



ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

**EL CONTROL DE
CONSTITUCIONALIDAD EN
LA DEMOCRACIA**

OSVALDO A. GOZAÍNI

DIRECTOR

Presentación

La Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional se constituyó formalmente el 7 de junio de 2012. La finalidad que la entidad procura es apoyar la autonomía científica del derecho procesal constitucional, y perseguir que se introduzca –donde actualmente no lo hay- la enseñanza de la ciencia en los planes de estudio universitarios.

Por ello la asociación desarrolla y profundiza los estudios específicos, ofreciendo contribución a entidades de derecho procesal y de derecho constitucional para la debida articulación, complementación y colaboración especializada en temas como el control de constitucionalidad, la función de los jueces en los sistemas democráticos, la creación y funcionamiento de los tribunales constitucionales; el desarrollo de las garantías y en especial, el estudio individual y técnico de procesos constitucionales como el amparo, el hábeas corpus y el hábeas data, entre otros.

Actualmente integran la entidad más de 150 asociados. El consejo directivo se integra con:

Presidente: Osvaldo A. Gozáini

Vicepresidente: Daniel A. Sabsay

Secretario General: Pablo Luis Manili

Tesorero: Omar Abel Benabentos

Protesorero: Estela B. Sacristán

Revisor de Cuentas: Marcelo López Alfonsín

Vocales Titulares:

Alberto B. Bianchi – Jorge Alejandro Amaya – María Angélica Gelli – Eduardo Pablo Jiménez – Ramiro Rosales Cuello

Vocales Suplentes:

Susana C. Cayuso – Adelina Loianno - Santiago Nassif – Graciela M. Oriz – Beatriz Alice

La obra que se presenta contiene algunas de las conferencias que se impartirán en el II Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional (Mar del Plata, 25 al 27 de Junio de 2015) unidos todos bajo el lema que convoca el evento: *El control de constitucionalidad en la democracia.*

Osvaldo A. Gozáini

Presidente de la AADPC

Capítulo I
CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN ARGENTINA ¿SISTEMA O CAOS? *

Por José María Salgado

1. INTRODUCCIÓN

¿Puede realizarse el control de constitucionalidad difuso sin que los pronunciamientos de los tribunales superiores tengan algún grado de obligatoriedad para los jueces inferiores? En base a esa pregunta concluiremos que Argentina carece de un verdadero sistema de control de constitucionalidad¹.

El sustento teórico sobre el que se asienta el control de constitucionalidad difuso no abrevia de mayores complicaciones, por lo menos no diversas a aquellas que usualmente se utilizan para la aplicación de normas jurídicas. Así fue razonado por Hamilton en El Federalista², advirtiendo que la función de todos es la de interpretar la ley para aplicarla a casos concretos³. Una de las pautas más obvias de esa interpretación es aquella según la cual, cuando dos disposiciones legislativas se encuentran en contradicción el juez debe aplicar aquella prevalente. Tratándose de dos normas de igual rango, la prevalente será indicada con el usual criterio, “*lex posterior derogat legi priori*”, “*lex specialis derogat legi generali*”, etc. El mismo criterio debe aplicarse en el control de constitucionalidad, teniendo en cuenta que “*lex superior derogat legi inferiori*”, dado que se trata de disposiciones de distinta fuerza normativa⁴.

Luego, esta misma línea de pensamiento fue recogida por Marshall para fundar definitivamente el control difuso de constitucionalidad en cabeza del Poder Judicial. El eminente jurista se preguntó si era posible que la Constitución fuera modificada por una ley emanada del Congreso o si esta debía prevalecer sobre los actos legislativos sin que,

¹ Un análisis más extenso sobre la cuestión de los precedentes lo hemos desarrollado en: *La obligatoriedad de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, FALCÓN, ENRIQUE M. (dir.), *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, Tº II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 783/899.

² Hamilton, Jay and Madison, *The Federalist, on the new constitution*, Vol. II, N° LXXVIII, titulado: *A view of the constitution of the judicial department, in relation to the tenure of good behaviour*, New York, Published by Williams & Whiting, 1788, p. 232

³ Cappelletti, Mauro, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1973, p. 41.

⁴ Cappelletti, Mauro, *Il controllo giudiziario*, ob cit., p. 60.

frente a tal interrogante, pudiera existir una posibilidad o camino intermedio. Ante esa disquisición estableció claramente la primacía de una Constitución rígida que no podía ser modificada por las normas dictadas por el Poder Legislativo⁵, por ello constituía un deber para los jueces no aplicar ese tipo de normas⁶.

Siguiendo este modo de razonar, el sistema de control difuso tendrá las siguientes características: i) podrá ser ejercido por cualquier juez, sea estadual o federal, en cualquier instancia; ii) es incidental, por acción o defensa, es decir sin una vía directa o principal a tal efecto, sino cuando sea necesario su ejercicio para resolver un conflicto sobre una relación jurídica; iii) debe efectuarse en el marco de un caso o controversia, cualquiera fuera la naturaleza del conflicto; iv) podrá efectuarse siempre que el análisis de la normativa sea relevante y necesario para arribar a la decisión; v) deberá procurarse, siempre que sea posible, la interpretación que favorezca la constitucionalidad de ley cuestionada⁷.

La argumentación en torno a la inconstitucionalidad del precepto puede efectuarse alegando que la norma es inconstitucional por sí misma y en cualquier tipo de circunstancias, *a facial challenger, on its face*, es decir por un confronto internormativo con la Constitución⁸. O bien puede argumentarse como un *as-applied challenge*, es decir que la norma deviene inconstitucional en algunas circunstancias determinadas tomando elementos concretos del caso en examen⁹.

En Argentina, en el orden federal, el control de constitucionalidad se efectúa en el marco de un sistema difuso puro, fiel reflejo del sistema imperante en los Estados Unidos de América. Es en dicha matriz en la que se originó el mecanismo. Las particularidades del mecanismo radican en que el control de la validez de las normas y su comparación con el bloque de constitucionalidad –integrado por la Constitución

⁵ 5 U.S. 137 (Cranch), *William Marbury v. James Madison*, Secretary of State of the United States, February Term, 1803.

⁶ La primera declaración de inconstitucionalidad de una norma por parte de la Corte estadounidense se dio en el caso *Fletcher v. Peck*, 10 U.S. 87, 1810.

⁷ Lucifredi, Pier Giorgio, *Appunti di diritto costituzionale comparato*, 3. Il sistema statunitense, Milano, settima edizione, Dott. A. Giuffré Editore, 1997, p. 128.

⁸ Dorf, Michael C., *Challenges to State and Federal Statutes*, 46 Stan. L. Rev. 235; Fallon, Richard H. Jr., *As-applied and facial challenges and third-party standing*, 113 Harv. L. Rev. 1321; Isserles, Marc E., *Overcoming overbreadth: facial challenges and the valid rule requirement*, 48 Am. U.L. Rev. 359.

⁹ Shapiro, Steven, *The American Civil Liberty Union*, en *La giustizia costituzionale ed suoi utenti, Atti del convegno internazionale*, Università degli Studi di Milano, Milano, Dott. A. Giuffré Editore, 2006, p. 33.

Nacional y los tratados internacionales equiparados a dicha jerarquía en el art. 75 inc. 22- puede ser ejercido indistintamente por cualquier juez siempre que se encuentre frente a un caso o controversia sustentada en una relación jurídica –art. 2 de la ley 27, 116 y 117 de la Constitución Nacional- y que su análisis resulte necesario para resolver la cuestión sometida a decisión. La legitimación está restringida a aquellas personas que titularizan esa relación jurídica y sus efectos, consecuentemente, tendrán alcance –en principio- sobre ese caso concreto.

Aún cuando no existen dudas ni discrepancias sobre lo expuesto, el ordenamiento constitucional argentino, como ocurre en Estados Unidos, no prevé en forma expresa que el control de constitucionalidad corresponda al Poder Judicial. Sin embargo, emulando a su par del norte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación receptó la viabilidad de que aquel fuera ejercido por los jueces en casos contenciosos que fuesen llevados a su conocimiento. Así traspoló al medio nacional la doctrina instaurada en el célebre caso “Marbury v. Madison”¹⁰, asumiendo que se trata de una facultad implícita del poder judicial. Lo hizo en el caso “Eduardo Sojo”¹¹, en el cual reprodujo muchos párrafos del precedente norteamericano y más decididamente al año siguiente en “Municipalidad de la Capital c/ Isabel G. de Elortondo”¹².

Frente a tantas similitudes, existe una cuestión que no sigue la misma lógica y que, aunque queda subyacente, es la que brinda efectividad al sistema, lo que hace que no pueda ser desatendida. La Argentina es un país de raíz civilista en el que no opera –o lo hace con gran debilidad- la tradición del seguimiento de los precedentes o *stare decisis*¹³ a diferencia de lo que sucede en los países del *common law*. Más adelante retomaremos esta cuestión cuando nos ocupemos de la efectividad de los pronunciamientos.

Como señalamos, todo juez puede realizar el escrutinio en concreto siempre que se encuentre ante un caso o controversia, con lo cual no podemos hablar de un proceso específico para realizar el examen de constitucionalidad, si no que todos los procesos

¹⁰ 5 US (1 Cranch) 137 – año 1803-.

¹¹ Fallos 32:120 de 1887.

¹² Fallos 33:194.

¹³ Trionfetti, Víctor R., *El sistema de control de constitucionalidad en la Argentina*, en Falcón, Enrique M. –director- Tratado de Derecho Procesal Constitucional, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2010, p. 443.

pueden resultar idóneos; por tanto, todos los jueces –sin distinción- poseen jurisdicción para hacerlo.

2. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Si asumimos que no hay texto sin lector, toda norma (como toda enunciación transmitida mediante el lenguaje) queda siempre atada a la interpretación que se haga de ella. Así lo señala nuestra Corte al hablar de “intérprete auténtico”. Eso es lo que ocurre con la hermenéutica de la Constitución Nacional efectuada por su último intérprete; lo mismo que acontece con la Corte Interamericana de Derecho Humanos y el Pacto de San José de Costa Rica.

No hay significaciones objetivas despojadas de la subjetividad del oyente. El contenido de las normas, y de los precedentes jurisprudenciales, como de todo texto, está conformado tanto por la emisión del mensaje como por la decodificación que el receptor hace de él. Ese entramado es infinito, pues cada vez que el mensaje vuelve a retransmitirse es nuevamente objeto de interpretación y de ese espiral de relecturas, merced a la circularidad de los discursos y a la prevalencia de las mejores fundamentaciones, es que se construye su contenido.

Parafraseando a la CSJN, sería un contrasentido que sólo los precedentes interamericanos sean fuente de derecho¹⁴, salteando las versiones discursivas emanadas de otros tribunales. Incluso de aquellos de grado inferior que participan activamente en la construcción de la realidad. La cuestión, como se verá, es compleja.

La Corte nacional mantiene, como todas las cortes del sistema interamericano, un dialogo con la autoridad Interamericana en orden a priorizar el respeto de la jurisprudencia como parte basal del sistema de resolución de controversias y de depuración del ordenamiento en su adecuación a los postulados de la Convención; dicho esquema, como lo explicaremos, debe ser replicado en el orden interno en relación a los pronunciamientos de ambos órganos jurisdiccionales por parte de los tribunales inferiores y demás autoridades estatales¹⁵.

¹⁴ Considerando 12, CSJN, 27/11/2012, “*Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c. Ejército Argentino s/daños y perjuicios*”, Ricardo Luis Lorenzetti; Elena I. Highton de Nolasco; Carlos S. Fayt (por su voto); Enrique S. Petracchi (en disidencia); E. Raúl Zaffaroni; Juan Carlos Maqueda

¹⁵ Hitters, Juan Carlos, *Control de convencionalidad (adelantos y retrocesos)*, La Ley 11 de marzo de 2015.

Los mecanismos jurisdiccionales, concebidos como sistemas que se ocupan de solucionar controversias, no pueden prescindir de las respuestas que proyectan más allá de cada caso concreto. Son dos miradas que focalizan de modo diverso su actuación, pero que viven en una constante retroalimentación. Una de corto alcance, aquella que se ocupa de la solución del conflicto actual pero que, al hacerlo, indudablemente está fijando pautas de actuación que servirán de orientación para lo que se hará en el futuro. Ello, en definitiva, incentivará la mayor o menor litigiosidad como un derivado de la percepción que sus respuestas brinden a cada uno de los futuros requerimientos. Cuanto menor sea la uniformidad en los resultados ante casos similares, mayores serán las expectativas de éxito ya que la sentencia estará ligada a la suerte que tengan las partes en el sorteo de los “jueces naturales” de las contiendas.

La eficacia de las decisiones judiciales erigidas como precedentes actúa en este plano de modo indirecto. Brinda respuestas estables a las instancias inferiores, sin necesidad de que las partes recorran las vías recursivas ante formulaciones ya resueltas, con la consabida economía de recursos humanos e insumos materiales en su discusión. Además evita la necesidad de que todos quienes se encuentran en situaciones análogas deban llevar sus asuntos a los jueces, pues se reconoce que el precedente judicial es el que debe gobernar la conducta de las personas en conflicto. Paralelamente a los argumentos eficientistas mencionados se presentan otros, no menos importantes, como la igualdad ante la ley y la seguridad jurídica que hacen que la argumentación sobre el precedente haga a la validez constitucional de los pronunciamientos judiciales.

Este planteo, para no quedar sesgado, debe abordar otras cuestiones álgidas involucradas, a saber: que la tradición jurídica civilista o continental parece no ser tributaria de la idea de seguimiento de los precedentes; que la adecuación indiscriminada a los precedentes produce el “envejecimiento” de las decisiones, regidas por lo dicho por otros jueces en otro tiempo y otras circunstancias; que se cercena la libertad de juzgamiento del juez del caso.

El esquema de la obligatoriedad de los precedentes debe ser visualizado como un instrumento útil y necesario que completa todo sistema jurisdiccional, que fortalece la legitimidad de los tribunales en la toma de decisiones y que actúa como una condición de validez constitucional de los pronunciamientos.

3. EL PRECEDENTE Y SU VINCULACIÓN CON OTROS FALLOS

En la tradición jurídica del *common law*¹⁶, los precedentes judiciales participan de modo principal en la formación del derecho. Como señala Micheli, el *civil law* y el *common law* poseen distintas concepciones del derecho objetivo: para el primero ha sido constituido por una regla estatuida por un órgano competente; para el segundo, en cambio, se considera que la regla es aquella que el juez considera como tal en su aplicación concreta¹⁷. En este último ámbito, si bien en orden jerárquico se encuentran por debajo de las leyes (*statute law*) –motivo por el cual la ley puede dejar sin efecto un precedente– han constituido la fuente histórica de su Derecho.

Esta doctrina, formulada como “*stare decisis et quia non movere*”¹⁸, impone que las decisiones de los jueces o tribunales tomadas después de un razonamiento sobre una cuestión de derecho planteada en un caso, sea una autoridad o precedente obligatorio para este tribunal y para los tribunales de igual o inferior rango, en los casos en los cuales se presenten en el futuro y que se debata la misma cuestión.

La implementación y vigencia de la doctrina del *stare decisis*¹⁹ se justifica en base a la prevalencia de distintos valores: i) igualdad, dado que la aplicación de la misma regla de derecho en sucesivos casos análogos redundaría en un mismo trato para todos los que deben ser juzgados; ii) previsibilidad del sistema para futuros casos; iii) economía, por cuanto el uso de criterios ya establecidos para resolver nuevos casos ahorra tiempo y energías; iv) respeto, dado que al adherir a decisiones anteriores se

¹⁶ “A diferencia de ‘sistema jurídico’, la expresión ‘tradición jurídica’ indica un conjunto de actitudes, profundamente arraigadas e históricamente condicionadas, sobre la naturaleza del derecho, la organización y funcionamiento de un sistema jurídico, y acerca de la manera en que el derecho es o tiene que ser creado, aplicado, estudiado, perfeccionado y enseñado. La tradición jurídica relaciona el sistema jurídico con la cultura de la cual es una expresión parcial. Pone el sistema jurídico en perspectiva cultural” ITURRALDE SESMA, Victoria, *El precedente en el Common Law*, Cívitas, Madrid, 1995, p. 14.

¹⁷ MICHELI, Gian Antonio, *Contributo allo studio della formazione giudiziale del diritto: Case law e stare decisis*, Pubblicazioni della R. Università di Pavia, Studi nelle scienze giuridiche e sociali, Pavia, 1938, N° 83, p. 14.

¹⁸ Del latín, “estar a lo decidido sin alterarlo”.

¹⁹ CUETO RÚA, Julio César, *El “common law”*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997; FARNSWORTH, E. Allan, *Introducción al sistema legal de los Estados Unidos*, Zavallia, Buenos Aires, 1990; ITURRALDE SESMA, Victoria, *El precedente en el “common law”*, Cívitas, Madrid, 1995; SAGÜÉS, Néstor P., *El valor del precedente de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EE. UU. y Argentina*, en *Temas de Derecho Procesal Constitucional*, dir. por Mario Masciotra, Lajouane, Buenos Aires, 2008, p. 343; SMITH, Juan Carlos, *La autoridad del precedente judicial en el “common law” estadounidense*, en *La Ley*, 134-1364.

evidencia el reconocimiento a la sabiduría y experiencia de las generaciones de anteriores jueces²⁰.

Como contrapartida a los beneficios señalados se presenta una tendencia a mantener un excesivo respeto a las decisiones precedentes, lo que conduce a un envejecimiento del derecho. Por ello, en una histórica decisión, la *House of Lords* pronunció el *Practice Statement* (1966) otorgando mayor libertad en el uso de los precedentes que, sin abandonar su tratamiento y su efecto vinculante, morigeró la práctica rígida de ellos. Lo propio sucede en EEUU. Allí el Derecho no está sustentado en la costumbre, como ocurre en Inglaterra, sino en la fuerza normativa de una Constitución escrita que prevalece sobre cualquier ley; además la implementación es más compleja puesto que coexisten las estructuras federal y estatales que generan la diversificación y dispersión de los antecedentes, con la lógica mayor complejidad en su homogeneización y, consecuentemente, actitudes más flexibles respecto del seguimiento de la autoridad de las decisiones judiciales. A todo lo expuesto debe sumarse un exponencial crecimiento demográfico que, en comparación con el sistema inglés, generó una gran cantidad de material jurídico y una consecuente mayor dificultad para seguir los precedentes²¹. Así lo ha reconocido, en el plano horizontal, la Corte Suprema afirmando que la regla del seguimiento del precedente no es inflexible y que es una decisión discrecional del tribunal seguir o apartarse de sus fallos²².

En suma, la regla es que los precedentes deben seguirse en pos de la estabilidad y uniformidad del Derecho, sin embargo los tribunales son libres de apartarse de sus pronunciamientos previos si ha existido un cambio en las circunstancias o en las

²⁰ FARNSWORTH, *Introducción al sistema...* cit., p. 74.

LEGARRE, Santiago y RIVERA (h), Julio César, *Naturaleza y dimensiones del “stare decisis”*, en LA LEY, 2005-F-850.

²¹ FARNSWORTH, *Introducción al sistema* cit., p. 75. Monaghan explica que “La fragilidad del stare decisis en el área del common law no es, simplemente, el reflejo de rápidos cambios sociales y económicos. También está la función de corrientes del pensamiento difundidas y sentidas profundamente. Desde el siglo XVII el mundo occidental ha sido testigo de una evidente declinación de la idea de permanencia de cualquier forma de orden social o intelectual, declinación que se ha acelerado de modo brusco en el siglo XX. En los Estados Unidos esta pendiente ha sido reforzada por el surgimiento y dominación del pragmatismo filosófico y su doncella doctrinal, el «instrumentalismo pragmático»” MONAGHAN, Henry P., *Las sentencias de la Corte Suprema deben ser tomadas en serio*, trad. de Alberto F. Garay, J. A. 2004-I-965.

²² “The rule of stare decisis tends to uniformity and consistency of decision but is not inflexible, and it is within the discretion of a court to follow or depart from its prior decisions” (“*Hertz vs. Woodman*”, 218 U. S. 205 [1910]). La jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos pueden encontrarse en www.supremecourtus.gov.

necesidades sociales, o si la adhesión al precedente sería perjudicial para los intereses públicos. Sin embargo, en este análisis comparatista, hay una cuestión que suele darse por sentada o pasarse por alto, ¿cómo es que se lleva a cabo esta tarea?, ¿cómo se extrae la regla que vinculante del precedente?, ¿cuáles son los hechos relevantes que definen el caso?, ¿para qué tribunales regirá el precedente?, ¿bajo qué circunstancias es dable apartarse de un precedente?, etc, etc, etc.

4. FORMAS DE VINCULACIÓN

La obligatoriedad o el seguimiento de los precedentes se manifiesta en dos dimensiones: una horizontal, en tanto los tribunales están obligados a seguir sus propios precedentes, y otra vertical, en cuanto deben conformar sus decisiones a los precedentes de sus superiores jerárquicos o concurrentes²³.

Además, no todo el contenido del antecedente tiene fuerza obligatoria, sino sólo el *ratio decidendi* o el *holding* del caso, es decir las razones que llevaron al tribunal a fallar de una determinada manera, quedando fuera de ese espectro, por tanto, aquello que suele denominarse *obiter dictum*, que está conformado por las expresiones incidentales o colaterales del tribunal²⁴. Destaquemos aquí que la línea que separa lo principal de lo accesorio, muchas veces, es poco clara o no se encuentra nítidamente definida²⁵.

En el aspecto vertical del *stare decisis*, según el cual cada tribunal debe seguir los precedentes de sus tribunales jerárquicamente superiores, se sigue el principio de que únicamente un tribunal de más alto rango puede derogar –en forma expresa o implícita– decisiones anteriores de los tribunales inferiores. Sin embargo, existen mecanismos que permiten flexibilizar esa aparente rigidez del sistema que pareciera quedar encorsetado en decisiones obsoletas por privilegiar la seguridad jurídica.

Uno de estos mecanismos es la técnica de la distinción. Con ella se desarrolla una argumentación tendiente a demostrar que los hechos del precedente poseen una

²³ Los fallos no obligatorios para un tribunal, pero que poseen autoridad dada su importancia o la del magistrado que redactó la sentencia, o si fue seguido en otras jurisdicciones, es denominado persuasivo.

²⁴ LEGARRE, Santiago y RIVERA (h), Julio César, *Naturaleza y dimensiones del “stare decisis”*, en LA LEY, 2005-F-850.

²⁵ CUETO RÚA, *El “common law”* cit., p. 118.

diferencia importante respecto de los hechos del caso presente al cual se lo pretende asimilar y, conforme la cual, los tribunales pueden sortear su aplicación. Otra forma de malear el antecedente a las necesidades del caso actual es el trabajo que se haga sobre los rasgos vinculantes. Los tribunales no están obligados a seguir íntegramente los antecedentes, sino sólo su *ratio decidendi* –equivalente al *holding* estadounidense–. De ese concepto, en tanto fuerza obligatoria hacia el futuro, quedan excluidas las cuestiones de hecho (aunque muchas veces no puedan escindirse del Derecho) y las consideraciones de derecho efectuadas *obiter dictum* o en forma incidental.

Ahora bien, el *quid* del asunto es averiguar cómo se efectúa la categorización de los hechos relevantes y cómo se eliminan los hechos irrelevantes para generalizar el precedente y convertirlo en norma hacia el futuro.

En ese ejercicio, entre la actividad comparativa y la aplicación analógica de los casos, se vislumbra la existencia de un espacio de discrecionalidad en el operador que le permite ponderar cuáles son los elementos fundamentales y cuáles los anecdóticos –y el grado de especificidad de cada uno de ellos– a efectos de formular la *ratio decidendi* y determinar la solución aplicable al conflicto actual.

