administrative coordination mechanisms for the planning of development and the execution of regional actions in the provision of public services in accordance with what is established by the regulatory law.

The article was reformed in 2020 to establish an important instance of metropolitan governance, which is the Metropolitan Development Council, in which actions are agreed between political entities in various areas such as human settlements, mobility, road safety, environmental protection, preservation and restoration of ecological balance, transportation, transit, drinking water and drainage system; garbage collection, treatment and disposal of solid waste and public safety, thereby replacing the

old metropolitan commissions that were incorporated in 1993 and that carried out the function of coordinating actions between the authorities of the then Distrito Federal (Mexico City) and the Estado de Mexico.

Although these are provisions of great relevance, these are limited to the scope of the Metropolitan Zone of the Valley of Mexico, so, in light of the unstoppable growth of urban areas and the formation of large metropolises and metropolitan areas in the country, it is necessary to constitutionally recognize all of them and those that are considered as such in the future by the competent authorities: the Secretariat of Agrarian, Territorial and Urban Development, the National Institute of Statistics and Geography, and the National Population Council.

The law that regulates the constitutional provisions related to the phenomenon of Metropolis –although it is not called this way in the Mexican Constitution which, as noted before, only refers to the Metropolitan Zone of the Valley of Mexico- is the General Law of Human Settlements, Territorial Planning and Urban Development issued in 2016, which has been the subject of various reforms, the last of which was published on April 1 of this year.

This Law establishes, among other aspects, the concurrent jurisdiction of the municipalities, the territorial demarcations of Mexico City, the states and the Federation in matters of planning, territorial ordering, human settlements, urban development and metropolitan development, powers that shall be exercised through coordination and agreement mechanisms that are generated, that is, through metropolitan governance, although this concept, as has been commented, is much broader than the sole agreement of political wills between authorities.

It contains relevant provisions related to the necessary coordination between levels of government, establishes the National Council for Territorial Planning and Urban Development and provides for the possibility of having various planning bodies.

Thus, the General Law defines three institutions in charge of collaborating in planning, all of them with a legal-administrative nature of decentralized organizations and, therefore, with their own legal personality and assets:

a) The Municipal Planning Institute created and operated by municipalities with a population equal to or greater than one hundred thousand inhabitants.
b) The Multi Municipal Planning Institute created and operated jointly by associated municipalities, with a population of less than one hundred thousand persons and,
c) The Metropolitan Planning Institute, which is created and operates in a coordinated manner by the federal entities and municipalities that are part of a metropolitan area.

These institutes clearly constitute instances of metropolitan governance. The law contains provisions that establish for the necessary coordination between local and municipal federal authorities, particularly those that act in metropolitan territories for the planning and provision of services and infrastructure, it also establishes the public private partnerships in these actions, emphasizing civic participation and inclusive Metropolitan Governance in the case of women and disadvantaged groups.

Very relevant is the definition contained on metropolitan and suburban areas, as well as the constitution of a planning commission in interstate metropolitan zones and interstate conurbations with representation from each federal entity and municipality involved. This commission constitutes an institutional coordination mechanism and coordination of actions and investments with the social and private sectors.

The Law has a chapter dedicated to Metropolitan Governance in which the mandatory mechanisms and instruments are defined to achieve the coordinated participation of federal, local and municipal authorities.

Therefore, in our country, the foundations of metropolitan governance have been laid, but it is necessary to take a further step, not only in compliance with the legal provisions and the realization of metropolitan coordination, but also in the financing of the metropolises, for this reason, it is considered necessary to think over the convenience of the reinstatement of the Metropolitan Fund, which has already demonstrated its virtues in the past, making posible the construction of large metropolitan works in the Valley of Mexico with proven transparency. The Fund was also part of the metropolitan governance in which we should concentrate our efforts.

El federalismo fiscal en la Unión Europea a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia: asimetría competencial y autonomía plena

***

Fiscal federalism in the European Union in light of the case law of the Court of Justice: competence asymmetry and full autonomy

*Mariola Urrea Corres**

Resumen: la Unión Europea y los Estados miembros han conformado un modelo de federalismo fiscal en el que los entes subestatales también pueden tener capacidad de decisión. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha determinado las condiciones (asimetría competencial y autonomía plena) en las que el ejercicio de la competencia fiscal por parte de los entes subestatales no constituye una ayuda de Estado incompatible con el Derecho de la Unión Europea.

Abstract: the European Union and the Member States have developed a model of fiscal federalism in which infra-state authorities may also have decision-making powers. The Court of Justice of the European Union has defined the conditions (asymmetry of competence and full autonomy) under which the exercise of fiscal competence by infra-state bodies does not constitute State aid incompatible with EU law.

* Profesora Titular de Derecho Internacional y de la Unión Europea en la Universidad de La Rioja, *mariola.urrea@unirioja.es*

Palabras clave: Unión Europea, federalismo fiscal, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entes subestatales, autonomía total, asimetría competencial.

Key words: European Union, Tax federalism, Court of Justice of the European Union, infra-state authorities, full autonomy, asymmetry of competence.

I. La unión europea como un sistema jurídico multinivel conformado por estados y entes subestatales

La Unión Europa es una construcción política compleja que ha trascendido su naturaleza originaria de organización internacional sin confirmar por ello una vocación de estatalidad. Además, ha evolucionado hasta convertirse en una democracia supranacional con gobierno multinivel fundamentado en tres legitimidades: la supranacional, la democrática, y la intergubernamental.

La capacidad de operar de la Unión se ha configurado a través de un sofisticado proceso en el que las reformas de los Tratados (Acta Única Europea, Tratado de Maastricht, Ámsterdam, Niza y Lisboa) han depurado su sistema institucional en lo que a composición y proceso de toma de decisiones se refiere. Lo propio cabe decir del amplio conjunto de competencias que tiene atribuidas y que le capacitan para intervenir en múltiples materias, sin impedir la actuación de los Estados en las competencias no exclusivas.

En este contexto, es pertinente recordar también que los Estados que componen la Unión Europea no obedecen a sistemas organizativos idénticos.[1] Así, solo algunos Estados miembros son Estados federales (o de estructura descentralizada) lo que obliga a tomar en consideración el poder de decisión de los entes subestatales.

[1] Así lo declara el Artículo 4 del TUE al afirmar que "La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de estos, también en lo referente a la autonomía local y regional [...]".

Lo expuesto resulta suficiente para calibrar la complejidad de las relaciones que se articulan entre la Unión Europea, los Estados miembros y los entes subestatales en los ámbitos competenciales en los que los tres niveles disponen de capacidad de decisión, como es el caso de la fiscalidad. Desde esta perspectiva, el trabajo analiza la Unión Europea como una suerte de "federación fiscal" describiendo el poder que la misma tiene en la materia, el de los Estados, así como el que pueden ejercitar los entes subestatales en Estados con estructuras descentralizadas como España. Esta perspectiva exige detenerse en la conflictividad jurídica que el ejercicio de la competencia fiscal por los entes subestatales ha provocado para, a continuación, exponer las soluciones que el Tribunal de Justicia ha ofrecido para garantizar la coherencia del modelo asentadas en torno a dos elementos: "asimetría fiscal" y "autonomía total". El trabajo concluye con una reflexión final.

II. El sistema de competencias de la Unión Europea y de los Estados miembros: el perímetro del federalismo fiscal en la Unión

2.1. El punto de partida: el engranaje constitucional para legitimar la cesión del ejercicio de competencias a la Unión

La Unión Europea no es un ente soberano y, en consecuencia, no tiene más competencias que las que previamente le han sido atribuidas por los Estados de acuerdo con el principio de atribución expresa contemplado en los Tratados (art. 5 TUE). En el caso de España, según se describe en el artículo 93 de la Constitución, son las Cortes Generales quienes autorizan al Gobierno mediante ley orgánica a comprometerse internacionalmente con la celebración de Tratados internacionales por los que se atribuya a una organización o institución internacional (como es el caso de la Unión) el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución.

Más allá de la dimensión puramente procedimental del citado precepto,[2] resulta imprescindible atender también a su dimen-

[2] La dimensión formal del artículo 93 de la Constitución española centró la atención de los primeros análisis de la justicia constitucional española. Véa-

sión material y, más concretamente, a las consecuencias que su uso provoca sobre el propio ordenamiento nacional. Así, como señaló el Tribunal Constitucional, el artículo 93 "opera como bisagra mediante la cual la Constitución misma da entrada en nuestro sistema constitucional a otros ordenamientos jurídicos a través de la cesión del ejercicio de competencias".[3]

Desde la perspectiva de la Unión Europea, el TUE sistematiza las competencias atribuidas por los Estados a la Unión en distintas categorías dependiendo de la intensidad con la que aquélla puede ejercerlas. Así, la Unión será la única responsable de adoptar decisiones en el ámbito de las competencias exclusivas (art. 3 TFUE). En el caso de las competencias complementarias será el Estado el competente para tomar decisiones correspondiendo a las instituciones de la Unión únicamente la adopción de medidas de complemento, subsidio o apoyo (art. 6 TFUE). Muy diferente es el caso de las competencias de coordinación (art. 7 TFUE) donde la Unión únicamente podrá adoptar orientaciones generales que encaucen el marco de decisión de los Estados.

Las competencias compartidas merecen, sin embargo, una atención particular por estar directamente conectadas con la materia que nos ocupa. En este caso, tanto la Unión Europea como los Estados miembros podrán actuar (art. 4 TFUE) lo que exige establecer un mecanismo que permita determinar quién (Unión Europea o Estados) es el responsable de ejecutar la competencia en cada caso concreto. Así, en aplicación del principio de subsidiariedad contemplado en el artículo 5.2 TUE es la Unión la encargada de hacerlo siempre que (i) su actuación sea más eficaz que la de los Estados (test de eficacia); (ii) la actuación de los Estados resulte insuficiente para alcanzar el fin perseguido y, por tanto, resulte necesaria la intervención de la Unión (test de suficiencia o de necesidad); y (iii) siempre que la medida tenga una dimensión supranacional (test de supranacionalidad).

se la Sentencia del Tribunal Constitucional 28/1991, de 14 de febrero FJ4 (BOE núm. 64, de 15 de marzo de 1991) y la Declaración del Tribunal Constitucional 1/1992, de 1 de julio, FJ4 (BOE núm. 177, de 24 de julio de 1992).

[3] Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre, FJ2 (BOE núm. 3, de 4 de enero de 2005).

2.2. La (no) competencia de la Unión en materia fiscal: un límite de actuación que permite la competencia fiscal entre Estados miembros

Pues bien, la Unión Europea carece de una competencia específica en materia fiscal, aunque tiene competencia para armonizar los impuestos indirectos.[4] Para la eventual armonización de los impuestos directos la Unión debe recurrir a las disposiciones generales horizontales en el marco del mercado interior con las limitaciones que ello implica si atendemos a la (escasa) intensidad de actuación que la base competencial permite. No es menor la dificultad que impone la exigencia de unanimidad que exige el Tratado (art. 113 TFUE).

De lo expuesto es fácil inferir las dificultades de la Unión Europea para constreñir de manera significativa la regulación que en materia fiscal desarrollen los Estados. De hecho, las limitaciones que pueda imponer la Unión vendrán no tanto del potencial legislativo europeo en materia fiscal, sino de un ámbito aparentemente ajeno pero muy relevante como el régimen de ayudas de Estado.

[4] Véase la Directiva que regula el IVA (Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto del valor añadido; *DOL* 347 de 11 de diciembre de 2006; modificada por la Directiva 2020/286 del Consejo, de 18 de febrero de 2020, así como el Reglamento de Ejecución (UE) núm. 282/2011 del Consejo, de 15 de marzo de 2011. Lo propio cabría decir respecto de aquellas otras directivas que regulan el régimen general de los impuestos especiales (Directiva 2020/262 del Consejo, de 19 de diciembre) o las aplicables al tabaco (Directiva 2022/64/UE del Consejo, de 21 de junio) y al alcohol en lo que se refiere a la armonización de estructuras de los Impuestos (Directiva 92/83/CE del Consejo, de 19 de octubre) o en lo relativo a la aproximación de tipos impositivos (Directiva 92/84/CE del Consejo, de 19 de octubre). También es el caso de la normativa aplicable a los productos energéticos y de la electricidad (Directiva 2003/96/CE del Consejo, de 27 de octubre) o la relativa al marcado fiscal del gasóleo y del queroseno (Directiva 95/60/CE del Consejo, de 27 de noviembre).

2.3. El régimen de ayudas de Estado de la Unión Europea: un límite al ejercicio de la competencia fiscal de los entes subestatales

La regulación jurídica de las ayudas públicas (o ayudas de Estado) está prevista en los artículos 107 a 109 del TFUE donde se contempla el principio general de prohibición, además de las excepciones pertinentes y las instituciones competentes para hacerlas efectivas. Como principio general se declaran "incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre los Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones" (art. 107 TFUE).

Más allá de la sucinta regulación jurídica, la jurisprudencia del TJUE ha ido configurando un concepto muy amplio de "ayuda" prohibida por los Tratados y descrita en términos de ventaja económico-financiera otorgada por el Estado o mediante fondos estatales a determinadas empresas que falseen o amenacen falsear la competencia y que afecten a los intercambios comerciales entre los Estados. En suma, son cinco las características que el Tribunal de Justicia exige para que concurra el concepto de ayuda pública. Veamos con cierta profusión cada una de ellas:

a) tener como beneficiario a una empresa: entendida esta como una entidad que ejerce una actividad económica consistente en ofrecer bienes o servicios en un mercado con independencia de su estatuto jurídico y de su modo de financiación.[5] En el caso de las empresas públicas el problema radica en diferenciar una legítima inversión pública para mantener la competitividad de la empresa, de la concesión de una ayuda privilegiada más allá de lo que podrían considerarse estrictamente inversiones empresariales;[6]

[5] Sentencia del TJUE de 12 de septiembre de 2000, *Pavlov y otros*, as. ac. C-180/98 a C-184/98 sentencia del TJUE de 10 de enero de 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze SpA y otros*, C-222/04.

[6] El Tribunal de Justicia ha desarrollado una interesante jurisprudencia en torno al concepto de "inversor privado" para apreciar si esa decisión la

b) ser de origen estatal e imputable a un Estado: se trata de dos condiciones que deben concurrir de manera cumulativa. La concepción del Estado incluye todos sus niveles incluido el ámbito autonómico o local.[7] La transferencia de fondos estatales puede revestir formas tales como subvenciones directas, préstamos, garantías, inversión directa en el capital de compañías y beneficios en especie, e incluso el compromiso firme y concreto de facilitar fondos estatales en un momento posterior. De hecho, no es necesario que haya una transferencia positiva de fondos es suficiente con que el Estado no haya percibido ingresos a los que tenía derecho.[8] El origen de los fondos es irrelevante siempre y cuando, antes de ser transferidos directa o indirectamente a los beneficiarios, pasen bajo control público y, por lo tanto, a disposición de las autoridades nacionales,[9] incluso cuando los fondos no sean propiedad de la autoridad pública.[10] No puede incluirse en esta categoría, sin embargo, las ayudas que conceden los Estados con fondos procedentes de la Unión Europea;
c) representar una ventaja económico-financiera: entendida como aquella que no resultaría posible conseguir en

adoptaría razonablemente un propietario privado en una situación semejante. Véase Sentencia del TJUE de 3 de octubre de 1991, *Italia c. Comisión*, as. C-261/89; Sentencia del TJCE 21 de marzo de 1990, *Bélgica c. Comisión*, as. C-142/87; Sentencia del TPI de 30 de abril de 1998, *Cityflyer Express/ Comisión* as. T-16/96.

7 Sentencia del TJCE 14 de octubre de 1987, *Alemania c. Comisión*, as. 248/84. Puede incorporarse en esta idea un ente público titular de acciones de las empresas públicas (Sentencia del TJCE de 21 de marzo de 1991, *Italia/Comisión*, as. C-303/88), un banco o caja de titularidad pública (Sentencia del TJCE de 30 de enero de 1985, *Comisión/Francia*, as. 290/83) o incluso, empresas privadas que administren como intermediarias ayudas públicas (Sentencia del TJCE de 22 de marzo de 1977, *Steinike y Weinling*, as. 78/76).

8 Sentencia del TJUE de 16 de mayo de 2000, *Francia/Ladbroke Racing Ltd y Comisión*, as. C-83/98 P.

9 Sentencia del TJUE de 17 de julio de 2008, *Essent Netwerk Noord*, as. C-206/06.

10 Sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 1996, *Air France/Comisión*, T-358/94.

condiciones normales de mercado, es decir, sin la intervención estatal.[11] La forma de la medida es irrelevante para determinar si confiere una ventaja económica a la empresa.[12] Así, además de la subvención, son manifestaciones típicas de ventaja económico-financiera cualquier intervención que aligere el presupuesto de una empresa como, por ejemplo, un préstamo concedido sin interés o a intereses notablemente reducidos;[13] bonificaciones del interés[14] o adquisiciones masivas de productos o servicios de una determinada empresa,[15] entre otras;

d) favorecer a determinadas empresas o producciones: debe ser, por tanto, una medida selectiva. Y lo son aquellas que conceden una ventaja a determinadas empresas o categorías de empresas o a determinados sectores económicos;[16]

e) tener un efecto sobre la competencia y sobre el comercio interestatal: la medida constituye una ayuda de Estado si falsea o amenaza falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones y solo en la medida en que afecte a los intercambios comerciales entre Estados miembros.[17] Tal circunstancia se producirá

11 Sentencia del TJUE de 11 de julio de 1996, *SFEI y otros*, as. C-39/94.

12 Sentencia del TJUE de 24 de julio de 2003, *Altmark Trans*, as. C-280/00.

13 Sentencia del TPI de 30 de abril de 1998, *Cityflyer Express Ltd c. Comisión* as. T-16/96.

14 Sentencia del TPI de 8 de marzo de 1988, *Exécutiv regional wallon y Gaverbel c. Comisión* as. 62 y 62/87.

15 Sentencia del TPI de 28 de enero de 1999, *BAI c. Comisión* as. T-14/96.

16 Las medidas de alcance puramente general no están incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 107, apartado 1, del Tratado. No obstante, intervenciones que parecen aplicables a la generalidad de las empresas pueden caracterizarse por una cierta selectividad y, por consiguiente, ser consideradas medidas destinadas a favorecer a determinadas empresas o producciones. Véase, Sentencia del TJUE de 29 de junio de 1999, *DMTransport*, as. C-256/97. También Sentencia del TPI 6 de marzo de 2002, Ramondín y otros c. Comisión (as. ac. T-92/00 y T-103/00) y Sentencia del TJUE de 6 de marzo de 2002, *Daewoo Electronics Manufacturing España y otros c. Comisión* (as. ac. T-127/99, T-129/99 y T-148/99).

17 Véase Sentencia del TGUE de 15 de junio de 2000, *Alzetta*, as. ac. T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 a 607/97, T-1/98, T-3/98 a T-6/98 y T-23/98.