Analicemos algunos mecanismos que resultan muy usuales en la argumentación en torno a la obligatoriedad de los precedentes:

a) *Los hechos esenciales, su obligatoriedad y las vías de escape.* Según la regla de *stare decisis* el juez, al momento de resolver un caso actual, debe recurrir a la interpretación de sentencias de precedentes análogos en los que se hubieran resuelto las cuestiones planteadas. Ahora bien, la decisión acerca de si el precedente es aplicable al caso, o no, dependerá de la calificación que hagan los operadores de los hechos relevantes del caso en análisis y del precedente, cuyo *holding* se pretende hacer valer. Ésta no es una tarea sencilla puesto que, por más similitudes que se presenten entre distintos sucesos, nunca se verificarán dos casos idénticos²⁶. Siempre existirán, en mayor o menor medida, diferencias entre ellos; la cuestión estriba en apreciar si las

²⁶ GARAY, Alberto F., *El precedente judicial en la Corte Suprema*, en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 2, N° 1 y 2, Buenos Aires, 1997, p. 57.

similitudes son mayores que las diferencias en cuanto a la subsunción del litigio en la regla extraída del precedente²⁷.

Entonces, si el juez califica como esencial una de las diferencias inevitables existentes entre el caso actual y el precedente, aunque ésta fuese pequeña, ello significará que el caso a dirimir será proyectado a un grupo diferente de antecedentes y resuelto en base a principios jurídicos distintos.

Esta estrategia ha sido denominada técnica de la distinción (*distinguishing*). A ella podemos agregar dos métodos utilizados en Norteamérica que conducen a resultados similares, es decir, no aplicar un precedente: i) la derogación implícita, y ii) la predicción de un cambio de criterio por el tribunal.

El primero responde a la pérdida de autoridad del precedente sin ser expresamente derogado por el tribunal que lo emitió, lo que se produce a través de la inferencia efectuada por el tribunal inferior a partir del análisis de nuevos pronunciamientos del tribunal superior. El segundo se basa en la predicción que efectúa el tribunal inferior a la hora de no aplicar un precedente, afirmando que el órgano superior en esas circunstancias llegaría a la misma conclusión. Ambos no son más que vías de escape para sustentar la falta de validez del precedente emitido por la Corte.

b) *El problema de la pluralidad de “holdings” o “rationes”*. Otro problema que puede presentarse a la hora de interpretar un precedente se da cuando en su formación han confluído varias *rationes* a efectos de formar la decisión, cuando el antecedente pierde peso específico por la existencia de votos disidentes o cuando cada uno de los magistrados de un tribunal aporta una *ratio decidendi* propia sin que ello modifique el resultado final de la cuestión. En estos casos, aunque el *holding* cuenta como antecedente a la hora de su postulación, su autoridad es menor.

Con mucho acierto Monaghan, explicando el proceso de formación de las decisiones que se verifica en la Corte norteamericana y las dificultades de que sus miembros se reúnan a tratar los casos y tomar una decisión como fruto de un proceso deliberativo, postula que las sentencias son una mezcla de responsabilidad individual – de quien redacta la decisión– y colectiva. De ello resulta la dificultad de extraer con claridad los puntos de importancia de la decisión colectiva, dada la cantidad de

²⁷ CUETO RÚA, *El “common law”* cit., p. 108.

opiniones concurrentes²⁸, por lo cual señala que el tribunal debería reducir el volumen escrito de sus sentencias, pero para que ello ocurra los proyectos en circulación deberían ser tomados en serio por los restantes ministros. La práctica indica que el texto de las sentencias crece en sentido contrario a la idea anotada²⁹.

c) *La formulación de la norma (“rule”) contenida en el precedente.* Ya hemos explicado que el *holding* o la *ratio decidendi* es el sustrato relevante del precedente y aquello que obliga y vincula a los jueces de los casos subsiguientes, en contraposición con el *obiter dictum* que, en tanto apreciaciones incidentales, no tendrá ninguna relevancia hacia el futuro.

Esto es conceptualmente claro, sin embargo resulta mucho más dificultosa la tarea interpretativa que se hace sobre cada antecedente a efectos de trazar la línea divisoria entre ambos conceptos. El juez que tiene ante sí un conflicto pendiente de resolución es quien debe interpretar los precedentes. Entonces debe preguntarse qué aspectos de los casos análogos debe alinear bajo una y otra condición a efectos de extraer una norma general.

Es innegable que la tarea de interpretar un precedente –generalización, categorización y explicitación– enfrenta un ámbito impreciso a la hora de establecer cuál es el principio que emerge del mismo. El análisis de un caso anterior es una tarea compleja que puede presentar muchas variables: i) determinar cuál es la *ratio decidendi* del caso³⁰; ii) considerar la *ratio decidendi* a la luz de los hechos del caso; iii) analizar las consideraciones que se han hecho por los jueces en decisiones sobre aquella *ratio decidendi*; iv) la determinación de la *ratio decidendi* en casos posteriores; v) la formulación de una regla jurídica basada en los casos anteriores.

En definitiva, debemos abstraer y generalizar lo relevante y desechar lo superfluo, pero ¿cómo debemos hacerlo?, ¿cuál es la guía a seguir? Sobre el punto se han ensayado varias respuestas³¹:

²⁸ Esta práctica es común en la Corte Suprema de Justicia de la Argentina.

²⁹ MONAGHAN, *Las sentencias de la Corte Suprema...* cit., p. 18.

³⁰ Al respecto se han propuesto varias teorías, llegando algunos autores a distinguir hasta sesenta y cuatro técnicas diferentes.

³¹ Seguimos la reseña efectuadas por ITURRALDE SESMA, *El precedente...* cit., p. 83 y por CUETO RÚA, *El “common law”* cit., p. 108.

– *Test de Wambaugh*³². Cuando un caso gira sólo sobre una cuestión, su doctrina es la proposición general sin la cual éste hubiera sido decidido de otra manera³³. El *holding* es la premisa mayor de un silogismo cuya premisa menor es la situación de hecho del caso y cuya conclusión es la decisión. La libertad y discreción en la selección de los fundamentos no es una actividad que se asiente solamente en premisas lógicas. Entonces, una de las bases de la teoría es cuestionada, dado que silogismo y analogía presuponen la existencia de una categoría lógica de significado unívoco a la que debe ser subsumida para arribar a una conclusión; sin embargo esto no es así porque no existen dos situaciones idénticas, sólo encontraremos mayor o menor analogía.

– *Test de Goodhart*³⁴. El principio del caso puede encontrarse en los hechos tratados por el juez como fundamentales (*material facts*) y su decisión está basada en ellos. Si el juez no ha especificado cuáles son los hechos fundamentales, debemos pensar que todos los son, salvo aquellos que haya signado como superfluos –entre otras tantas reglas que enuncia³⁵–. Respecto de los hechos omitidos debemos presumir su irrelevancia. No se puede ir más allá de los hechos probados en el expediente y la manifestación efectuada por el juez sobre los hechos obliga, aunque sea explícito que se ha equivocado, dado que importa el sentido en que él los ha visto. Si existen varios votos concurrentes en su resultado, pero discordantes en la calificación de los hechos relevantes, todos deben ser considerados relevantes en forma independiente.

No fue objeto de esta tesis plantear guías de aplicación mecánica que permitan la elucidación en forma invariable del principio, sino sólo contribuir con reglas metódicas de interpretación. No obstante, la propuesta ha sido objeto de críticas. Tal el caso en el cual el juez no se expide sobre la relevancia o irrelevancia de los hechos del caso; si debemos considerar todos los hechos como relevantes la norma jurídica

³² WAMBAUGH, Eugene, *How to use decisions and statutes*, Arthur Vanderbilt (ed.), Washington Square Publishing, New York, 1945; ALLEN, *Law in the Making*, Clarendon Press, Oxford, 1946.

³³ Se ocupa de analizar el trabajo de Wambaugh, MATTEI, Ugo, *Stare decisis: il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 201.

³⁴ La línea de trabajo de Goodhart fue la de brindar guías para la interpretación de los precedentes en orden a la formulación de los principios que de ellos emergían GOODHART, Arthur L., *Essays in Jurisprudence and the Common Law*, Cambridge at the University Press, Cambridge, 1937.

³⁵ Por ejemplo, los hechos de persona, tiempo, lugar, clase y monto son presumiblemente irrelevantes, a menos que el juez los declare en tal sentido. Ha estudiado la tesis de Goodhart, MANDELLI, Riccardo, *La determinazione e l'applicazione della "ratio decidendi" del precedente giudiziale nella "common law"*, en *Rivista di Diritto Processuale*, Cedam, Padova, 1980, p. 303.

explicitable carece de extensión lógica. Luego, nada dice respecto del problema de la categorización de los hechos relevantes bajo un principio general que los incluya, tarea que permite luego la extensión lógica de la decisión a supuestos análogos.

– *Test de Oliphant*³⁶. Representando una tendencia extrema –la escuela funcionalista– Oliphant se muestra contrario al creciente proceso de progresivas generalizaciones extraídas de los precedentes cuya extensión lógica es cada vez mayor. Por ello afirma que el razonamiento jurídico que figura en la decisión debe ser ignorado, dado que cada caso presenta múltiples posibilidades de generalización de diferentes grados de extensión lógica. En su reemplazo propone, afirmando que el deber del jurista es predecir la conducta de los jueces en casos futuros, que deben estudiarse las decisiones como conductas judiciales observadas. En consecuencia todos los hechos recopilados por el tribunal deben ser vistos como estímulos de la decisión, de manera tal que la decisión sea una respuesta concreta al estímulo³⁷. La propuesta tampoco responde a los problemas teóricos que afectan el proceso de generalización y explicitación de normas jurídicas generales, por una parte porque los humanos no responden igual ante estímulos idénticos y, por otro lado, porque si deben considerarse todos los hechos del caso, sean relevantes o no, tampoco se logra expresar la generalización que se pretende. La teoría es valorada en tanto crítica a las abstracciones exageradas.

Con la enunciación de las teorías no pretendemos siquiera acercarnos a la profundidad analítica y teórica que presentan cada una de las propuestas interpretativas anotadas, sino sólo explicitar las dificultades que conlleva la instrumentación del sistema de precedentes.

En la práctica, la actividad del juez en la selección de los hechos relevantes del precedente a efectos de generar el principio o regla general que habrá de aplicar al caso pendiente de resolución es compleja y, si bien se encuentra guiada por la lógica, la elección entre distintas respuestas posibles trasciende esa materia y se presenta en fundamentos axiológicos que dan lugar a la formación de la decisión; es decir, a la creación de un nuevo precedente.

³⁶ OLIPHANT, Hernan, *A return to stare decisis*, en *American Bar Association Journal*, Chicago, vol. 14, N° 2, 1927. Junto con Felix Cohen, Karl Llewellyn y Marx Radin pertenece al movimiento del realismo jurídico norteamericano.

³⁷ La tesis de Oliphant es que el juez resuelve los conflictos en forma intuitiva y a posteriori buscarán el sustento de la decisión. De sostenerse esta propuesta carecería de sentido mantener una doctrina que estudia los precedentes judiciales como normas para casos futuros, dado que presentada la sentencia como una respuesta a un estímulo le quitaría todo valor a las decisiones anteriores.

Las referencias efectuadas se hacen necesarias pues no existen normas jurídicas con sentido unívoco o transparente que no tengan necesidad de interpretación. De otro modo, hipotetizando un imposible, la fundamentación meramente lógica de los decisorios haría innecesaria la utilización de operadores calificados –jueces– en la toma de decisión. Lo expuesto tampoco es un defecto de las normas en sí mismas, dado que la relatividad del contexto, del operador y del auditorio hará variable su contenido al ser interpretadas³⁸.

Puede afirmarse que el juez del *common law* tiene asignada una tarea más que el juez del *civil law*, ya que antes de resolver el caso debe inquirir en los precedentes a efectos de explicitar la norma jurídica general. Ello, en algún sentido, le brinda una mayor libertad interpretativa, pues no lo compele la estructura gramatical de la norma, como le ocurre al segundo. Sin embargo, como contrapartida, se siente con menor libertad cuando aplica o crea un *case law* que cuando interpreta una norma sancionada por el Congreso, lo cual es una paradoja³⁹.

d) *Los efectos del cambio de precedente*⁴⁰. En el *common law* existen dos visiones sobre el contenido de los fallos judiciales: i) son creados por los jueces, o ii) es el reconocimiento de algo preexistente. La teoría declarativa⁴¹ sostiene que el Derecho es una entidad que existe independientemente y antes de la declaración judicial y que las decisiones judiciales no son más que expresiones que evidencian ese Derecho. La teoría constitutiva, por su parte, emergente de la crítica a la anterior, sostiene que el *common law* no está constituido por costumbres inmemoriales sino por las normas creadas por los jueces al decidir los casos concretos sometidos a su consideración.

³⁸ “Por ello es que carece de sentido el estudiar las normas jurídicas en sus enlaces lógicos de subordinación, subsunción y coordinación, en plano abstracto, si se deja completamente de lado al juez y a las técnicas mediante las cuales se las aplica a los casos concretos. El sentido de una norma jurídica no es independiente de su interpretación, lo que equivale a decir que no es independiente del juez y del método mediante el cual se la aplica”. CUETO RÚA, *El “common law”* cit., p. 162.

La formulación tradicional ha sido efectuada por BLACKSTONE, William, *Commentaries of the laws of England*, Univ. of Chicago Press, Chicago, 1765, vol. I, cit. por ITURRALDE SESMA, *El precedente* cit., p. 123.

³⁹ CUETO RÚA, *El “common law”* cit., p. 165.

⁴⁰ ITURRALDE SESMA, *El precedente* cit., p. 168; FARNSWORTH, *Introducción al sistema...* cit., p. 84; CUETO RÚA, *El “common law”* cit., p. 111.

⁴¹ La formulación tradicional ha sido efectuada por BLACKSTONE, William, *Commentaries of the laws of England*, Univ. of Chicago Press, Chicago, 1765, vol. I, cit. por ITURRALDE SESMA, *El precedente* cit., p. 169.

No pretendemos desarrollar las motivaciones de cada una de las corrientes de pensamiento, sino a partir de ellas explicar los distintos efectos que se le imprimen a las decisiones que modifican los precedentes jurisprudenciales.

En Inglaterra, como consecuencia de la prevalencia de la teoría declarativa del precedente, los efectos de la derogación son retroactivos sobre los casos ocurridos en vigencia de la doctrina anterior y que aún no han sido decididos. En Estados Unidos, en cambio, se han desarrollado diversas técnicas a efectos de paliar determinadas situaciones que pueden emerger de la aplicación retroactiva del nuevo *holding*.

Entonces ante el no seguimiento de un precedente se pueden verificar las siguientes posibilidades:

1) El tribunal puede aplicar el cambio en el Derecho retroactivamente, permitiendo que la nueva regla regule los hechos que han tenido lugar tanto antes como después de la decisión derogatoria⁴²;

2) el tribunal puede aplicar la modificación prospectivamente regulando de tal forma sólo las conductas que han tenido lugar después de la decisión derogatoria y no aplicándola en el caso en estudio⁴³;

⁴² En este punto existe controversia sobre qué tribunal es el que debe establecer esta operatividad, dado que los jueces sólo están habilitados a expedirse en “casos” y, de fijar pautas hacia otros litigios, se estaría extralimitando esa facultad. Con lo cual debería fijar la incidencia del nuevo precedente el juez que atienda el tercer caso, de acuerdo a las constancias de éste.

⁴³ En este aspecto fue señera la opinión de Benjamín N. Cardozo en “*Great Northern Ry. Co. vs. Sunburst Oil & Refining Co.*”, 287 U. S. 358 (1932), donde confirmó la decisión del tribunal estatal de Montana, que resolvía la cuestión conforme a la jurisprudencia vigente y anunciaba un cambio de precedente en lo sucesivo. “We have no occasion to consider whether this division in time of the effects of a decision is a sound or an unsound application of the doctrine of stare decisis as known to the common law. Sound or unsound, there is involved in it no denial of a right protected by the Federal Constitution. This is not a case where a court, in overruling an earlier decision, has given to the new ruling a retroactive bearing, and thereby has made invalid what was valid in the doing [...] This is a case where a court has refused to make its ruling retroactive, and the novel stand is taken that the Constitution of the United States is infringed by the refusal.

”We think the Federal Constitution has no voice upon the subject. A state, in defining the limits of adherence to precedent, may make a choice for itself between the principle of forward operation and that of relation backward. It may say that decisions of its highest court, though later overruled, are law nonetheless for intermediate transactions...

”On the other hand, it may hold to the ancient dogma that the law declared by its courts had a Platonic or ideal existence before the act of declaration, in which event the discredited declaration will be viewed as if it had never been, and the reconsidered declaration as law from the beginning...

”The choice for any state may be determined by the juristic philosophy of the judges of her courts, their conceptions of law, its origin and nature. We review not the wisdom of their philosophies, but the legality of their acts. The State of Montana has told us by the voice of her highest court that, with these alternative methods open to her, her preference is for the first. In making this choice, she is declaring common law for those within her borders. The common law as administered by her judges

3) el tribunal puede fijar una pauta prospectiva cuya operatividad entrará en vigencia a partir de un determinado plazo o hecho –publicación–;

4) el tribunal puede establecer una pauta prospectiva aunque aplicando la modificación a las partes del caso.

Cabe anotar que los efectos retroactivos, según la jurisprudencia norteamericana, no alcanzan a aquellos pleitos que ya han sido juzgados. La cuestión se planteó cuando la Suprema Corte de ese país resolvió el caso “*Mapp vs. Ohio*”⁴⁴ en el cual se decidió que la prueba ilegalmente obtenida era inadmisibile en un juicio penal estatal, modificando de esta forma un precedente contrario⁴⁵. A partir de la modificación se efectuaron numerosas presentaciones a efectos de lograr la revisión de condenas en las cuales resultaba aplicable el nuevo criterio. Al revisar la Corte Suprema de los Estados Unidos el alcance retroactivo de la nueva doctrina en “*Linkletter vs. Walker*”⁴⁶, denegó los pedidos. El sustento de la decisión fue que lo que se buscaba con la modificación era desalentar la acción ilegal de la policía, proteger la privacidad del hogar de las víctimas y que los órganos federales y estatales tengan los mismos estándares jurídicos. Por otra parte, se expresó que revisar los casos sería quitar la confianza que los órganos del Estado pusieron en el anterior precedente, imponiendo consecuentemente a la administración una dura carga de la prueba de difícil cumplimiento.

La aplicación prospectiva es determinante en los casos penales en los que se ilegalizan conductas que antes no constituían delitos, en aquellos casos civiles en que los contratantes adquieren derechos confiando en un estándar determinado que luego es derogado, o en las conductas que constituyen responsabilidad civil.

5. LA CUESTIÓN EN ARGENTINA

ascribes to the decisions of her highest court a power to bind and loose that is unextinguished, for intermediate transactions, by a decision overruling them. As applied to such transactions, we may say of the earlier decision that it has not been overruled at all. It has been translated into a judgment of affirmance and recognized as law anew.

”Accompanying the recognition is a prophecy, which may or may not be realized in conduct, that transactions arising in the future will be governed by a different rule. If this is the common law doctrine of adherence to precedent as understood and enforced by the courts of Montana, we are not at liberty, for anything contained in the Constitution of the United States, to thrust upon those courts a different conception either of the binding force of precedent or of the meaning of the judicial process”.

⁴⁴ “*Mapp vs. Ohio*”, 367 U. S. 643 (1961).

⁴⁵ “*Wolf vs. Colorado*”, 338 U. S. 25 (1949).

⁴⁶ “*Linkletter vs. Walker*”, 381 U. S. 618 (1965).

La cuestión en el derecho argentino no es sencilla⁴⁷. En principio porque el punto de partida es bastante débil debido a la tradición jurídica bicéfala de la que abreva el ordenamiento⁴⁸ que, imbuida en parte del derecho continental y en parte del *common law*, no ha profundizado las técnicas de utilización de los precedentes y su tratamiento.

a) *Instauración legal de la obligatoriedad*. Históricamente existieron regulaciones mediante las cuales se fijó legalmente la vigencia de un *stare decisis criollo* en Argentina, que luego fueron dejadas sin efecto. Un primer supuesto fue el art. 95 de la Constitución de 1949: “La interpretación que la Corte Suprema de Justicia haga de los artículos de la Constitución por recurso extraordinario, y de los códigos y leyes por recurso de casación, será aplicada obligatoriamente por los jueces y tribunales nacionales y provinciales”. Otro, más reciente, en materia previsional, fue el art. 19 de la ley 24.263: “Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación serán de obligatorio seguimiento por los jueces inferiores en las causas análogas”, también dejado sin efecto primero por la jurisprudencia de la Corte Suprema y luego por la ley 26.025.

En esta línea de obligatoriedad legal debe mencionarse que hasta hace poco tiempo regían los fallos plenarios, que fueron derogados con la creación de las Cámaras de Casación mediante ley 26.853, motivo por el cual han perdido obligatoriedad en su aplicación. El instituto había nacido en 1910 con la sanción de la ley 7.055 para resolver controversias entre los precedentes de las dos Cámaras civiles existentes en ese entonces⁴⁹. Las leyes 11.924 y 12.327 regularon las reuniones plenarias de la Cámara de Paz Letrada y de la Criminal y Correccional de la Capital Federal. En tanto que la ley

⁴⁷ OTEIZA, EDUARDO D., *La jurisprudencia en Argentina. Estudio de algunos problemas con respecto a su consistencia*, en Acceso al derecho procesal civil, Morello, Augusto M. (dir.), Buenos Aires, Librería Editora Platense – Lajouane, 2007, p. 507/539.

⁴⁸ Ha recibido la impronta norteamericana en la Constitución, la francesa en el derecho administrativo, el procedimiento español, el derecho comercial italiano e influencias alemanas en derecho penal.

⁴⁹ El art. 6 de la norma establecía, “En caso de producirse contienda de competencia entre las dos cámaras, el presidente de la primera que hubiese conocido, las reunirá en tribunal y decidirá por mayoría de votos. Si hubiese empate se dará intervención a un miembro de las otras cámaras, elegido a la suerte. Igual procedimiento se observará en los casos en que al celebrarse el acuerdo para dictar sentencia definitiva, cualquiera de las dos cámaras entendiera que en cuanto al punto en debate, es conveniente fijar la interpretación de la ley o de la doctrina aplicable”. En ese tiempo no se preveía la obligatoriedad de la doctrina fijada, ni la facultad de las partes de pedir la convocatoria como ocurriría con la evolución del instituto.

12.330 autorizó la convocatoria al dividirse en salas las Cámaras de Apelaciones en lo Civil y en lo Comercial, a petición de los miembros de una de las cámaras. Recién en 1943, mediante el decreto-ley 4.555, se estableció la obligatoriedad de los fallos para los jueces inferiores. En el fuero laboral se incorporaron mediante el decreto-ley 32.347 de 1944, ratificado por el art. 17 de la ley 12.948.

Estando en vigencia la Constitución de 1949, citada al comienzo de este acápite, se unificaron los fueros de la Capital Federal, se eliminó la distinción entre los jueces nacionales y los jueces federales y se dictó la ley 13.998 que legisló sobre los fallos plenarios estableciendo la obligatoriedad de su doctrina a excepción de las cuestiones en las que ya hubiera una interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El Máximo Tribunal dictó una acordada el 17 de diciembre de 1952 indicando que era un deber para cada una de las salas de las cámaras informarse sobre la jurisprudencia de las otras salas del tribunal sobre el punto en cuestión y, en caso de no haber coincidencia de criterios, convocar a la reunión plenaria. La acordada transformó a los plenarios en obligatorios.

El decreto ley 1285/58 perfiló los plenarios en forma similar a la que sería receptada por el Código Procesal de la Nación en 1968⁵⁰ y la reforma de la ley 22.434 hizo algunas modificaciones intentando lograr mayor celeridad en los trámites. Esta evolución parece haber llegado a su fin con la ley 26.853.

Muchos análisis pueden hacer sobre la reciente reforma del Poder Judicial. La modificación es necesaria pero debe ser discutida y pensada en clave sistémica, ya que serán mecanismos que regirán la vida de los ciudadanos por muchos años. La profundización de la verticalidad en las instancias recursivas y de los mecanismos escriturarios que se registran con la creación de las tres nuevas cámaras supondrá la prolongación innecesaria de los pleitos y va en un sentido contrario al que, en nuestro criterio, debería avanzarse. Los cambios, pensamos, deben hacerse desde la base acercando a los jueces a las problemáticas cotidianas de la gente; debe pasarse de la escritura a la oralidad en una mayor cantidad de actos del proceso. En lo que ocupa a este trabajo, y retomando el análisis de la nueva ley, lo preocupante es que no se siga un pensamiento articulado con los institutos y con el funcionamiento vigente, cuyo norte esté puesto en la eficacia del sistema.

⁵⁰ El art. 155 de la ley 18.345 determinó la aplicación del art. 303 del Cód. Procesal de la Nación, en su anterior redacción, al fuero laboral.

En efecto, no obstante que históricamente el motivo central de la función casatoria fue la uniformidad jurisprudencial⁵¹, la ley citada ha omitido fijar la obligatoriedad respecto de los futuros pronunciamientos de los nuevos órganos⁵². Aunque es esperable que dicha jurisprudencia resulte obligatoria ya que el inc. 3° del art. 289 del CPCCN –en su nueva redacción– establece que el recurso de casación se podrá fundar en “Unificación de la doctrina cuando en razón de los hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales se hubiese llegado a pronunciamientos diferentes.”

b) *La función nomofiláctica de la Corte.* A la par de lo referido en materia de textos legales específicos, también puede señalarse la existencia de otros preceptos que pueden llevar a concluir que existe un deber de seguimiento condicionado de los fallos de la Corte.

En la mirada vertical del *stare decisis*, más vinculada a este análisis, debe distinguirse la materia federal o aquellas asimilables –federales atípicas– de las cuestiones locales. Esa diferenciación sitúa, conforme a una anhelada interpretación

⁵¹ La casación nació como un mecanismo para neutralizar a los jueces pre-revolucionarios que se negaban a aplicar los cambios en la legislación resultantes de la Revolución Francesa, dado que representaban a la aristocracia, defendían el *ancien régime* y no tenían compromiso alguno con los valores que enarbolaba el nuevo orden. La idea central era que los jueces no debían interpretar la ley, sino sólo aplicarla a los casos, con lo cual las leyes debían proveer todas las soluciones posibles. Los jueces no podían crear nuevos derechos, ya que esa actividad quedaba reservada al Poder Legislativo, sólo reafirmaban lo dicho por el Parlamento como la ‘*bouche de la loi*’. La Corte de Casación francesa, instituida en 1790 como un órgano de control de constitucionalidad no judicial situado junto al Poder Legislativo para controlar a los jueces, tenía como finalidad interceptar todas las interpretaciones incorrectas efectuadas por esos magistrados que respondían a intereses pre-revolucionarios y desatendían el nuevo derecho. Si bien en un comienzo desarrolló una función nulificadora de los pronunciamientos (*iudicium rescindens*), es decir, indicaba cuáles eran las interpretaciones que no debían ser efectuadas, con el tiempo se vislumbró la utilidad de afirmar la interpretación válida del derecho. A partir de 1837, cuando se supera el instituto del *référé* legislativo, el tribunal adquiere mayor independencia y autoridad en sus funciones y pasa a fijar la interpretación de la doctrina legal, la unidad y uniformidad interpretativa del derecho, imponiendo sus decisiones a los órganos inferiores. CALAMANDREI, PIERO, La casación civil, t II, El Foro. Buenos Aires, 1997.

⁵² Otra omisión relevante ha sido la publicidad de los fallos. En efecto, la ley que crea las cámaras de casación no lo prevé y la ley 26.856 sobre “Obligatoriedad de la Publicidad en Internet de las Resoluciones Judiciales” ha incurrido en un olvido en su art. 1° al no mencionar las noveles cámaras casatorias: “A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los tribunales de segunda instancia que integran el Poder Judicial de la Nación deberán publicar íntegramente todas las acordadas y resoluciones que dicten, el mismo día de su dictado. Las sentencias deberán ser publicadas una vez notificadas a todas las partes.”

orgánica, al primer grupo de cuestiones en un plano de sujeción condicionada legal y al segundo en uno de sujeción condicionada persuasiva⁵³.

Entre los fundamentos legales que dan cuerpo a esos asertos encontramos la coordinación de las autonomías provinciales con las cuestiones delegadas al Estado federal (art. 5º de la C.N.) y la supremacía de la Constitución Nacional (art. 31), en conexión con la competencia fijada a la Corte Suprema de Justicia de la Nación como cabeza de unos de los poderes federales en la ley 48 en las diversas variables de acceso al Máximo Tribunal⁵⁴.

Como fundamentos extranormativos debemos mencionar, por una parte, la existencia de una línea jurisprudencial de la Corte que predica la existencia de un deber de seguimiento condicionado⁵⁵; a lo que puede agregarse la importancia de la credibilidad de los justiciables en el sistema jurisdiccional a partir del correcto manejo de la argumentación para mantener o modificar los precedentes⁵⁶.

Todo ello conduce a afirmar que en el sistema existe un deber condicionado de los tribunales de seguir los precedentes, en tanto no se verifiquen condiciones contextuales nuevas que indiquen que es tiempo de reconsiderarlos. Precaviendo que difícilmente puedan agotarse en un fallo todos los argumentos que podrían esgrimirse y

⁵³ HITTERS explica que "...al no haberse instituido normativamente la casación nacional, y toda vez que el más Alto Órgano de Justicia de la Nación se ha abstenido de manejar el recurso extraordinario para unificar la interpretación jurisprudencial contradictoria de las leyes nacionales de carácter común, o de derecho local, respecto de situaciones de hecho similares, no resulta pertinente extender la autoridad absoluta de sus fallos a otros temas que no sean constitucionales o federales." HITTERS, JUAN CARLOS, *Técnicas de los recursos extraordinarios y de la casación*, La Plata, Ed. Platense, 1984, p. 235.

⁵⁴ IBARLUCÍA, EMILIO A., *Sobre el seguimiento de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, ED, Constitucional, 2006, 215; BIANCHI, ALBERTO B., *De la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema (Una reflexión sobre la aplicación del stare decisis)*, EDCO, 00/01-335.

⁵⁵ C.S.J.N., 9/4/1870, "Videla, Magdalena c/ García Aguilera, Vicente", Fallos 9:53; C.S.J.N., 23/6/1883, "Pastorino, Bernardo capitán de la barca "Nuovo Principio" c/ Ronillon Marini y Cía.", Fallos 25:364; C.S.J.N., 1948, "Santín, Jacinto s/ Impuestos Internos" Fallos 212:51; C.S.J.N., 1948, "Pereyra Iraola, Sara c/ Provincia de Córdoba", Fallos 212:160; C.S.J.N., 6/10/1948, "García Rams, Horacio, y Herrera, Carlos", Fallos 212: 251; C.S.J.N., 17/11/81, "Balbuena, César A.", LL 1982-B, 150; C.S.J.N., 4/7/85, "Incidente de prescripción Cerámica San Lorenzo", Fallos 307:1094. La doctrina se repite en C.S.J.N., 25/8/88, "Rolón Zapata, Victor Francisco s/ queja", Fallos 311:1644; id., 2/3/93, "Losa, Miguel c/ Caja de Previsión Social para Abogados de la Provincia de Buenos Aires", Fallos 316:221; C.S.J.N., 7/10/82, "Lopardo, Rubén A. c. Municipalidad de la Capital", Fallos 304:1459. Bianchi, Alberto B., *Control de Constitucionalidad*, tomo 1, Buenos Aires, Ábaco, 2002, p. 353; SAGÜÉS, NÉSTOR P., *El valor del precedente de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EEUU y Argentina*, en la obra colectiva *Temas de Derecho Procesal Constitucional*, MASCIOTRA, MARIO (dir.), Buenos Aires, Lajouane, 2008, p. 343

⁵⁶ GARAY, ALBERTO F., *La Corte Suprema debe sentirse obligada a fallar conforme sus propios precedentes. (Aspectos elementales del objeto y de la justificación de una decisión de la Corte Suprema y su relación con el caso "Montalvo")*, JA, 1991-II-870.

que el conocimiento, jurídico y extrajurídico, se encuentra en permanente cambio, dicho condicionamiento debe ser calificado como atenuado⁵⁷.

La explicación brindada, si bien luce consistente y transmite en forma sintética el parecer de la doctrina que ha estudiado seriamente el tema, no llega a ejercer de cláusula de cierre del sistema, especialmente en materia de control de constitucionalidad. En primer lugar, dado que es un principio aún más atenuado que en los países del *common law* y carece de una fuerte tradición que lo respalde. Y, además, porque la percepción de los tribunales inferiores sobre este punto, elemento primordial a la hora de ponderar su eficacia, no tiene una suficiente constricción⁵⁸.

c) *El precedente y la igualdad*. En la construcción de la solución del caso y en la interpretación del Derecho aplicable, está en juego el derecho a la igualdad del artículo 16 de la Constitución Nacional. Como dijimos, ninguna norma es *per se* operativa sin el ejercicio intelectual de los operadores, en el que incluimos lógicamente la interpretación jurisprudencial efectuada por los jueces. Por ello no puede válidamente concluirse que exista una norma preclara, que no sea susceptible de ser interpretada, a través de la que se pueda subsumir una conducta y extraer un resultado, sin más que un ejercicio mecánico. En realidad, como queda comprobado al analizar los sistemas del *common law*, en todo ese proceso incidirá en forma determinante el raciocinio del operador, desde la selección de los hechos relevantes y su comprobación, la elección de la norma del ordenamiento que debe aplicarse al caso, los alcances y efectos del precepto, el baremo interpretativo con que el mismo debe ser considerado, etcétera.

Entonces, si se modifica la consideración hermenéutica de la interacción de la norma en el ordenamiento jurídico o de su incidencia respecto de conductas

⁵⁷ GARAY, ALBERTO F. Y TORANZO, ALEJO, *Los efectos de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, JA 2005-IV-1085

⁵⁸ RIVERA, JULIO C. (H) Y LEGARRE, SANTIAGO, *La obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde la perspectiva de los tribunales inferiores*, JA 2006-IV, 1333. S.C.B.A., 29/09/1992, “Olivera, Enrique”, LL, 1993-A, 397. El fallo fue comentado por Morello, Augusto M., *Suprema Corte de Buenos Aires versus Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acerca de la obligatoriedad general de la jurisprudencia del Tribunal Federal)*, ED 153.919. CNCrim. y Corr. Fed., Sala I, 23/4/08, “V., D. J. Y otro”, La Ley Online. La jurisprudencia se repite en íd., 4/12/08, “Ferreyra, Franco M. y otro”, La Ley Online. Sup.Corr.Men., Sala I, 28/8/07, “Rutimann, Giselle c/ Carbelli, Valerio y otros”, LL online; la doctrina de la Sala es reiterada, por ejemplo, 25/6/07, “Pacheco Devia, Teresa C/ Fernández, Walter A. y otro”, LLGran Cuyo 2007 (julio) y en lo referente a la existencia de un stare decisis vertical en 8/8/07, “De Pellegrín, Danilo en: Municipalidad de la Capital c/ Danilo De Pellegrín”, LLGran Cuyo 2007 (noviembre), 1025.

predeterminadas, se estará modificando la pauta legal en sí misma, puesto que no hay norma escindida de su interpretación. Luego, si dos situaciones sustancialmente análogas son juzgadas en base a interpretaciones variables sin que exista un cambio sustancial de las premisas contextuales del caso, nos encontraremos ante un supuesto de vulneración del derecho a la igualdad ante la ley.

Sobre esto reflexionaba Bidart Campos: “Muy lejos de objetar a la jurisprudencia obligatoria por una supuesta equivalencia con la ley, que violaría el principio divisorio o de reparto del poder, nosotros aseveramos con plena certeza que ocurre todo lo contrario: la jurisprudencia que resulta de aplicación obligatoria y general asegura que la igualdad ante la jurisdicción queda resguardada: la ley –o la norma sublegal– será aplicada por los tribunales conforme a la interpretación que le ha asignado la sentencia de efecto obligatorio *erga omnes*, de forma que queda asegurada la misma e igual interpretación en cuantos casos futuros deben subsumirse en la ley o en la norma que fue objeto de interpretación por la sentencia que impone seguimiento obligatorio. No hay nada tan inconstitucional como aplicar la misma ley en casos semejantes haciendo de esa ley interpretaciones desiguales [...] Todo cuanto en la interpretación del Derecho aplicable conduzca razonablemente a que en los procesos judiciales sobre casos análogos las sentencias los resuelvan acogiendo una igual interpretación del Derecho aplicable, tiene para nosotros el valor de un test aprobatorio de la constitucionalidad. A la inversa, es inconstitucional interpretar y aplicar la misma ley a casos semejantes de manera diferente. Seguramente porque, acudiendo a García Pelayo, podamos coincidir en que la ley no es únicamente el texto normativo tal como salió del Congreso, sino ese texto normativo ‘más’ la interpretación judicial que de él se ha hecho y se hace en su tránsito por los tribunales”⁵⁹.

Pues bien, poco más debe agregarse para señalar que el correcto manejo de los precedentes, exista o no tradición o legalidad al respecto, es condición de constitucionalidad de los pronunciamientos judiciales. Este aspecto demuestra la importancia que reviste el uso de los precedentes y diluye las diferencias actuales entre

⁵⁹ BIDART CAMPOS, Germán J., *La jurisprudencia obligatoria*, en LA LEY, 2001-F-1492; LA LEY, P. 2001-1289. También pueden verse sus opiniones en Un caso en que la Corte ha admitido violación de la igualdad por irrazonable dualidad de criterios en la aplicación judicial de una misma norma, en E. D. 88-530, y Relaciones entre la jurisprudencia vinculatoria con la división de poderes y la igualdad jurídica, en LA LEY, 98-750.

los sistemas de *common* y *civil law*, que muchas veces son presentados como falsos antagonistas⁶⁰.

d) *¿Deberíamos trabajar para que el sistema se enrole en una función nomofiláctica?* A la luz de las consideraciones anotadas, asumiendo la debilidad actual en materia de seguimiento de los precedentes y la poca claridad –tanto teórica como práctica- en su correcto manejo, estimamos impostergable la necesidad de formular un sistema que se ocupe de esta temática.

Si estamos dispuestos a privilegiar valores tales como la previsibilidad, la seguridad, la estabilidad, la igualdad, la uniformidad en el trato, etcétera, resultará difícil sostener que los tribunales son libres, tal como si fueran fundadores de cada tema, de dar en cada caso una respuesta sin explicar por qué antes han dado otra en sentido distinto. Los jueces forman parte del sistema y sus decisiones deben adecuarse a una diversa gama de condicionantes normativos; los precedentes pueden incluirse dentro de esos preceptos a respetar. Es más, si estamos convencidos en asumir los valores mencionados, la vigencia de un sistema de precedentes resultará –como lo reafirmamos- una condición de constitucionalidad de los pronunciamientos.

Sobre esas motivaciones se inspira al *common law* para adoptar la doctrina del *stare decisis et non quita movere* basado en la confianza que provee el seguimiento de decisiones que ya fueron tomadas con anterioridad como una expresión de la tradición y la costumbre. Nuestro ordenamiento, descendiente en este aspecto de la tradición jurídica continental o del *civil law*, tiene como fuente principal y obligatoria de derecho a la ley, donde el precedente –en teoría- no participa de la creación normativa para los casos futuros.

Sin embargo, en tren de comparar ambas tradiciones, Garay concluye que “Ninguno de los valores o principios que el *stare decisis* promueve nos son ajenos. Más bien, muchos de ellos nos son comunes. El Poder Judicial independiente e imparcial [...]; la racionalidad de las decisiones [...]; la aspiración a la perdurabilidad que la

⁶⁰ MARINONI, LUIZ GUILHERME, *Precedentes obrigatórios*, Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 2011 (2ª edición, p. 99.

Constitución posee [...]; el principio de que el ordenamiento jurídico pone límites al juzgador [...]; son valores o principios extremadamente familiares”⁶¹.

Es muy común, casi una regla, que los productos jurisprudenciales de los tribunales de las distintas instancias y fueros presenten una argumentación asentada en normas y en la interpretación que de las mismas han hecho otros jueces o doctrinarios⁶². Es lógico que esto sea así, aun cuando no exista, como en el *common law*, un principio general o regla formal de seguimiento del precedente, puesto que la credibilidad y la confianza en el tribunal serán mayores cuanto más fiable y transparente aparezca éste en la toma de sus decisiones. Ser portador de un discurso que dé cuenta de las propias expresiones vertidas en antecedentes análogos, sea para seguirlos o para cambiarlos, es una señal de continuidad en el orador y de la construcción de determinados criterios que, si bien resuelven casos concretos, también los trascienden formando doctrinas jurisprudenciales. Todo ello, y otras circunstancias que puedan sumarse, conferirá confiabilidad en quien emite el mensaje; por el contrario, la falta de ilación entre los fallos, la discordancia en las respuestas ante situaciones análogas o una jurisprudencia camaleónica que no dé cuenta de sus cambios, socavaría la propia autoridad de quien se expresa. Este último aserto, la autoridad científica y jerárquica de las decisiones, hace a su vez que las mismas se irradian al resto de los tribunales inferiores⁶³.

El sistema judicial, visto como una prestación del Estado a los ciudadanos, como cualquier otro sistema, será más utilizado conforme a la utilidad que brinde y a la seguridad que genere en sus usuarios. En Argentina, aunque no se haga un culto del seguimiento del precedente, no debe desatenderse su estudio puesto que, aunque legalmente se perfeccione el funcionamiento de los esquemas de tratamiento de los

⁶¹ GARAY, Alberto F., *La Corte Suprema debe sentirse obligada a fallar conforme sus propios precedentes (aspectos elementales del objeto y de la justificación de una decisión de la Corte Suprema y su relación con el caso “Montalvo”)*, en J. A. 1991-II-870.

⁶² En los países del *civil law*, excepto Francia que sigue la doctrina de que las leyes no deben ser interpretadas y que se expresan por ellas mismas, se cree que es insuficiente el contenido de las leyes para fundamentar las sentencias y se adopta una justificación mayor en la argumentación para fundar las decisiones. Entre dichas pautas se sitúan los antecedentes jurisprudenciales. SUMMERS y TARUFFO, *Interpretation and comparative analysis* cit., p. 488.

⁶³ Summers y Taruffo, al referirse al efecto vinculante de los precedentes en el *common law*, mediante el *stare decisis*, o en el *civil law*, donde sólo existe un valor persuasivo de los fallos de los superiores tribunales, anotan que aun la fuerza persuasiva de este último es comúnmente muy fuerte y que, en sustancia, no existen diferencias entre ambos sistemas no obstante sus fundamentos teóricos. También señalan que los fallos de los superiores tribunales tienen mucho peso sobre los tribunales inferiores y sobre las propias decisiones ulteriores de dichos órganos cimeros (SUMMERS y TARUFFO, *Interpretation and comparative analysis* cit., p. 487).

pleitos y se dinamice su utilización, si los tribunales no otorgan estabilidad, uniformidad e igualdad en sus pronunciamientos ello hará perder credibilidad en los resultados.

Hacerlo no violenta la división de poderes puesto que el Poder Legislativo en todo momento podrá emitir normas que sigan o controviertan materias abordadas por los precedentes y el Poder Judicial interpretarlas o someterlas al correspondiente test de constitucionalidad⁶⁴.

Entonces, como principio sustentado en la lógica y en lo que genéricamente llamaremos confiabilidad en los tribunales, resulta necesario trabajar sobre los precedentes relevantes –aun cuando todos sean sindicados como persuasivos– y explicitar los motivos que hacen controvertirlos. Dicho principio, en nuestro criterio, es más riguroso respecto de los antecedentes del propio tribunal y sus futuros pronunciamientos, en los que el cambio deberá ser adecuadamente explicado. Finalmente, para que la oscilación aparezca como razonable, deben ser motivos sustanciales los que habiliten la postulación de una nueva jurisprudencia.

Repasando lo que sucede en las tradiciones jurídicas que han desarrollado los precedentes como fuente principal de su derecho, se advertirá que las distancias en el tratamiento son abismales. Es por ello que el sistema debería formalizarse, a efectos de dar claridad y homogeneidad en el tratamiento, por mecanismos legales que fijen el seguimiento en casos específicos.

e) *¿Seguridad jurídica o envejecimiento del derecho?* La otra frontera de la confianza se sitúa en la permeabilidad del sistema para receptar la dinámica social y sus cambios, ya que poca fiabilidad generará en el auditorio una secuencia de decisiones obsoletas sólo aferradas a la autoridad de un precedente.

La confiabilidad en el sistema *lato sensu* está dada por poder pasar de un resultado confiable a otro de igual condición. Entonces es tan aceptable seguir el precedente como abandonarlo, cuando las circunstancias contextuales del mismo hayan cambiado en forma sustancial. El servicio de justicia se debilita, como autoridad

⁶⁴ Berizonce, Roberto O., *Sobrecarga, misión institucional de los tribunales superiores y desahogo del sistema judicial*, en Berizonce, Roberto O., Hitters, Juan C. y Oteiza, Eduardo D. (coords), *El papel de los de los tribunales superiores*, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni, 2008, vol. 1, p. 451.

encargada de dirimir los conflictos, cuando la evolución de sus decisiones presenta cambios de rumbo sin razones de peso que los motiven.

Petracchi, en su disidencia en el caso “Montalvo”⁶⁵, con el que la mayoría abandonó lo dicho en “Bazterrica”, expresó con gran claridad algunos supuestos en los que se encuentran configuradas circunstancias suficientemente graves que justifican abandonar el precedente: i) que el desarrollo jurisprudencial haya demostrado que el precedente era erróneo; ii) que la enseñanza basada en la experiencia así lo indique, o iii) por las cambiantes circunstancias históricas⁶⁶.

Efectivamente, todas ellas justifican el apartamiento, como también lo justificará un avance en la ciencia –jurídica o extrajurídica– que nos haga evolucionar hacia otra conceptualización de las cosas y por tanto, guiados por nuevos pensamientos, a resultados diversos⁶⁷. El correlato de la sociedad, dado que está conformada por seres vivientes, es la constante evolución o cambio –lo que no necesariamente implica un avance– y el Derecho debe receptar y conducir esos cambios en reglas de convivencia.

El concepto de variación sustancial de las circunstancias contextuales del antecedente, sin pretender generar ningún tipo de categoría jurídica nueva, abrevia de la receptividad de toda esa evolución; porque, en definitiva, lo que debe existir es un sustento argumental que intente justificar el cambio. La modificación del contexto debe ser sustancial, dado que se trata de una cuestión trascendente en la consideración de

⁶⁵ CSJN, 11/12/1990, “*Montalvo, Ernesto A.*”, Fallos 313:1333.