> siempre que la medida provoque un falseamiento real o potencial de la competencia proyectando en la empresa beneficiaria un refuerzo de su posición respecto de sus competidores europeos.[18] En cuanto a los efectos sobre los intercambios comerciales, no es necesario acreditar la incidencia real de la ayuda sobre los mismos, sino únicamente si la ayuda puede afectar a dichos intercambios. Finalmente, el efecto en el comercio interestatal europeo se define mediante un montante económico mínimo que fija la Comisión conforme al principio jurídico de *minimis non curat lex* en las Directrices sobre las ayudas estatales de finalidad regional.[19]

Más allá del principio general de prohibición de toda ayuda pública en los términos ya definidos, el Tratado prevé dos categorías distintas de excepciones. La primera de ellas constituye una excepción *de iure* que opera sin necesidad de la intervención de ninguna institución para su autorización (art. 107.2 TFUE). La segunda categoría de excepciones (art. 107.3 TFUE) requiere, para su consideración en términos de compatibilidad con el mercado interior, la autorización previa de la Comisión Europea en los términos que se detalla en los artículos 108 y 109 TFUE.

La regulación europea en materias de ayudas de Estado en los términos explicados otorga a la Unión, a través de la Comisión Europea, la capacidad para restringir de manera muy intensa el campo de acción de los Estados y sus entes subestatales en lo que se refiere a la definición de incentivos (fiscales o no) encaminados a estimular el desarrollo económico de su territorio. Esta circunstancia impacta directamente en la manera en la que tales sujetos pueden llegar a ejercitar sus competencias fiscales como tendremos ocasión de analizar a la vista de la jurisprudencia del TJUE. Con carácter previo es necesario ofrecer, no obstante, unas notas sobre el reparto constitucional de competencias en materia fiscal que existe en España entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

---

[18] Sentencia del TJCE de 17 de septiembre de 1980, *Philip Morris*, as. ac. 730/79.

[19] DOUE C 153, de 29 de abril de 2021.

III. España como Estado autonómico y el reparto interno de competencias en materia fiscal: un régimen fiscal común y dos regímenes especiales

El modelo constitucionalmente previsto en España en el ámbito de la financiación está articulado en torno a un sistema de régimen común[20] y un sistema de régimen foral aplicable al País Vasco[21] y a Navarra[22] reconocido en la Disposición Adicional Primera de la Constitución. En la actualidad hay un acuerdo político para negociar un proyecto de financiación singular con Cataluña del que se desconocen los detalles jurídicos.

De acuerdo con el marco jurídico vigente son competencias exclusivas del Estado los tributos que gravan la renta de aduanas, los derivados de monopolios fiscales y los gravámenes sobre alcoholes. Además, el Estado tiene competencia exclusiva para la gestión, recaudación, inspección y revisión de todos los tributos en los que el sujeto pasivo no sea residente en territorio español.

Por su parte, son competencias de los Territorios Forales del País Vasco y de Navarra el resto de tributos. En suma, tales territorios disponen de autonomía fiscal suficiente para adoptar decisiones sobre el tipo impositivo de aquellos tributos de los que son competentes como es el caso del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o el Impuesto de Sociedades. El modelo expuesto exige que tales territorios abonen al Estado una cantidad económica en concepto de "cupo" por las cargas asumidas por el Estado correspondientes a las competencias no asumidas por los territorios forales[23]. Los indicadores utilizados para cuantificar el

[20] Ley Orgánica 7/2001, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas (BOE núm. 236, de 1 de octubre de 2001).

[21] Ley 12/2002, de 23 de mayo por la que se aprueba el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco (BOE, núm. 124, de 24 de mayo de 2002).

[22] Ley 28/1990, de 26 de diciembre, por la que se aprueba el Convenio Económico entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra (BOE núm. 309, de 27 de noviembre de 1990) con sucesivas modificaciones, la última efectuada por ley 22/2022, de 19 de octubre (BOE núm. 252, de 20 de octubre).

[23] El cálculo del "cupo" constituye una de las operaciones más delicadas desde, al menos, tres perspectivas. Desde la perspectiva jurídica porque

citado cupo y los términos de su liquidación económica resultan de una negociación bilateral[24] cuyo resultado tiene un impacto directo en la propia sostenibilidad económica del modelo, pero también puede incidir en la potencial adecuación jurídica del citado mecanismo al Derecho de la Unión Europea como se detallará más adelante.

IV. Los subsistemas fiscales nacionales y el derecho de la unión: la jurisprudencia del tribunal de justicia en torno a la "asimetría fiscal" y el concepto de "autonomía total"

4.1. El TJUE y la compatibilidad de los subsistemas fiscales con el Derecho de la Unión: el recurso de anulación y la cuestión prejudicial como herramientas procesales

El TJUE ha analizado jurídicamente la existencia de dos o más sistemas fiscales en un mismo Estado y su compatibilidad con el Derecho de la Unión. Lo hizo, primero, en un caso que afectaba

representa la expresión más clara de bilateralidad (confederación fiscal) entre el Estado y una Comunidad Autónoma. Desde la perspectiva política porque la negociación quinquenal de la liquidación del cupo no se abstrae del contexto de equilibrios parlamentarios necesarios para garantizar la gobernabilidad en España. Desde la perspectiva económica porque la cuantificación del cupo resulta siempre una operación opaca que no facilita conocer si el resultado logrado da cumplimiento a la exigencia de solidaridad establecida en el artículo 138 de la Constitución española.

[24] La metodología se acuerda en la Comisión Mixta del Concierto Económico compuesta por presentantes de las Haciendas Forales vascas, del Gobierno Vasco y de la Administración General del Estado para periodos quinquenales y su aprobación tiene forma de Ley de Cortes Generales. El sistema se asienta, básicamente, en dos elementos. El primero pretende definir las cargas asumidas por el Estado a las que se le aplica un coeficiente de imputación fijado en el 6.24% que pretende reflejar el peso relativo de la economía vasca en el conjunto del Reino de España. El segundo está orientado a aplicar diversos ajustes con objeto de perfeccionar la evaluación de los ingresos percibidos por las diferentes entidades en concepto de diversos impuestos.

a Portugal[25] para, posteriormente, pronunciarse con los mismos fundamentos en un asunto de España.[26]

En el primer caso el TJUE se pronunció en un recurso de anulación planteado por Portugal contra una Decisión de la Comisión Europea[27] que le sancionaba por incumplir el régimen de ayudas de Estado al haber adaptado su sistema fiscal reduciendo los tipos del impuesto sobre la renta para los residentes en la Región Autónoma de las Azores.

El Alto Tribunal dictó sentencia confirmando la posición de la Comisión y calificando el régimen fiscal de Azores incompatible con los Tratados. Más allá de la solución que la sentencia ofreció al caso, la relevancia del pronunciamiento está en la conceptualización teórica que la sentencia realiza sobre los elementos a considerar para valorar la coexistencia jurídicamente armónica de dos regímenes fiscales dentro de un mismo Estado, sin riesgo de vulneración del Derecho de la Unión.

En el segundo caso, relativo a España, el TJUE conoció del asunto mediante una cuestión prejudicial (art. 267 TFUE) planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el marco de un proceso donde se cuestionaba una normativa foral fiscal en materia de Impuesto de Sociedades[28]. El tribunal nacional utilizaba este mecanismo de colaboración judicial para despe-

25 Sentencia del TJUE de 6 de septiembre de 2006, *República de Portugal c. Comunidades Europeas*, as. C-88/03.

26 Sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2008, *Unión General de Trabajadores de La Rioja (UGT-Rioja) y otros c. Territorio Histórico de Vizcaya y otros,* (as. ac. C-428/06 a C-434/06).

27 Decisión de la Comisión Europea 2003/442/CE (DO L 150, de 18.06.2003).

28 Norma Foral 7/2005 de 23 de junio de medidas tributarias aprobada por las Juntas Generales de Vizcaya (por la que se modifican determinados preceptos de la Norma Foral 3/1996 de 26 de junio del Impuesto sobre sociedades), el Decreto Foral Normativo de Urgencia Fiscal 2/2005 de 24 de mayo, convalidado por Acuerdo de 13 de junio de 2005 de las Juntas Generales de Álava (por la que se modifican los artículo 29 y 37 de la Norma Foral 24/1996 de 5 de julio del Impuesto sobre sociedades) y el Decreto Foral 32/2005, de 24 de mayo de la Diputación Foral de Guipúzcoa (la que se modifican los artículos 29 y 37 de la Norma Foral 7/1996 de 4 de julio del Impuesto sobre sociedades).

jar las dudas acerca de la aplicación al caso de la doctrina configurada en la sentencia Azores.[29]

4.2. Modelos fiscales posibles y asimetría competencial: el paradigma del federalismo fiscal en la Unión

De lo expuesto en los dos asuntos referenciados se deduce que el TJUE debía aclarar en qué supuestos un sistema normativo en el que se establece un tipo impositivo diferente y aplicable a una zona geográfica determinada dentro de un Estado (Región Autónoma de Azores en Portugal o País Vasco en España) debe ser considerado (o no) como un beneficio selectivo que prohíbe el régimen jurídico de ayudas de Estado. Para ello, el Abogado General que intervino en el caso Azores construyó su argumentación ofreciendo una sistematización de los tres modelos fiscales que pueden concurrir en un Estado en función de la simetría (o asimetría) competencial que los mismos proyectan sobre los entes nacionales y subestatales con capacidad para adoptarlos.[30]

El Modelo 1 se refiere a la existencia de un único tipo impositivo nacional sobre el que el gobierno central del Estado introduce una reducción con efectos únicamente para una zona geográfica determinada. En este supuesto, el TJUE entiende que el tipo impositivo reducido aplicable a una determinada región es incompatible con el régimen de ayudas de Estado por ser, en realidad, una medida selectiva "ya que la adopta un único órgano y se aplica solo a aquella parte del territorio geográfico comprendido dentro de su jurisdicción".[31]

---

29 El Tribunal Superior de Justicia del Vasco con fundamento en la respuesta que obtuvo a su cuestión prejudicial por parte del TJUE resolvió el procedimiento principal desestimando las pretensiones de los demandantes y confirmando la legalidad de la normativa foral fiscal objeto de recurso. Las sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 22 de diciembre de 2008 fueron recurridas ante el Tribunal Supremo quien se pronunció mediante sentencias de 3 y 4 de abril de 2012.

30 Conclusiones del Abogado General GEELHOED, de 20 de octubre de 2005, *República de Portugal c. Comunidades Europeas*, as. C-88/03.

31 *Ibidem*, apdo. 51.

El Modelo 2 describe una realidad en la que todas las entidades subestatales de un determinado Estado tienen atribuida constitucionalmente la misma capacidad para fijar un tipo impositivo en la zona geográfica sujeta a sus competencias. En este supuesto no existe una imposición nacional, sino una multiplicidad de imposiciones subestatales. La total simetría competencial en la que operan los distintos entes subestatales hace que sus medidas fiscales no puedan ser consideradas selectivas a los efectos de la regulación en materia de ayudas públicas.[32]

Finalmente, el Modelo 3 es aquél en el que el diseño institucional y la competencia del Estado permite un tipo impositivo aplicable a nivel nacional y otro adoptado únicamente por una o varias entidades subestatales y aplicable solo a una determinada zona geográfica del país. Aquí la asimetría competencial da lugar a un marco fiscal nacional y otro de carácter regional generalmente más favorable, sobre el que planea la duda jurídica de si esa ventaja fiscal se convierte, en sí misma y por su afectación geográfica, en un beneficio específico incompatible con el Derecho de la Unión Europea por vulneración del régimen de ayudas de Estado.

A diferencia de lo que ocurre en los escenarios descritos en los modelos 1 y 2, en el modelo 3 la respuesta no resulta automática y está condicionada a la definición previa del marco jurídico de referencia. De forma que si (i) el sistema fiscal nacional es el sistema que se toma de referencia para analizar la selectividad de la fiscalidad regional, esta se convertirá automáticamente en un beneficio geográfico específico y resultará un ayuda de Estado; si, por el contrario, (ii) el marco de referencia a considerar es el regional, el incentivo que impacta en una región concreta no podrá calificarse de beneficio selectivo y, en consecuencia, resultará compatible con el Derecho de la Unión ensanchando así los niveles en los que se articula el modelo de federación fiscal europea.

[32] Como indicó el Abogado General en sus Conclusiones "cuando cada entidad local está facultada para establecer su tipo impositivo con independencia del gobierno central, no tiene sentido tomar todo el territorio del Estado miembro como marco de referencia para examinar la cuestión del carácter selectivo", en apdos. 52 y 53.

Para resolver la duda jurídica que plantea este modelo, el TJUE recurrió al criterio de la llamada "autonomía de la entidad subestatal" de tal forma que, si la autonomía del citado ente es "total", el marco de referencia para evaluar la pretendida selectividad de la medida no es el sistema nacional, sino el sistema regional. La medida fiscal no podría ser entonces calificada de selectiva desde un punto de vista geográfico, ya que todos los operadores ubicados en ese territorio obtendrían las mismas ventajas fiscales y, como consecuencia de ello, la Unión Europea no impondría límites a la capacidad fiscal del ente subestatal.

4.3. El concepto de "autonomía total o plena" en los subsistemas fiscales: la condición de compatibilidad con el Derecho de la Unión

Desde la sentencia Azores, el TJUE ha condicionado la capacidad fiscal de un ente subestatal para configurar un subsistema propio dentro del sistema nacional a la prueba efectiva de que el mismo traiga causa de una autonomía plena, considerada esta desde una triple dimensión: (i) la institucional, (ii) la procedimental y (iii) la económica. Solo así, el modelo fiscal resultante es compatible con las exigencias que impone el respeto al régimen de ayudas de Estado contemplado en los Tratados.

Por lo que se refiere a la autonomía "institucional", el TJUE ha señalado que la misma existe cuando el ente subestatal dispone de un estatuto político y administrativo diferente al del Gobierno central. En lo relativo a la autonomía "procedimental" esta concurrirá si el ente dispone de capacidad para adoptar decisiones en el ámbito fiscal sin que el Gobierno central intervenga directamente en su contenido. Finalmente, puede afirmarse que existe autonomía "económica" siempre que las consecuencias financieras de una reducción del tipo impositivo aplicable a los sujetos pasivos localizados en la región no sean compensadas por ayudas o subvenciones procedentes de otras regiones o del Gobierno central.

La aplicación de la doctrina expuesta a Portugal permitió al TJUE negar validez a la adaptación hecha por el sistema fiscal

portugués a la región de Azores por carecer dicha región de autonomía económica suficiente capaz de asumir las consecuencias de la reducción de tipos impositivos, sin verse compensada por transferencias del propio Estado portugués. Muy diferente fue, sin embargo, la conclusión que el TJUE extrajo de aplicar la misma doctrina al caso español. En este supuesto, el Tribunal concluyó que el subsistema fiscal vasco respondía al modelo normativo 3 (un subsistema fiscal dentro de un sistema fiscal nacional con asimetría competencial) con un grado de autonomía institucional y procedimental indiscutible. Al tratarse de una cuestión prejudicial, el TJUE dejó al Tribunal responsable de resolver el litigio principal la valoración del criterio relativo a la existencia o no de autonomía económica, aunque precisó algunos elementos de interés para la verificación del criterio. Así, el TJUE advirtió que para negar la autonomía económica "debe existir una compensación, es decir, una relación de causa a efecto entre una medida tributaria adoptada por las autoridades forales y los importes puestos a cargo del Estado español".[33]

Del análisis jurisprudencial expuesto, se deduce que el elemento sobre el que el TJUE admite la capacidad fiscal de los entes subestatales de los Estados es el de la autonomía en los términos ya descritos. Un elemento, en suma, perfectamente reconocible en proyectos de corte federal y gobernanza multinivel.

V. A modo de conclusión

La Unión Europea destila en su configuración rasgos propios de una entidad de naturaleza federal. Tal apreciación resulta perceptible en la atribución y ejercicio de competencias, con más o menos intensidad, en los tres niveles de decisión: supranacional, estatal y subestatal. En lo que afecta a la competencia fiscal, las capacidades limitadas de actuación de la Unión a través de la armonización legislativa permiten a los Estados desplegar una amplia actuación legislativa sobre la materia.

[33] Sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2008, *Unión General de Trabajadores de La Rioja (UGT-Rioja) y otros[...] cit.*, (fto. 130).

Esta fórmula de federalismo fiscal se perfila con mayor nitidez cuando se analiza la capacidad de algunos Estados descentralizados, como España, para configurar modelos fiscales donde conviven dentro del mismo territorio un régimen común, con regímenes especiales. Tal posibilidad ha sido objeto de atención para garantizar en todo caso un acomodo jurídico al régimen de ayudas de Estado previsto en los Tratados de la Unión.

La respuesta del TJUE para resolver la conflictividad jurídica generada a partir de la convivencia de subsistemas fiscales dentro de sistemas finales nacionales ha configurado una dogmática que perfila un modelo de federalismo fiscal apoyado sobre la idea de "asimetría fiscal" y "autonomía total". No puede ignorarse, en este debate, que la realidad fiscal resultante no evita un escenario de potencial competencia *entre* Estados miembros e, incluso, *dentro* de los Estados. Algo que en sí mismo considerado no evita efectos perversos que la Unión Europea debería estar en disposición de corregir. Sin embargo, la posición de los Estados no permite hoy albergar demasiadas esperanzas de que tal propósito pueda ser logrado en futuras reformas de los Tratados.

¿Por qué la Constitución mexicana de 1824 no hace referencia al municipio?

***

Why does the Mexican Constitution of 1824 not mention the municipality?

*Teresita Rendón Huerta Barrera**

Resumen: este trabajo busca dilucidar las razones por las cuales la institución municipal no fue regulada por la Constitución mexicana de 1824, sobre un análisis del contexto histórico, la urgencia de crear un pacto mínimo para unificar aquellos pueblos devastados por la guerra y de ahí partir para saber si realmente se excluyó al municipio por el diseño de un federalismo clásico que comprende exclusivamente dos órdenes de gobierno.

Abstract: this paper seeks to elucidate the reasons why the municipal institution was not regulated by the Mexican Constitution of 1824, based on an analysis of the historical context, the urgency of creating a minimum pact to unify those towns

* Doctora en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, con especialidad en Derecho Constitucional y Administrativo. Autora de múltiples obras y artículos sobre Derecho Constitucional, Administrativo y Municipal. Magistrada fundadora y presidenta en tres períodos, del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de Guanajuato. Con nombramiento de Investigadora Nacional nivel II por parte del Consejo Nacional de Humanidades, Ciencia y Tecnología de México. Actualmente, (2024) Coordinadora de la Cátedra UNESCO Legislación, Sociedad y Patrimonio, así como presidenta de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo (AIDA).

devastated by war and from there start to know if the municipality was really excluded by the design of a classic federalism that exclusively includes two levels of government.

Palabras clave: municipio y federalismo, sistema federal, Constitución mexicana de 1824, federación y régimen local.

Keywords: municipality and federalism, federal system, Mexican Constitution of 1824, federation and local regime.

Sumario: I. Introducción. II. Contexto histórico. III. Razones de urgencia de carácter histórico–social. IV. Razones de carácter territorial. V. ¿Razones federalistas? VI. Conclusiones. Referencias.

I. Introducción

Si partimos de que el municipio, institución democrática por antonomasia, ya existía en estas latitudes desde 1519, se abre una interrogante sobre su destino bajo la vigencia de la Constitución de 1824, en donde no se le menciona, pese a que la Constitución de Cádiz, su antecedente, fue prolija en su regulación. Ese es el centro de este trabajo.

Hay autores que atribuyen la omisión del municipio en el texto constitucional, a que el constituyente se ciñó a un federalismo clásico conformado exclusivamente por dos órdenes de gobierno, implicando la división del poder entre el gobierno federal y los estados, sin embargo, es necesario salir del aserto dogmático, para desentrañar esos elementos que subyacen a la omisión.