⁶⁶ Ese principio fue seguido en otros antecedentes: “Si bien la permanencia de la jurisprudencia es deseable, con fundamento en la preservación de la seguridad jurídica, no debe obstar su revisión cuando medien razones de justicia suficientes al efecto” (CSJN, 24-10-60, “*García de Thorndike, María Helena*”, *Fallos*: 248:115), y mucho más recientemente: “...es deseable y conveniente que los pronunciamientos de esta Corte sean debidamente considerados y consecuentemente seguidos en los casos ulteriores, a fin de preservar la seguridad jurídica que resulta de dar una guía clara para la conducta de los individuos [...] Mas con parejo énfasis cabe igualmente aceptar que esa regla no es absoluta ni rígida con un grado tal que impida toda modificación en la jurisprudencia establecida, pues los tribunales no son omniscientes y como cualquier otra institución humana, también pueden aprovechar del ensayo y del error, de la experiencia, de la reflexión. Por cierto, para que ello suceda [...] tienen que existir ‘causas suficientemente graves, como para hacer ineludible tal cambio de criterio’ o es necesario que ‘medien razones de justicia al efecto’, entre las cuales se encuentra el reconocimiento del carácter erróneo de la decisión, la adecuada apreciación de las lecciones de la experiencia o si las cambiantes circunstancias históricas han demostrado la conveniencia de abandonar el criterio establecido...” (CSJN, 21-3-2006, “*Barreto, Alberto Damián c/Buenos Aires, Provincia de y otro s/Daños y perjuicios*”, *Fallos*: 329:759).

⁶⁷ Al analizar la incidencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los precedentes de la Corte Suprema de la Nación, veremos cómo Petracchi cita jurisprudencia de aquel tribunal para justificar el cambio de precedente. Lo hace en “*Simón, Julio Héctor y otros*”, 14-6-2005, *Fallos*: 328:2056 para declarar la inconstitucionalidad de la ley de obediencia debida, que había sido admitida en el precedente del 22-6-87, “*Camps, Ramón Juan Alberto y otros*”, *Fallos*: 310:1162.

determinada conducta o de un aspecto de ésta. Debe ser un argumento novedoso, es decir, una circunstancia no considerada al resolver el caso anterior.

f) *Abandono del precedente por el cambio de los integrantes del tribunal.* Otro punto de tensión entre el seguimiento del precedente y su modificación puede surgir cuando cambia la conformación del tribunal, sea por la renovación de las personas o por el aumento o disminución en el número de miembros. Esto es así ya que los nuevos integrantes pueden tener opiniones encontradas con determinada doctrina jurisprudencial ya emitida por el tribunal que vienen a conformar.

El punto en este supuesto debería focalizarse en la argumentación que se haga del caso y no en la mera modificación de los integrantes. Es decir, si de la fundamentación que los nuevos integrantes hacen del nuevo caso emerge el aporte de circunstancias no valoradas en el precedente, sea por omisión o por una evolución de la ciencia, estableciendo que ello trasciende valoraciones estrictamente personales. En ese contexto deberíamos concluir que el cambio en la jurisprudencia se encuentra justificado por el cambio de las premisas contextuales.

De otro modo, si no existiera dicha justificación, la salida del precedente no resultaría beneficiosa, ni jurídicamente aceptable. Afirmamos esto por cuanto la libertad de pensamiento y expresión del nuevo magistrado colisiona con el derecho de los justiciables a recibir un trato igualitario. Entonces, si no han variado sustancialmente las circunstancias contextuales en las que el caso es decidido, creemos que debe prevalecer, en un ejercicio de examen ponderativo de los principios que sustentan cada uno de los derechos en juego, el derecho a la igualdad por sobre el derecho del juez de fallar conforme su parecer. Esto porque la opinión del juez, si bien es libre en sus convicciones, no es ajena al sistema judicial en donde se desenvuelve, y los precedentes del tribunal –aun cuando no sean obligatorios– son parte de ese ordenamiento a la hora de ponderar la igualdad entre las personas a las que se les aplican.

La expresión ponderativa de la colisión anotada, de la cual emerge un principio prevaleciente, puede ser desarrollada por el magistrado, dando cuenta así de su pensamiento, pero no puede imponerse sobre las expectativas sociales generadas por el

precedente de que una conducta desplegada en una situación determinada tenga una consecuencia legal preestablecida⁶⁸.

Como señala Garay, “El único método disponible para mitigar la tensión que se produce respecto de la imagen institucional impersonal de la Corte cuando abandona un precedente, es el uso técnico y experto de la técnica judicial. Existe un ‘arte del abandono’ que consiste en el uso de técnicas que tienden a preservar, como característica general, las cualidades impersonales del proceso judicial, poniendo énfasis en otros factores, distintos de las vicisitudes de los cambios de personal”⁶⁹.

g) *Cantidad vs. Coherencia*. El rol desplegado por la Corte Suprema asumiendo el conocimiento casi ilimitado de causas y, consecuentemente, emitiendo una jurisprudencia profusa sin seleccionar los casos que tienen mérito para acceder a su sede, debilita, por su inmensa cantidad, el valor de cada precedente. Ello a su vez se verá replicado en los tribunales inferiores, donde cada uno de los argumentos en disputa encontrará una buena cantidad de jurisprudencia que lo sustente. La creación de las nuevas Cámaras Federales de Casación (Contencioso Administrativo, Trabajo y Seguridad Social y Civil y Comercial) y la pluralidad de motivos recursivos por los que podrá accederse a su sede “Recurso de Casación”, “Recurso de Inconstitucionalidad” y “Recurso de Revisión”⁷⁰, dificultarán cualquier pretensión de coherencia por la cantidad

⁶⁸ Hitters considera que la modificación de la integración del tribunal, en una mirada vertical de la obligatoriedad del precedente, autoriza a apartarse del mismo (SCJBA, 22-10-2003, “*Amszynovsky, Yolanda J. y otros c/Fisco de la Provincia de Buenos Aires*”, LA LEY, B. A. 2004-391).

⁶⁹ GARAY, La Corte Suprema debe sentirse... cit.

⁷⁰ Citamos cada uno de los artículos del CPCCN recientemente modificados:

Artículo 289: El recurso de casación se podrá fundar en alguna de estas causales:

1. Inobservancia o errónea aplicación o interpretación de la ley sustantiva.
2. Inobservancia de las formas procesales esenciales.
3. Unificación de la doctrina cuando en razón de los hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales se hubiere llegado a pronunciamientos diferentes.
4. Arbitrariedad.

Artículo 295: El recurso de inconstitucionalidad podrá interponerse contra las sentencias y resoluciones a las que hace referencia el artículo 288 en los siguientes casos:

1. Cuando se hubiere cuestionado la constitucionalidad de una ley o reglamento que estatuya sobre materia regida por la Constitución Nacional, y la sentencia, o la resolución que se le equipare, fuere contrario a las pretensiones del recurrente.

de fallos que deberá dictar. Análisis al que debería sumarse la posibilidad de que existan opiniones divergentes entre las tres cámaras creadas.

En definitiva, el modo estructural de trabajo y el rol de cualquier superior tribunal, no sólo el argentino, incidirá en la valoración y en la fuerza del precedente⁷¹.

h) *¿Acuerdo deliberativo o acumulación de votos escritos?* La disputa entre la cantidad y la coherencia también se vivifica en la pluralidad de votos concurrentes de los integrantes del tribunal. De allí que Monaghan haya señalado que los jueces deben tomarse con seriedad su fallos y trabajar en la búsqueda de consensos en el texto final, intentando por todos los medios evitar la diversificación de “las razones”. Los tribunales deben dar prioridad al proceso deliberativo interno antes que hacer circular versiones escritas de los votos cuyo resultado son sentencias extensas cuyas pautas rectoras no pueden ser decodificadas⁷².

La causa “*Arriola*”⁷³ es un claro ejemplo de ello en materia de tenencia de estupefacientes para uso personal. Allí se hizo prevalecer nuevamente la esfera de la libertad personal sobre la actividad punitiva del Estado siguiendo la tesis que había sido fijada en “*Bazterrica*”. La estructura argumentativa, focalizándonos en su valor como precedente, debe ser analizada en cada uno de los seis votos concurrentes de los ministros, quienes no conformaron una mayoría común. Si bien, en general, puede

2. Cuando en el proceso se haya puesto en cuestión la interpretación de alguna cláusula de la Constitución Nacional y la decisión haya sido contraria a la validez del título, derecho, garantía o exención que sea materia del caso y que se funde en esa cláusula.

Artículo 297: El recurso de revisión procederá contra las sentencias y resoluciones a las que hace referencia el artículo 288, cuando las mismas hubiesen quedado firmes, si la sentencia hubiera sido pronunciada a consecuencia de prevaricato, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta cuya existencia se hubiere declarado en fallo posterior irrevocable.

⁷¹ SUMMERS y TARUFFO, *Interpretation and comparative analysis* cit., p. 90. Taruffo, al explicar el modo de trabajar de la Corte de Casación italiana que produce anualmente un enorme número de fallos, indica que sobre la misma cuestión o sobre la misma norma se presenta un aluvión descontrolado de decisiones que favorecen la ulterior degeneración del sistema, la aparición de incoherencias, contradicciones y cambios de dirección en el ámbito de la misma Corte de Casación. Ejemplifica la cuestión diciendo que la House of Lords pronuncia un promedio menor a las 100 sentencias al año, la Corte Norteamericana pronuncia menos de 200 y la Corte de Casación italiana cerca de 50.000 sentencias al año. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza* cit., p. 714.

⁷² MONAGHAN, *Las sentencias de la Corte Suprema...* cit.

⁷³ CSJN, 25-8-2009, “*Arriola, Sebastián y otros s/Causa N° 9080*”, Fallos: 332:1963. El voto de Argibay posee singular interés al hacer un análisis del precedente “*Montalvo*” e intentar extraer un estándar aplicable a casos futuros. Dada la falta de precisión del fallo citado asume que ello no será posible.

afirmarse que se ha hecho uso de una plausible técnica del abandono, que en este caso no presentaba demasiadas dificultades dada la debilidad de los fundamentos de “Montalvo”, también debe tenerse presente que la pluralidad de voces en el fallo atenta contra la formación de un estándar aplicable a casos futuros. Si bien resulta clara la regla sentada, la invalidación de la incriminación de la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a terceros, no lo es tanto el tipo penal subsistente; es decir, en qué ocasiones, bajo qué circunstancias, qué tipo de drogas, cuándo hay autonomía o acto privado y si la tenencia ostensible debe ser punida, etcétera⁷⁴. Serán los jueces de los futuros casos, incluso la propia Corte, quienes recortarán la silueta del precedente.

VI. CONCLUSIONES Y CIERRE

Argentina no posee mecanismos que tornen obligatorios determinados fallos de los tribunales superiores y, especialmente, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Las opiniones que propugnan su existencia no tienen recepción uniforme en la jurisprudencia, no al menos con el grado de constricción necesario para lograr niveles de uniformidad aceptables.

Los mecanismos dirigidos a generar uniformidad en la jurisprudencia deben ser considerados como un subsistema integrante de los procesos provistos por el Estado para resolver controversias. Su uso acarrea consecuencias de diversa índole: valiosas en tanto aseguran previsibilidad, estabilidad, igualdad ante la ley y economía en los recursos del sistema judicial; perjudiciales en tanto pueden llegar a dificultar que el proceso recepte y plasme la lógica evolución que emana de las relaciones sociales, lo que podría provocar decisiones inadecuadas al tiempo en que son tomadas.

El estado actual de la cuestión hace necesario establecer reglas claras respecto a la obligatoriedad. La falta de tradición en nuestro derecho impone el perfeccionamiento en la técnica de tratamiento del “caso” y los precedentes que lo dominan, la formulación del *holding*, la distinción de los casos posteriores, su efecto prospectivo, etcétera.

⁷⁴ GELLI, María Angélica, *La tenencia de estupefacientes para consumo personal: entre el standard “Bazterrica” y la mora institucional*, en LA LEY, supl. esp. Tenencia de estupefacientes para consumo personal, 2009 (setiembre) 17; BOUVIER, Hernán G., *Tenencia, consumo y ostentación de estupefacientes*, en LA LEY, 2009-F-800.

Frente a este panorama y, estimamos, en la necesidad de expendir la eficacia de sus sentencia la Corte Suprema de la Nación, sin hacerlo explícito en sus pronunciamientos ha emitido constantemente fallos mediante los cuales ejerce el *facial challenger*, es decir una declaración internormativa –aún en el marco de un caso concreto- con efectos generales⁷⁵. El también denominado escrutinio más severo debe ser sincerado a efectos de evaluar cuáles son las condiciones en que debe ser efectuado, clarificando también los efectos de la declaración. Esta podría constituir otra variable posible que, sin prescindir del *stare decisis*, mejore la situación actual.

El trabajo sobre el precedente, sea en el sistema del *common law* –*stare decisis*– o en el del *civil law*, remite siempre a un sustento argumentativo; más allá de las gradaciones en la obligatoriedad que pueda otorgársele en una y otra tradición jurídica y de su consecuente prescripción normativa, existirá siempre una ponderación del discurso del tribunal (orador) por parte de los operadores (auditorio) que valorará positivamente el ejercicio de la fundamentación, tanto de seguimiento como de cambio de jurisprudencia, y concederá menor credibilidad cuando se haga caso omiso a esa clase de justificaciones. Mediante ese ejercicio el auditorio convalidará contextualmente la autoridad de las decisiones de los tribunales.

El trabajo argumentativo en base a los precedentes se hace presente en la obligatoriedad de fundamentación de la sentencia, tal como lo prevén los ordenamientos procesales. El análisis, la argumentación y la fundamentación sobre los precedentes que

⁷⁵ La nómina es solo ejemplificativa:

CSJN, 29/8/86, “Bazterrica, Gustavo Mario”, Fallos: 308:1302;

CSJN, 29/3/2005, “Itzcovich, Mabel c/ANSeS s/Reajustes varios”, Fallos: 328:566;

CSJN, 14/6/2005, “Simón, Julio Héctor y otros”, Fallos: 328:2056;

CSJN, 8/8/2006, “Badaro, Adolfo Valentín c/ANSeS”, 329:3089;

CSJN, 23/5/2007, “Rosza, Carlos A. y otro s/Rec. de casación”, 330:2361;

CSJN, 2/12/2008, “García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina”, G. 147. XLIV;

CSJN, 25/8/2009, “Arriola, Sebastián y otros s/Causa N° 9080”, Fallos: 332:1963;

CSJN, 15/6/2010, A.910.XXXVII, “AFIP c/Intercorp SRL”, Fallos 333:935;

CSJN, 13/3/2012, “F.A.L. s/ medida autosatisfactiva”, Fallos 335:197;

CSJN, 24/04/2012, “Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, Fallos 335:452;

CSJN, 18/06/2013, “Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/ acción de amparo el Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar (Expte. N°3034/13)”, R. 369. XLIX. REX;

CSJN, 6/5/2014, “Pedraza, Héctor Hugo c/ A.N.S.E.S. s/ acción de amparo”, C. 766. XLIX. COM.

se vinculan al caso en estudio revisten condiciones de validez constitucional de las sentencias.

Desde el punto de vista del control de constitucionalidad, al mantener en el orden federal argentino un sistema difuso puro y no haber incorporado herramientas que permitan el control concentrado y abstracto, cuyos efectos resulten invalidatorios del precepto legal más allá del caso y no contar con un sistema de eficacia indirecta de las decisiones mediante la obligatoriedad de los precedentes, no puede afirmarse que los justiciables recibirán igualdad de trato en las respuestas que emerjan de la jurisdicción.

Los resultados aleatorios que reciban los conflictos llevados a los tribunales impiden sostener que en Argentina, en el orden federal, cuente con un sistema de control de constitucionalidad. Ello en tanto tenemos por tal al conjunto de actos y elementos interrelacionados, destinados al cumplimiento de un objetivo, la solución de conflictos, cuyas respuestas respondan a parámetros de estabilidad, regularidad y justificación. Nos parece más apropiado hablar de jueces que controlan la constitucionalidad de las normas sin que deban justificar por qué se apartan los lineamientos fijados por otros tribunales. El resultado de esa premisa es el caos, ya que el sistema difuso requiere necesariamente del *stare decisis* para ser operativamente efectivo y constitucionalmente aceptable.

Capítulo II

LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES FRENTE A LAS CONFUSIONES DE LOS «OBITER DICTUM» Y LA «RATIO DECIDENDI» RESPECTO A SU VINCULATORIEDAD.

Por Luis Alberto Petit Guerra⁷⁶

1. Generalidades. Los problemas “generales” en la construcción de toda sentencia.

“La distinción entre lo que en cada sentencia es verdadera ratio decidendi y lo que son puros obiter dicta constituye una delicada tarea de interpretación de la sentencia que no es nunca fácil de hacer⁷⁷”.

Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón.

En general, son pocos los jueces –entre los que se encuentra quien aquí escribe– que reconocen las *diversas dificultades* que implican “redactar” las diversas sentencias que deben dictar en ejercicio de sus funciones. En el presente ensayo se aborda uno de estos aspectos complejos (más allá de la «motivación» de los fallos en general). Nos referimos a deducir en cada fallo “constitucional” los elementos constitutivos del *obiter dictum* frente a la *ratio decidendi*.

Que Díez-Picazo y Antonio Gullón sean los que afirmen (junto a tantos otros) la cita arriba copiada, nos quita el carácter de “originalidad” a este ensayo. Es casi indiscutible la importancia de la motivación de los fallos, que como indica Zerpa, está llena de «justificaciones⁷⁸». Que entiende como “*dar la razón de guardar armonía con los planteamientos de las partes y con la actividad probatoria que ellas desarrollaron.*”

⁷⁶ Juez de Municipio por concurso de oposición (2003); Especialista en Derecho Procesal Constitucional, Universidad Monteávila (2010); Especialista Derecho Procesal Civil, Universidad Central de Venezuela (2011); Magíster en Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla (2012); profesor de postgrado Derecho Procesal Constitucional, Universidad Monteávila (2010); Doctorando en Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla, Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional (IIDPC); Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP); profesor de postgrado de la Escuela Nacional de la Magistratura (ENM); autor de ensayos y libros; conferencista nacional e internacional; correo electrónico: luispetitguerra@hotmail.com

⁷⁷ Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón. *Sistema del derecho civil*, vol. I, 8, II, 10ª ed., Tecnos, Madrid, p.154.

⁷⁸ Levis Ignacio Zerpa. *La argumentación jurídica*, en: Curso de Capacitación sobre Razonamiento Judicial y Argumentación jurídica, Serie Eventos, Nro.3, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001, p.174.

Entonces, -afirma- *aquí se está en el mundo de tratar de dar razones y argumentos que justifiquen su razón de ser. De manera que dentro de estas nociones muy elementales nos movemos, la noción de explicar y la noción de justificar*⁷⁹.” El asunto está, agregamos, en la manera en que se hacen o dicen tales justificaciones.

Convencidos de las potencialidades de los jueces en general en el manejo de las técnicas de redacción de sentencias; asumir con sentido crítico –frente a uno mismo- las veces en que en la construcción de nuestros fallos hemos “confundido” –incluso en forma automática e involuntaria- **los elementos que constituyen los argumentos accesorios con los principales relacionados con el tema decidendi.**

Que en la práctica es posible entrecruzar dentro de la motiva, tanto la verdadera *ratio jurídica* del fallo con las solas elucubraciones⁸⁰ tangenciales u *obiter dicta*; es decir, frente aquellos que, aunque importantes porque forman parte del razonamiento “accesorio” –ilustrativo o en “demasia” en sentido de Duque Corredor⁸¹- no son indispensables; que solo sirven de apoyo (obiter) pero que no constituyen el razonamiento nuclear (ratio) del fallo en sí mismo (dictum).

Que los jueces sepan elaborar los fallos (o eso suponemos), no implica en modo alguno reconocer las enormes dificultades que se consiguen al momento de dichas construcciones –que conforman un lenguaje que va más allá de la semiótica⁸²-.

En esta ponencia, se analiza *sola una parte* de esa problemática con el objetivo de distinguir en determinado tipos de sentencias –sino en todas que conlleve un análisis de fondo-, qué partes o elementos de tal «construcción judicial» constituyen un análisis

⁷⁹ *Ob. Cit.*, p.175.

⁸⁰ Dentro de algunos de los contenidos o materias atendidas en forma de obiter, merece mencionar el trabajo de Jesús Marina Martínez-Pardo, quien en ocasión a su ingreso a la Academia de la Jurisprudencia de España, precisó en varios grupos: (i) los que contienen lecciones de derecho; (ii) los que son presagio de un cambio de criterio; (iii) los que sostienen una crítica de disposiciones legales; (iii) los reveladores de una ideología; (iv) los indicativos del cauce procesal adecuado; (v) los que incluyen razonamientos que reflexionan acerca de las alegaciones referidas a los denominados supuestos de la cuestión; (vi) los constituidos por sobreabundancia de razonamientos, y (vii) los contenidos de votos particulares. Cfr., Jesús Marina Martínez-Pardo. *Labor del juez: Precedentes, «ratio decidendi» y «obiter dictum»*, Real Academia de Jurisprudencia, V, 1-9, Madrid, 2004, págs. 49-69.

⁸¹ Román Duque Corredor. *Temario de Derecho Constitucional y de Derecho Público. Temas constitucionales*, Legis, 1ª ed., Colombia, 2010, p.73.

⁸² Dice Jañez Barrio: “El lenguaje comunica un significado a través del ‘signo’”. De otro, Pierce –por él citado- dice que el signo es una relación triádica: medio, objeto e intérprete. Vid. Tarsicio Jañez Barrio. *Lógica jurídica. Argumentación e Interpretación*, Universidad Católica Andrés Bello, 2006, Caracas, p.50 y 44

general y relacionado, pero no “directamente” al quid del asunto sometido a estudio (*obiter*); y qué otra constituye en sí mismo la propia resolución (*ratio decidendum*). La utilidad de esta separación está circunscrita a aquellas sentencias de naturaleza vinculante.

En efecto, si ya son bastantes los problemas que tal distinción provoca en el seno de la justicia ordinaria, son más significativas las consecuencias en sede de la justicia constitucional; no tanto como en los casos de tutela o amparos constitucionales (cuyos efectos son interpartes) –aunque también éstas quisieran saber qué razones constituyen el *obiter* y qué razones la *ratio decidendi* en las decisiones que les afecten-; como sí, respecto de aquellas sentencias que tienen fuerza obligatoria *para todos*; que se precisan validas dentro del sistema de “fuentes” en razón de la vinculatoriedad.

Decir de momento que no será objeto de este trabajo, los distintos tipos de sentencias y/o de procesos, sino condensar aquellas que se expiden desde su vinculatoriedad. Porque, como indica Casal, según se trate del sistema de Derecho Procesal Constitucional aplicable, se distinguirá –en su caso- “entre el efecto vinculante, la cosa juzgada y la fuerza de ley o eficacia general⁸³”. Entonces, lejos de tales cuestiones, se reconocerá en este estudio, toda sentencia –indistintamente de su tipo procesal del que emane- cuyo sistema legal/constitucional le aduzca carácter de vinculatoriedad u obligatoriedad.

En este último grupo (toda sentencia constitucional de carácter vinculante), nos preocupa cierta ambivalencia de las respectivas cortes, tribunales o salas constitucionales con relación al tema; que según parece, ya estaría resuelto, o que no implica problemas. Eso, es solo aparente como nos detendremos adelante.

En este estado, surgen varias interrogantes: ¿qué parte, o partes del fallo es de naturaleza vinculante?; ¿todo o solo una parte?; y, en este último caso, ¿cómo sabremos distinguir el *obiter* de la *ratio decidendi*, cuando a veces se pueden entrelazar (confundir)?

La determinación acerca de sus efectos vinculantes–como reconoce Casal- ha dado lugar a muchas controversias⁸⁴; lo que resulta obvio dada la relevancia que

⁸³ Jesús María Casal. *Cosa juzgada y efecto vinculante en la justicia constitucional*, en: Revista de Derecho Constitucional (Obra Colectiva), Nro.8, julio/diciembre, Caracas, 2003, p.194

⁸⁴ Jesús María Casal H. *Cosa juzgada y efecto vinculante en la justicia constitucional*, Revista de Derecho Constitucional, Nro.8, Sherwood, julio-diciembre, Caracas, 2003, p.193.

conlleve su ejercicio en el conocimiento de aspectos sensiblemente “políticos”; sobre todo en esa especial atribución de interpretar nada menos que la Constitución. Porque una «mala lectura» sobre los contenidos de sus fallos (constitucionales) sería “peligroso” (como sucedería frente aquellos casos que se pretenda hacer valer determinado “precedente” vinculante sin serlo -v.g., el llamado caso Morales en Colombia, más adelante comentado en el que se pretendió invocar un “precedente” que no existía).

Entre los principales problemas encontramos (i) que se suele calificar como vinculantes sentencias que no lo son; (ii) las complicaciones en cuanto a distinguir en las sentencias que si son vinculantes, qué partes de las mismas constituyen “precedente” vinculatorio (cuáles son las razones accesorias –obiter- frente a las razones principales -ratio decidendi-); y, (iii) que esas razones vinculantes se predicen en forma expresa y otras veces pueden ser construidas mediante inferencias.

Como se puede observar, no son pocas las dificultades prácticas en establecer *la parte de esos fallos que resulta verdaderamente vinculante*; según se advierte con Villamil Portilla:

“Ello lleva directamente a hacer una taxonomía de las razones que soportan una sentencia, con el distingo entre obiter dicta y ratio decidendi. No obstante, la separación entre obiter dicta y ratio decidendi puede ser algo así como trazar una línea en el agua, para usar una conocida expresión que de Guastini. **El propósito de estas reflexiones es advertir que la distinción entre obiter dicta y ratio decidendi no está aún acuñada o forjada en nuestro medio**, aunque como lo demuestra admirablemente el Profesor Diego López, detrás de ella hay densas explicaciones teóricas. **Lo que sigue busca poner al lector en vigilia sobre la dificultad de hallar los verdaderos obiter dicta y en todo caso pretende ser una exhortación al rigor**⁸⁵”.

(Subrayado nuestro).

No conocíamos la cita que de Guastini hace dicho autor colombiano, pero que se compare la distinción entre la ratio y el obiter dicta con la acción de “trazar una línea en el agua”; habla de su complejidad. Si bien estas reflexiones se escriben desde un juez venezolano, están en absoluto circunscritas a nuestro país, pues son trasladables a otros –incluso fuera de nuestro entorno- (tengan o no características homólogas en justicia constitucional⁸⁶). Aunque es obvio que por las proximidades de ciertos modelos en el

⁸⁵ Vid. Eduardo Villamil Portilla. *Estructura y redacción de la sentencia judicial*, Escuela Nacional de la Judicatura, 2004, p.192. Disponible: http://enj.org/portal/biblioteca/funcional_y_apoyo/redaccion_sentencias/1.pdf

⁸⁶ Un amplio estudio sobre las características aplicables y que distinguen también a las diversas formas de justicia constitucional, puede buscarse en Antonio Canova. *El modelo Iberoamericano de*

continente americano, nos valgamos de su rica experiencia, como ha puesto de manifiesto el maestro García Belaúnde en otro lugar⁸⁷.

Por ende, estas líneas se mueven con la flexibilidad, se trate de sistemas distintos al derecho continental –o su forma *statute law* o ley en sentido continental como prefieren referirse a nosotros los anglo-americanos⁸⁸; ya que en éstos también se han detectado “problemas” en la construcción de sentencias (en orden de distinguir lo que es *obiter* y lo que es *ratio*).

2. Antecedentes sobre el estado de la cuestión

Las particularidades (complejidades) entre la *ratio decidendi* y el *obiter dicta* fue ampliamente tratada durante el siglo XIX por el sistema del common law, según se lee del trabajo de Rodolfo Batiza⁸⁹. Esto parece lógico, si se tiene en cuenta, que en dicho sistema tiene relevancia el precedente vinculante⁹⁰; en cuanto saber, **qué aspecto del fallo es lo que constituye realmente el precedente a “vincular” a los otros jueces; y en contrario, qué otra parte solo contiene argumentos aleatorios –que, aunque importantes- no suponen la “obligatoriedad” de aquel.**

Pero que se afirme que el “*precedente implícito en la ratio decidendi que dio solución al conflicto o conflictos constituye una norma judicial de Derecho*” (De La Vega Benayas⁹¹), no responde lo que acá se trata.

Justicia Constitucional. Características y Originalidad, Serie Derecho Procesal Constitucional, Ediciones Paredes, Caracas, 2012.

⁸⁷ Domingo García Belaúnde. *La acción de inconstitucionalidad en el Derecho Comparado*, en: *Lecturas constitucionales Andinas*, Comisión Andina de Juristas, Nro.1, Lima, pp.183 y ss.

⁸⁸ Referencia al uso de este término, véase en Carlos De La Vega Benayas. *Introducción al derecho judicial*, Monografías, Colección de Estudios Jurídicos, Montecorvo, Madrid, 1970, p.61.

⁸⁹ Rodolfo Batiza. *La “ratio decidendi” en la jurisprudencia y la doctrina angloamericanas*, Anuario, Universidad Autónoma de México, Nro.21, p.91. Disponible: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/21/pr/pr7.pdf>

⁹⁰ Explica Solar Cayón: “*Como es sabido, el funcionamiento del common law se sustenta en la doctrina del stare decisis, esto es, en el reconocimiento de la fuerza vinculante de los precedentes vinculantes. La obligación de seguir las normas establecidas por jueces anteriores en la resolución de casos con una base fáctica similar al caso presente constituye el presupuesto básico que dota al sistema de coherencia, en cuanto asegura la igualdad de consecuencias jurídicas ante situaciones de hecho semejantes, y de estabilidad, en cuanto permite la previsión de las futuras consecuencias jurídicas de determinada conducta.*” *Vid.*, José Ignacio Solar Cayón. *El realismo jurídico de Jerome Frank. Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Colección Monografías, Nro.49, Madrid, 2005, p.126.

⁹¹ Carlos De La Vega Benayas. *Introducción al derecho judicial*, Monografías, Colección de Estudios Jurídicos, Montecorvo, Madrid, 1970, p.59.

Estamos implicados en distinguir dentro de toda la argumentación general y “vaga”, la parte del fallo que solo se compone de “elucubraciones” e incluso tangenciales («*obiter dicta*»); pero no primarios o verdaderas normas construidas, donde se constituyen los razonamientos que soportan el «dictum» (nos referimos a la «*ratio decidendi*», cuya precisión es lo más importante en materia de precedentes).

El análisis más completo acerca de la «*ratio decidendi*» (en el sistema del common law), o más bien, sobre los métodos para “descubirla” en las decisiones judiciales, se consigue según Batiza, de un estudio del profesor Goodhart⁹². Colocar en comillas la expresión “descubrir” para referirse el autor a la «*ratio decidendi*», lleva a reconocer las dificultades que componen tal empresa; aspecto también aceptado por otras voces (Por ejemplo, Jerome Frank se refiere a tal acción de «descubrir», como comenta Solar Cayón⁹³).

Salvando las distancias entre uno y otro sistema, aspiramos obtener los datos más relevantes sobre la «*ratio decidendi*» en el sistema de precedentes⁹⁴ (que nace del derecho consuetudinario inglés⁹⁵) para hacerlos viables en lo posible, en el sistema de derecho continental (incluyendo sus dificultades y problemas).

Empecemos pues. En el trabajo de Goodhart –citando a Chipman Gray- dice:

“Debe observarse que, conforme al Common Law, no todas las opiniones expresadas por el juez constituye un precedente vinculante. A fin de que una opinión tenga fuerza de precedente, deben concurrir dos elementos: debe, en primer lugar, ser una opinión dictada por el juez; y, en segundo lugar, debe ser una opinión cuya formulación es necesaria para decidir un caso particular; en otros términos, no debe ser obiter dictum⁹⁶”.

⁹² Ob. Cit., p.92. Disponible: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/21/pr/pr7.pdf>

⁹³ José Ignacio Solar Cayón. *El realismo jurídico de Jerome Frank. Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Colección Monografías, Nro.49, Madrid, 2005, p.129.

⁹⁴ En esta temática, sobre el abordaje del obiter dicta y la ratio decidendi, se recomienda la versión traducida de la obra de los autores Cross y Harris. Cfr., Rupert Cross y J.W- Harris. *El precedente en el derecho inglés*, Trad. María Angélica Pulido, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp.61-69. El hecho que sea traducida esta obra para 2012, da cuenta de la “vigencia” de esta temática.

⁹⁵ Sobre este aspecto del precedente se recomienda: María José Falcón y Tella. *La jurisprudencia en los derechos romano, anglosajón y continental*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p.47.

⁹⁶ Rodolfo Batiza. *La “ratio decidendi” en la jurisprudencia y la doctrina angloamericanas*, Anuario, Universidad Autónoma de México, Nro.21, p.93. Disponible: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/21/pr/pr7.pdf>

Aunque dicho autor sostiene que las razones invocadas por el juez para fundar su decisión no representan la parte obligatoria del precedente⁹⁷, según Batiza otros autores no sostienen lo mismo⁹⁸.

En cambio, dice Batiza refiriéndose a Goodhart, “*la lógica del argumento, el análisis de casos anteriores, la exposición de los antecedentes históricos podrán ser completamente inexactos, pero el caso, no obstante, tiene fuerza como precedente*”⁹⁹. Sin poner en entredicho el sistema, al mismo tiempo reconoce algunos errores más frecuentes de los jueces en cómo razonan determinados casos¹⁰⁰ (frente a lo que llama malos argumentos). Por esto, viene a decir, que la primera regla para descubrir la ratio de un caso, “*es que no puede buscarse en las razones en que el juez funda su sentencia*”¹⁰¹ (que pueden, dichas razones, ser erradas como afirmaba atrás).

El funcionamiento de esta regla se entiende mejor con Halsbury en *The Laws of England*, que con mayor precisión explica:

“Puede establecerse como regla general que sólo aquella parte de la decisión del tribunal es obligatoria para otros tribunales de jurisdicción concurrente o de rango inferior, consistente en la enunciación de la razón o principio con base en el cual la controversia promovida ha sido realmente resuelta. Este principio subyacente, que constituye el elemento único de autoridad de un precedente, con frecuencia se denomina la ratio decidendi”¹⁰².

(Subrayado nuestro).

Subrayamos del párrafo anterior, que se asocie la ratio decidendi con la autoridad del precedente. Para el autor norteamericano Oliphant, en la identificación de la «ratio decidendi», bástese establecer los hechos establecidos por el juez así como las

⁹⁷ Batiza, *Ob. Cit.*, p.93.

⁹⁸ En nota que se lee a pie de página, ver p.93.

⁹⁹ *Ob. Cit.*, p.93.

¹⁰⁰ No es línea de este trabajo, pero para Goodhart –citado por Batiza– “*a través de lo que podría parecer un método extraño para quienes no estén familiarizados con las técnicas del common law, han sido precisamente algunos de los casos resueltos con base en premisas o razonamientos incorrectos los que han adquirido mayor significación jurídica y, en esa forma, se han establecido nuevos principios que sus autores no tenían conciencia de haber elaborado.*” (p.94). De allí que sostenga: “*Aun cuando sin suda paradójico, nuestro derecho –dice– debe más a los jueces deficientes que a los jueces preparados.*” (p.94).

¹⁰¹ *Ob. Cit.*, p.94.

¹⁰² *Ob. Cit.*, p.95

conclusiones. Explicando, que no son las opiniones de los jueces la que prevalece, sino la manera en que deciden los casos¹⁰³.

A pesar que en principio Goodhart reconoce lo “atractivo” de la tesis de Oliphant en cuanto a la simplicidad¹⁰⁴, más adelante la contraría cuando afirma que la misma afirmación acerca de la existencia de los hechos, puede ser diferente entre distintas personas/jueces. En estos casos, que los jueces basan sus conclusiones en una serie de hechos que seleccionan (cada uno de manera distinto) por considerarlos substanciales¹⁰⁵.

De esta forma, para Goodhart un sistema de precedentes pierde sentido si se acepta la conclusión del juez pero no la apreciación de los hechos¹⁰⁶; pues en este último aspecto, dice nuestro autor mucho más adelante, habiéndose establecido los hechos substanciales con exclusión de los insubstanciales de un caso apreciado por el tribunal, entonces podemos declarar el principio normativo (aplicable) al caso¹⁰⁷.

Sigue explicando así, que el tribunal crea un principio cuando determina cuáles hechos son substanciales y cuáles no, sobre los que basa su decisión. “*De ahí –prosigue Batiza refiriéndose a Goodhart- se sigue que una conclusión basada en un hecho cuya existencia no ha sido determinada por el tribunal no puede establecer un principio. Tenemos entonces –concluye- lo que se denomina dictum*¹⁰⁸”.

En resumen, para Batiza, no importa el tema de la terminología de lo que ha de comprenderse dentro de la *ratio* -aspecto igualmente secundario en opinión de Montrose¹⁰⁹-. Para aquél, la cuestión quizá principal, es -para emplear la expresión de Paton-, que “si la teoría clásica es todavía correcta”; se entiende que “*el principio jurídico que el juez consideró necesario para la decisión del caso particular que le fue planteado*¹¹⁰”; lo es.

¹⁰³ Batiza, *Ob. Cit.*, p.96.

¹⁰⁴ Batiza, *Ob. Cit.*, p.96.

¹⁰⁵ *Ob. Cit.*, p.97.

¹⁰⁶ *Ob. Cit.*, p.97.

¹⁰⁷ *Ibíd.*, p.104.

¹⁰⁸ *Ibíd.*, p.105.

¹⁰⁹ *Ibíd.*, p.108.

¹¹⁰ *Ibíd.*, p.108.

Observamos que lo que interesa de la práctica del common law (aun basándose en la teoría clásica), es su identificación como componente del fallo; esto es, **cómo han de leerse dichos fallos**, que es un poco, el motivo de esta disertación en el campo de la justicia constitucional.

Dentro de este debate, Batiza nos pasea por diversas opiniones de otros autores, donde además de Goodhart y el resto de los atrás citados (Allen, Montrose, Paton, Halsbury, Oliphant, Gray), se refiere también a otros trabajos (de Glanville, Morgan, Lawson, Dias, Simpson, Stone, Holmes). Sin embargo, la afirmación más contundente que nos trae, es cuando reconoce que toda esta teoría en su conjunto, **“no ha logrado suministrar un método o sistema que permita identificar sin dificultad la ratio decidendi de los casos¹¹¹”**. (Subrayado nuestro). Dicha posición, coincide con Solar Cayón cuando admite la carencia de un método único para la determinación de la «ratio decidendi¹¹²».

En consecuencia, si llevamos estas afirmaciones al plano del derecho continental, debemos considerar que iguales complicaciones deben conseguirse al momento de distinguir la *ratio decidendi*, para, en nuestro objetivo, no confundirla con el *obiter dicta*.

3. Ya en temas de justicia constitucional y sus vicisitudes

Si ya es complicada esta distinción en el derecho reglado bajo el common law (o fórmula de *stare decisis*) imaginemos lo que sucederá en nuestra cultura no habituada a dicha institución (del precedente). Efectivamente, en presencia del *common law*, advierte Toni Fine que no siempre es fácil diferenciar lo que constituye el *holding*¹¹³ – sustrato o sostén- de la *rationale* –justificación-¹¹⁴.

¹¹¹ *Ob. Cit.*, p.129.

¹¹² José Ignacio Solar Cayón. *El realismo jurídico de Jerome Frank. Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Colección Monografías, Nro.49, Madrid, 2005, p.131.

¹¹³ Holding equivale a ratio decidendi; por ello autores como Sola, suelen referirse indistintamente al «holding» o «ratio decidendi». En este sentido, expone: “La primera cuestión es la necesidad de definir con algún grado de precisión cuál es el **elemento que se debe extraer de una decisión**, lo que se llama la **ratio decidendi**, también llamado **holding**, y distinguir entre los elementos relevantes jurídicamente y las cuestiones circunstanciales e irrelevantes de decisiones o precedentes anteriores. El principal elemento de discusión entre juristas es saber cual es la *ratio decidendi* en un caso y como esta debe ser establecida para el futuro. Esto supone **diferenciar el elemento normativo o vinculante**

Entiéndase que la expresión *holding* es el equivalente a la *ratio decidendi* “nuestra”, aunque según Magaloni, el término *holding* es usado en el sistema norteamericano y *ratio decidendi* en el sistema inglés¹¹⁵. Desde allí, agregamos, se pasó al nuestro sistema con las diferencias de rigor, por cuanto –como copiamos de Escovar León- no se corresponde al del *case law*¹¹⁶.

Siguiendo la línea de Fine (acerca de las dificultades de precisar uno y otro elemento), apreciamos que las complicaciones son más intensas en sede constitucional, donde tampoco está clara dicha “diferenciación” (porque aunque la teoría aduzca que aquello está resuelto; para nosotros no lo está).

Así las cosas, para Escovar León, “*cuando se trata de la identificación del carácter vinculante de una decisión constitucional, hay que realizar un cuidadoso examen en la fundamentación de la decisión, debido a que es posible que en ella se encuentren unos pronunciamientos que pueden ser integrantes del holding*”¹¹⁷. Lo que viene a decir, que habrá otros razonamientos que, aunque formen parte de la motivación de ese holding (ratio decidendi), no necesariamente constituyen precedente.

En el sistema de derecho continental la situación no parece distinta.

En **España**, el maestro Rubio Llorente frente al sistema de justicia constitucional, manifiesta que sus *largas sentencias*¹¹⁸ dificultan la precisión de cuál de sus partes es el *obiter*, y cuál el *dictum*¹¹⁹.

Esta situación (“problemática” por las extensas sentencias), apreciamos, puede ser idéntica en el caso venezolano, donde se complican las lecturas de las sentencias de

del precedente de otras afirmaciones hechas por los jueces que intervienen en el caso generalmente llamadas *obiter dicta*.” Cfr., Juan Vicente Sola. *Manual de Derecho Constitucional*, p.42 Disponible: <http://www.profesorjimenez.com.ar/MANUAL%20DE%20DERECHO%20CONSTITUCIONAL.pdf>

¹¹⁴ Toni M. Fine. *Stare Decisis e a natureza vinculativa dos precedentes*, en: A Realização e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos Fundamentais. Desafios do Século XXI, Organizadores: Narciso Leandro (Brasil), Douglass Cassel (Estados Unidos de América), Fundación para el Debido Proceso, Unesco, Joaçaba, Brasil, 2011, p.212.

¹¹⁵ Ana Laura Magaloni Kerpel. *El precedente constitucional en el sistema norteamericano*, McGraw Hill, Madrid, 2000, p.81.

¹¹⁶ Ramón Escovar León. *El precedente constitucional: Definición y límites*, Revista de Derecho Constitucional, Nro.8, Sherwood, Caracas, 2003, p.235.

¹¹⁷ Ob. Cit., p.232.

¹¹⁸ Habiendo estudiado en España, constatamos las dificultades de “leer” tales fallos, a veces tan largos (novelescos) que uno pierde la noción entre los tantos fundamentos jurídicos. Cada párrafo contiene lo que ellos llaman “fundamentos jurídicos” (FJ).

¹¹⁹ Francisco Rubio Llorente. *El Tribunal Constitucional*, España, s.f., p.23.

justicia constitucional acerca de *qué parte* es lo que constituye la *ratio decidendi* y qué parte es *obiter dicta*. La cosa no queda allí, porque tampoco se pueden distinguir con facilidad los fallos que constituyen verdaderos precedentes vinculantes.

Sin querer justificar alguna falencia, no somos los únicos, desde que **Perú**, con una tradición más enérgica de la justicia constitucional, en sus primeros momentos se pensó que toda sentencia constitucional constituía precedente vinculante; aspecto después resuelto con la definición de reglas más claras -según leemos de Paredes Bedregal-¹²⁰.

En **Venezuela** con menor tradición en tan novísima institución del “precedente” estamos ante un verdadero desafío. A pesar de estar establecido por la propia Sala Constitucional en forma expresa, que constituye el precedente vinculante únicamente lo contenido en la *ratio decidendi* de sus fallos (no está diciendo nada que no sepamos). Porque, se constata que *en materia de precedentes no hay una solución unívoca*, donde **a veces se tiene como obligatorio verdaderos obiter**.

En consecuencia, un primer problema que afrontar, sería distinguir en sede de la justicia constitucional, cuáles sentencias son vinculantes frente a las que no son vinculantes; y un segundo problema (atinente a esta ponencia), establecer dentro de las llamadas sentencias vinculantes qué parte de las mismas es lo que realmente constituye precedente obligatorio. Para el primero de estos problemas, puede apreciarse algunas sentencias que se registran o se ordena su publicación en la Gaceta Oficial (*que es el mecanismo “oficial” por excelencia*), pero hay otras que no lo ordena e igualmente constituyen precedentes vinculantes; circunstancia esta que por la falta de uniformidad de criterios ha sido criticada por otros –como Granadillo Colmenares-¹²¹. Siempre será importante tal distinción; que una vez resuelta, nos lleve dentro de las sentencias vinculantes¹²² poder establecer qué parte de sus fallos son los que realmente son obligatorios (en el sentido de distinguir la *ratio* de lo que es *obiter dicta*).

¹²⁰ Emmel Benito Paredes Bedregal. *El precedente y la jurisprudencia constitucional. Del common law del civil law al sistema jurídico peruano*, en: *Ágora Constitucional*, Homenaje póstumo a Jorge Carpizo Mac Gregor, Revista especializada en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, año 1, Número 1, Colegio de Abogados de Arequipa, Arequipa, 2012, p.143.

¹²¹ Nancy Granadillo Colmenares. *Sentencias vinculantes de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia 2000-2007*, Ediciones Paredes, 2009.

¹²² Sobre la situación de las sentencias vinculantes en Venezuela, el estudio más completo responde a la tesis doctoral del profesor Rubén Laguna, quien logra distinguirlas en varios grupos: (i) decisiones que señalan expresamente su carácter vinculante; (ii) decisiones que no señalan expresamente su

En el caso venezolano, a pesar de reconocer su jurisprudencia que solo la *ratio decidendi* –y no lo que es *obiter dictum*– sería el elemento vinculatorio u obligante; hemos observado que en la construcción de las sentencias suelen apreciarse ciertas confusiones en el tratamiento indiscriminado de razones *obiter dicta* como *ratio decidendi*, y viceversa. Puede verificarse por ejemplo, al leerse la sentencia del caso Asodiviprilara¹²³, que impugnó la constitucionalidad de los contratos de “adhesión bancaria” y que explicó la naturaleza del Estado social, cuyo contenido supera las 100 páginas –donde además dio lugar a otros fallos subsiguientes relacionados por vía de “aclaratoria¹²⁴/ampliación¹²⁵” acerca de sus efectos– (en su lectura uno a veces no distingue dentro de sus argumentos, qué parte constituye el *obiter* y qué parte la *ratio decidendi*). Algo que parece ocurrir con la más famosa sentencia Marbury vs. Madison, que para algunos, toda ella constituye puramente *obiter dicta* en sí misma¹²⁶.