II. Contexto histórico

El corazón de la nueva patria latía, despertando a necesidades desconocidas y a la inmensa responsabilidad de autodeterminarse, de marcar un destino y de unir en un solo espíritu aquellos pueblos devastados por la guerra, cuya economía era precaria, donde el odio contra los españoles se había exacerbado, orillándolos a salir de estos territorios. La población sufría enormes ca-

rencias y a medida que crecía la deuda nacional, aumentaban los problemas. La minería, que fue un pilar económico fundamental en la época colonial, había menguado considerablemente por los muchos años de lucha, agotándose las reservas. Cada vez los recursos públicos eran más escasos para cubrir las necesidades públicas y para pagar al ejército.

Esta primera época de vida nacional independiente surgía llena de nubarrones que anunciaban una tormenta de problemas para una incipiente república "de seis millones de habitantes[1]". México quedó atenazado por un cúmulo de dificultades aparentemente sin solución.

Por eso es tan importante la dos veces centenaria Constitución de 1824,[2] la primera del México independiente, no solo por crearse bajo muy difíciles condiciones económicas, políticas y sociales, sino también, por ser la carta magna de un naciente país, el cual, desde entonces, se denomina Estados Unidos Mexicanos, definiéndose como una república federal,[3] representativa. Esta ley fundamental estableció el catolicismo como única religión oficial y conservó los privilegios del ejército y del clero,[4] "definió la división de poderes y sus funciones, y constituyó el Poder Judicial, que se depositó en la primera Corte Suprema".[5]

---

1 XXVI Acta Constitucional presentada al Soberano Congreso Constituyente, por su Comisión, el día 20 de noviembre de 1823, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, *https://archivos.juridicas.unam.mx › bjv › libros*

2 Que entrara en vigor después de la caída del primer imperio de México, presidido por Agustín de Iturbide, el 4 de octubre de 1824.

3 Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Constitución de 1824, *https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/constitucion-de-los-estados-unidos-mexicanos-de-4-de-octubre-de-1824constitucion-1824/html/260423b7-0a71-4d1d-9f89-832b7ed472ac_2.html*

4 Independencia de México, "La constitucion de 1824", *Primera Constitución de México (4 de octubre de 1824) - LHistoria*

5 El Colegio Nacional, "Los elementos fundamentales de la Constitución de 1824 subsisten 200 años después: Diego Valadés", *https://colnal.mx/noticias/los-elementos-fundamentales-de-la-constitucion-de-1824-subsisten-200-anos-despues-diego-valades/*

Aunque tuvo un corto periodo de vigencia, marcó un hito en la historia constitucional de México. Cabe subrayar como algo muy relevante, que consagró la garantía de los derechos fundamentales como la libertad de expresión, la libertad de prensa y la igualdad ante la ley.[6] No obstante los avances referidos, se ha difundido como verdad sabida y buena fe guardada, que se trata de una copia de la Constitución de los Estados Unidos del Norte. Lucas Alamán menciona: que sería una "equivocación mayor todavía el figurarse que esa Constitución aun cuando estuviese exactamente copiada debía producir los mismos efectos operando sobre distintos elementos",[7] refiriéndose claramente a los riesgos de su implantación en un contexto diverso.

"El análisis demuestra que los mexicanos reflexionaban sobre artículos específicos de la Constitución estadounidense, que conocían y entendían dicha carta a fondo y que estaban convencidos de haber tomado la Constitución de Filadelfia y haberla corregido para crear una ley suprema mejor que el propio modelo".[8] Los autores del texto, lamentablemente estaban inficionados ya de una dependencia respecto a los designios de un poder extranacional que desde entonces, gravitaba ominosamente sobre nuestro suelo.

Al explorar la génesis de la Constitución de 1824,[9] es posible advertir que abreva de tres fuentes principales: la Constitución

---

6 Comisión Nacional de Derechos Humanos, "Promulgación de la Primera Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos. Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824", *https://www.cndh.org.mx/noticia/promulgacion-de-la-primera-constitucion-federal-de-los-estados-unidos-mexicanos-0*

7 González Navarro, Moisés, *El pensamiento político de Lucas Alamán*, México, El Colegio de México, 1952, p. 106.

8 Eissa-Barroso, Francisco A., "Mirando hacia Filadelfia desde Anáhuac. La Constitución estadounidense en el Congreso Constituyente mexicano de 1823-1824", *Política y Gobierno,* pp. 97-125, *https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=60327298004*

9 La Constitución de 1824 está conformada por 7 Títulos y 171 artículos. Título I: De la Nación mexicana, su territorio y religión. Título II: De la forma de Gobierno de la Nación, de sus partes integrantes y división de su Poder Supremo. Título III: Del Poder Legislativo. Título IV: Del Supremo Poder Ejecutivo de la Federación. 5. Título V: Del Poder Judicial de la Federación. Título VI: De los Estados de la Federación. Título VII: De la observancia, interpretación y Reforma de la Constitución y Acta constitutiva.

de Cádiz de 1812, la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787[10] y el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana de 1814.[11] Sin embargo, es ostensible un servilismo respecto de los intereses que ya estaban dominando en México, al relegar indebidamente a la Constitución de Cádiz como modelo para incluir el municipio en la estructura jurídica de un moderno Estado mexicano. Poco faltó para que en lugar del municipio, se hubiera introducido el condado, y entonces se hubiera dado al traste con toda la tradición centenaria de la entidad municipal, tan cara a nuestras legítimas tradiciones.

III. Razones de urgencia de carácter histórico–social

Habiendo concluido la guerra de independencia a inicios de 1821 con la firma del Plan de Iguala[12] que proponía un gobierno monárquico moderado con autonomía de España, el 22 de septiembre fue promulgada el Acta de Independencia del Imperio Mexicano[13] en la que la nación mexicana se declaraba soberana e inde-

[10] En 1787 se reunió en Filadelfia la Convención que dio origen a la Constitución Estadounidense a la que en la presentación del libro del Dr. Lucio Cabrera Acevedo (*El Constituyende de Filadelfia de 1787 y la Judicial Review*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005) denomina la decana del mundo [que] habría de ejercer gran influencia en el mundo occidental desde entonces.

[11] "La Constitución de 1824 se estructuró como la Constitución de Cádiz y estableció un Estado Federal conforme a los principios constitucionales norteamericanos, pero de ninguna manera como copia irracional de aquella Constitución." Introducción de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, p.1, *1824-Constitucion-Federal.pdf - Museo de las Constituciones*

[12] Gobierno de México, "Firma del plan de Iguala: la conclusión de la lucha" https://www.gob.mx/siap/articulos/firma-del-plan-de-iguala-la-conclusion-de-la-lucha

[13] Gobierno de México, Secretaría de Gobernación, Unidad General de Asuntos Jurídicos, Orden Jurídico Nacional, *Acta de Independencia del Imperio Mexicano, pronunciada por su Junta Soberana. PDF. Acta de Independencia del Imperio Mexicano, pronunciada, http://www.ordenjuridico.gob.mx › Constitucion.*

pendiente[14] de la antigua metrópoli ibera. Aunque la corona española inicialmente rechazó el reconocimiento de la independencia de México por parte de O'Donojú,[15] el 24 de agosto de 1821 es la fecha conocida como la de la separación de la antigua España.[16]

El primer imperio mexicano 1821-23, abarcó una etapa de transición durante la cual México se convirtió en una república independiente de la antigua madre patria que había sido el único punto de unión entre republicanos y monárquicos, pero, una vez logrado ese objetivo, la animadversión entre ambos bandos, dominó el cuerpo político. Agustín de Iturbide primero fue presidente de un consejo de regentes,[17] que convocó a un congreso para redactar una nueva constitución.

Los diputados al congreso representaron a las intendencias. Cuando los representantes de las intendencias centroamericanas "parte del antiguo virreinato de Nueva España" declararon que no deseaban seguir siendo parte del imperio mexicano, se les permitió retirarse y organizar sus propios gobiernos.

La necesidad imperiosa de dar vida y salvar de una vez la Nación cuasi disuelta, y ya sin un movimiento regular, la condujeron al caos de decidirse a proponer este proyecto al Congreso para su deliberación:

---

14 México Desconocido, "La Constitución de 1824, artículos y quién la promulgó" *La Constitución de 1824, artículos y quién la promulgó*

15 Cosío Villegas, Daniel, *Historia general de México*, vol. III, El Colegio de México, México, 1977.

16 "Con fundamento en el Plan de Iguala, fue convocado el Primer Congreso Constituyente mismo que se instaló el 20 de febrero de 1822. Pronto surgieron los desencuentros entre el Congreso e Iturbide y la fuerza se hizo presente: este se hizo coronar emperador y, enfrentados en diversos temas, encarceló a varios diputados y lo disolvió. Merced al levantamiento de Santa Anna y a los Planes de Veracruz y de Casa Mata, el emperador fue depuesto, el Congreso reinstalado y, relegada, por lo pronto, la forma monárquica". Pantoja Morán, David, "Continuidades y Rupturas: Las Constituciones de 1824 y 1857", UNAM, *http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/13111*

17 Martínez Del Campo Rangel, Silvia, "El 'Proceso' contra Agustín de Iturbide", *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, *http://historico.juridicas.unam.mx/publica/rev/hisder/cont/15/cnt/cnt11.htm*

> Una Acta constitutiva de la Nación Mexicana que sirviéndole de base para sus ulteriores trabajos diese, desde luego, a las Provincias, a los pueblos, y a los hombres que las habitan, una garantía firme del goce de sus derechos naturales y civiles, por la adopción definitiva de una forma determinada de Gobierno, y por el firme establecimiento de este y desarrollo de sus más importantes atribuciones.[18]
>
> El Acta Constitutiva puede considerarse como un documento que, en razón de la conflictiva y apremiante coyuntura política, tenía por objetivo delinear las bases o principios programáticos a fin de dar vida a la nación mexicana.[19] La urgencia de dotar a las provincias con un punto cierto de unión y la necesidad de consolidar la independencia de la nación quedaron garantizadas mediante esta Acta, acelerando los tiempos políticos y pautando los principios generales de organización de la incipiente nación.[20]

El 30 de julio de 1824 entró en vigor la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, después de que fuera derrocado el primer emperador Agustín de Iturbide,[21] favoreciéndose un gobierno central limitado y estados casi autónomos contrarios a la continuidad de los fueros coloniales que otorgaban privilegios especiales.

Hay que tener presente "la grave agitación y de sortear el inminente peligro de la disolución de la unión nacional"[22] que prevalecía en esos momentos, lo que lleva a concluir que era extremadamente urgente establecer un pacto mínimo, un *foedus*, sin que hubiera posibilidades de llegar a la precisión de cualquier otra institución, incluido el régimen local.

---

18 XXVI Acta Constitucional presentada al Soberano Congreso Constituyente, *cit*.

19 Gantús, Fausta, *et al,* "La Constitución de 1824: la consolidación de un pacto mínimo, II. Debates en tomo a la soberanía y la forma de gobierno de los Estados Unidos Mexicanos, 1823-1824", El Colegio de México, 2008, pp. 67-150, *muse.jhu.edu/book/74453 https://muse.jhu.edu/pub/320/oa_edited_volume/chapter/2577023*

20 *Ibidem*.

21 Frasquet, Ivana, "El ocaso del primer imperio mexicano. Agitación política y planes monárquicos en 1823" *Estud. hist. mod. contemp. Mex* 2021, pp. 193-221, *http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185262020211000300193&lng=es&nrm=iso>*

22 Pantoja Morán, David, "Continuidades y Rupturas: ...", *cit*.

IV. Razones de carácter territorial

El doctor Diego Valadés puntualiza los problemas que planteaba para el federalismo el *enorme territorio que constituía la nación mexicana* por aquella época. "Cuando se construyó ese sistema federal, nuestro país tenía el doble de territorio de lo que tiene hoy, eran: *4 millones de kilómetros* y la comunicación era extremadamente complicada".[23]

El imperio integró el vasto territorio, desde las altas Californias hasta el centro del continente americano, bajo los principios de religión, unión e independencia que quedaron plasmados en su escudo de armas. Sin embargo, "la forma de gobierno monárquica no subsistió mucho tiempo, instaurándose la República Federal Mexicana, como parte de un nuevo reacomodo de fuerzas y grupos políticos dentro del país".[24]

La Constitución de 1824 estableció una serie de principios democráticos y previó una república federal compuesta por 19 estados,[25] cuatro territorios y el distrito federal de la Ciudad de México. Los pueblos indígenas perdieron su estatus colonial especial de que gozaban como tutela del gobierno. En muchos sentidos, durante el siglo XIX estaban en una situación más deplorable que la que tenían bajo la corona española. Agregado a todo, la legislación estatal excluyó al campesinado del proceso político.

El conflicto entre federalistas y centralistas, por ende, debería entenderse como un enfrentamiento entre los liberales de inclinación gaditana "y aquellos que defendían el grado de autonomía conquistado por las élites provinciales a partir de la orga-

[23] Los elementos fundamentales de la Constitución de 1824 subsisten 200 años después: Diego Valadés, *https://colnal.mx/noticias/los-elementos-fundamentales-de-la-constitucion-de-1824-subsisten-200-anos-despues-diego-valades/*

[24] México 200 años. El nacimiento de una nación. El año de 1821 cambió definitivamente la historia de la nación mexicana, al vincularse tendencias, actores y procesos, que generaron las condiciones para el nacimiento de un país, *https://artsandculture.google.com/story/LgXhw4b3GIto7w?hl=es-419*

[25] Primera Constitución de México (4 de octubre de 1824), *cit*.

nización de las intendencias".[26] A las pretensiones de las élites locales se debían los elementos del "antifederalismo jeffersoniano" que adornaban la carta federal, gracias a los cuales el gobierno general gobernaba "estados, no ciudadanos".[27] Los preceptos constitucionales correspondientes establecen:

> Artículo 2.- Su territorio [de la nación mexicana] comprende el que fue del virreinato llamado antes Nueva España, el que se decía capitanía general de Yucatán, el de las comandancias llamadas antes de provincias internas de Oriente y Occidente, y el de la Baja y Alta California con los terrenos anexos e islas adyacentes en ambos mares. Por una ley constitucional se hará una demarcación de los límites de la federación, luego que las circunstancias lo permitan.
>
> Artículo 5.- Las partes de esta federación son los estados y territorios siguientes: el estado de las Chiapas, el de Chihuahua, el de Coahuila y Texas, el de Durango, el de Guanaxuato, el de México, el de Michoacán, el de Nuevo León, el de Oaxaca, el de Puebla de los Ángeles, el de Querétaro, el de San Luis Potosí, el de Sonora y Sinaloa, el de Tabasco, el de las Tamaulipas, el de Veracruz, el de Xalisco, el de Yucatán y el de los Zacatecas: el territorio de la alta California, el de la baja California, el de Colima, y el de Santa Fe de Nuevo México. Una ley constitucional fijará el carácter de Tlaxcala.

La extensión territorial condicionaba a un reconocimiento tácito y fáctico de los municipios surgidos desde el siglo XVI, porque constitucionalmente no había otra forma de gobierno local.

V. ¿Razones federalistas?

El federalismo se ha concebido como un medio para asegurar la unidad del Estado mediante el dominio del poder federal, por un lado, pero también, como una condición necesaria para la de-

[26] Andrews, Catherine, "De Texas, la guerra contra Estados Unidos y otras desilusiones: visiones historiográficas de 'los años olvidados'", Historia Mexicana 2021, LXXI vol. 1, p. 196 y 197, *https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=60067303012*

[27] *Ibidem*.

mocratización, buscando el equilibrio entre el poder central y el poder de las entidades federativas.

El federalismo en México se configuró en un contexto de tensión entre las demandas, las pretensiones de los poderes locales y la voluntad de los electores, así como de los partidarios de fortalecer el poder central, incluso, mediante un control fuerte sobre las entidades subnacionales. Esto significa que el poder político se dividía entre el gobierno federal y los gobiernos de los estados.[28]

No hay que olvidar que "[...] el país buscaba titubeante una forma de Estado y una forma de gobierno. En franca rebeldía, las provincias exigían la convocatoria a un nuevo Congreso, la disolución del recién instalado y la adopción de la forma federal de Estado, so pena de escindirse de la unión nacional de no satisfacerse sus demandas".[29] Lo que confirma la premura del constituyente por crear un orden que consolidara la unión.

Asimismo, está clara la influencia de la Constitución de los Estados Unidos de 1787. Esto significa que el sistema federal mexicano adoptó algunas de las características del sistema federal estadounidense. "El pacto federal creó dos órdenes de gobierno, con sus tres poderes, uno, a nivel local, en cada entidad federativa y otro, a nivel nacional, de orden general siendo la regla más importante la que repartía las competencias entre ellos, junto a otras que preveían la solución de conflictos".[30]

Una de las cuestiones fundamentales tratadas, debatidas y adoptadas en el seno del Congreso Constituyente, que diera lugar a los documentos constitucionales arriba evocados, fue precisamente la concerniente al federalismo. Los debates relativos a este tema son de una riqueza doctrinaria y política extraordinaria y se produjeron en medio de una peligrosísima coyuntura que amenazaba con la desintegración de la unidad nacional. Actores

[28] "Constitución Mexicana de 1824: historia y características", *https://www.bing.com/search?q=sistema+federal+en+la+Constituci%C3%B3n+de+1824&toWww=1&redig=F69473DF3FFB4DD09EB3CFAA6116CB2C*

[29] *Ibidem*, p. 103.

[30] Morison, Samuel Eliot *et al*., *Breve historia de los Estados Unidos*, México, FCE, 1980, pp. 144-145. *cit*. por Pantoja Morán, nota 31.

principales en esta coyuntura fueron precisamente hombres formados en el derecho, representantes de sus respectivas provincias, en vías de convertirse en entidades federativas.[31]

Como veremos a continuación, hay autores que atribuyen la omisión del municipio en el texto constitucional en análisis, a que el constituyente se ciñó a un federalismo clásico conformado exclusivamente por dos órdenes de gobierno, implicando la división del poder entre el gobierno federal y los estados.[32]

La Constitución de 1824 fiel al federalismo clásico considera que el municipio es una institución de derecho local, no contiene ninguna mención sobre el ente municipal. Señala Ruiz Massieu que la Carta Magna del 24 sigue las líneas generales del Acta Constitutiva de 1824 por lo que se refiere al municipio, pues ni siquiera garantiza que los estados se compondrán de municipios. En tal visión, el federalismo es solo una fórmula que evitará el desmembramiento del nuevo estado que asegurará el arreglo democrático.[33]

La cuestión del municipio queda así encargada al constituyente local. Es en tal tesitura que los estados procedieron a la organización de su administración interior, y de tales antecedentes data el hecho de que la vida y administración municipales quedaran supeditados a los gobiernos estatales y en algunas ocasiones a autoridades intermedias ligando su desarrollo al de la entidad federativa a que perteneciera.[34]

Con la vigencia del federalismo formal implantado en 1824, el municipio quedaba literalmente atado a los designios del go-

---

31 Pantoja Morán, David, "Los constituyentes de 1824", Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 212, *http://biblio.juridicas.unam.mx*

32 "México 200 años. El nacimiento de una nación." El año de 1821 cambió definitivamente la historia de la nación mexicana, al vincularse tendencias, actores y procesos, que generaron las condiciones para el nacimiento de un país. De Archivo General de la Nación, *https://artsandculture.google.com/partner/archivo-general-de-la-nacion?hl=es-419*

33 Cienfuegos Salgado, David y Jiménez Dorantes, Manuel, "El Municipio Mexicano: una Introducción", PDF UNAM, *https://archivos.juridicas.unam.mx › libros › 3.pdf*

34 *Ibidem*.

bierno estatal, sin embargo tal dependencia se hizo aún más manifiesta con los intentos de organización centralista.[35]

Analizando los debates del constituyente, es posible concluir que no fue un purismo teórico para cumplir los cánones del diseño federal lo que los llevó a dejar fuera del texto constitucional al municipio, más bien, esa omisión puede atribuirse, por una parte, a que la Constitución de Filadelfia, que sirvió de modelo, no lo contemplaba, y por otra, a una lamentable expresión del centralismo que ya estaba precozmente desmandándose. Consecuentemente, la Constitución[36] reconocía la existencia de diecinueve estados, cada uno de estos tenía su propio gobierno y tenía cierta autonomía para tomar decisiones dentro de su territorio.