En nuestro caso, el profesor Peña Solís en su intento de responder *qué parte (de las sentencias) constituye jurisprudencia vinculante*, precisa primero que lo sería, “*sólo esa parte (motiva) de la sentencia*¹²⁷”, aunque después cierra la idea que “*también la parte dispositiva de la sentencia es jurisprudencia constitucional*¹²⁸”.

La anterior observación, valedera, sin embargo, no responde para nosotros el tema que queremos: la distinción de los razonamientos *obiter dicta* y *ratio decidendi*, en cuanto a su diferenciación y posible aceptación como elemento “vinculante”. En todo caso, tampoco es esta la oportunidad por razones de espacio y objetivos, de analizar si efectivamente como afirma el distinguido maestro Peña Solís, tanto la «motiva» –donde no tenemos dudas– como la «dispositiva» –allí nos surgen algunas dudas– forman parte

carácter vinculante, pero que han sido “acatadas” como tal; (iii) decisiones cuya publicación en Gaceta oficial es ordenada por el propio fallo; hasta (iv) decisiones que fijan su carácter vinculante en el tiempo. Vid., Rubén Laguna Navas. *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: Su rol como máxima y última intérprete de la Constitución*, Serie: Trabajo de Grado, Nro.7, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 1ª ed., Caracas, 2005, pp.262-271.

¹²³ Sala Constitucional, sentencia 85/2002. Disponible: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Enero/85-240102-01-1274%20.htm>

¹²⁴ Por ejemplo, Sala Constitucional, sentencia 961/2002. Disponible: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/mayo/961-240502-01-1274.htm>

¹²⁵ Por ejemplo, Sala Constitucional, sentencia 313/2002. Disponible: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/febrero/313-210202-01-1274%20.htm>

¹²⁶ Como comenta Gustavo Arbello, encontrado en: <http://www.saberderecho.com/2005/12/el-discreto-encanto-del-obiter-dictum.html>.

¹²⁷ José Peña Solís. *Las fuentes del derecho en el marco de la Constitución de 1999*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (Funeda), Caracas, 2009, p.168.

¹²⁸ *Ob. Cit.*, p.168.

del elemento vinculante de jurisprudencia constitucional; aspecto “problemático” que el propio autor reconoce¹²⁹.

En el **Perú**, su Tribunal Constitucional (STC-24-2003-AI/TC) ha sido explícito en el tema distinguiendo la razón suficiente (ratio decidendi) de la razón subsidiaria o accidental (obiter). Refiriéndose a la primera como la formulación principista del fundamento de la decisión; y la segunda, como una óptica global acerca de las aristas de la materia decidida¹³⁰. En materia de precedentes vinculantes (Título Preliminar artículo VII del Código Procesal Constitucional) se repite en otro fallo (Exp.006-2006-PC/TC) que es en la *motiva* en donde hay que ubicar la *ratio decidendi* –o “hilo lógico” del razonamiento de jueces, dice- pero también lo que es *obiter dicta*¹³¹; con lo cual nada aporta para “leer” claramente su distinción.

En **Alemania**, las sentencias del Tribunal Constitucional Federal vinculan no solo en su parte dispositiva, sino también en su ratio decidendi¹³² -*tesis que coincide con la del prof. Peña Solís aquí en Vzla.-*; pero que tampoco indica alguna “técnica” para facilitar la lectura en sus fallos respecto a la distinción/identificación de las razones jurídicas (ratio decidendi) de las simples razones accesorias (obiter dicta).

Revisada la jurisprudencia que “aparentemente” es clara en reconocer las diferencias entre ratio decidendi y obiter dicta, concluimos que en conjunto no aportan alguna metodología o técnica para distinguir de cada fallo, tales componentes. Hasta el momento no tenemos “método” apropiado en este sentido, antes bien, lo que viene

¹²⁹ Reconociendo las dificultades de esa afirmación, explica el profesor Peña Solís en su trabajo citado: “(...) la determinación de si las dispositivas de las sentencias proferidas por la Sala Constitucional, pueden ser calificadas de ‘jurisprudencia constitucional’, no está exenta de complejidad, lo que impide hacer un pronunciamiento a priori al respecto; sin embargo, el criterio operativo que hemos propuesto para realizar dicha determinación ayuda mucho, pero por supuesto que no basta intentar aplicarlo mecánicamente (...)” (p.171). Asimismo, líneas seguidas que en caso “de que la parte dispositiva de una sentencia producto del ejercicio de competencias antes indicadas, no pueda llegar a calificarse, después de recurrir al señalado criterio operativo, de jurisprudencia constitucional, de ninguna manera implica que las interpretaciones de las normas o del principio constitucional invocados por las partes que sirvieron de fundamento a esa dispositiva deban, por esa razón ser también descalificadas como tal jurisprudencia.” (p.172). Vid., José Peña Solís. *Las fuentes del derecho en el marco de la Constitución de 1999*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (Funeda), Caracas, 2009, pp.171-172.

¹³⁰ Miguel Vilcapoma Ignacio. *La sentencia constitucional a la cosa juzgada y al precedente vinculante*, en: IV Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional. Los Retos del Derecho Procesal Constitucional a partir del Análisis de las Sentencias Constitucionales, Colegio de Abogados de Arequipa, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, 1ª ed., abril, Arequipa, Perú, 2013, , pp.426-427.

¹³¹ Ob. Cit., p.439.

¹³² Ob. Cit., p.433.

ahora confirma el temor que tenemos: que estemos en presencia de una compleja tarea práctica.

En conclusión, por mucho que se entienda con Escovar León respecto a la «**ratio decidendi**» que “*el carácter vinculante de la sentencia constitucional se centra en lo que constituye el núcleo de la motivación y no puede extenderse a los sectores marginales o periféricos de la motivación...*”¹³³; y, con Casás se entienda como «**obiter dictum**» aquellas “*afirmaciones contenidas en las sentencias judiciales sobre aspectos jurídicos que, sin ser imprescindibles para resolver el caso que se falla, importan anticipar criterios del juzgador*”¹³⁴; en realidad no se tiene claro la manera de tal distinción en el cuerpo de cada fallo.

Y no, porque la llamada razón suficiente (ratio decidendi) puede encontrarse bien **expresamente formulada** en la sentencia, bien que **puede ser inferida** por vía del análisis de cada decisión¹³⁵ -como explica Vilcapoma Ignacio-; lo que en nuestro criterio, viene a enriquecer la fórmula del precedente desde su dinamismo por vía del intérprete (como fuente de derecho vivo), pero que al mismo tiempo complica su existencia en la medida que deja un campo abierto a la especulación en que no se sabe a ciencia cierta qué parte es realmente lo vinculante.

Estamos en presencia de verdaderas “fronteras invisibles” en la identificación de uno y otro elemento en cada fallo; aspecto que ya advertía atrás Batiza. Hasta el momento, seguimos pues sin “descubrir” (en el sentido de Goodhart y Frank) los mecanismos/métodos útiles en esa distinción.

Si se tiene que la ratio decidendi debe “descubrirse” ya que no siempre se tiene por “expresa” lo que compone lo vinculante, pues puede también “deducirse” en forma implícita, y que incluso deba “descubrirse” aún si dicha ratio está expresamente, nos

¹³³ Ramón Escovar León. *El precedente constitucional: Definición y límites*, Revista de Derecho Constitucional, Nro.8, Sherwood, Caracas, 2003, p.237

¹³⁴ José Osvaldo Casás. *Presión Fiscal e Inconstitucionalidad*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1992, p.147. En el mismo sentido, véase también: *Noel v. Olds*, 78 U.S. App.D.C.155, 138 F.2d.581, 586 y *Black's Law Dictionary* 1072, 6th ed., West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1990; citado por José P. Barnola (h). La prueba del IVA soportado, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Nro.121, Caracas, 2001, p.276.

¹³⁵ Miguel Vilcapoma Ignacio. *La sentencia constitucional a la cosa juzgada y al precedente vinculante*, en: IV Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional. Los Retos del Derecho Procesal Constitucional a partir del Análisis de las Sentencias Constitucionales, Colegio de Abogados de Arequipa, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, 1^a ed., abril, Arequipa, Perú, 2013, p.427.

lleva a plantearnos, ¿cómo haríamos para identificar la *ratio decidendi* y diferenciarla del *obiter dictum* de cada fallo? La cuestión no está tan clara como se quisiera.

Veamos. La jurisprudencia constitucional en **Alemania** ha sostenido que el carácter vinculante de sus sentencias, recae tanto en la «dispositiva» (contenido de la anulación del precepto, del mandato del restablecimiento del derecho o de otra consecuencia propia de los procesos constitucionales); como en las «razones principales» que lo fundamentan (*tregende Gründe*¹³⁶). Esto sin embargo, no responde cómo se hace para “separar” esas razones principales de aquellas que por accesorias constituyen el *obiter* de cada fallo y en tanto, aunque importantes a los fines del razonamiento; no forman parte de la vinculatoriedad.

Colombia lleva rato metido en este asunto. Tales distinciones –siguiendo a Laguna- se abordan desde el Consejo Superior de la Judicatura, cuya corporación “*ha señalado en forma reiterada la distinción entre los denominados ‘obiter dicta’ y los ‘rationi decidendi’, entendidos los primeros como las afirmaciones dichas sea de paso que no se relacionan de manera directa y necesaria con la decisión; en tanto que los segundos, son entendidos como los fundamentos jurídicos suficientes que resultan inescindibles a la decisión sobre un determinado punto de derecho*¹³⁷”.

En su conjunto, no tenemos dudas de las explicaciones teóricas para distinguir ambas figuras. Lo que no nos queda claro –ni convence del todo- son algunas “soluciones” presentadas por la justicia constitucional para resolver esta problemática, como en el caso de Colombia y su prestigiosa Corte Constitucional. Es así como, para explicar la doctrina constitucional sobre el valor de las sentencias de constitucionalidad abstracta, por ejemplo, recurre a un viejo expediente o tesis de la «cosa juzgada implícita». Nos referimos a la sentencia C-131/93, que según leemos con López Medina, “*también son obligatorios aquellos apartes de las motivaciones o consideraciones de la Corte ‘que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia*¹³⁸”.

¹³⁶ Jesús María Casal. *Cosa juzgada y efecto vinculante en la justicia constitucional*, en: Revista de Derecho Constitucional (Obra Colectiva), Nro.8, julio/diciembre, Caracas, 2003, p.197.

¹³⁷ Rubén Laguna Navas. *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: Su rol como máxima y última intérprete de la Constitución*, Serie: Trabajo de Grado, Nro.7, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 1ª ed., Caracas, 2005, pp.222-223.

¹³⁸ Diego Eduardo López Medina. *El derecho de los jueces*, Universidad de Los Andes, Ediciones Legis, 2ª Ed., 6ª Reimpresión, Bogotá, 2008, p.58.

Con ese criterio:

“Tales apartes son obligatorios en los procesos de constitucionalidad, mientras que el resto de la motivación solo tiene valor indicativo o auxiliar, de conformidad con el tradicionalismo de fuentes. Tales indicaciones indicativas o auxiliares –dice este autor– pueden ser usualmente denominadas *obiter dictum*. En cambio, aquellos apartes que se recubren implícitamente con el valor de la cosa juzgada constituyen la *ratio decidendi* del fallo, esto es, las consideraciones sin las cuales el fallo no tendría pleno significado jurídico¹³⁹”.

Este aporte, nos deja sin embargo con algunas dudas respecto su utilidad y si, como creemos, tampoco define en una línea clara cuáles argumentos o razones guardan una unidad de sentido con respecto del dispositivo. Suele ocurrir que las razones de *obiter* y de *ratio decidendi*, se entrelazan y hasta confunden; dificultando su lectura. La misma Corte intenta definir bien estos conceptos¹⁴⁰ y asume que son (aparentemente) de fácil diferenciación.

Con ese objetivo, entendemos que ciertas razones dependen directamente del dispositivo, que sin aquellas, el mismo sería imposible (o inentendible). Es decir, “...*los conceptos de la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se puede entender éste sin la alusión a aquéllos*¹⁴¹”. Pero ello no implica, ni evita que existan otras razones accesorias –o *subsidiarias*¹⁴²– (*obiter*) que puedan confundirse con las verdaderas razones de decisión (*ratio decidendi*) y que igualmente formen parte de la motivación. Esta teoría parece indicar, que formará parte de la *ratio decidendi* –aunque no se diga– toda alusión que se conecte directamente con el «dictum¹⁴³» o fallo.

¹³⁹ Ob. Cit., p.58.

¹⁴⁰ Sobre estos conceptos ver las sentencia SU- 047 de 1999, sentencia C- 836 de 2001 y C-335 de 2008, entre otras. Respecto de estos conceptos, ha dicho por ejemplo en la C-539/2011: “Sobre el nivel de vinculatoriedad de la jurisprudencia constitucional, esta Corte ha precisado, que es necesario distinguir entre los tres componentes básicos de los fallos de constitucionalidad: la *ratio decidendi*, los *obiter dictum* y el *decisum*” Disponible: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-539-11.htm>

¹⁴¹ Sentencia C-478 de 1998. Magistrado ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero, citada en Néstor Raúl Sánchez Baptista. *Tipos y efectos de las sentencias de la Corte Constitucional*, en Anuario de Derecho Procesal Constitucional, Año Nro.1, Ediciones Doctrina y Ley, Ltda., Bogotá, D.C., Colombia, 2010, p.158.

¹⁴² Los autores Díez-Picazo y Gullón, para referirse a los *obiter*, distinguen el trabajo intelectual del juez como argumentación subsidiaria. Vid., Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón. *Sistema del derecho civil*, vol. I, 8, II, 10ª ed., Madrid, Ed.Tecnos.

¹⁴³ El sistema de precedentes tiene la particularidad, o elasticidad –si se quiere– que los órganos judiciales están en la obligación de abandonar los precedentes al mismo tiempo según las exigencias de flexibilidad y cambio. Como se afirma en Courtis: “(...) corresponderá al Poder Judicial evaluar la vigencia histórica de los valores encarnados en un precedente y, en caso de incompatibilidad o anacronismo, modificar su línea jurisprudencial y elaborar un nuevo *dictum* acorde con las

Esta figura –en palabras de López Medina- le ha dado flexibilidad a la Corte, y afirma:

“(…) como queda demostrado con la C-063/98, M.P. Jorge Arango y José Gregorio Hernández. En esta sentencia –explica- la Corte se ve precisada a interpretar retroactivamente la C-185/97, M.P. José Gregorio Hernández y para ello, en la parte motiva dice: ‘Se advierte que lo decidido en la parte motiva de esta sentencia guarda una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive de la misma. Todo lo dicho en la parte motiva, es básico, necesario e imprescindible para servir de sustento a la decisión inhibitoria adoptada¹⁴⁴’.

Sobre tal “recurso”, como dice López Medina, la Corte no se preocupa en explicarle al lector de la anterior advertencia; pero queda claro para el mismo, que mediante semejante declaración expresa, “*pretenden cubrir toda la parte motiva con la fuerza de la cosa juzgada (implícita)*¹⁴⁵”. Esta afirmación del autor confirma lo que se viene diciendo atrás, que también puede deducirse la ratio “implícitamente” –coincidiendo con Vilcapoma Ignacio, en el caso peruano-.

Por su parte, Sánchez Baptista refiriéndose a los contenidos de las sentencias que pasan en autoridad de cosa juzgada implícita- la explica como aquella parte resolutive que “*remite a las razones expuestas en la parte motiva de la presente sentencia, caso en el cual la ratio decidendi queda también cobijada por la fuerza de la cosa juzgada*¹⁴⁶”. Los problemas de tal distinción no son pocos, como viene a reconocerse en el mismo trabajo. Se trata de un asunto sumamente complejo, “*ya que la sentencia precedente no suele establecer –ni tiene porqué hacerlo- una diferenciación formal entre una y otra argumentación*¹⁴⁷”. En este último aspecto, no estamos de acuerdo con este autor; ya que parte de nuestra propuesta es obligar del juez a hacer esa diferenciación.

valoraciones y exigencias sociales del presente.” Vid., Christian Courtis. *Caracterización de la actividad de los tribunales*, en: Jueces y Derecho. Problemas contemporáneos, Miguel Carbonell, Héctor Fix-Fierro y Rodolfo Vázquez (Compiladores), Universidad Autónoma de México, Porrúa, México, 2004, p.405. En este tema interesa saber, como explica Carrillo De la Rosa que el uso de los precedentes vinculantes se encuentra justificado desde la teoría del discurso; de forma que lo asimila como una extensión del principio de universalización así como a la regla de justicia formal que exige tratar de igual manera a lo igual. Explica asimismo que la obligación de seguir el precedente no es imperiosa, “*pero en caso de que ello suceda –dice-, la carga de la prueba se traslada a quien quiera apartarse de éste.*” Vid., Yezid Carrillo De la Rosa. *Teorías de la Argumentación y el Razonamiento Jurídico*, Ediciones Doctrina y Ley, Ltda., Bogotá, D.C., 2009, pp.241-242.

¹⁴⁴ Diego Eduardo López Medina. *El derecho de los jueces*, Universidad de Los Andes, Ediciones Legis, 2ª Ed., 6ª Reimpresión, Bogotá, 2008, p.58 (en nota a pie de página).

¹⁴⁵ Ob. Cit., p.58.

¹⁴⁶ Néstor Raúl Sánchez Baptista. *Tipos y efectos de las sentencias de la Corte Constitucional*, en Anuario de Derecho Procesal Constitucional, Año Nro.1, Ediciones Doctrina y Ley, Ltda., Bogotá, D.C., Colombia, 2010, p.198.

¹⁴⁷ Ob. Cit., p.198.

En orden de lo expuesto, recurrimos otra vez a los comentarios que trae López Medina, quien reconoce que la Corte de su país ha usado varios criterios –que llama formulaciones alternativas- para distinguir aquellos apartes de los fallos que quedan cubiertos por su obligatoriedad. Esto es, que constituyen la *ratio decidendi* y que resume: (i) aquellos que «establecen el principio general de la decisión tomada» (SU-047/99); (ii) aquellos que «guardan una unidad de sentido con el dispositivo» (C-131/93) o (iii) aquellos que «están íntima e inescindiblemente unidos con la parte resolutive de la sentencia (C-038/96)¹⁴⁸.

Del resto, todos los demás razonamientos que no constituyen la *ratio decidendi* (y que no encajan en las posibilidades citadas), concluye, pueden ser considerados *obiter*, tenidos por tal, aquellos pasajes de la sentencia propio del derecho jurisprudencial, referido a que “*se dicen cosas ‘de pasada’ o incidentalmente, sin que ello constituyan el meollo del asunto jurídico que se está resolviendo*¹⁴⁹”; argumentos a los que se refiere con los calificativos de superabundantes, eruditos o de mera referencia¹⁵⁰.

La Corte Constitucional Colombiana, parafraseando a López Medina, para “atacar” esos apartes incidentales de una sentencia que se pretende hacer valer como precedente vinculante –pero sin que lo sea- ha hablado de *cosa juzgada aparente*¹⁵¹. En este aspecto, nos detendremos unas breves líneas, para que, sin reconducir este debate, alertar que bajo esta figura (cosa juzgada aparente), la jurisprudencia venezolana ha recurrido a su expediente para revisar por vía excepcional en justicia constitucional (Sala Constitucional) aquellas sentencias definitivamente firmes del resto de las “jurisdicciones” que, aunque hayan alcanzado cosa juzgada material, se tenga por «aparente» si son obtenidas mediante fraude procesal; circunstancia que permitiría su revisión por tratarse de un caso de «cosa juzgada aparente¹⁵²» –de ahí su nombre-. Puntualizando, y para evitar confusiones, debemos recordar que también Colombia – como Venezuela- tiene su proceso de *revisión constitucional* –en los casos de sentencias

¹⁴⁸ Diego Eduardo López Medina. *El derecho de los jueces*, Universidad de Los Andes, Ediciones Legis, 2ª Ed., 6ª Reimpresión, Bogotá, 2008, p.219.

¹⁴⁹ *Ob. Cit.*, p.219.

¹⁵⁰ *Ob. Cit.*, p.219.

¹⁵¹ *Ob. Cit.*, p.219.

¹⁵² La sentencia primigenia que abrió lugar a esta figura, fue el caso: *Intana*, sentencia 909 del 04 de agosto de 2000, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Disponible: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/909-040800-00-1723.htm>

de tutela-; pero hay que distinguir, que la acá estudiada como *cosa juzgada aparente*, en el caso colombiano, es como observamos, bien distinto al tratamiento venezolano.

Hecha la aclaratoria y distinción, volvamos al quid de este tema, en relación a las distinciones en la motivación de las sentencias constitucionales de los razonamientos *obiter dictum* y *ratio decidendi*. Dos ideas resaltan del contexto colombiano por la importancia de sus aportes.

Primero, que el concepto de la cosa juzgada aparente se ha venido asociando como similar al *obiter dictum*¹⁵³; es decir, aquella que, no obstante “necesaria” dentro de los argumentos jurídicos, no constituyen per se el propio precedente, que sí lo constituye en cambio la *ratio decidendi*.

Segundo, aclarar que cuando López Medina se refería atrás a que la Corte “atacó” el argumento **que no puede ser parte de su precedente obligatorio lo accesorio o lo que constituye el obiter dictum**, lo entendemos líneas después, cuando en las sentencias C-222 y C-245, ambas de 1996, en una complicada “trama política” (el llamado caso Morales calificado como “polémico”¹⁵⁴ por el mismo autor), se «mantuvo» la disciplina del precedente (u obligación en casos futuros); mientras «desechó» la presunta, por ser meramente aparente (que solo contenían *obiter dicta* sobre el punto de la responsabilidad penal de los congresistas)¹⁵⁵.

Independientemente de las dificultades aludidas al inicio de este ensayo, respecto a la problemática observada sobre las lecturas de las sentencias constitucionales para distinguir –y no confundir- las razones que componen el elemento “decisivo”, que en clave argumentativa sería la *ratio decidendi*; frente al elemento “accesorio” –aunque necesario- que sería el *obiter dicta*; para la Corte colombiana tal distinción entre ratio y dicta es sencilla y puede darse por descontada –como comenta López Medina¹⁵⁶–; cuestión con la que no vamos a estar de acuerdo.

Esta supuesta sencillez en develar las diferencias de uno y otro componente entre los razonamientos que constituyen la motivación general de la sentencia, queda

¹⁵³ Diego Eduardo López Medina. *El derecho de los jueces*, Universidad de Los Andes, Ediciones Legis, 2ª Ed., 6ª Reimpresión, Bogotá, 2008, p.119.

¹⁵⁴ Más adelante en sus conclusiones, *Ob. Cit.*, p.230.

¹⁵⁵ *Ob. Cit.*, p.220.

¹⁵⁶ Diego Eduardo López Medina. *El derecho de los jueces*, Universidad de Los Andes, Ediciones Legis, 2ª Ed., 6ª Reimpresión, Bogotá, 2008, p.230.

contrariado cuando la propia Corte en otro lado, específicamente en el fallo C-836/2001, reconozca: “(....) La ratio decidendi de un caso, por supuesto, no siempre es fácil de extraer de la parte motiva de una sentencia judicial como tal (...)¹⁵⁷”. (Subrayado nuestro).

Llama la atención pues, que por un momento se diga que es una cuestión “sencilla” (casi mecánica) de lo que constituye *obiter dicta* de la *ratio decidendi*, y que luego también se reconozcan las dificultades que nacen de la diferenciación práctica. Esta ambivalencia, hace que autores como Urrea, refiriéndose al concepto que tiene dicha Corte sobre la *ratio decidendi*, opine “*que no aporta soluciones a los problemas prácticos que concita la lectura de la jurisprudencia*¹⁵⁸”; afirmación esta con la que nos vamos a apoyar.