El sistema federal instaurado en 1824 se mantuvo vigente hasta la derogación de la Constitución en 1835, cuando fue reemplazado por un régimen centralista cuyo fundamento fueron las Siete Leyes promulgadas por el presidente interino José Justo Corro en 1836. En 1846 se restauró la Constitución de 1824 y en 1857 se promulgó una nueva Constitución federal.[37]

VI. Conclusiones

Del Acta constitutiva de la Nación Mexicana de 1823, como de la Constitución de 1824, se desprende que era extremadamente urgente establecer un pacto mínimo que creara la unión, un *foedus*. En esos momentos históricos tan convulsos no había posibilidades materiales de llegar a precisar cualquiera otra institución, incluido el régimen local.

Los autores del texto, lamentablemente estaban inficionados ya de una dependencia respecto a los designios de un poder extranacional que desde entonces, gravitaba ominosamente sobre nuestro suelo.

---

35 *Ibidem*.

36 Primera Constitución de México (4 de octubre de 1824), *cit*.

37 Senado de la República LXV Legislatura ¿Cómo surgen las leyes? México como Estado independiente *https://micrositios.senado.gob.mx/politica_ninos/-como-surgen-las-leyes-.html*

La extensión territorial condicionaba a un reconocimiento tácito y fáctico de los municipios surgidos desde el siglo XVI, porque constitucionalmente no había otra forma de gobierno local.

No fue un purismo teórico de respeto o sujeción a los cánones del diseño federal lo que llevó al constituyente de 1823 a dejar fuera del texto constitucional al municipio.

La omisión del municipio en la Constitución de 1824 debe atribuirse a que, por una parte, la Constitución de Filadelfia, que sirvió de modelo, no lo contemplaba y por otra, se trató de una lamentable expresión del centralismo que ya precozmente se iba dibujando.

Cabe advertir un evidente servilismo respecto de los intereses que ya estaban dominando en México, al relegar indebidamente a la Constitución de Cádiz como modelo para incluir el municipio en la estructura jurídica de un moderno Estado mexicano.

Poco faltó para que, en lugar del municipio, se hubiera introducido el condado, y entonces se hubiera dado al traste con toda la tradición centenaria de la entidad municipal, tan cara a nuestras legítimas tradiciones.

Consecuentemente, la Constitución reconocía la existencia de diecinueve estados. Cada uno de estos tenía su propio gobierno y tenía cierta autonomía para tomar decisiones dentro de su territorio, lo que permitió que el municipio continuara funcionando como entidad de gobierno en México.

Referencias

Andrews, Catherine, "De Texas, la guerra contra Estados Unidos y otras desilusiones: visiones historiográficas de 'los años olvidados'", *Historia Mexicana 2021*, LXXI, vol. 1.

Archivo General de la Nación, "México 200 años. El nacimiento de una nación".

Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Constitución de 1824.

Cabrera Acevedo, Lucio, *El Constituyende de Filadelfia de 1787 y la Judicial Review*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005.

Introducción de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824.

Cienfuegos Salgado, David y Jiménez Dorantes, Manuel, "El Municipio Mexicano: Una Introducción".

Comisión Nacional de Derechos Humanos, "Promulgación de la Primera Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos. Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824".

Cosío Villegas, Daniel, *Historia general de México*, vol. III, El Colegio de México, México, 1977.

Eissa-Barroso, Francisco A., "Mirando hacia Filadelfia desde Anáhuac. La Constitución estadounidense en el Congreso Constituyente mexicano de 1823-1824" *Política y Gobierno.*

El Colegio Nacional, "Los elementos fundamentales de la Constitución de 1824 subsisten 200 años después: Diego Valadés".

Frasquet, Ivana, "El ocaso del primer imperio mexicano. Agitación política y planes monárquicos en 1823" *Estud. hist. mod. contemp. Mex* 202.

Gantús, Fausta, *et al., "La Constitución de 1824: la consolidación de un pacto mínimo, II. Debates en tomo a la soberanía y la forma de gobierno de los Estados Unidos Mexicanos, 1823-1824",* El Colegio de México, 2008.

Gobierno de México, "Firma del plan de Iguala: la conclusión de la lucha".

Gobierno de México, Secretaría de Gobernación, Unidad General de Asuntos Jurídicos, Orden Jurídico Nacional.

González Navarro, Moisés, *El pensamiento político de Lucas Alamán*, México, El Colegio de México, 1952.

Independencia de México, "La constitucion de 1824".

Martínez Del Campo Rangel, Silvia, "El 'Proceso' contra Agustín de Iturbide", Anuario Mexicano de Historia del Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

México Desconocido, "La Constitución de 1824, artículos y quién la promulgó".

México 200 años. El nacimiento de una nación. El año de 1821 cambió definitivamente la historia de la nación mexicana, al vincularse tendencias, actores y procesos, que generaron las condiciones para el nacimiento de un país.

Morison, Samuel Eliot *et al*., *Breve historia de los Estados Unidos*, México, FCE, 1980.

Pantoja Morán, David, "Continuidades y Rupturas: Las Constituciones de 1824 y 1857", UNAM.

Pantoja Morán, David, "Los constituyentes de 1824", Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Primera Constitución de México (4 de octubre de 1824), Lhistoria.

Senado de la República, LXV Legislatura, *¿Cómo surgen las leyes? México como Estado independiente*.

XXVI Acta Constitucional presentada al Soberano Congreso Constituyente, por su Comisión, el día 20 de noviembre de 1823, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

La relación entre los gobiernos autónomos descentralizados y la Corte Constitucional del Ecuador

***

The relationship between decentralized autonomous governments and the Constitutional Court of Ecuador

José Eduardo Aguirre Vega[*]

Resumen: Ecuador posee un sistema de descentralización que permite organizar al Estado sobre la base de un organigrama funcional a partir de la transferencia de competencias entre niveles de gobierno. Sobre estas competencias, la Corte Constitucional ha logrado delimitar el campo de acción de los gobiernos autónomos descentralizados, así como los límites que permiten un correcto ejercicio del poder en beneficio de los administrados.

Abstract: Ecuador has a decentralization system that allows the State to be organized on the basis of a functional organization chart based on the transfer of powers between levels of government. Based on these powers, the Constitutional Court has managed to delimit the field of action of decentralized autonomous governments, as well as the limits that allow the correct exercise of power for the benefit of those administered.

Sumario: I. Gobiernos autónomos descentralizados. II. Gobiernos autónomos descentralizados y sus facultades en materia

* Abogado por la Universidad Central del Ecuador.

impositiva. III. Competencias exclusivas y concurrentes. Referencias.

I. Gobiernos autónomos descentralizados

La Constitución ecuatoriana de 2008 reconoce en su artículo primero que el Ecuador es, entre otras cuestiones, un Estado unitario y descentralizado. Este último principio conlleva una forma de organizar y dirigir el ejercicio del poder público para que este alcance a todos los administrados.

Lo antes anotado nos permite avanzar a un entendimiento sucinto respecto de lo que implica, ya en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, este principio: "la descentralización es la transferencia obligatoria de competencias con los respectivos recursos económicos, humanos, y técnicos del gobierno central a los gobiernos autónomos descentralizados. Su instrumentación está regulada en la Constitución de la República y el COOTAD".[1] Pues bien, esta transferencia de competencias dispuesta por la carta fundamental ecuatoriana a lo que nosotros conocemos como gobiernos autónomos descentralizados[2] o GAD´S, debe circunscribirse a la consecución de un fin que es la prestación de servicios en beneficio de los administrados. Para ello, no solo bastará con que se cumpla con la transferencia explicada, sino que se requieren mecanismos de control en aras de evitar una desviación del poder otorgado.

Como sabemos, existen diversos mecanismos de control entre los que se destacan el administrativo, político, económico y el que nos interese a nosotros, el de constitucionalidad. Este último ha presentado notables avances en el Ecuador, teniendo el alcance de controlar actos emitidos por los GAD´S cuando contravengan la constitución formal y/o materialmente. Es por esto que las siguientes líneas tendrán como fin analizar la jurisprudencia

1 Moreta, Andrés, *Derecho administrativo ecuatoriano*, Quito, Colegio de Jurisprudencia de Universidad San Francisco, 2023, p. 80.

2 Regionales, provinciales, cantonales o distritales y parroquiales de conformidad con los artículos 251,252, 253, 254 y 255 de la Constitución 2008.

del órgano constitucional ecuatoriano para conocer sus criterios sobre las facultades de los distintos niveles de gobierno, así como los límites en el ejercicio de ellas.

Antes de profundizar en facultades específicas sobre las cuales la magistratura ha tenido la oportunidad de pronunciarse, considero necesario abordar los pronunciamientos que, de forma general, se han desarrollado al tratar el modelo descentralizado previsto en la Constitución 2008. Lo principal a rescatar lo encontramos en los fallos en que se ha racionalizado el pensamiento sobre el origen de las facultades de los GAD´S; así, la Corte resalta que la constitución como el estatuto jurídico del poder, distribuye competencias y atribuciones a los órganos públicos[3]. Dentro de estos últimos se encuentran los distintos niveles de gobierno que, a través de su órganos e instituciones, ejercerán las competencias que se les ha asignado.

Por otro lado, para que los GAD´S puedan actuar en debida forma, requerirán de fuentes de financiamiento provenientes del Estado central y sujetas a condiciones. La primera de ellas es que el coste de competencias está previsto para aquellas que la norma califica como residuales, aunque se presentan excepciones para que pueda entregarse en el ejercicio de competencias exclusivas y concurrentes, siendo esta última una excepción a la primera.[4] Así las cosas, la Corte recuerda en sus fallos que las fuentes de financiamiento de las competencias exclusivas son las preasignaciones presupuestarias y/o la facultad de generar sus propios recursos a través de la fijación de tasas y contribuciones especiales de mejoras.

---

[3] Sentencia No. 19-16-IN/21 Jueza ponente: Karla Andrade Quevedo párr. 30-38 publicada en la edición constitucional No. 200 del Registro Oficial el 08 de julio de 2021. Otro tema adicional abordado en estas sentencias de la Corte es el relativo a la asunción de competencias; sobre el cual se ha precisado que esta opera de forma obligatoria en las competencias exclusivas sin la necesidad de una aceptación expresa del nivel de gobierno correspondiente, párr. 38.

[4] *Ibidem*, párr. 32

II. Gobiernos autónomos descentralizados y sus facultades en materia impositiva

Nos queda claro que, para un mejor ejercicio de sus competencias, los gobiernos autónomos descentralizados pueden ejercer facultades tributarias para su financiamiento. En este apartado se pretende poner en conocimiento de los lectores los límites que ha ido trazando la Corte Constitucional ecuatoriana para que los GAD ´S las ejerzan de forma óptima y en aras de satisfacer las necesidades de los administrados.

En primer lugar, la Corte no solo reconoce la posibilidad de que las tasas y contribuciones especiales se creen para imponer cargas tributarias a los administrados; sino que estas se ejercen a través de actos legislativos de los órganos colegiados que poseen los distintos niveles de gobierno. En Ecuador, por ejemplo, cada cantón se organiza con un ejecutivo encabezado por el alcalde, y un órgano legisferante como lo son los consejos cantonales. Es este último el que tiene en su cargo la emisión de ordenanzas en las que se identifiquen los elementos básicos del tributo y permitan su cobro.

En este mismo orden de ideas, la jurisprudencia constitucional es enfática en recordar que todo tributo, sea impuesto, tasa contribución, cuenta con reserva de ley para su creación o modificación. Esto implica que en materia impositiva se estará a lo previsto en actos normativos (leyes u ordenanzas). En el caso de la facultad de los consejos, estos cuentan con la confianza democrática del pueblo, lo que genera que la emisión de estos tributos no solo deba ser emitidos por el órgano constitucional designado, sino que además se someten al debate democrático, evitando así una carga fiscal arbitraria.

Continuando con la regulación de tributos, la Corte ha desarrollado un precedente respecto de la posibilidad de que, normas inferiores a una ley u ordenanza, puedan regular elementos que no son esenciales del tributo. Para los magistrados estos últimos elementos son: “el objeto imponible, los sujetos activo y pasivo, la cuantía del tributo o la forma de establecerla, las exenciones y deducciones; los reclamos, recursos y demás materias reservadas a la ley que deban concederse conforme a este Código” (Senten-

cia 24-20-IN/23, párr. 39). Esto conlleva un límite a la facultad tributaria de los gobiernos descentralizados.[5]

Ahora bien, centrándonos en un tributo al alcance de ser regulado por los GAD´S, la Corte avizora que el Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización (COOTAD) señala que las tasas[6] pueden ser impuestas ante la utilización o aprovechamiento del dominio público por los particulares, para fines privados[7] o por la prestación de un servicio público. Por su parte, las contribuciones especiales se cobran a partir de la construcción de una obra pública. Adicionalmente, se reconoce al ejercicio de esta facultad como un medio de financiamiento para el ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, siempre y cuando se presenten los siguientes escenarios: (i) esté en el marco de sus funciones; (ii) dentro de su circunscripción territorial; y, (iii) que cumplan con la naturaleza de la tasa, la contribución especial de mejoras o las regalías, dependiendo el caso.[8]

Concomitante a ello, los jueces se pronunciaron respecto de la tasa como un tributo propio de los GAD´S y, para evitar un ejercicio desmedido de esta potestad tributaria y se mantenga un equilibro entre administración y administrados[9], ha recordado

---

5 Complementariamente, se considera oportuna rescatar la Sentencia 101-20-IN/23 de ponencia de la jueza Daniela Salazar Marín en la que la Corte se pronuncia respecto de la posibilidad de que los GAD´S metropolitanos puedan definir logísticamente el cobro de un impuesto. La conclusión a la que se arriba se sustenta en que esta posibilidad no contraviene el ordenamiento jurídico, en tanto el gobierno descentralizado no altere los elementos esenciales del tributo, sino que se limite a gestionar su recaudación.

6 Es importante revisar la sentencia No. 65-17-IN /21 con ponencia de la Dra. Daniela Salazar Marín en la que se explican algunas nociones importantes respecto de este tipo de tributo.

7 Estos fines pueden ser, por ejemplo, comerciales.

8 Sentencia No. 27-16-IN/21. Juez ponente: Enrique Herrería Bonnet, párr. 42, publicada en la edición constitucional No. 209 del Registro Oficial el 6 de agosto de 2021.

9 "En materia de tasas a diferencia de otros tributos, el quantum no se encuentra encaminado a imponer una carga proporcional al contribuyente, lo que se pretende es que la carga que se impone al sujeto pasivo de la misma sea igual o menor al beneficio recibido", párr. 50.

algunas cuestiones sobre el hecho generador de una tasa, mismo que deben ceñirse a las siguientes condiciones: "[...] (i) la prestación de un servicio público colectivo, en el marco de las competencias de los órganos; (ii) el aprovechamiento especial del dominio público; y, (iii) la ejecución de una actividad administrativa individualizada [...]"[10].

Luego de ser reconocida esta facultad en los términos antes descritos, el análisis de la magistratura ha girado en establecer los límites que tienen los GAD´S en materia fiscal. El más importante de estos es respecto de la aplicación de principios tributarios al momento de imponer tasas o contribuciones especiales. Para esto, es importante señalar que la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 300 señala que el régimen tributario nacional se regirá por los principios de "generalidad, progresividad, eficiencia, simplicidad administrativa, irretroactividad, equidad, transparencia y suficiencia recaudatoria".[11] Pues bien, a los ya mencionados principios, tempranamente la Corte supo añadir el de proporcionalidad, capacidad contributiva y de no confiscatoriedad; mismos que deben ser tomados en cuenta por parte de los GAD´S, pese a no estar consagrados explícitamente en el texto constitucional.[12] Esta conclusión a la que llegaron los entonces jueces constitucionales, se fundamenta en que existe una relación directa entre los principios positivizados y los incluidos vía jurisprudencia respecto del fin que deben tener un tributo; tanto así, dice la Corte, que ellos se encuentran reconocidos por la doctrina en materia fiscal y por ende no pueden ser obviados en nuestro sistema nacional.[13]

---

10 Sentencia No. 40-16-IN/21. Juez ponente: Enrique Herrería Bonnet, párr. 42, publicada en la edición constitucional No. 251 del Registro Oficial el 10 de diciembre de 2021.

11 Art. 300., Constitución de la República del Ecuador, *https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/02/Constitucion-de-la-Republica-del-Ecuador_act_ene-2021.pdf*

12 Sentencia No. 025-15-SIN-CC. Juez sustanciador Alfredo Ruiz Guzmán, p. 24. Publicada en el Primer Suplemento No. 575 del Registro Oficial el 28 agosto 2015.

13 Un ejemplo pertinente lo encontramos en la sentencia No. 004-11-SIN-CC en la que los entonces jueces constitucionales analizaron la inconstitucionalidad de una norma, a la luz del principio de no confiscatoriedad. Caso similar ocurre en la sentencia No. 10-21-IN/23.

Por último, las limitaciones recordadas por la Corte han llegado al tratamiento de casos particulares como por ejemplo el señalar que los GAD´S "[...] no pueden establecer tasas para las empresas públicas que utilicen u ocupen el espacio público o la vía pública regional, provincial o municipal, para colocación de estructuras, postes y tendido de redes [...]". En caso de que una ordenanza disponga tal medida, acaece una inconstitucionalidad respecto del principio de coordinación reconocido en los artículos 226 y 227 de la Constitución.[14]

III. Competencias exclusivas y concurrentes

La jurisprudencia constitucional ha logrado sintetizar de forma armónica el funcionamiento del régimen de competencias en el Ecuador a la luz del principio de descentralización reconocido en el texto de 2008. Es justamente este principio el que cimienta el pensamiento de los jueces para reconocerlo como transversal no solo respecto de la organización territorial del Estado y la distribución de competencias, si no también como un medio para el desarrollo equitativo y solidario, mediante el fortalecimiento de los procesos que lo requieran.[15]

En un primer momento, la Corte reconoce que los niveles de gobierno poseen autonomía política, administrativa y financiera para el ejercicio de sus competencias. Sobre estas últimas, se cristalizan a través de las facultades legislativas y reglamentarias y pueden ser exclusivas y/o concurrentes.[16]

---

14 Sentencia No. 007-15-SIN-CC. Jueza sustanciadora María del Carmen Maldonado Sánchez, p. 27. Publicada en el Tercer Suplemento No. 52 del Registro Oficial el 19 de junio de 2015. Así como la No. 008-15-SIN-CC.

15 Sentencia 36-18-IN/24 Jueza ponente: Alejandra Cárdenas Reyes.

16 Sentencia No. 36-15-IN/20. Juez ponente: Enrique Herrería Bonnet, párr. 17. Publicada en la Edición Constitucional No. 90 del Registro Oficial el 23 de octubre del 2020.

3.1. Regulación del espectro radioeléctrico y régimen de comunicaciones y telecomunicaciones[17]

Al momento de ser analizada esta competencia, la Corte no ha hecho más que ceñirse a lo que establece el artículo 261 numeral 10 del texto constitucional respecto la exclusividad del Estado central sobre la regulación del espectro radioeléctrico y el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones. Lo que implica que una competencia sea exclusiva del Estado central es que el ejecutivo será el encargado de, a través de organismos que se creen para el efecto, controlar y regular esta actividad de forma óptima.[18] Dónde sí hubo una primera intervención de la Corte es señalando que el espectro radioeléctrico tiene una doble dimensión; recurso natural y sector estratégico.[19] La primera de ellas debido a su origen natural y la segunda en tanto que su aprovechamiento permite el desarrollo de servicios comunicacionales (auditivos y audiovisuales) que permiten a su vez la prestación de servicios a los administrados, con la finalidad de satisfacer sus necesidades según lo exige el régimen de desarrollo previsto en la Constitución de 2008.[20]

En la misma línea de ideas, la Corte sostuvo su criterio respecto de que esta facultad implica la administración, regulación, control y gestión del espectro radioeléctrico (y de todos los sectores estratégicos en general), y debe guardar armonía con

17 A este apartado se le puede añadir la gestión territorial que puede ser revisada en la sentencia 36-18-IN/24.

18 Es menester indicar que, en sentencia No. 001-12-SIC-CC la Corte consideró lo siguiente: "[...] solo dicho Estado -entiéndase a través de los organismos pertinentes de regulación y control creados legalmente para el efecto autorizará el uso de frecuencias a las empresas públicas que las requieran, y solo delegar a otras empresas como las mixtas, y excepcionalmente a la iniciativa privada (siguiendo el ejemplo: a través de una concesión) o a la economía popular y solidaria, en los casos señalados en la ley. [...] " Sentencia No. 001-12-SIC-CC Juez sustanciador Manuel Viteri Olvera. p. 9. Publicada en el Primer Suplemento No. 629 del Registro Oficial el 30 enero de 2012.

19 Sentencia No. 006-09-SIC-CC1

20 Se recomienda revisar las sentencias: No 025-15-SIN-CC, N.° 033-15-SIN-CC y No. 029-15-SIN-CC.

principios como los de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención, eficiencia. Al arribar a esta conclusión se logran tres cuestiones importantes: La primera de ellas limitar el actuar de los distintos niveles de gobierno respecto de la interferencia en el ejercicio de facultades del Estado central. Segundo, hacer respetar la constitución en cuanto a si bien esta reconoce en sus líneas el principio de descentralización, este no puede ser sobrepasado independientemente del fin que tenga el actuar de los GAD´S. Por último, no se desperdicia la oportunidad de recordar al Estado central que si bien poseen una facultad exclusiva en la materia objeto de estos párrafos, la misma debe guardar armonía con otros principios constitucionales respecto del cuidado de la naturaleza y la prestación de servicios que mejoren la vida de los administrados.[21]

Los años siguientes solo han servido para que la Corte constitucional reafirme estos precedentes a pesar de que quienes la integran actualmente, suelen apartarse de aquellos emitidos por sus antecesores. En este sentido, a partir del año 2019 en que fue reestructurada la magistratura ecuatoriana, se han presentado casos similares en lo que se han mantenido los criterios antes expuestos, aunque no se ha desaprovechado la oportunidad para hacer algunas precisiones[22]. Ejemplo de esto último es la sentencia No. 27-16-IN/21 donde se añade que los GAD´S no estarían del todo excluidos del ejercicio de competencias relacionadas con espectro radioeléctrico y los regímenes generales de comunicaciones y telecomunicaciones. Esto, siempre y cuando no sea a través de la rectoría y de la implementación de modelos de gestión. La Corte mejora el entendimiento del organigrama constitucional en cuanto al ejercicio de competencias exclusivas y concurrentes, sentenciando que esta será posible cuando se presentan dos escenarios: "[...] 1) un modelo de gestión; y, 2) autorización expresa del titular de la competencia, sea "a través de un convenio", tal como lo señala el artículo 126 del COOTAD, o

21 Sentencia No. 001-12-SIC-CC Juez sustanciador Manuel Viteri Olvera. p. 9. Publicada en el Primer Suplemento No. 629 del Registro Oficial el 30 enero de 2012. Así como las No. 003-14-SIN-CC, No. 0023-13-IN, entre otras.

22 Revisar las sentencias No. 14-17-IN/22 Juez ponente: Richard Ortiz Ortiz y Sentencia No. 27-16-IN/21, párr. 35.

por medio de una resolución del Consejo Nacional de Competencias [...]".[23] Si no se cumplen con estas condiciones, los GAD´S no podrán interferir en el ejercicio de esta competencia.

3.2. Gestión de riesgos

En todo análisis que ha realizado la Corte Constitucional ecuatoriana, el punto de partida siempre es descubrir lo que el texto constitucional enuncia respecto del tema bajo análisis. Bajo esta primicia se cubren las sentencias analizadas con antelación y las siguientes, así como las que se encuentran en estos párrafos. Pues bien, respecto de la facultad de gestión de riesgos que poseen los GAD´S, los jueces constitucionales parten del reconocimiento de que la norma de 2008 introduce el sistema descentralizado de gestión de riesgos, que, integrado por las instituciones de los distintos niveles de gobierno, se encargaran de dar atención a los desastres naturales.

Nuevamente está presente el recordatorio de que el Estado central como ente rector, planificador y regulador, es el principal encargado de gestionar los riesgos ocasionados por desastres naturales. Sin embargo, al ser necesario fortalecer las capacidades institucionales para dar atención a los mismos, las competencias se descentralizan hacia los GAD´S y sus instituciones propias.[24]

Sobre la base de estas consideraciones generales, a la Corte han llegado casos respecto del rol de los GAD´S municipales con los cuerpos bomberiles que tienen entre sus misiones justamente la de intervenir en distintos desastres naturales. Para ello, dice la Corte, se necesita que estos órganos adscritos[25] a los municipios,

[23] Sentencia No. 27-16-IN/21. Juez ponente: Enrique Herrería Bonnet, párr. 35, publicada en la edición constitucional No. 209 del Registro Oficial el 06 de agosto de 2021. Se puede revisar también la sentencia No. 40-16-IN/21.

[24] Esto no solo con la finalidad de mejorar la toma de decisiones políticas, sino también todo aquello que se requiera para dar mejor tratamiento a los desastres naturales. Para ello se requiere de medios técnicos para mejorar los procesos de análisis, investigación, prevención, etc., requeridos por todos los niveles de gobierno.

[25] Respecto de la adscripción, la magistratura realizó importantes aclaraciones respecto de la naturaleza de esta figura. Reseñando lo indicado por la

cuenten con asignaciones presupuestarias, patrimonio propio y fondos necesarios para el desarrollo de su trabajo, asignaciones que deben ser fijadas por los cabildos.[26] Todo esto confluye dentro de la autonomía administrativa, presupuestaria, financiera y operativa de la que está investida la institución.

Este sería, a breves rasgo, el rol de parte de los GAD´S para con los bomberos. Ahora bien, la Corte no omite en sus análisis recordar el rol de estos para con la ciudadanía una vez que han sido proveídos de todo lo anteriormente descrito:

> Sin embargo, es oportuno precisar que si bien, los Cuerpos de Bomberos gozan de autonomía en los términos que quedan expuestos, la misma debe ser ejercida en estricta observancia a sus atribuciones, competencias y de manera responsable, a fin de satisfacer las expectativas que la ciudadanía demanda de esta institución, pues, no se debe olvidar que la obligación de brindar la seguridad a los ciudadanos recae sobre el Estado, quien lo realiza por medio de los Gobiernos Autónomos Descentralizados y de los Cuerpos de Bomberos[27].

Con esta importante aclaración, se recuerda que, si bien el Estado debe cumplir con su parte al entregar los recursos necesarios al cuerpo de bomberos, este debe actuar en cumplimiento con sus obligaciones. Para ello, deberán organizarse a nivel interno con el fin de administrar sus recursos, elegir representantes, brindar capacitaciones y entrenamiento a sus miembros, entre otras actividades que comprendan la búsqueda de brindar un servicio público en beneficio de la colectividad.[28]

Corte Constitucional de Colombia en sentencia C-046/04, los jueces esclarecen que la adscripción es el acto de vinculación de una entidad pública con otra, salvaguardando su autonomía, con el fin de trabajar en equipo para un mismo objetivo: prestación de servicio público de calidad.

26 Sentencias N.° 034-17-SIN-CC, N.° 033-17-SIN-CC, N.° 012-18-SIN-CC, N.° 013-18-SIN-CC, entre otras.

27 Sentencia No. 034-17-SIN-CC. Jueza Sustanciadora Roxana Silva Chicaiza. p. 46-47. Publicada en la Edición Constitucional, No. 34, Tomo II, el 15 marzo de 2018.

28 Como sabemos, su servicio se centra en la defensa de la seguridad ciudadana ante escenarios de desastre natural como pueden ser los incendios.

3.3. Gestión Ambiental

Este sistema de gestión descentralizado opera en términos similares a los ya analizados con anterioridad, sin embargo, vale la pena enfatizar sobre algunas ideas ya expuestas. Las acciones a realizarse para la consecución del fin de proteger a la naturaleza, deben ser coordinadas entre todos los niveles de gobierno que puedan intervenir. Esto implica que el ejercicio de atribuciones que sean complementarias y articuladas para un mismo fin, obliga a una constante comunicación entre los GAD´S, sin que les sea permitido invadir otro de los campos de acción que no sean los asignados a cada uno de ellos.[29]

Ahora bien, en la sentencia 36-15-IN/20 la magistratura conoció de un caso particular de acción sobre gestión ambiental ya que esta, de conformidad con el artículo 263 numeral 4 de la Constitución y 42 letra d) del COOTAD, constituye una competencia exclusiva de los GAD´S provinciales. Sobre este particular, la Corte supo manifestar que no existe la obligación de entregar recursos a través de costeo porque no constituyen una competencia residual ni adicional según versa el 189 del COOTAD. Sin embargo, esto no significa que la gestión se vea afectada por falta de recursos, toda vez que los mismos provienen de las preasignaciones presupuestarias o incluso puedan ser sustentadas en base a a facultad impositiva que poseen los GAD´S[30] provinciales y parroquiales en algunos casos.[31]

3.4. Seguridad

En materia de seguridad, nos queda claro que el monopolio del uso de la fuerza lo tiene el Estado central a través de la Policía Na-

[29] Sentencia No. 011-13-SIN-CC.

[30] Sentencia No. 36-15-IN/20. Juez ponente: Enrique Herrería Bonnet. párr. 20. Publicada en la Edición Constitucional No. 90 del Registro Oficial el 23 de octubre del 2020.

[31] De conformidad con el artículo 267 numeral 4 del texto constitucional y el artículo 65 letra d) del COOTAD los GAD´S parroquiales tienen entre sus facultades la preservación de la biodiversidad y la protección del ambiente.

cional para cuestiones de orden interno (art. 163 CRE). Sin perjuicio de ello, y siguiendo la misma línea de pensamiento de los casos antes expuestos, la Corte ha delimitado que, al ser un deber primordial del Estado el garantizar el derecho a una cultura de paz y una seguridad integral (art. 3 núm. 8) todas las entidades públicas deben colaborar con la consecución de este fin. Esto implica que, el ejercicio de una competencia exclusiva (seguridad) no significa que otros niveles de gobierno no puedan colaborar para brindar una adecuada protección a la ciudadanía.[32]

Es claro que, a ojos de los jueces constitucionales, la participación en temas de seguridad por todos los niveles de gobierno, debe ser complementaria sin olvidar que todo acto de cooperación deberá ser en base a la política de seguridad implementada por el gobierno central. Solo con el fin de que no se pierdan las ideas antes explicadas, esta sentencia también permite recordar que, en caso de que el GAD imponga una tasa por servicio de seguridad, debe guardar relación con los gastos que generará el brindar este servicio, así como debe cumplir con las finalidades ya anotadas con antelación.[33]

3.5. Adecuación normativa.

Para ir culminando con este trabajo, quisiera permitirme una digresión respecto de un caso que, a primera vista podría prescindir de él; sin embargo, es importante mencionar que existen sentencias en que la magistratura ordena a los gobiernos autónomos descentralizados adecuar su normativa para que esta no transgreda el ordenamiento jurídico nacional. En estos escenarios, los GAD´S deben actuar dentro de un plazo razonable emitiendo nuevas ordenanzas en el menor tiempo posible o, en caso de presentar demoras, justificar el porqué de dicho retraso.

---

[32] Sentencia No. 70-11-IN/21 párr. 57. Se recomienda revisar los artículos 54 y 60 del COOTAD que tratan sobre funciones del gobierno municipal crear y el alcalde en materia de seguridad.

[33] Sentencia No. 70-11-IN/21 Jueza ponente: Carmen Corral Ponce párr. 65 y 79.

En el caso concreto, para la Sentencia 32-18-IS-22 de ponencia de la jueza Alejandra Cárdenas Reyes, cuatro años para el cumplimiento del mandamiento de adecuación normativa, es una clara violación al plazo razonable[34].

3.6. Participación ciudadana

El último apartado para analizar en este breve repaso por la jurisprudencia constitucional ecuatoriana es el relativo a los pronunciamientos respecto de la participación ciudadana a ser impulsada por los gobiernos autónomos descentralizados. La Ley orgánica de Participación Ciudadana en su artículo 9 otorga competencia a la Corte Constitucional para pronunciarse respecto de la decisión de inadmisibilidad de una iniciativa popular normativa. Como sabemos, este derecho de participación ciudadana implica la presentación de proyectos normativos por parte de la ciudadanía y tiene un alcance hacía los órganos legislativos de los GAD´S, por lo que no solo opera a nivel de la Asamblea Nacional.

De acuerdo con el Dictamen 1-18-IP/24, la Corte tiene un rol de verificación respecto de la inadmisión de parte de la institución u organismo ante la que se presentó la propuesta normativa. En un primer momento, la Corte respecto del procedimiento a seguir para poder admitir el proyecto ciudadano, recaba información de la ley de participación ciudadana para esclarecer que su función es la de decidir sobre si la inadmisión fue adoptada conforme a la ley.

Un punto controversial es cuando la Corte decide dar trámite al pedido sin que se haya contado con la decisión de inadmisibilidad. Si bien el justificativo es que al momento de resolver ya existía tal inadmisión, me parece cuestionable que la Corte actúe respecto de un acto que no existe cuando se presentaron los cargos.[35] Por otro lado, es acertado el análisis de los jueces al señalar que el ejercicio del derecho a la participación implica la posibilidad de presentar proyectos normativos, pero no necesariamente

[34] *Ibidem*, párr. 35.

[35] *Ibidem*, párr. 18.

la aprobación de estos; sobre todo cuando no se cumplen con criterios técnicos y fundamentos suficientes que permitan viabilizar la propuesta.[36]

Ahora bien, este no es el único escenario en que la Corte ha desarrollado la participación ciudadana a nivel de los gobiernos descentralizados. De la revisión de la jurisprudencia se desprende la Sentencia No. 3-15-IA/20 de ponencia de la magistrada Daniela Salazar Marín,[37] en la que existe pronunciamiento sobre la obligatoriedad de realizar una consulta prelegislativa en cantones para la fijación de límites comunes. La consulta en cuestión debe ser realizada antes de la adopción de resoluciones que, en el expediente en concreto, refiere a procesos de fijación de límites territoriales. En caso de no presentarse este escenario, la resolución adolece de vicios de inconstitucionalidad formal.[38]

Referencias

Moreta, Andrés, *Derecho administrativo ecuatoriano,* Ecuador, Colegio de jurisprudencia de la Universidad San Francisco, 2023.

Sentencia No. 19-16-IN/21. Jueza ponente: Karla Andrade Quevedo, publicada en la edición constitucional No. 200 del Registro Oficial el 8 de julio de 2021.

Sentencia No. 27-16-IN/21. Juez ponente: Enrique Herrería Bonnet, publicada en la edición constitucional No. 209 del Registro Oficial el 6 de agosto de 2021.

Sentencia No. 65-17-IN /21 Jueza ponente: Daniela Salazar Marín, publicada en la edición constitucional No. 193 del Registro Oficial el 28 de junio de 2021.

Sentencia No. 40-16-IN/21. Juez ponente: Enrique Herrería Bon-

[36] *Ibidem*, párrs. 25 y 29.

[37] El caso se trata de una resolución del Consejo Provincial de Loja en la que se delimitaron las fronteras entre los cantones de Calvas y Sozoranga, la cual es impugnada vía acción de inconstitucionalidad.

[38] *Ibidem*, párr 113.

net, publicada en la edición constitucional No. 251 del Registro Oficial el 10 de diciembre de 2021.

Sentencia No. 025-15-SIN-CC. Juez sustanciador Alfredo Ruiz Guzmán. Publicada en el Primer Suplemento No. 575 del Registro Oficial el 28 agosto 2015.

Sentencia No. 007-15-SIN-CC. Jueza sustanciadora María del Carmen Maldonado Sánchez. Publicada en el Tercer Suplemento No. 52 del Registro Oficial el 19 de junio de 2015.

Sentencia No. 36-15-IN/20. Juez ponente: Enrique Herrería Bonnet. Publicada en la Edición Constitucional No. 90 del Registro Oficial el 23 de octubre del 2020.

Stephen F. Austin, el Federalismo y la Constitución Mexicana de 1824

***

Stephen F. Austin, Federalism and the Mexican Constitution of 1824

Jorge Madrazo

Resumen: esta ponencia analiza la influencia que en el federalismo mexicano tuvo un proyecto de Constitución escrito por Stephen F. Austin en 1823, en su deseo de tener a Tejas como un estado lo más independiente posible de un gobierno federal mexicano, al estilo del modelo Jeffersoniano.

Abstract: this paper analyzes the influence that a draft Constitution written by Stephen F. Austin in 1823 had on Mexican federalism, reflecting his desire to have Texas as an independent state as far as possible from a Mexican federal government, following the Jeffersonian model.

Palabras claves: federalismo, división de competencias, estado de Coahuila y Tejas, empresario, anglo-colonialismo, esclavitud, religión católica, Constitución de Filadelfia, Constitución Federal de 1824, Stephen F. Austin, Lorenzo de Zavala, Miguel Ramos Arizpe.

Keywords: federalism, division of powers, State of Coahuila and Texas, entrepreneur, anglo-colonialism, slavery, catholic religion, Philadelphia Constitution, Federal Constitution of 1824, Stephen F. Austin, Lorenzo de Zavala, Miguel Ramos Arizpe.

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

Desde hace un buen tiempo me ha llamado mucho la atención el hecho de que Stephen F Austin, reconocido como el Padre de Texas, se haya nacionalizado mexicano y contribuido en la formulación del Acta Constitutiva y de la Constitución Mexicana de 1824, que ahora estamos recordando en el bicentenario de su promulgación.