En nuestro criterio, la construcción argumentativa de la justicia constitucional colombiana resulta de interés¹⁵⁹; pero que en sí misma no ha resuelto en modo alguno los motivos que orientaron esta ponencia: solucionar las confusiones prácticas que se presentan desde la lectura de sentencias constitucionales en cuanto a la distinción de lo que es *obiter dicta* y lo que es la *ratio decidendi*. No quedamos conforme que se sostenga “*que es ratio todo aquello que no es dicta y viceversa*¹⁶⁰”, como parece sostener la Corte Colombiana.

Dicha tesis, parece en “principio” coincidir con Michael Dorf –citado por el propio López Medina–, quien refiriéndose a los jueces norteamericanos, afirma: “*Los jueces frecuentemente parecen asumir que la diferencia entre ratio decidendi y dictum es una cuestión rutinaria y sin controversia*¹⁶¹”. Sin embargo, ello no es así, cuando en efecto el mismo autor sostiene más adelante, que “*un examen del tipo de afirmaciones*

¹⁵⁷ Ob. Cit., p.248.

¹⁵⁸ Jhomny Urrea. *La ratio decidendi en el derecho colombiano*, Centro de Investigaciones Francisco de Vitoria, Universidad Santo Tomás, Facultad de Derecho, Bogotá, 2010, Disponible: http://numanterioresviei.usta.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=54:la-ratio-decidendi-en-el-derecho-colombiano&catid=46:decima-edicion-reflexiones-academicas&Itemid=133

¹⁵⁹ En este tema, véase igualmente: Sergio Rodríguez Alzate. *Interpretación constitucional y judicial. Cómo leer sentencias judiciales*, en: Prolegómenos, derecho y valores, Volumen XIII, Nro.26, Bogotá, 2010, pp.79 y ss.

¹⁶⁰ Diego Eduardo López Medina. *El derecho de los jueces*, Universidad de Los Andes, Ediciones Legis, Bogotá, 2ª Ed., 6ª Reimpresión, Bogotá, 2008, p.231.

¹⁶¹ Ob. Cit., p.230 (en nota a pie de página)

que las Cortes rotulan como dicta revela grandes inconsistencias (...) ¹⁶²”; tesis ésta última que seguimos nosotros, según concluimos del aprendizaje a que llegamos luego leer varias sentencias de justicia constitucional –no circunscritas exclusivamente al caso de Venezuela-.

Con todo lo expuesto, nos convencemos con López Medina, quien con la acuciosidad de siempre, se plantea presentar un modelo teórico –para su país- que permita avanzar en la comprensión de los usos de la ratio y dicta ¹⁶³. En este corto trabajo, no estamos para presentar modelos teóricos –pues escapa de los objetivos tan simples de este ensayo-; pero sí, presentar respuestas prácticas frente a la redacción de sentencias con el objeto de evitar la confusión entre los razonamientos obiter y los razonamientos dictum. En todo caso, estamos con él cuando afirma: “(...) *he tratado de mostrar que la distinción entre ratio y dicta es más compleja de lo que se supone y que, adicionalmente, la Corte en sus sentencias utiliza distintas nociones implícitas de ratio decidendi...*” ¹⁶⁴.

Bajo el mismo supuesto anterior, esta vez referido al caso español, apuntan Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, que: “*La distinción entre lo que en cada sentencia es verdadera ratio decidendi y lo que son puros obiter dicta constituye una delicada tarea de interpretación de la sentencia que no es nunca fácil de hacer*” ¹⁶⁵. (Subrayado nuestro). Seguimos entonces en un campo de arenas movedizas.

En consecuencia, a pesar de las respuestas hechas desde distintos tribunales constitucionales (Alemania, Colombia, España, Perú y Venezuela, principalmente entre los citados) sobre que solo los razonamientos de la ratio decidendi constituyen el elemento vinculante (aspecto no discutido); nos encontramos ante un problema práctico, cuando nos ha correspondido leer sus propios fallos, en donde denotan algunas “confusiones” de tales componentes.

No siendo nosotros los más autorizados por esta preocupación –amen de advertir la dificultad-, nos contenta que otros destacados autores así lo sostengan (Fine, Rubio Llorente, Díez-Picazo, Gullón, López Medina, Villamil Portilla).

¹⁶² Ob. Cit., p.230 (nota en pie de página).

¹⁶³ *Ibidem*, p.231.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p.231.

¹⁶⁵ Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón. *Sistema del derecho civil*, vol. I, 8, II, 10ª ed., Tecnos, Madrid, p.154.

En resumen, creemos que estas dificultades –caso reconocerse- pueden ser solventadas con argumentos bien simples; y que son extensibles a los sistemas de justicia constitucional, como a los que no lo son.

4. Nuestra propuesta (Conclusiones)

Casi toda la doctrina autorizada explica las diferencias entre *obiter dicta* y *ratio decidendi*; pero casi ninguna acierta en dar “soluciones” en la manera de distinguirse en la práctica.

Ni siquiera los teóricos del common law aportan métodos en tal distinción (Goodhart, Allen, Montrose, Paton, Halsbury, Oliphant, Gray, Glanville, Morgan, Lawson, Dias, Simpson, Stone, Holmes).

Otra pequeña parte de los teóricos advierte de las enormes dificultades que conllevan en algunos casos distinguir de los fallos, aquellos razonamientos que constituyen el *obiter dicta* y los que constituyen la *ratio decidendi*; sin que escapen de tal realidad ninguno de los sistemas (*por el common law*, destacan Michael Dorf y Toni Fine; *en el derecho continental*, entre todos, especialmente Guastini, López Medina, Villamil Portillo, Díez-Picazo, Gullón).

De la lectura de cientos de fallos en general, y específicamente en el área de justicia constitucional de los distintos sistemas, encontramos ciertas falencias –no de simple orden cosmético-. No en cuanto a la erudición -donde los juristas podemos sobresalir-, sino en la construcción “práctica” de toda sentencia; sobre todo al momento de hacer aquellos razonamientos “generales” (*obiter*) que preparen el discurso -en su clímax- para conducirlo a las razones donde queremos (*ratio*).

Esta tesis se presenta como pragmática, y no busca responder los elementos a distinguir para “formar” el razonamiento judicial, ni proponer un método, pues eso está fuera de nuestro propósito. El asunto está en que cuando se haga una lectura de sentencias constitucionales, pueda aproximarse en forma “directa”, a qué parte se refiere el tribunal como *obiter*; y a qué parte (del mismo fallo) el tribunal está razonando en términos de verdaderas razones que constituyen su precedente –en los casos que tengan esa característica-.

Sin entrar a las consideraciones acerca de la independencia judicial que “debe” gobernar a las instancias judiciales en general y en mayor distingo en las mediaciones de la justicia constitucional; sostenemos que dentro de la “libertad” que tiene cada juez en la elaboración de sus propios fallos, deberíamos puntualizar una serie de componentes que, sin mayor formalidad, “informen” fehaciente *al lector (justiciable)*, qué aspectos de cada sentencia constituyen únicamente las vacilaciones que hace todo operador para “aterrizar sus ideas” –y que como son *obiter* no son por tanto “obligantes”-; frente a aquellas ya no solo elucubraciones; como sí, las verdaderas razones jurídicas para determinar o resolver el tema decidendum, y que constituirían en ese contexto la *ratio decidendi*. Se trata de señalar unas pautas al juzgador en la construcción de los fallos; sin imponer un modelo de sus fallos.

En este orden, defendemos que el valor del precedente debe estar *expresamente* señalado en la propia *ratio decidendi*, y cuando decimos esto, nos referimos a que aparezca en forma absoluta y sin medias tintas. Alguien puede argumentar en contrario (y vamos a respetarlo), que la riqueza de la jurisprudencia y la forma misma del valor del precedente, debe permitir esa flexibilidad de ser (incluso) “inferido” en otros casos, aunque no aparezca en forma expresa; pero preferimos a éste último que seguir en la marea de las confusiones advertidas a lo largo de esta ponencia.

En consecuencia, para evitar las ya mentadas confusiones en cuanto a la lectura de fallos constitucionales en la relación bien específica de la *ratio decidendi* frente a lo que constituye únicamente a fines “ilustrativos” el *obiter dicta*, proponemos en forma sencilla:

a. Que en la redacción de las sentencias se diga expresamente que determinado asunto constituye una emanación del poder vinculante del fuero constitucional, y no dejar cabos sueltos –como el caso venezolano- donde no se distingue aplicación homogénea por la propia Sala Constitucional, acerca de los criterios que imperan para que se tenga como vinculantes sus fallos. Es decir, que el juzgador haga gala de su precisión y concisión al momento de expresar sin lugar a dudas, **cuál es el argumento que tendría interés de resaltar como la verdadera razón jurídica** (o razones, si las hubiere), y por ende, de carácter obligatorio, ergo, vinculante.

b. Que se ordene asimismo (en razones de esa vinculatoriedad) que sean publicadas dichas sentencias en la Gaceta Oficial o en cualquier mecanismo oficial que se maneje en cada país –ejemplo, el Boletín Oficial del Estado, en el caso español-.

c. Que de la lectura de cada fallo se establezca con meridiana claridad, que determinados razonamientos (y que se diga expresamente) solo forma parte de las argumentaciones “accesorias” del juzgado, nos referimos al obiter dictum, y que no constituyen la parte de cuya vinculatoriedad reza el mismo fallo; con ello evitar más confusiones de los justiciables y demás interesados en su lectura (véase el caso Morales en Colombia atrás citado). La cuestión se reduce a empezar un párrafo en forma de capítulos (obiter) y terminar con otro (ratio decidendi) donde se analicen los razonamientos por separado. Un ejemplo de este tipo de asuntos, aunque no de la forma que deseamos, ha sido observado en pocas ocasiones por la Sala Constitucional; cuando ha separado “expresamente” en capítulos apartes, el obiter de la decisión, pero no respecto a la ratio decidendi¹⁶⁶; y en otras, donde separa en capítulo en forma de “apostilla¹⁶⁷” –sin separar la ratio- (más esta no es la solución plausible).

Por último, disciplinar cada vez más a los operadores judiciales –de cualquier orden- a ser más precisos y concisos, menos novelescos; exigiéndose en sus respectivas reformas legales; que los contenidos de las sentencias sean lo más cortas –y no por ello incompletas-. Desde nuestra estancia académica española, aprendimos que las formas de redactar de su Tribunal Constitucional, son verdaderas piezas jurídicas, ricas en citas y en erudición, sí, todo eso es cierto, pero también lo es, que en su mayoría terminan siendo complicadas construcciones gramaticales que se citan y recitan unos y otros fundamentos jurídicos de otros casos. Justamente, se quiere evitar así, eso que Albaladejo criticaba sobre la jurisprudencia de su país, refiriéndose a esos largos fundamentos como «exceso verbal¹⁶⁸».

Apelamos a la sencillez y precisión del lenguaje. De allí que autores como Villamil Portilla, aleguen que “*la presencia abundante de muchos obiter dicta, expresa*

¹⁶⁶ En varios fallos, la Sala Constitucional ha discriminado y separado “expresamente” lo que era **obiter** de la **decisión; e incluso, llamando al primero el título aparte**. Sin embargo, dos observaciones. Primero, que lo ha hecho en casos que, por razón de su inadmisibilidad; se requería de poca argumentación; segundo, que sólo distingue el obiter pero no la ratio decidendi. Véase, por ejemplo, las sentencias Nros: 2817/2002; Disponible: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/noviembre/2817-181102-02-2736%20.htm>; y sentencia 955/2010; disponible: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/septiembre/955-23910-2010-10-0612.html>

¹⁶⁷ Disponible: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/octubre/2411-091002-01-2172.htm>

¹⁶⁸ Manuel Albaladejo. *Derecho civil*, vol. I, §17, 6, 15ª ed., Barcelona, Bosch, 2002, págs. 135-137.

*cierta exuberancia argumentativa innecesaria que puede derivar en confusiones...*¹⁶⁹”.

Una cosa es la utilización de los argumentos subsidiarios para que el juez prepare el argumento final o nuclear; y otra que se confundan unos y otros.

En consecuencia, apreciamos que ha de tenerse en cuenta los problemas en la redacción de sentencias de los *obiter dicta* y la *ratio decidendi*; para que en un eventual Código de Procesos Constitucionales Modelo se incorpore una fórmula de sentencias más sencilla y menos complicada –que evite las divagaciones y cuentos de nunca acabar- mediante la precisión de sus elementos preestablecidos.

Creemos que en la medida que los órganos jurisdiccionales en materia constitucional sepan distinguir sus argumentos –evitando las suspicacias de algunos malabarismos lingüísticos-; destacando solo la parte de los mismos que son vinculantes, se evitaría una indebida confusión de sus lecturas y menos críticas a su legitimación.

¹⁶⁹ Vid. Eduardo Villamil Portilla. *Estructura y redacción de la sentencia judicial*, Escuela Nacional de la Judicatura, 2004, p.192. Disponible: http://enj.org/portal/biblioteca/funcional_y_apoyo/redaccion_sentencias/1.pdf

Capítulo III

INCONSTITUCIONALIDAD POR VETUSTEZ DE LA LEY 48

Por Osvaldo Alfredo Gozaíni

1. Introducción

Países como Argentina, donde el control difuso de la constitucionalidad, lo practican todos los jueces, encuentra en la normativa y en la propia actividad de los tribunales –especialmente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación- un verdadero obstáculo para que la Constitución se cumpla.

La primera evidencia de esta afirmación proviene de la supuesta armonía entre cada una de las veinticuatro (24) constituciones con la federal, en orden a lo dispuesto por el artículo 31 según el cual [...]

Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.

Aquí arrancamos con un defecto de redacción que parece estar destinado a fortalecer la fuerza del derecho interno sobre el internacional; tema que transita por un carril diferente al que queremos enfocar, pero que coloca un alerta en la puerta de entrada al sistema de control de constitucionalidad.

El entresijo siguiente lo resume perfectamente María Angélica Gelli [...]

Aunque el artículo 31 proclama la supremacía constitucional, nada dice acerca del procedimiento, alcance del control o sujetos destinados a impedir la violación de aquella preeminencia. En cambio, sin pronunciarse expresamente sobre el punto, el art. 116 de la Constitución Nacional dispone que “*corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución*”. Así la interpretación armónica de ambas normas ha dado sustento, no sólo al control de constitucionalidad de las

disposiciones inferiores a la ley de base, sino a que sea la Corte Suprema, el tribunal atribuido en última instancia para ejercer aquel control (¹⁷⁰).

El ejercicio de este control de legalidad continúa los presupuestos procesales de viejas leyes como la 27 y 48, que con el paso del tiempo no han modificado los requisitos de admisión del recurso extraordinario, en definitiva, la última vía posible para recuperar la fiscalización perdida o inoculada en instancias anteriores.

Aquí, cuando la Corte debiera obrar con aplicación y responsabilidad, decide en cambio obstruir la plenitud del artículo 31 de la Norma Fundamental (que significa al mismo tiempo, dejar sin aplicar las normas provenientes del derecho convencional proveniente del art. 75.22), pues con la Acordada 4/2007 resolvió ocuparse más de lo formal y anecdótico, que de las arbitrariedades locales (del fuero federal y nacional que no tiene, en los hechos, el derecho al recurso en los términos como lo exige el debido proceso) y de la absoluta inejecución en las provincias de las normas constitucionales, llevando al absoluto descrédito del máximo órgano jurisdiccional de la Nación, y a la más compleja desconstitucionalización que desmorona la confianza social.

2. Antecedentes

El modelo constitucional que se desenvuelve es muy simple. Cada Estado es autónomo y organiza sus instituciones locales, los actos públicos y los procedimientos judiciales de cada provincia gozan de entera fe (art. 7, CN), y las constituciones propias deben adecuarse a la Federal.

En todo caso, los actos en posible colisión con la Norma Básica del Estado, deben quedar resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como fiel y último intérprete de aquella.

Este esquema proviene de la Constitución originaria de Estados Unidos, mientras que el régimen procesal llega de la *Judiciary Act* norteamericana, creada el 24 de noviembre de 1789. Puesta en práctica significa establecer una serie de requisitos para acceder al control cuando la Constitución en forma directa o indirecta se encuentra afectada.

¹⁷⁰. Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina*, La Ley, Buenos Aires, 2003 (2ª edición), p. 285.

Al espejar la reglamentación copiamos el sistema con la Ley 48, que solo aceptó que el tribunal cimero interviniera cuando en cada caso hubieran cuestiones federales que pusieran en crisis, con una resolución contraria, el derecho constitucional emergente de la Carta Suprema de la Nación.

En Estados Unidos, las *federal question* conservaron un sentido político desde el que se dejaba en claro que el supremo tribunal federal no podría conocer sino en casos regidos por el reducido grupo de disposiciones federales que se consideraban indispensables para el funcionamiento de la Unión; los principales interesados en esta limitación eran los Estados, deseosos de preservar sus potestades e impedir la expansión del poder federal, ante el que cedían de mala gana (¹⁷¹).

Este aspecto probablemente sea el que más tuvo en cuenta la ley 48, al punto que reproduce en el art. 14 buena parte de la idea que estaba en la sección 25 de la ley judicial de 1789.

Sostiene Sagüés que [...]

“Esta ley no concedió a la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos competencia para modificar cualquier sentencia emanada de una Corte Suprema estadual (provincial), sino únicamente cuando ese fallo local lesionase al *derecho federal*. Por eso, concluye Hart que <el congreso concibió a la Corte Suprema de los Estados Unidos tan sólo como agente *para vindicar la autoridad federal*, más bien que para coordinar en la ley federal” (¹⁷²).

Precisamente, de la ley extranjera como de la norma que la recibe en estos suelos, se desprende que la procedencia del recurso extraordinario exige que se haya debatido en el pleito una cuestión federal y que la decisión haya sido contraria al recurso fundado en la Constitución, tratado o ley nacional invocados (¹⁷³).

Esto se explica desde que la remoción excepcional de una causa desde el superior tribunal de una provincia, al más elevado del orden nacional, se funda en la necesidad de asegurar la supremacía de la Constitución, tratados y leyes nacionales consagrada por el art. 31 y cuya validez, discordancia con alguna ley, decreto o

¹⁷¹. Pritchett, C. Herman, *La Constitución americana*, Tea, Buenos Aires, 1965, ps. 95 y ss. Cfr. Lugones, Narciso, *Antecedentes históricos, crisis y replanteo de la cuestión federal*, La Ley, 1985-C, 1236 -Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales, Tomo IV, p. 705.

¹⁷². Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional – Recurso Extraordinario*, Tomo I, Astrea, Buenos Aires, 1992 (3ª edición), ps. 147/247. Hart, H.L., *Relaciones entre el Estado y la ley federal*, en MacMahon y otros, “Práctica del federalismo”, cit., p. 221.

¹⁷³. Fallos, 148:62.

autoridad provincial, o bien la inteligencia de alguna de sus cláusulas, para indicar los tres casos que prevé el citado art. 14, haya sido cuestionada ante los tribunales locales y la decisión de éstos desconozca el derecho, privilegio o exención fundado precisamente en lo que la carta fundamental llama “*ley suprema de la Nación*”.

3. Incoherencia de base

El federalismo americano era muy distinto al que existió en el derecho patrio, de allí que fue incoherente adoptar un régimen constitucional pensado con principios muy fuertes para una justicia también poderosa y confiable (en definitiva, este modelo de control también se llama de la confianza en los jueces) en un país donde el regionalismo con sus caudillos, y Buenos Aires con sus problemas por la insistente autonomía, mostraban un esquema más europeo que americano.

En efecto, la idea de unidad y un régimen constitucional común llegaba del constitucionalismo francés que, como bien hace notar Lugones [...]

“Tiene finalidades políticas que están ausentes del constitucionalismo norteamericano, y se integra además en un sistema donde la función judicial ocupa un lugar muy distinto que el que tiene en el estadounidense. La primera Constitución francesa -la de 1791- establecía que: “*Se hará un Código de leyes civiles comunes para todo el Reino*”, principio reiterado en las Constituciones siguientes. Por su parte, la Constitución española de Cádiz de 1812 -tomando un texto que estaba ya en la Carta de Bayona de 1809- establecía que, “*El Código Civil y Criminal y el de Comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes*” (¹⁷⁴).

Los argentinos en tiempos de formación institucional, resolvimos que era mejor seguir la unidad en la legislación de fondo, unida a una auténtica libertad para que las provincias regulasen todo cuanto no delegaran en la Nación, dejando en un tribunal superior una función revisora que, recién con la Constitución de 1860, fue tratada como excepcional, ocasional y contingente.

Coincidimos así con la inteligente observación de Lugones [...]

“La distinción bipartita norteamericana entre el derecho federal y el local apunta -en el momento y lugar de su formulación- a salvaguardar las jurisdicciones locales, al mismo

¹⁷⁴. Lugones, Narciso, *Antecedentes históricos, crisis y replanteo de la cuestión federal*, La Ley, 1985-C, 1236.

tiempo que un mínimo necesario de unidad nacional, siendo en este equilibrio, más *geográfico* que funcional, en el que confían para una adecuada salvaguarda de los particularismos, vividos como garantes y no como opresores de las libertades individuales. Imposible imaginar contextos históricos y político-sociales más diversos; y aun debemos agregar la distinta valoración que en uno y otro reciben los cuerpos judiciales, de recelo en un caso y de confianza en el otro, recelo y confianza ganados en vicisitudes históricas, también distintas y que escapa a nuestro tema analizar ahora”⁽¹⁷⁵⁾.

4. La Ley 48

El 25 de agosto de 1863 se sanciona la ley 48 (promulgada el 14 de septiembre de ese año), que se define como “adicional y correctiva” de la ley 27, cuyos artículos 7, 21 y 23 quedaron reformados dando lugar al esquema del actual recurso extraordinario.

Se vuelcan entonces las ideas de la *Judiciary Act* de 1789, tanto en cuanto refiere a las materias que habilitan la actuación de la Corte, como para los "remedios procesales" del *common law* (como los *writs of prohibition* y *of mandamus*) que, por la amplitud de las atribuciones que le otorgaba, llevaban a la Corte norteamericana a declarar la "inconstitucionalidad" de esa norma legislativa⁽¹⁷⁶⁾.

La incorporación significó tener un mecanismo procesal (procedimientos) regidos por el modelo escrito, formal y solemne de la ley de enjuiciamiento civil española que se había tomado como modelo; y recursos constitucionales del esquema americano, donde se destacaban los denominados, "*recursos extraordinarios de nulidad e injusticia notoria*" que continuaron la legislación de Indias.

Comenzó entonces a funcionar el recurso extraordinario como un sistema aplicado al control de constitucionalidad, pero no tardó en ampliar su dimensión al ocupar el espacio que antes cubrían los arts. 7 y 22 de la ley 27 con el recurso de nulidad, también reglado en los arts. 233 a 240 de la ley 50.

Sin embargo, tan amplio espectro de atribuciones conferidas a la Corte, de dudoso encuadre en la Constitución al no estar en ella previstas, no fue de modo alguno "objetada" por nuestro máximo tribunal que, por el contrario, se consideraba precisado a admitir su jurisdicción en los recursos "por arbitrariedad manifiesta". Exactamente a la

¹⁷⁵ Lugones, ob. cit., p. 1237.

¹⁷⁶ Egües, Alberto J., *El certiorari argentino*, La Ley, 1993-C, 661.

inversa, de la actitud asumida por la Suprema Corte norteamericana de limitar su jurisdicción (¹⁷⁷).