Toda vez que el XVI Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional se celebra en México con motivo de los 200 años de nuestra Primera Constitución Federal, me ha parecido oportuno profundizar en este alineamiento entre estos textos constitucionales y la intervención del llamado Padre de Texas y su conexión con el llamado padre del federalismo mexicano, Miguel Ramos Arizpe. Se trata de averiguar cómo surgió este "compadrazgo".

Esta decisión temática tiene también su origen en el recuerdo de uno de mis libros de cabecera, me refiero al trabajo del doctor Mario de la Cueva y de la Rosa, intitulado: "La Constitución de 5 de Febrero de 1857. Sus Antecedentes Históricos y Doctrinales. El Congreso Constituyente de 1856-1857, los Principios Fundamentales de la Constitución," y que forma parte del libro publicado por la UNAM en homenaje a la Constitución Federal de 1857 en el año de su centenario.

El maestro de la Cueva escribió: "[...] Miguel Ramos Arizpe, director del grupo federalista estuvo en contacto frecuente con Esteban Austin, el norteamericano naturalizado mexicano y que de él recibió un Proyecto de Bases Generales para la Organización Federativa de la República".[1]

A pesar de la letra de la Constitución y especialmente de su proemio, el debate sobre si la Constitución Estadounidense de 1787-1789 influyó en la nuestra de 1824, tanto en el Acta como en la Constitución misma, ha estado lleno de pasión, sobre todo por los que lo niegan, pero también han puesto su parte los que

[1] Cueva, Mario de la, "El Constitucionalismo Mexicano", *El Constitucionalismo a Mediados del Siglo XIX*, t. 2, UNAM, México, 1958, p. 1242.

lo afirman. El debate mexicano parece estar impregnado de este sentimiento de amor-odio que por muchos años ha expresado los sentimientos mexicanos hacia la Unión Americana. Lo curioso es que, aunque en menor medida, ese sentimiento también aparece en relación con aquella España y, sin embargo, nadie se siente incómodo señalando la influencia de la Constitución de Cádiz en la nuestra de 1824.

En las discusiones antiguas y modernas han escrito plumas muy reconocidas e importantes, como Lorenzo de Zavala, Lucas Alamán, José María Luis Mora, Gustavo Velazco, Emilio Rabasa, Nattie Lee Benson, Jorge Gaxiola, Manuel Ferrer, y David Pantoja, entre otros.

Sus opiniones oscilan entre la convicción de que la mexicana fue una Constitución calcada de la norteamericana, hasta que la Carta de Filadelfia no influyó en el Texto de la Constitución de 1824 y que su inspiración está en Cádiz. Incluso alguno afirmó que en la mexicana se habían superado los errores de la de Filadelfia.

En esta ponencia no nos asomamos a todas las fuentes de la Constitución de 1824 que provienen del constitucionalismo norteamericano, toda vez que después del magnífico ensayo de Francisco A. Eissa Barros, del CIDE, intitulado "Mirando a Filadelfia desde Anáhuac", está resuelto el origen americano de una buena cantidad de artículos de nuestra primera Constitución del México Independiente. Efectivamente, Eissa Barros afirma, después de un análisis del Diario de los Debates y de una acuciosa comparación, que:

> Es indudable, pues, que los constituyentes del Congreso mexicano de 1823–1824 conocían la Constitución de Filadelfia bastante bien. Sin lugar a dudas, su conocimiento sobre la práctica cotidiana del gobierno en aquel país no era tan completo, pero aun así los resultados de la investigación son contundentes: los constituyentes mexicanos creían estar adoptando una Constitución muy similar a la de Filadelfia porque en realidad lo estaban haciendo. Las referencias al modelo americano hechas durante los debates demuestran que los fundadores del Estado mexicano tenían una idea bastante clara de lo que constituía al sistema político estadounidense. El análisis comparado de los artículos del Proyecto de Constitución y la

> Constitución de los Estados Unidos demuestra la magnitud de las similitudes entre ambos textos.[2]

Más adelante afirma:

> [...] no es del todo sorprendente que si 20.5 por ciento de los primeros 56 artículos del Proyecto de Constitución estaba prácticamente copiado de la Constitución de Filadelfia "sin contar algunos otros que tenían pequeñas alteraciones que no llegaban a afectar de modo significativo la idea del artículo" y llegó a la Constitución de 1824, los miembros del constituyente se sintieran influidos por dicho texto.[3]

Resuelto lo anterior debo afirmar que esta ponencia tampoco pretende ser una nueva biografía de Esteban Austin, de las que por cierto hay muchas, sino estudiar el proyecto de constitución que Austin puso en manos del padre Ramos Arizpe y el impacto que eventualmente tuvo en el proceso constituyente de 1823–1824, y por tanto en la decisión fundamental por la República Federal. En otras palabras, la pretensión de esta ponencia es solo la de abrir una de las varias ventanas a las que se asomaron los constituyentes mexicanos de 1823–1824.

Debo confesar que cuando me encontraba a mitad de la investigación que me llevó a escribir esta ponencia, estaba convencido de que debía iniciarla con la declaración de que Stephen F. Austin era un personaje ciertamente complejo, denso y paradójico. Ahora debo poner comillas a esta afirmación ya que en el epílogo de su magnífico libro intitulado Stephen F. Austin, Empresario de Texas, Greg Cantrell concluyo: "Austin's legacy, then, like his life, is complex and contradictory. No one understood this better than Austin himself".[4]

---

2 Eissa-Barros, Francisco, "Mirando a Filadelfia desde Anáhuac: la Constitución estadounidense en el Congreso Constituyente mexicano 1823-1824", *SciElo. Política y Gobierno*, vol. 17, núm. 1, México, 2010.

3 *Idem*.

4 Por lo tanto, el Legado de Austin, como su vida, es compleja y contradictoria. Nadie entendió mejor esto que el propio Austin.

En muchos pasajes de su historia, la vida de Austin recuerda al Jano de la mitología romana. Es la dualidad y las dos caras opuestas de la moneda. Para muchos fue un héroe, pero otros tantos creen que fue un villano; igual lo ensalzan y lo critican americanos y mexicanos. Fue Norteamericano, pero también Mexicano, Coahuilotejano y sobre todo Tejano; peleó contra los independentistas tejanos a favor de México (rebelión Fredoniana en 1827), pero también a favor de Tejas en contra del Ejército Mexicano; cultivó la relación con los Delegados del Virreinato igual que los favores de Iturbide y de los liberales Mexicanos de inicios del XIX; fue liberal pero esclavista; fue minero, agricultor, abogado, juez, diplomático; asesor legal y hasta constitucional, pero sobre todo *Empresario*, bajo la vieja denominación española, que en este caso fue equivalente a especulador de tierras y vastos territorios. Por ello mismo fue un explorador; vivió en la estrechez, pero también en la holgura; tuvo una vida muy intensa pero también muy corta pues murió a los 43 años. Muchas veces enfermo y deprimido. Yo diría que fue un hombre pragmático y visionario que supo navegar el ambiente enrarecido de los primeros años del México independiente y supo acomodarse en dirección de por donde soplaban los vientos. Ciertamente su empeño era por una Tejas feliz y él feliz dentro de Tejas. Yo diría que el refrán que reza: "no importa lo que tienes sino a quién conoces", es cristalinamente aplicable a Stephen Austin.

Esta dualidad y este contraste de la que venimos hablando no fue exclusivo de Austin en el primer tercio del XIX y explica la relación que llegó a tener por ejemplo con Lorenzo De Zavala, este destacado caballero yucateco, también empresario para la colonización de Tejas, pero firmante de La Declaración de Independencia de la República de Tejas, coautor de la Constitución local y primer vicepresidente de la efímera República. De Zavala fue, contrastantemente, el presidente del Congreso Constituyente que aprobó la primera Constitución Federal de México. La filiación tejana de Lorenzo de Zavala obedeció en gran medida a su aguerrida y justa oposición a Santa Anna y a su lucha por conservar el federalismo que había impulsado como uno de los más influyentes redactores de la Constitución de 4 de octubre, habiendo sido el primer firmante de la Constitución Federal. Nuevamente traidor y héroe al mismo tiempo, según el momento y

el ángulo desde el que se le vea. En el caso de De Zavala sus ideas liberales y su convicción federalista influyeron decididamente para sumergirse en la lucha tejana por la independencia. Cuando falleció en 1836, mismo año en que Austin dejo de existir, la anexión a los Estados Unidos todavía no aparecía claramente en el pensamiento de Lorenzo De Zavala.

Su relación con Stephen Austin se puede explicarse también por la militancia masónica que impulsaba el moderno Rito Yorkino en sus versiones mexicanas.

A decir verdad, toda la labor diplomática o de lobista que realizó Austin estuvo arropada por las hermandades masónicas de inicios del XIX en México, ciertamente impulsadas por el ministro Poinsett, pero de la que ya sabían y confesaban militancia los Diputados por la Nueva España en la Cortes de Cádiz, incluyendo al propio Fray Servando Teresa de Mier y muy probablemente al padre Ramos Arizpe.

De características muy parecidas a Austin también fueron Erasmo Seguín, firmante de la Constitución de 1824 como único representante por Tejas, y su hijo Juan Seguín, soldado de ambos bandos, y hasta el falso Barón de Bastrop, cuyo verdadero nombre era Felipe Enrique Neri, ciudadano holandés nacido en Paramaribo, Guyana Holandesa (Surinam) y prófugo de su justicia, que también fue un especulador de tierras del mismo equipo que Austin, acompasado con su función de diputado en la legislatura de Coahuila y Tejas.[5]

La identificación nacional de estos personajes ciertamente tuvo que ver con sus principios, valores y creencias, pero sobre todo con sus intereses, entre los que figuraba en primerísimo lugar la colonización y el control de Texas.

Parece que la historia deja en claro que la lealtad de estos personajes, y de Austin en un primerísimo lugar, era una lealtad hacia México condicionada, y la condición era la libertad y autonomía de Tejas, en otras palabras, que México se metiera lo menos posible con y en Tejas. El hecho de que para 1830 residieran en Tejas siete mil extranjeros y solo tres mil mexicanos no podía

[5] Véase Cantrell, Gregg, *Stephen F. Austin. Empresario de Texas. Texas State Historical Association*, Austin, Texas, 2016.

sino fatídicamente anunciar la secesión y la anexión de este inmenso territorio que hoy es el más grande todavía de los Estados Unidos en su masa continental.

Solo el modelo federal servía a los intereses de Austin y a su grupo de colonizadores y mientras más federalistas mejor. El federalismo de Austin sigue el modelo Jeffersoniano, es decir, un gobierno central débil y de pocas facultades, y unos estados fuertes y casi soberanos.

La lealtad de Austin y sus colonizadores por México llegó hasta la expedición de la Ley de Colonización de 6 de abril de 1830, de la pluma de Lucas Alamán, quien por cierto era amigo personal de Austin, lo que no le impidió que la ley prohibiera la colonización a Tejas por parte de extranjeros de países limítrofes con México, es decir, de estadounidenses. Igualmente, la ley dio por terminado el régimen de empresarios.[6]

Austin influyó no solo en el texto constitucional sino en las leyes de colonización y migración y en las del ámbito local del Estado de Coahuila y Texas, que se expidieron en seguimiento de la Ley Fundamental de 1824. Su lucha fue siempre por una Texas que se autogobernara y lo más lejana posible del centro.

Ni que decir de la intervención de Austin en la formulación de la Constitución de la Republica de Texas, aspecto sobre lo que no profundizo porque no tenga nada que agregar al magnífico trabajo de Jaime Cárdenas sobre Texas entre 1836 y 1845.[7] (7)

Por cuanto se refiere a la nacionalidad adoptiva de Austin, hay que tomar en cuenta que quienes vinieran a vivir a Tejas bajo la intermediación de los llamados "empresarios", no solo debían hacerse católicos y jurar el respeto y obediencia a las leyes mexicanas sino también renunciar a cualquier deber de obediencia a una nación extranjera y naturalizarse mexicanos. La cédula de naturalización de Austin se conserva por la Universidad de Texas en el Austin Briscoe Center, y está fechada el 9 de marzo de 1824.[8]

---

6 *Idem.*

7 Cárdenas Gracias, Jaime, *La República de Texas (183-1845). Escisión y anexión,* UNAM-Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro, México, 2023.

8 Briscoe Center for American History. Digital Collections.

A este respecto es bueno recordar que Stephen Fuller Austin nació el 30 de noviembre de 1793 en Virginia, la primera de las Colonias de la Unión. Sin embargo, no fue en Virginia donde creció sino en Missouri y se educó en Nueva Inglaterra y en Kentucky. Vivió en Arkansas y en Nuevo Orleans. Trabajó como su padre en la minería, pero se dedicó a las ventas; colaboró en un periódico, pero perteneció a la milicia; estudió leyes e incluso llegó a ser juez, pero sobre todo fue un especulador de tierras (hoy quizá lo calificarían como desarrollista) y con ello contribuyó significativamente a la anglo colonización de Tejas con sus consecuencias bien conocidas para la desgracia de México.

Su padre, Moisés Austin, hombre de recia personalidad, tuvo una influencia muy importante en el desarrollo y en la vida misma de Stephen. Fue por esto que trabajó en la mina que explotaba su padre en Mine a Breton y en otros varios negocios. Por un buen tiempo Esteban buscaba sobre todo hacer frente a las deudas de la familia que llegaron ser muy elevadas y graves. Sus empeños laborales se dedicaron a pagar las deudas del padre y en general de la familia, producto de los malos negocios y las quiebras de su progenitor.

La influencia paternal sobre Stephen fue decisiva. Se me ocurre que la obediencia debida y el temor reverencial hacia el padre, pero endulzados y arrullados por la madre, fueron los sentimientos y las emociones que marcaron la vida de este personaje y que finalmente lo convirtieron en un caudillo Texano.

No puede perderse de vista que el primero en obtener una concesión como colonizador para la provincia de Tejas, de parte todavía del gobierno virreinal, fue Moisés, y fue la primera concesión otorgada bajo las leyes españolas, aunque la muerte le ganó antes de ver esta licencia cumplida. El sueño del padre, aunque al principio con enormes reticencias, fue cumplido por el hijo quien también supo usar las habilidades negociadoras de Moisés muchas veces hasta los límites de la ley e incluso más allá. Esteban fue capaz de negociar con los representantes del Virrey en el territorio de Coahuila el retener la concesión para colonizar Tejas, que ya desde entonces se convertía en un dolor de cabeza para el gobierno español por lo muy escasamente poblado que se encontraba.

En 1821 Esteban llegó a Tejas a la edad de 28 años. El mismo confesó que su misión era "Reedempt Texas from its wilderness state". Cuando se hizo ciudadano mexicano declaró emocionadamente: "I expect to spend my life in this Nation".[9]

Cuenta uno de sus biógrafos que cuando por primera vez Austin visitó la Ciudad de México le maravilló la belleza de la ciudad, pero esta emoción se contrastaba con la impresión que le causaba la enorme desigualdad social que la ciudad le mostraba: Unos cuantos ricos con inmensos recursos y una masa de personas que vivían en la indigencia. El primer contrato como empresario que Austin obtuvo fue para asentar a 300 familias en un territorio ubicado entre el Río Brazos y el Río Colorado. Estas familias todavía son conocidas en la historia de Tejas como "The Old 300". En realidad, no fueron 300 las familias escogidas una por una por el propio Austin y que vivían en Luisiana principalmente, sino 297, ya que tres estaban repetidas. A la Colonia se le identificó como San Felipe y luego se le agregó de Austin.[10] (10)

La colonización generada por Austin se extendió bajo otros 4 nuevos contratos de empresario, llegando en total a traer a más de mil doscientas familias norteamericanas a Tejas.

Bueno es rescatar el hecho de que esas 300 familias originales trajeron consigo a 69 esclavos. Para 1825 se estima que una cuarta parte de los pobladores de esa colonia eran esclavos. Dejando por ahora al margen el llamado Bando de Hidalgo, hay que recordar que desde 1821 México aparecía como un país antiesclavista y que su Constitución y sus leyes asi lo reflejaban.

Por el contrario, los colonos angloamericanos venidos a Tejas, fundamentalmente de los estados sureños, eran abiertamente esclavistas y como la base de la economía agrícola de Tejas también era los cultivos, la mano esclava la miraban como indispensable. Ya para 1820 había en los estados del sur americano un millón y medio de esclavos.

A pesar de que algunos de sus biógrafos quisieron endulzar el ver en Austin a un personaje intelectual y emocionalmente

9 Redimir a Tejas de la Jungla. Espero pasar mi vida en esta nación.

10 Véase, Cantrell, Gregg, *op. cit*.

contario a la esclavitud, ya que él solo tuvo a una mujer esclava adulta y que trabajaba como su ama de llaves, lo cierto es que Austin defendió la esclavitud vigorosamente ante las autoridades mexicanas y desde luego ante sus colonos, como si hubiera tenido miles de esclavos.

En diversos momentos Austin quiso, y a veces lo logró, el que Tejas fuera una excepción entre los estados mexicanos, bajo principios como el de la llamada "libertad de vientre", es decir, que nadie naciera esclavo en el territorio de Tejas, pero conservando a quienes ya lo eran. Más tarde se quiso encubrir la esclavitud tejana bajo la forma de siervos que después de su manumisión debían firmar contratos para trabajar sin remuneración y hasta el fin de sus días para sus anteriores amos.

Todo el doloroso tema de la esclavitud fue un factor central en la involución tejana, incluso hasta el momento para su anexión, en el balance de unionistas y confederados. Texas se incorporó como el Estado estadounidense número 29 y esclavista.

Está visto que Austin no necesariamente se había destacado como un jurista especializado en el diseño de las constituciones, sin embargo, está documentado que alrededor del 10 de junio de 1823, en la ciudad de Monterrey, entregó a Ramos Arizpe un documento que decía ser un Plan para la Constitución Federal de México, texto que contiene anotaciones de la pluma del Padre Ramos Arizpe. Austin fechó este documento el 29 de marzo de 1823.[11]

El documento es un larguísimo texto de más de 223 artículos, algunos de ellos no desarrollados, porque solo apuntó después del numeral la siguiente leyenda: tomar del artículo # de la Constitución Española. Esto sucede con por lo menos 25 artículos del plan, con lo que por de pronto nos debe conducir a la reflexión sobre la naturaleza híbrida de nuestra primera constitución federal.[12]

---

11 Plan of a Federal Constitution for Mexico by Stephen F. Austin, made about June 10, 1823, in Monterrey, Mexico, with notes in the margin by Miguel Ramos Arizpe. Father of Mexican Federalism. Browse Collections.

12 La versión consultada está tomada de "Memoria Política de México", Instituto Nacional de Estudios Políticos A.C.

También desde ya debemos retener que con esa extensión no puede ser una copia de la Constitución Norteamericana, la más antigua del mundo de rango nacional, ya que esta última solo tenía un proemio, 7 artículos con varios incisos y 10 enmiendas (luego 17 más) separadas del texto de 1787 que constituyen el denominado Bill of Rights. El número de palabras del texto de la Constitución de Filadelfia es de 4,543.[13]

Desde luego no puede afirmarse que el Proyecto de Acta Constitutiva y de la Constitución de 24 sean una transcripción hecha por Ramos Arizpe del documento de Austin. En realidad, no pudo haber una larga amistad entre ambos, ya que Austin llego a Tejas en 1821 cuando el padre Ramos Arizpe estaba en España, durante los 10 años en que o estuvo en las Cortes de Cádiz o bien preso por órdenes del monarca español, o durante el famoso trienio liberal que se alargó hasta 1823.

De suerte que su proximidad más bien obedeció a que eran coterráneos, uno de Coahuila y otro de Tejas, que para entonces formaban una misma circunscripción bajo "La Pepa".[14] Su relación también era auspiciada por los vínculos de solidaridad de las logias masónicas en las que ambos militaban.

No es que tampoco Ramos Arizpe necesitara del consejo jurídico de Austin, que no hizo del Derecho y la abogacía su ocupación principal. En cambio, el padre Ramos Arizpe además de cánones, filosofía y teología se doctoró en Derecho y las Cortes de Cádiz dieron cuenta de su solidez en la ciencia jurídica.

En cuanto a la cronología para rastrear la influencia de Austin en el constitucionalismo mexicano, hay que tomar en cuenta la afirmación de que el proyecto de Austin, dicen las fuentes, le fue entregado a Ramos Arizpe alrededor del 10 de junio de 1823,[15] esto es, dos días antes de que el entonces Congreso Convocante

---

13 Véase en Madrazo, Jorge, *Brevísima Historia del Constitucionalismo de los Estados Unidos*, IIDC. También véase: Reed Amar, Akhill, *The Words that Made us. America's Constitutional Conversation 1760-1847,* Basic Books, New York, 2021.

14 La Pepa fue el nombre afectuoso con el que se referían a la Constitución Cádiz de 1812, que fue promulgada un 29 de marzo, día de San José.

15 "Memoria Política de México", *op. cit*.

promulgara el llamado Voto por la Forma de Republica Federada, por lo que el pensamiento del llamado padre de Texas no pudo haberse reflejado en esta decisión que ciertamente obedeció a la premura por controlar los movimientos separatistas de varias de las provincias mexicanas.

El segundo momento crucial en la construcción del federalismo mexicano es la expedición del Acta Constitutiva de la Federación Mexicana, que el Congreso publicó con fecha 31 de enero de 1824, también a resultas de la urgencia de evitar el desmembramiento de México.

Cuentan algunos historiadores que el poder ejecutivo presionaba al congreso para aprobar la Constitución y que, para sofocar tal dinámica, los diputados se comprometieron a aprobar lo que hoy llamaríamos las decisiones fundamentales en un plazo muy perentorio. Aquí el doctor Ramos Arizpe se comprometió a presentar al congreso un proyecto de acta constitutiva en el perentorio plazo de tres días, que finalmente cumplió con la flexibilidad de dos días más.[16]

En estos momentos desde luego que Ramos Arizpe tenía ya conocimiento del documento de Austin y que lo había estudiado, lo que de alguna manera ayudó a que pudiera pergeñar el proyecto de Acta Constitutiva en tan breve plazo. El documento que conserva la Universidad de Texas dice que en el mismo hay anotaciones marginales del doctor Ramos Arizpe.

Por otra parte, debe recordarse que Ramos Arizpe había vivido en Filadelfia y que muy bien conocía la Constitución Americana y la realidad política de ese país, por lo que para a analizar sus instituciones no necesariamente debía acudir a los consejos de Austin.

Conste que no estoy diciendo que el proyecto de Ramos Arizpe, presidente de la Comisión de Constitución del Constitu-

[16] Véase entre otros: Rodríguez O, Jaime E., *La Constitución de 1824 y la Formación del Estado Mexicano*, México 1991, pp. 507 y ss.; Mecham, Lloyd J., *University of Texas. The Origins of Federalism in Mexico,* Paper Read at the Hispanic American session of the meeting of the American Historical for 1937 at Philadelphia.

yente, haya copiado el proyecto de Austin, aunque de seguro fue una fuente de inspiración, sobre todo para la redacción del Acta Constitutiva, con la introducción que Austin escribió para presentar su proyecto, como en una especie de exposición de motivos o preámbulo.

En esta introducción, que por cierto escribió en español, Austin sostiene que el objetivo de su proyecto es "establecer una república federada sobre las bases de la justicia y el derecho natural y para unir a la gente de América en torno a los sagrados vínculos de la fraternidad y la protección mutua, los mutuos intereses, el bien común y el individual, asi como la prosperidad de la nación [...]".[17]

En esta introducción y con firmeza, Austin hace ver que deben corregirse los excesos en los que la Iglesia había caído y la necesidad de poner en circulación sus bienes inmuebles. Aquí desde luego no hay coincidencia alguna con Ramos Arizpe que ante todo era un sacerdote, liberal, pero sacerdote.

Menos coincidencia hay entre el articulado de la Constitución de 4 de octubre y el proyecto de Austin, aunque desde luego la idea de una república de carácter representativo, un sistema federal, un régimen presidencial, un órgano legislativo dividido en dos cámaras y un sistema nuevo de control y equilibrio aparece en ambos documentos. El extenso preámbulo de la Constitución de 24 parece retomar los conceptos de Austin además de las menciones expresas a la Constitución de Filadelfia como una de las fuentes de la primera del México independiente.

Llama la atención que en el articulado el plan de Austin no aparece ni una sola vez la expresión federal, federación o federalismo, aunque ese haya sido el objetivo del llamado padre de Texas. Para Austin su esfuerzo en redactar estos documentos tenía como finalidad afianzar el federalismo para tener una Tejas lo más lejana e independiente posible del gobierno central.

Aún más, el proyecto de Austin no habla de estados o entidades federadas, sino de provincias y pueblos y conserva a las diputaciones provinciales como los órganos más importantes en

[17] Plan of a Federal Constitution for Mexico..., *cit*.

tales circunscripciones, como una clara importación de la Constitución Gaditana

Este proyecto que dicen las fuentes se redactó en Monterrey y fue entregado a Ramos Arizpe alrededor del 10 de junio de 1823 tiene las siguientes características:

- Hay dos documentos distintos. En uno se ofrece una especie de exposición de motivos, o de objetivos, como escribió en español Austin.
- El segundo es un articulado prácticamente completo de Constitución con las referidas excepciones en donde propone copiar textualmente artículos de la Constitución Española. Esto sucede con los artículos 133 a 139 de "La Pepa", que se refieren al proceso de formación y discusión de la ley; del 141 al 143, tocante al refrendo de los secretarios de estado y su régimen de responsabilidades; del 242 al 281 sobre la organización del poder judicial; todo el Capítulo III del Título quinto relativo a el trámite y garantías en el juicio penal; todo el Capítulo II del Título octavo sobre las llamadas milicias nacionales; el Capitulo XII del mismo título concerniente a la educación pública, y es de suponerse aunque no aparece así en el documento a la vista, todo el tema de la reforma constitucional que corresponde al Capitulo único del Título X de la Constitución Española.
- El *we the people*, tan famoso de la constitución norteamericana, se traduce en el mismo artículo primero del proyecto de Austin, afirmando que *nosotros el pueblo de la nación mexicana*. El predicado no es exactamente el mismo, aunque su inspiración es incuestionable, todo ello combinado con los primeros párrafos de la Declaración Americana de Independencia por cuanto hace al derecho natural y a las razones de la independencia. Los primeros artículos del proyecto de Austin hacen eco de su proemio.
- No hay en el texto de Austin una Declaración de Derechos al estilo del *Bill of Rights* y solo algunos de ellos son reconocidos en este texto como la garantía de imprenta y de asamblea, y los derechos en el proceso penal, la irretroactividad de la ley y el debido proceso.

- El artículo séptimo del plan de Austin es interesante pues lo dedica a la declaración que tanta trascendencia ha tenido en el constitucionalismo mexicano de que la soberanía reside esencial y originalmente en el pueblo, conceptos del pensamiento revolucionario francés, sobre todo Rousseau, pero ajenos al texto americano.
- El artículo 10 en Austin es una copia casi literal de la enmienda II americana, que es parte del denominado Bill of Rights, y versa sobre la posesión y uso de armas. El articulo 18 en Austin es una imitación de la tercera enmienda sobre la limitación para los militares de instalarse en casas de civiles.
- El artículo 20 fue de superlativa importancia para Austin; declara que "La base de la representación nacional es la población, incluyendo todos los nativos nacidos libres cualquiera que sea su ascendencia, ya sean americanos, europeos o africanos, y los extranjeros que son considerado como ciudadanos".[18]
- Afirmamos antes que Austin fue un asiduo defensor de la esclavitud y que siempre deseó una Texas esclavista como garantías de su éxito económico y social, por lo que siempre luchó para que Tejas fuera una excepción o que por lo menos las medidas antiesclavistas del gobierno mexicano se aplicaran con suavidad en aquel estado. De suerte que en este proyectado artículo prohíbe la esclavitud a futuro, pero no respecto de quienes ya estaban en México como esclavos.

Llama la atención la claridad con la que expone Austin su idea de país. Así, el artículo 27 dice:

> Una Nación solo puede ser libre, feliz y grande, en proporción a la virtud e inteligencia del pueblo; la propagación del conocimiento útil y de las artes y ciencias es por lo tanto de primaria importancia para la libertad y prosperidad nacional, y para este gran objetivo será deber del Congreso el proveer por todos los medios en su po-

[18] Esta parece ser otra reminiscencia de la Constitución Filadelfia que estableció originalmente que no podía prohibirse la importación de esclavos sino hasta después de 1808 y que para efectos electorales su valor era solo de las 3/5 partes.

der el pronto establecimiento de escuelas, academias y colegios a lo largo de toda la Nación, para la instrucción de los jóvenes y niños.[19]

- El artículo 30 del proyecto también merece una mención especial. Dijo: "La religión romana, católica, apostólica es la religión de la Nación Mexicana". Una de las condiciones que el gobierno mexicano exigió para permitir a los llamados empresarios a colonizar con personas venidas de los Estados Unidos, fue que profesaran o se convirtieran a la religión católica, requisito que solo se cumplió en apariencia pues los nuevos colonos siguieron profesando sus religiones protestantes. Esto mismo hizo Austin, quien entendía que los colonos no permitirían la intolerancia religiosa. Ver aquí una flagrante separación del modelo americano y una de las razones por las cuales el padre Ramos Arizpe no podía alinearse completamente con Austin. Como se sabe la Constitución de 24 en su artículo 3 estableció que la única religión del pueblo mexicano sería la católica y ninguna otra, y que se le protegería por leyes sabias y justas. Esta también fue una de las cláusulas pétreas de la Constitución de 24.
- En el proyecto de Austin, el poder legislativo residía en un Congreso dividido en dos cámaras, una de Diputados y un Senado. Los diputados serían electos popularmente a razón de uno por cada 30 mil habitantes y durarían dos años el cargo; La Cámara de Diputados se completaría con eclesiásticos designados en cada provincial y de acuerdo con su tamaño poblacional.
- Los senadores serían designados por las Diputaciones Provinciales. A razón de dos por cada una, con una duración de 8 años y se completaría con un obispo por cada una de las mismas Provincias. Esta organización de sabor inicialmente americano se mezcló con un garlito católico con que Austin buscaba pescar la atención de Padre Ramos Arizpe.
- El poder ejecutivo lo hace residir en un presidente que en caso de muerte, renuncia o incapacidad sería substituido

[19] A la fecha México aún no puede ver este propósito realizado y el incumplimiento a esta promesa es causa de grandes males nacionales.

por el vicepresidente. El presidente es electo por un periodo de 8 años en un sistema parecido al colegio electoral previsto en la Constitución de Filadelfia.
- No hay reelección en el caso del presidente y vicepresidente, cargos que nunca podría ocupar un eclesiástico.
- Al poder judicial lo hace residir en un Supremo Tribunal compuesto de jueces elegidos por el Congreso a propuesta del presidente. Su competencia es similar a la jurisdicción original de La Corte Suprema de los Estados Unidos.
- En cada provincia tendría que haber un Supremo Tribunal de la provincia.
- El judicial Review legislativo existe, pero con la curiosa característica de que la declaración de inconstitucionalidad debería ser remitida al Congreso para su revisión, en una especie de superación del veto.
- El gobierno de las provincias está encomendado a su diputación provincial y a un gobernador electo en la misma provincia.
- Debería haber una diputación provincial por cada 5 mil personas.
- Las diputaciones provinciales tendrían entre otras las siguientes facultades: Acusar al gobernador y al presidente ante el tribunal superior de la provincia, ante la cámara de diputados, por haber observado mala conducta; acusar a los jueces de letras ante el tribunal superior de la provincia; ejercitar facultades legislativas en asuntos domésticos.[20]

Indudablemente que el esfuerzo de Austin fue tomado en cuenta por el Presidente de la Comisión de Constitución del Congreso Constituyente 1823-1824, el famoso "Chato," como sus colegas reconocían al padre Ramos Arizpe desde Cádiz. Es necesario sin embargo analizar con más detalle las notas marginales que este escribió en el texto de Austin, materia que será materia en una nueva ponencia.

Insisto en que, con independencia de los esfuerzos de Austin, Ramos Arizpe conocía bien la Carta de Filadelfia, sus enmiendas

[20] "Memoria Política de México", *op. cit*.

y su aterrizaje en la realidad americana de inicios del XIX, fuente constitucional en 24 al lado de "La Pepa" y del pensamiento revolucionario francés.

Remato este papel afirmando que Austin sin duda fue uno de los mas importantes luchadores en la fundación de la Republica de Texas, y que, en el colmo de las paradojas de su vida, en la primera elección de presidente de tal República, Austin perdió abrumadoramente. Esa primera contienda electoral tuvo como victorioso por un amplísimo margen a Samuel Houston. Este nombró a Austin secretario de Estado de esa República, cargo que solo desempeñó por unos meses ya que en noviembre de 1836 dejó de existir, víctima de la neumonía, igual que su padre. Una Texas feliz y poderosa fue el sueño del padre, que inicialmente el hijo solo buscó a regañadientes, pero que indudablemente cumplió de sobre manera este singular y complejo personaje que fue reconocido como el Padre de Texas en la oración fúnebre que para despedirlo pronunció el entonces presidente Samuel Houston.

Referencias

Cantrell, Gregg, *Stephen F. Austin. Empresario de Texas*, Texas State Historical Association, Austin, Texas, 2016.

Cárdenas Gracias, Jaime, *La República de Texas (183-1845). Escisión y anexión*, UNAM-Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro, México, 2023.

De la Cueva, Mario, "El Constitucionalismo Mexicano", *El Constitucionalismo a Mediados del Siglo XIX*, t. 2, UNAM, México, 1958.

Eissa-Barros, Francisco, "Mirando a Filadelfia desde Anáhuac: la Constitución estadounidense en el Congreso Constituyente mexicano 1823-1824", *SciElo. Política y Gobierno*, vol. 17, núm. 1, México, 2010.

Madrazo, Jorge, *Brevísima Historia del Constitucionalismo de los Estados Unidos,* IIDC.

Mecham, Lloyd J., *University of Texas. The Origins of Federalism in Mexico*, Paper Read at the Hispanic American session of the meeting of the American Historical for 1937 at Philadelphia.

Reed Amar, Akhill, *The Words that Made us*, America's Constitutional Conversation 1760-1847, Basic Books, New York, 2021.

Rodríguez O, Jaime E., *La Constitución de 1824 y la Formación del Estado Mexicano*, México 1991.

Gobernanza y gobernabilidad municipal y metropolitana

***

Municipal and metropolitan governance

*Xóchitl Alicia Ramírez Chávez**

Resumen: el municipio mexicano necesita ser partícipe de un nuevo federalismo integrador que distribuya corresponsabilidades y del ejercicio de la gobernanza como un paso adelante de la gobernabilidad, así como mejorar su capacidad recaudatoria con la transparencia y una eficaz y eficiente aplicación de los recursos. Cómo plantear un municipalismo que contribuya al federalismo moderno y esto implica necesariamente hablar de gobernanza. Se analizarán algunos aspectos de la gobernanza municipal y metropolitana, veremos algunos modelos, sus elementos y variables principales; sus ventajas e inconvenientes; a fin de identificar algunas estrategias y soluciones.

Abstract: the Mexican municipality needs to be a participant in a new integrative federalism that distributes co-responsibilities and the exercise of governance as a step forward in governability, as well as improving its collection capacity with transparency and an effective and efficient application of resources.

* Doctora en Derecho, Summa Cum Laude por la Facultad de Derecho y Criminología de la U.A.N.L., donde es catedrática de tiempo completo, perfil PRODEP y Titular de Difusión Cultural; pertenece al Sistema Nacional de Investigadores, Nivel I; Asesora de Derecho Urbano en la Administración pública; y Profesora de Artes con especialidad en Danza y Música (Piano) por la Esc. Superior de Música y Danza de Monterrey del INBAL.

How to propose a municipalism that contributes to modern federalism and this necessarily implies talking about governance. Some aspects of municipal and metropolitan governance will be analyzed, we will see some models, their elements and main variables; its advantages and disadvantages; in order to identify some strategies and solutions.

Palabras clave: municipio, metrópoli, gobernanza, gobernanza municipal, gobernanza metropolitana.

Keywords: municipality, metropolis, governance, municipal governance, metropolitan governance.

Sumario: I. Introducción. II. Elementos y variables para un modelo de gobernanza municipal y metropolitana. III. Modelos de gobernanza. IV. Sistema comparado de gobernanza en zonas metropolitanas y aspectos para el diseño de un sistema de gobernanza metropolitana en México. V. Conclusiones. Referencias.

I. Introducción

Este 2024 se cumplieron 505 años de la fundación del primer municipio de nuestro país. A poco más de 5 siglos es necesario replantear las atribuciones del municipio y de los recursos que necesita para atenderlas, sobre la base del federalismo y la gobernanza, mediante una redistribución del poder y que la política social sea aplicada por los municipios.

El municipio mexicano necesita ser partícipe de un nuevo federalismo integrador que distribuya corresponsabilidades y del ejercicio de la gobernanza como un paso adelante de la gobernabilidad, que supone ya no gobernar solo para las personas, sino gobernar con la sociedad, (sean individuos, organizaciones del sector privado (empresarial), social, académico, ejidos y comunidades), así como mejorar su capacidad recaudatoria con la transparencia y una eficaz y eficiente aplicación de los recursos.

En trabajos anteriores a este, he tratado sobre la visión histórica y prospectiva del municipio que ahora continúa con la idea de

cómo plantear un municipalismo que contribuya al federalismo moderno y esto implica necesariamente hablar de gobernanza.

Alexis de Toqueville en su obra: La Democracia en América expuso que "el pueblo es la fuente de todos los poderes sociales, pero en ninguna parte ejerce su poder de forma tan inmediata como en el Municipio".[1]

Con esto subrayo la importancia y justificación de la necesidad de hablar de gobernanza municipal y metropolitana como mecanismo para el fortalecimiento de las instituciones municipales a fin de que se puedan afrontar los retos que la política social actualmente demanda.

En sus dimensiones social, política, jurídica y hasta económica, el Municipio es el espacio primario y fundamental para la interacción cotidiana de la ciudadanía con las instituciones más cercanas en su quehacer y en su vida diaria; funge no solo como escuela de socialización y de aprendizaje de ciudadanía, sino también como espacio de coexistencia de una abundante diversidad y pluralidad cultural en un país que tiene una riqueza como la nuestra, y en este sentido el nivel municipal resulta un espacio de necesaria socialización democrática, necesaria integración ciudadana, un espacio necesario para alcanzar los ideales de convivencia pacífica y armoniosa; y también el espacio fundamental para dotarlo de los instrumentos económicos imprescindibles para cumplir los fines para los que ha sido diseñado.

Si tomamos en cuenta que el Municipio surge como necesidad de descentralizar la Administración Pública a fin de que sus atribuciones pudieran realizarse con mayor eficiencia y eficacia en beneficio de sus habitantes y en consecuencia, hacer más asequible el manejo de los intereses colectivos de la población, resulta indispensable que esta, —la población—, debe participar intensamente en la toma de decisiones de la Administración, lo que se facilita ya que, -como se acaba de señalar-, el gobierno municipal es la autoridad más cercana a la ciudadanía, la más accesible al individuo para participar.

Así que el objetivo será analizar algunos aspectos de la gobernanza municipal y metropolitana, veremos algunos Modelos, sus

[1] Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América*, FCE, p. 79.

elementos y variables principales; sus ventajas e inconvenientes; la necesidad de incluir perspectiva de género, a fin de identificar algunas estrategias y soluciones.

II. Elementos y variables para un modelo de gobernanza municipal y metropolitana

¿Cuáles son los elementos y variables que deben ser tomados en cuenta para diseñar un modelo de gobernanza municipal y metropolitana? Para responder esta interrogante es preciso recordar y dejar claros algunos conceptos clave, tales como la diferencia entre municipio y metrópoli; o entre gobierno, gobernanza y gobernabilidad.

2.1. Antecedentes y concepto de municipio

El estudio del Municipio ha tenido un desarrollo pausado, entre otras causas, debido a que su tarea constructiva ha tenido un periodo de maduración muy amplio y contradictorio. Después del Calpulli, fue el primer orden instituido por los colonizadores en 1519 con la fundación de la Villa Rica de la Vera Cruz. Fue el instrumento institucional ideal del gobierno y la Administración española entre 1519 y 1821. Fue el cimiento de los movimientos de Independencia iniciado en 1810 y Revolucionario de 1910. Hoy es el orden de gobierno con menores atribuciones y recursos.

Etimológicamente la palabra municipio proviene del latín *municipium*, de *munus* que significa cargo, deber, oficio o función de hacer algo y de *capio, capere* que quiere decir tomar o adoptar.

De acuerdo con Teresita Rendón, el Municipio es la entidad político-jurídica integrada por una población asentada en un espacio geográfico determinado administrativamente, que tiene unidad de gobierno y se rige por normas jurídicas de acuerdo con sus propios fines. Así Municipio es el todo, la suma de sus elementos constitutivos: población, territorio, gobierno y su propia teleología.[2]

[2] Teresita Rendón Huerta Barrera, *Derecho Municipal*, Porrúa, p. 13.

Por su parte el Ayuntamiento se refiere al órgano colegiado, deliberante que asume la representación del Municipio y está integrado por el presidente Municipal (en otros países intendente, alcalde o ejecutor; los síndicos que junto con él cumplen tareas preponderadamente jurídicas como la de representación en procesos jurisdiccionales y los Regidores a quienes se asignan comisiones específicas por ramo (ejm. Hacienda, Mercados, Parques y jardines, etc.)

La Ciudad es un sector territorial del Municipio en que se desarrolla la actividad urbana y donde generalmente se encuentra la sede de los poderes municipales; la cabecera municipal, aunque evidentemente no siempre se cumple como en el caso de municipios rurales.

Categorías Políticas es el rango, jerarquía o grado político que históricamente o por disposición legal corresponde a un lugar determinado, en función del número de sus habitantes, su extensión territorial y de los servicios con que cuenta. Por ejemplo: las inframunicipales como la villa, aldea, ranchería, pueblo, congregación, hacienda, rancho, colonia agrícola; supramunicipales como la Región, las Entidades federativas y la Federación y otras cuya base es la Ciudad o categorías Político-Urbanas: como la dinápolis, metrópilos, megalópolis hasta la ficción de la ciudad mundial o ecumenópolis aludida por Kelsen.)

2.2. Metrópolis/conurbación

La tendencia actual en todo el mundo es que la gente se desplaza a las ciudades en busca de mayores oportunidades y de una mejor calidad de vida. Los datos estadísticos nos dan prueba de ello y de la magnitud de estos procesos de movilidad, dando como resultado, la formación de zonas metropolitanas.

En América Latina el porcentaje de esta migración aumentó del 13% en 1990 al 52% en 2011 y se calcula que para el 2025 el 80% de la población total estará ubicada en las ciudades. El 90% de la población del Estado de Nuevo León se concentra en la metrópoli de Monterrey.

Año 2020

Estado de Nuevo León: 5,784,442 habitantes
Municipio de Monterrey: 5,341,177 habitantes*

*(*Sin considerar la población de los 18 Municipios que conforman el área metropolitana de Monterrey).*

Metrópoli es una palabra que proviene del griego *méter* que significa "madre" y *polis* que significa "ciudad"; así se referían en la antigüedad las colonias griegas respecto de sus ciudades originales con las cuales se mantenían conexiones político-culturales.

Actualmente entendemos por zona metropolitana o metrópoli a la unidad socioespacial, conjunto de dos o más municipios, donde el área urbanizada, las funciones y actividades de la ciudad central rebasan los límites de su municipio, conurbado físicamente o incorporando a su área de influencia a municipios vecinos, predominantemente urbanos, manteniéndose un alto grado de integración socioeconómica, no así en lo institucional gubernamental.[3]

Por el número de población, el área metropolitana es el conjunto de 2 o más municipios donde se localiza una ciudad de 50,000 o más habitantes cuya área urbana, funciones y actividades rebasan los límites del o los municipios que originalmente la contenían, incorporando como parte de sí misma o de su área de influencia directa a municipios vecinos.

En México, se usa más como término legal la palabra "conurbación" para hacer referencia a lo metropolitano y a la coordinación metropolitana, pero se utiliza en forma ambigua, lo que pone de manifiesto la falta de una definición oficial.

En 1994, el Consejo Nacional de Población (Conapo) publicó un estudio en el cual estableció 4 zonas metropolitanas y 30 conurbaciones, que abarcaban 87 municipios; en cambio, el Programa Nacional de Desarrollo Urbano (1995-2000) utilizó un criterio diferente, proponiendo 125 municipios que conformaban 29

[3] Venancio-Flores, Arturo, *Gobernanza metropolitana como estrategia para planificar y gestionar el desarrollo de la Zona Metropolitana del Valle de Toluca*, Revista de Estudios Regionales, 2015, p. 94.

conurbaciones; en un estudio de 2015 la CONAPO reconoce 74 Zonas Metropolitanas (ZM) de las cuales 16 están constituidas por un solo municipio, mientras que 58 se conforman por más de 2 municipios y hasta algunas trascienden límites municipales ocupando territorios de más de una entidad federativa. El Sistema Urbano Nacional en 2018 identificó 401 ciudades, 74 de ellas como Metrópolis, 132 conurbaciones y 195 centros urbanos.[4]

Solamente 2 artículos de la Constitución se refieren a las zonas metropolitanas o ciudades, (el 115 y el 122), pero no proveen una definición clara de las zonas metropolitanas, ni señalan cómo se determina la pertenencia a estas.

La formación de zonas metropolitanas corresponde con el desarrollo económico, social y tecnológico alcanzado por la sociedad y comprende: la concentración demográfica, la especialización económico-funcional y la expansión física sobre ámbitos que involucran dos o más unidades político-administrativas, ya sean estas municipales, estatales o en algunos casos desbordando las fronteras nacionales. Por eso las metrópolis son espacios estratégicos de vinculación y aunque representan en todo el orbe el 41% de la población, generan el 60% del PIB a nivel mundial. Los índices de desarrollo humano son más elevados en áreas urbanas que en las rurales, —sin subestimar la posibilidad de que las áreas de crecimiento en un futuro no muy lejano, pudieran ser las zonas periurbanas o semirrurales—.

Pero ¿el conglomerado urbano en México está listo para esto? No del todo. Para elevar la calidad de vida de los habitantes, los futuros sistemas de planeación y gobernanza deberán responder a problemáticas que son factores clave en el desarrollo de ciudades prósperas como: el cambio climático, la degradación ambiental y el agotamiento de recursos, —como el grave problema de agua que tenemos en Nuevo León—.

Entre los principales problemas y retos de los municipios y metrópolis están: Desigualdad social, problemas medioambientales; los municipios no siempre disponen de personal técnico o

[4] Sistema Urbano Nacional 2018, *https://www.gob.mx/conapo/documentos/sistema-urbano-nacional-2018*

administrativo adecuado; en muchos países la democracia local no funciona correctamente, en parte porque los mecanismos de rendición de cuentas son generalmente débiles; la inclusión y la sostenibilidad.

¿Qué hacer ante estos retos? Aquí es donde entra la gobernanza municipal y metropolitana.

2.3. Gobernanza vs. Gobernabilidad

Y por qué se habla actualmente de Gobernanza. La relación entre Gobernabilidad y Gobernanza es muy cercana pero NO son sinónimos, aunque comparten la misma raíz etimológica. Ambas provienen del griego *gobernaculum* que era el timón del barco y por ende, la palabra significa toda acción de dirigir o conducir.

La Gobernabilidad consiste en preguntarse sobre las capacidades del gobierno y considera a la sociedad como algo que por definición ha de ser gobernado y administrado, incapaz de autorregularse.[5]

Häbermas en su teoría sobre la crisis de racionalidad dice que la ingobernabilidad es el resultado conjunto de 2 crisis: una de entrada, o de Legitimidad que significa la degradación del apoyo político que ofrecen los ciudadanos a las autoridades, al gobierno; y una crisis de salida, de productos o de Racionalidad, entendida como la propia crisis de gestión administrativa del gobierno, del sistema.[6]

La gobernabilidad ya evidenció su incapacidad de crear las condiciones para que la sociedad supere sus problemas y fomente el bienestar de la colectividad. Otras razones por las que se traslada el concepto de gobernabilidad al de gobernanza se encuentran:

- Que la participación ciudadana está cambiando, se está haciendo más crítica y más democrática. La democrati-

[5] Aguilar Villanueva, Luis F., *Gobernanza y gestión pública*, 2015; *Gobernanza y El nuevo proceso de gobernar*, 2010.

[6] Häbermas, *Problemas de Legitimación en el Capitalismo Tardío*, 1973.

zación nos obliga a mirar de manera diferente la forma como las ciudades son gestionadas y cuál es el funcionamiento de la sociedad civil.
- La complejidad de las ciudades y metrópolis aumenta las necesidades y problemáticas sociales, las demandas de todos.

Se perfila así la idea de Gobernanza como proceso directivo de la sociedad donde el gobierno es solo un agente integrante del proceso y ha dejado de ser el actor directivo único y ahora requiere de la participación de otros actores participantes, representa el paso de un modo vertical, jerárquico de gobierno a uno más asociativo, coordinador y horizontal.

Un reto central de las autoridades en México es lograr el tránsito de la gobernabilidad a la gobernanza.

III. Modelos de gobernanza

Existe una amplia variedad de modelos de gobernanza, cada uno con características propias y distintivas que nos pueden ayudar a comprender diversos modelos que puede ser optativos para cada región, como: la gobernanza de un solo nivel, la gobernanza de 2 niveles o supramunicipal, conjunto de autoridades intermunicipales o modelos no institucionales.

- Gobernanza a un solo nivel: fusión de todos los Municipios del área metropolitana (Toronto, Seúl).
- Gobernanza de 2 niveles o supramunicipal: manteniendo los Municipios pero con un gobierno de segundo nivel que asegura la coordinación metropolitana (Londres, Barcelona).
- Coordinación vertical: Las políticas metropolitanas se realizan por ámbitos de gobierno que ya existen (Federación, Estados).
- Conjunto de autoridades intermunicipales.
- Modelos no institucionales: cooperación voluntaria de municipios organizados por iniciativa propia. (Asociaciones intermunicipales o mancomunadas, requieren un liderazgo claro y ganas de cooperar).

En el esquema de la gobernanza, el desarrollo de las ciudades depende de la existencia de un gobierno abierto y democrático, capaz de gestionar los intereses de la pluralidad social que constituyen sus gobernados.

Sin embargo, la gobernanza requiere más que la creación de instrumentos, procedimientos, mecanismos e instancias de participación ciudadana que no son suficientes.

Se requiere también de procesos de construcción de ciudadanía mediante la promoción de sujetos activos y corresponsables con la vida pública y de verdaderos líderes que impulsen y motiven a la ciudadanía a actuar y participar.

El tránsito de la gobernabilidad a la gobernanza implica que las autoridades evolucionen de la prestación de servicios públicos a la gestión del desarrollo sustentable de las ciudades.

Podemos ahora definir la gobernanza metropolitana como un proceso con el objetivo de facilitar la coordinación en todos los niveles de gobierno con la participación de la sociedad civil, los organismos y las instituciones, para brindar mecanismos eficientes para la toma de decisiones en materia de dotación de servicios, desarrollo territorial y económico de las regiones conurbadas, o Gobernanza Municipal si se trata solo de un Municipio.

IV. Sistema comparado de gobernanza en zonas metropolitanas y aspectos para el diseño de un sistema de gobernanza metropolitana en México

Revisando el Sistema Comparado de Gobernanza aplicada a zonas metropolitanas de varios países como Canadá, EUA, RU, Brasil, Ecuador, entre otros; así como los diversos modelos de gobernanza, de un solo nivel (fusión de municipios, Toronto, Seúl); de 2 niveles o supramunicipal; (Londres, Barcelona). Coordinación vertical: las políticas metropolitanas se realizan por ámbitos de gobierno que ya existen (Federación, Estados) Conjunto de autoridades intermunicipales (submunicipal) y modelos no institucionales: cooperación voluntaria de municipios organizados por iniciativa propia; asociaciones intermunicipales o mancomuna-

das, requieren un liderazgo claro y ganas de cooperar y tomando lo mejor de cada modelo, se han identificado siete aspectos cuyo análisis es indispensable al diseñar un sistema de gobernanza metropolitana para México y guiar las reformas necesarias:

- Identificación de proyectos metropolitanos concretos y diseño de incentivos metropolitanos.
- Diseño institucional. Se refiere a la planeación de la estructura organizacional, procedimientos, normas y gobernanza de instituciones con el objetivo de establecer mecanismos efectivos a fin de lograr objetivos comunes o llevar tareas a la práctica. Zona conurbada de Toronto 1998 con la fusión de 6 municipios, conformando un municipio único llamado Ciudad de Toronto.
- Cooperación se maximizan beneficios y se minimizan los costos, se respalda la coordinación en la toma de decisiones entre sectores interrelacionados. Colima suministra agua a Guadalajara.
- Suministro de servicios es cuando un municipio realiza un servicio como abastecimiento de agua, recolección de desechos, manejo de desperdicio, alumbrado de más a una comunidad local. Ejemplo en Metro Vancouver con base en el monto real del agua adquirida, lo cual supone un incentivo para que cada municipio implemente sus propias medidas de ahorro de agua.
- Participación social la voz de los miembros de una sociedad debe ser tomada en cuenta para la toma de decisiones y que resulta esto ser el pilar de la gobernanza (como cuando un maestro hace una lluvia de ideas de un tema determinado). Ejemplo Presupuesto participativo de Brasil.
- Uso de suelo en áreas urbanas se refiere a diversos tipos de actividades, estructuras y patrones que emergen a través de la planeación pública, mercados y las actividades diarias de los seres humanos en un lugar en particular y,
- Financiamiento el reto más grande es lograr garantizar el suministro de apoyo financiero estable y confiable a largo plazo con el fin de apoyar el desarrollo y la implementación de marcos integrales de políticas regionales para el desarrollo urbano lo cual solo puede lograrse mediante

apoyo político significativo junto con un fuerte control social, participación social y una planeación regional eficiente.

V. Conclusiones

Las responsabilidades y derechos de que actualmente goza el municipio mexicano solo podrán llevarse a cabo en la medida en que todos y cada uno de los miembros de la sociedad municipal participe activamente en las tareas de promoción al desarrollo en un ánimo de cooperación y coordinación de esfuerzos, tal como lo hacían las sociedades prehistóricas para sobrevivir o las sociedades históricas para satisfacer sus requerimientos.

El estudio de la gobernabilidad y la gobernanza forma parte de diversas agendas institucionales en todos los niveles.

El cambio conduce a la búsqueda de alternativas ante nuevas realidades y complejos problemas, pero tomando en cuenta la interacción cada vez más intensa entre la sociedad y el gobierno, es decir, la acción pública; la dinámica de las redes sociales, la construcción de acuerdos, el aprendizaje de políticas, la coordinación de actores y organizaciones, los sistemas de corresponsabilidad, así como la lógica de la acción cooperativa.

Hace falta una Cultura Municipalista que forme gobernantes y gobernados, capaces de promover el desarrollo pleno e integral de la sociedad municipal a la que pertenecen.

Hace falta realizar un estudio exhaustivo sobre el marco jurídico del Municipio mexicano para limpiarlo de vacíos y contradicciones.

Se requiere el reconocimiento de las zonas metropolitanas en la Constitución mexicana, estatal y expedir una ley reglamentaria del Artículo 115 con carácter de ley marco.

Y fortalecer los mecanismos locales sobre Rendición de Cuentas, ya que la corrupción del gobierno depende de la fuerza o debilidad de dichos mecanismos.

Referencias

Aguilar, L.F., *Gobernanza. El nuevo proceso de gobernar*, Fundación Friedrich Naumann para la Libertad, México, 2010.

Aguilar Villanueva, Luis F., *Gobernanza y gestión pública*, FCE, México, 2015.

Häbermas, Jürgen, *Problemas de Legitimación en el Capitalismo Tardío*, Buenos Aires, Amorrortu Editores, 1973.

Rendón Huerta Barrera, Teresita, *Derecho Municipal*, 5ª ed., México, Editorial Porrúa, 2019.

Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América*, 3ª. ed., México, FCE, 2019.

Venancio-Flores, Arturo, "Gobernanza metropolitana como estrategia para planificar y gestionar el desarrollo de la Zona Metropolitana del Valle de Toluca", *Revista de Estudios Regionales*, México, 2015.

El constitucionalismo para la democracia del siglo XXI
Derecho Constitucional Iberoamericano Comparado
Tomo V Justicia constitucional. Tipología de las sentencias.
Federalismo y descentralización. Responsabilidades compartidas
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.

EN EL TOMO V SE EXAMINA, en el ámbito de la justicia constitucional, la justiciabilidad de los derechos, destacando la necesidad de que los derechos fundamentales cuenten con mecanismos procesales eficaces que hagan posible su exigibilidad real ante los tribunales. Asimismo, se estudia la tipología de las sentencias, subrayando su función en la concreción de la justicia constitucional y en la definición de los efectos jurídicos de las resoluciones emitidas por los órganos jurisdiccionales.

En cuanto al federalismo y la descentralización, el tomo analiza las responsabilidades compartidas entre los distintos niveles de gobierno. Se abordan el federalismo fiscal, como instrumento para equilibrar recursos y competencias; el papel del gobierno municipal en la gestión de los asuntos públicos locales, y la gobernabilidad metropolitana, entendida como el reto de coordinar políticas y servicios en espacios urbanos complejos que trascienden las divisiones territoriales tradicionales.

JURÍDICAS

ISBN 978-607-442-857-3
UNAM
ISBN 978-607-8908-26-4
IECEQ