La diferencia explica porque no se ha cuestionado la constitucionalidad de la ley 48 y en particular del art. 14, pues al revés de los Estados Unidos, donde la congruencia del *writ of error* de la *Judiciary act* de 1789 con la Constitución federal fue refutada en distintas oportunidades, no pareció existir en Argentina esa tendencia separatista con caracteres tan marcados, que en el país del norte intentó impugnar al instituto procesal análogo a nuestro recurso extraordinario, como presunto mecanismo invasor del poder central sobre las autoridades estatales (¹⁷⁸).

Sin embargo, cuando ello se intentó la Corte sostuvo que [...]

“El artículo 100 de la Constitución se limita a determinar los casos que corresponden a la jurisdicción federal, en términos generales, en tanto que el artículo 101 expresa y determina en términos precisos la jurisdicción correspondiente a la Corte Suprema, ya sea originariamente o por vía de apelación; encontrándose reglamentada actualmente por el Honorable Congreso la jurisdicción de apelación que expresa el artículo 101, en los artículos 3º, 4º, 5º y 6º de la ley 4055. La extensión de la jurisdicción apelada de la Corte Suprema, *según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso*, significa que la jurisdicción apelada puede ser reglamentada, ensanchada o restringida, como el Congreso lo considere conveniente, de allí que sea constitucional lo hecho por la ley 48” (¹⁷⁹).

Además, para la procedencia del recurso extraordinario que autoriza el art. 14 de la ley citada es indispensable que la cuestión federal haya sido traída en el pleito, o sea, en la causa, de tal manera que el tribunal de última instancia haya podido pronunciarse sobre ella, de forma que no sean actuaciones genéricas sino declaraciones para el caso concreto.

La jurisdicción extraordinaria acordada a la Corte Suprema por el art. 14 de la ley 48, comprende esencialmente el control de constitucionalidad de las normas y actos de las autoridades nacionales y locales y, además, el ejercicio de la casación federal, que versa sobre la interpretación de las normas y actos federales. Ello no impide que, en determinados ámbitos normativos, el legislador otorgue esa función de casación de las

¹⁷⁷. Egües, *El certiorari argentino*, cit., La Ley, 1993-C, 661.

¹⁷⁸. García Merou, Enrique, *El recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Imprenta de Coni Hermanos, Buenos Aires, 1915, p. 23 y ss.

¹⁷⁹. CS, 1922, “*Eriz, Domingo P.*”, Fallos, 137:345.

normas federales a un solo órgano jurisdiccional, como ocurre con el art. 14 de la ley 14.236 ⁽¹⁸⁰⁾.

Como se ve, existe desde nuestros ancestros una costumbre aceptada y tolerada donde convive un modelo de control de constitucionalidad pensado para la *confianza en los jueces*, y otro modelo procesal previsto para que la actuación de los jueces sea ocasional, porque justamente se *desconfía* de ese poder tan amplio de interpretación.

Este desvarío se confirma cuando en 1886 se dicta la ley 1893 organizando los tribunales de la Capital Federal, cuyo art. 90 dispuso que: “*Contra las sentencias dictadas por las Cámaras, no habrá recurso alguno, con excepción de los casos previstos por el art. 14 de la ley de setiembre de 1863 sobre jurisdicción y competencia de los tribunales nacionales*”. De este modo, se recorta la dimensión del recurso extraordinario, limitación que se construye y perfila con nitidez en la ley 4055 del mes de enero de 1902, que reforma la justicia federal (ley 50) y crea nuevas cámaras de apelación.

La ley 48 queda alterada al generar en el art. 6 la posibilidad de que la Corte Suprema intervenga en grado de apelación, contra las sentencias definitivas pronunciadas por las Cámaras Federales de apelación de la Capital, manteniendo el recurso contra los pronunciamientos de los tribunales superiores de provincias y por los tribunales superiores militares, en los casos previstos por el art. 14 de la ley 48.

Sin embargo, hubo un precedente importante que amplió el estrecho margen de actuación, que surge con el nacimiento de la doctrina de la arbitrariedad. Sostiene la Corte que [...]

“El requisito constitucional de que nadie puede ser privado de su propiedad, sino en virtud de sentencia fundada en ley, da lugar a recursos ante esta Corte en los casos extraordinarios de sentencias arbitrarias, desprovistas de todo apoyo legal, fundadas tan solo en la voluntad de los jueces, y no cuando haya simplemente interpretación errónea de las leyes, a juicio de los litigantes, porque si así no fuera, la Suprema Corte podría encontrarse en la necesidad de rever los fallos de todos los tribunales de toda la República en toda clase de causas, asumiendo una jurisdicción más amplia que la que le confieren los arts. 100 y 101 de la Constitución Nacional, y 3º y 6º de la ley 4055 ⁽¹⁸¹⁾.”

¹⁸⁰. CS, 1963, “*Méndez de Basombrío, Adela*”, Fallos, 256:372.

¹⁸¹. CS, 1909, “*Rey, Celestino M. c/Rocha, Alfredo y otro*”, Fallos: 112:384.

5. Ley 17.454

Las revueltas políticas del país, el tránsito por dictaduras militares que dejaron de lado la Constitución, no se detuvieron a pensar en el triste pasar que tenía la Corte Nacional con el sistema legal y constitucional vigente.

Fue por eso que cuando se dicta la ley 17.454, la preocupación era dejar en claro que la Corte debía actuar únicamente cuando hubiera alegación del art. 14 de la ley 48, debiendo estrechar aún más el paso de la arbitrariedad de sentencias. Estaba claro era que se quería mantener las cuestiones federales como única puerta de entrada al Superior Tribunal de la Nación.

Una vez más, las cuestiones federales clasificadas conforme el rol que debía actuar la Corte, según fuera interpretación de confronte directo (cuestión federal simple); conforme a sus principios (cuando una norma infraconstitucional viola la norma fundamental), o cuando se afectan en forma indirecta (cuestión federal compleja), seguía el sinuoso camino de la interpretación basada en el principio de legalidad.

Era elocuente considerar a la Constitución como el vértice superior del ordenamiento legal vigente, debiendo la actuación jurisdiccional fiscalizar que no hubiera norma alguna que se opusiera a sus mandamientos y previsiones. En suma, no era control de valores ni principios, sino de vigilar el apego a la superlegalidad constitucional.

6. La etapa de la extrema discrecionalidad

En el año 1990 se sanciona la ley 23.774 que trajo modificaciones sustanciales al trámite del recurso extraordinario. La norma aumenta el número de jueces de la Corte (de cinco a nueve) ⁽¹⁸²⁾ y promueve un mecanismo de selección de causas basado en la

182. La Ley 26.183 del 18 de diciembre de 2006 deroga en el artículo primero, la norma de la Ley N° 23.774, que había modificado el artículo 21 del Decreto Ley N° 1285/58, texto según Ley N° 16.895 (composición de miembros de la Corte). El artículo 2° estableció: Incorpórase como artículo 21 del Decreto Ley N° 1285/58, texto según Ley N° 16.895 el siguiente: “Artículo 21.- La Corte Suprema de Justicia de la Nación estará compuesta por CINCO (5) jueces. Ante ella actuarán el Procurador General de la Nación y los Procuradores Fiscales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los Defensores Oficiales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los términos de la Ley N° 24.946 y demás legislación complementaria”.

El artículo 3° como disposición transitoria dijo: La reducción de los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dispuesta por el artículo anterior, operará del siguiente modo:

relevancia o interés institucional en atender la impugnación, que de no darse posibilitaba al tribunal a desechar el recurso con la sola mención del art. 280 del Código Procesal, lo que importaba entender que el recurso no era trascendente.

La norma redactó nuevamente el art. 280 del Código Procesal siguiendo el dictamen de la comisión reformadora, quedando expuesto que: *“Cuando la Corte Suprema conociere por recurso extraordinario, la recepción de la causa implicará el llamamiento de autos. La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia [...]”*.

Se tuvo en cuenta el consejo de Bidart Campos de agregar la “sana discreción” como pauta selectiva, y los primeros trabajos de la doctrina pusieron esperanza en que dicha facultad permitiría orientar al justiciable sobre el adecuado y útil remedio de la senda extraordinaria.

Morello sostuvo que [...]

“La reforma de la ley 23.774 profundiza un sistema impugnativo extraordinario donde ya existían cuestiones federales insustanciales (en las que no había razón de ser para el control federal); lo corporiza por una doble avenida: 1) ensanchando el carril de cuestiones insustanciales; y 2) con la copernicana cuña de la cuestión carente de trascendencia. Con lo que está dibujando otro rostro al recurso extraordinario, a fin de que dejemos de ser aldeanos a su respecto, y nos comportemos con una visión de más excelencia y excluyente, adjudicándole los asuntos importantes y dándole a la Corte el tiempo suficiente de reposo y estudio para definir esas cuestiones”⁽¹⁸³⁾.

La tendencia de la época era descargar a la Corte de las cuestiones de arbitrariedad, para que pudiera seleccionar solo las causas trascendentes, pero con un sentido de elusión al formalismo establecido en los requisitos propios, comunes y

Desde la entrada en vigencia de la presente ley se reducirá transitoriamente a siete (7) el número de jueces que la integran. A partir de dicha reducción, las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se adoptarán por el voto mayoritario de cuatro (4) de sus miembros. A *posteriori*, en oportunidad de producirse una vacante definitiva se reducirá transitoriamente a seis (6) el número de jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En dicho período las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se adoptarán por el voto mayoritario de cuatro (4) de sus miembros. Producida una nueva vacante definitiva, se reducirá a cinco (5) el número de jueces que la componen. Las decisiones se adoptarán por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros.

¹⁸³. Morello, Augusto Mario, *La nueva etapa del recurso extraordinario. El “certiorari”*, Platense – Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 111.

procesales del recurso extraordinario, antes que a desechar sin otra justificación que no darle importancia al conflicto.

Ya en 1994 Gelli advierte dos inquietantes cuestiones que habían generado polémica, como fueron las que autorizan a la Corte a elegir las causas en las que va a conocer, según su *sana discreción*, y decidir el *rechazo sin fundamentación*. La primera pretendió quedar resuelta sobre la base de considerar que, en realidad, la Corte no podía ser discrecional aunque lo quisiera, desde que la cuestión federal suficiente formaba parte de un concepto indeterminado que, como tantos, requiere ser determinado en cada caso por el tribunal ⁽¹⁸⁴⁾; pero esta ingeniosa argumentación confrontaba, en definitiva, con el sistema constitucional y sus valores, poniendo en duda si era posible dejar en manos de la Corte la determinación de la cuestión federal suficiente y, también, las cuestiones insustanciales o carentes de trascendencia ⁽¹⁸⁵⁾.

La segunda crítica -la carencia de fundamentación en la decisión que deniega el examen-, que por entonces era exacerbada, pensó en la necesidad de indicar, al menos, cuál de las tres causales establecidas se estaba aplicando.

7. La Acordada 4/2007 CS

Finalmente, en los pasajes históricos, aparece la acordada 4 del año 2007 que, más allá de los cuestionamientos constitucionales que sufre por considerar que la Corte no puede por vía reglamentaria alterar normas que son propias del Congreso de la Nación, significó actuar con auténtica vocación docente, estableciendo un catálogo indicativo de formalidades propias para el recurso extraordinario federal.

La precisión se dispone no solo para la impugnación prevista en el art. 14 de la ley 48, sino además, para la queja o recurso directo. Con forma de anexo se enumeran los requisitos, y en el segundo punto del acuerdo disponen requerir la integración de un formulario que sintetice el objeto de la presentación y el cumplimiento concreto de las solemnidades propias del recurso.

La Acordada tuvo varios registros a tener en cuenta. No se trató, únicamente, de formalizar con el acuerdo de ministros el catálogo de requisitos necesarios para

¹⁸⁴. Bianchi, Alberto B., *El 'writ of certiorari' en nuestra Corte Suprema (La "cuestión federal suficiente" como concepto jurídico indeterminado)*, ED, 125-857.

¹⁸⁵. Gelli, *El "writ of certiorari" en perspectiva*, cit., La Ley, 1994-B, 880.

interponer el recurso extraordinario federal, sino de advertir los mensajes implícitos que pudo tener la disposición y que en la práctica resultaron una ilusión estéril.

Se creyó que la Corte Suprema de Justicia de la Nación pudiera obrar cual si fuera un tribunal constitucional, dejando en los superiores tribunales de provincia la admisión formal del recurso, el que se podía desechar con la sola invocación de la acordada siempre que fuera manifiesto el vicio y motivada con suficiencia la resolución denegatoria.

En suma, el control constitucional queda aprisionado entre rigideces formales y un exceso discrecional. El marco legal de admisión es una ley del siglo XIX que fue pensada para un sistema constitucional operativo en un sistema de máxima confianza en los jueces, donde la cuestión constitucional estriba en la confrontación entre la ley, actos y disposiciones actuando en contra de la Norma Fundamental.

Los reglamentos siguieron estrechando la entrada a la Corte, y ésta, muy pocas veces, ha sido el fiel y último intérprete de la Constitución nacional.

8. El control actual de constitucionalidad

La base de lo expuesto nos pone dentro de un escenario preocupante. La Corte nacional prefiere seleccionar causas en orden a la trascendencia institucional (¹⁸⁶) sin ningún equilibrio, prudencia ni igualdad.

Pero este, digamos, es un problema de la discrecionalidad (que en el fondo es también una suerte de arbitrariedad), que no forma parte de este estudio. Aquí se quiere enfocar la cuestión en el ámbito del derecho.

A la pregunta ¿cuál es la dimensión del control de constitucionalidad? se puede responder con dos propuestas. La primera destinada a que se afiance el principio de la supremacía constitucional (art. 31, CN). En este aspecto, el objetivo es custodiar la Norma Fundamental con la misma orientación que tuvo el positivismo Kelseniano [...]:

La Constitución se defiende por ser intangible, y sus disposiciones se establecen de una vez y para siempre, siendo deber de los tribunales evitar que se interprete en un sentido contrario al dispuesto.

¹⁸⁶. Gozáini, Osvaldo A., *La trascendencia en el recurso extraordinario frente a la Acordada CS 4/2007*, en La Ley, 2010-C, suplemento del 5 de mayo de 2010 ps. 1 y ss.

La complejidad de este objetivo se confirma en la segunda respuesta: *El control de constitucionalidad lo ejercen todos los jueces, en el marco de una causa concreta y actual, donde el interesado (parte en sentido procesal) debe plantear la cuestión federal conforme alguno de los presupuestos contemplados en el artículo 14 de la ley 48.*

La dificultad que tenemos para aceptar este encuadre llega del modelo constitucional americano, que justamente es la impronta que se llevó a nuestra máxima carta de derechos fundamentales, persiguiendo que los jueces interpreten la Constitución y provoquen un resultado conforme.

En *Marbury vs Madison* se estableció que [...]

El principio de la limitación de poderes y de la supremacía de la Constitución escrita: El gobierno de los Estados Unidos tiene poderes limitados, y precisamente para que tales límites no sean equivocados u olvidados es por lo que la Constitución es escrita. La Constitución, o es una ley superior no alterable por los métodos ordinarios, al igual que otras son alterables a discreción de la legislatura y entonces la Constitución no es ley; si es cierta la ultima parte, entonces las Constituciones escritas son intentos absurdos por parte del pueblo para limitar un poder que por su propia naturaleza es ilimitado. Todos aquellos que han establecido Constituciones escritas las han considerado como "la ley fundamental y superior de la nación, y consecuentemente la teoría de tales gobiernos ha de ser queun acto de la legislatura que repugne a la Constitución es nulo.

Esta teoría esta vinculada a las Constituciones escritas y, en consecuencia, ha de ser considerada por este tribunal como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad".

La función de los tribunales, para Marshall, es aplicar la ley correspondiente el caso; pero "si dos leyes estan en conflicto entre sí, ha de decidir la aplicación de cada una. Si una ley está en oposición a la Constitución; si ambas, la ley y la Constitución, son aplicables al caso particular..., el tribunal tiene que determinar cuál de estas reglas en conflicto es la que rige el caso. Si los tribunales han de observar la Constitución, y la Constitución es superior a cualquier acto ordinario de la legislatura, la Constitución y no tal acto ordinario ha de regir el caso a que ambas se aplican" ⁽¹⁸⁷⁾.

Es decir que la relación entre objetivos y presupuestos está cambiada, porque la Constitución cuando se interpreta puede ser flexible y acordar una lectura propia de su tiempo (por ejemplo, si se dijera que la prohibición de esclavitud del art. 15 es

¹⁸⁷. Amaya, Jorge Alejandro, "Marbury v. Madison. Sobre el origen del control de constitucionalidad", La Ley Paraguay, Asunción, marzo de 2012; Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, Colombia, 2012; y Fundación para el desarrollo de las ciencias jurídicas, Rosario, 2014; también ver: *Marbury vs. Madison. O de antiguas y modernas tensiones entre Democracia y Constitución*, Revista de Estudios Jurídicos n° 10/2010 (Segunda Época), Universidad de Jaén (España), ps. 1 – 22.

inaplicable porque en Argentina hoy no hay esclavos; mientras que con apertura, se podría aplicar el precepto para cualquier forma de esclavitud). En cambio, si la preferencia radica en una Constitución pétrea sin dinamismo, los fines de protección se difuminan porque no hay posibilidad de pensar ni aplicar derechos o garantías sin atender los cambios sociales.

Aún más, el pensamiento constitucional siempre elige la continuidad y persistencia de dichos derechos y garantías; ello consolida la seguridad jurídica, la previsibilidad de conductas, y la preservación del sistema; por eso la conducta de la sentencia que legisla es intolerable, como la que no existe por omisión intencionada.

Esto es cuanto ocurre en la actualidad. El marco legal que posibilita el recurso extraordinario son las causales del artículo 14 de la ley 48, y las condiciones formales se regula en el código procesal y en una acordada reglamentaria que deja pocas probabilidades de control efectivo.

Vale decir que el conjunto normativo quiere una actuación del máximo tribunal de justicia de la Nación solo para causas concretas, donde la inconstitucionalidad no es posible porque, en su lugar, corresponde inaplicar la ley, dejando claramente establecido que la Norma Madre es una ley de fines, y como tal, el juez será la boca que exprese la voluntad divina de nuestros representantes creadores de aquella. Lo conflictivo del acerto no es el parámetro donde radica, sino en lo desactualizado de los pilares donde asienta el control de constitucionalidad.

Argentina no tiene solo en el artículo 31 el deber de fiscalizar el compromiso con la supremacía, sencillamente porque en la cúspide de la organización de los derechos hay una clara transformación que amplió la base, destruyendo el vértice pensado en los ideales de Kelsen.

Los derechos provenientes de Pactos y Convenciones sobre Derechos Humanos que se incorporan con jerarquía constitucional evidencian un plano más de libertades que de derechos, más principios que reglas, más valores que estándares. Es el fin de los paradigmas, sin que se haya prestado atención a cuanto supone trabajar con estas variables.

Es cierto que desde hace tiempo nuestra jurisprudencia aplica sin remilgos los derechos provenientes del llamado “bloque de constitucionalidad”, pero no existe el mismo ajuste en los parámetros de admisión del recurso extraordinario.

Hoy no se puede seguir pensando en custodiar una Constitución sin vida, ni acompañar el criterio de adecuación a fines estandarizados, como es inaceptable aceptar que la confusa redacción de las cuestiones federales siga siendo el templo donde invocar la intervención de la Corte Suprema.

¿Por qué no se puede seguir con esta idea?

9. Debido proceso

La respuesta está en el debido proceso. Y éste no es el regulado en la Constitución dentro del artículo 18 que solo focaliza el derecho de defensa e insinúa derechos específicos para el proceso penal, sin ocuparse de cada una de las actualidades que provienen de las normas del Pacto de San José de Costa Rica, y de la jurisprudencia obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, en resumen, pone en juego una garantía diferente.

Lo que no quiere decir que el debido proceso actual deje de estar en la Norma Fundamental, porque sería afirmar que los derechos provenientes del artículo 75.22 están inertes o son sencillamente programáticos.

La ley 48 sigue pensando en trances entre leyes y actos con la Norma Fundamental, pero hoy es un presupuesto esquivo con la realidad emergente del conflicto social. El problema no son los derechos, sino su efectividad, su aplicación, el conocimiento que de ellos existe, el reclamo que haga posible su ejecución, la omisión inconstitucional de cuanto se tenga por incierto o pendiente, y en suma, todo este conglomerado se protege desde el debido proceso contra la arbitrariedad.

9.1 Comienza con el derecho de *acceso a la justicia*: Es más importante que tener derechos, conocer las libertades disponibles, por eso la educación es la madre del crecimiento y la verdadera justicia social. También, acceder a los jueces es un derecho, tener un proceso es un derecho, y lograr una sentencia debidamente motivada (no resuelta con la mera aplicación de la ley, como establece antaño y pervive en el art. 18 CN) es una garantía para el proceso justo.

La Corte nacional ha tenido reacciones espasmódicas con esta parte de las libertades. En la causa “*Halabi*” ⁽¹⁸⁸⁾ por ejemplo, hizo un catálogo ampliado de los derechos que pueden convertir en parte a una persona. Dejó de lado la relación <propiedad = derecho subjetivo = justa parte> y resolvió que [...]

“En materia de legitimación procesal corresponde, como primer paso, delimitar con precisión tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. En todos esos supuestos, la comprobación de la existencia de un “caso” es imprescindible (art. 116 de la Constitución Nacional; art. 2 de la ley 27; y Fallos: 310: 2342, considerando 7º; 311:2580, considerando 3º; y 326: 3007, considerandos 7º y 8º, entre muchos otros), ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición”.

Pero el concepto de “causa” perdura y sigue en pie la relación del que pide con el derecho que actúa. Si al cuadro le sumamos la necesidad de pagar para tener jueces (v.gr.: ley 23.898 de tasas judiciales), se vuelve a obstruir una garantía establecida (la justicia es gratuita, y en la causa *Cantos* ¹⁸⁹ Argentina fue condenada por ello), hasta cercenar todo derecho cuando la Corte, con la sola mención de un artículo, despoja al justiciable del derecho a la sentencia debidamente fundamentada.

En síntesis, no hay verdadero acceso a la justicia cuando suceden un tránsito permanente e incontrolable sobre la discrecionalidad técnica y la sinrazón del órgano de cierre. ¿Se violó alguna cuestión federal? Probablemente NO, pero ¿quién podría afirmar que este procedimiento es constitucional?

9.2 El cambio también radica en la constitucionalización del proceso y el derecho a la verdad. Sostener lo contrario supone consentir que el proceso sea un juego de ficciones entre partes; más no cuestionaremos ello, porque la idea es mostrar la controversia entre derechos.

Un proceso de amparo puede ser en un Estado, un derecho, y en otro, un mero juicio de forma. El conflicto se puede ver con las garantías, o con el derecho del afectado, es decir, o se atiende el dilema del que pide, o se interpreta cual es la

¹⁸⁸. CS, 2009, “*Halabi, Ernesto c/P.E.N. -ley 25.873 dto. 1563/04- s/amparo-ley 16.986*”, Fallos, 332:111.

¹⁸⁹. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Cantos vs. Argentina*. Sentencia de 28 de noviembre de 2002 (Fondo, Reparaciones y Costas).

afectación del derecho. En tal sentido, no existe aún una sola sentencia que esclarezca el alcance verdadero del artículo 43 constitucional.

Nosotros hace más de veinte años venimos sosteniendo que no es la reglamentación del juicio constitucional, sino la creación de un auténtico derecho que se podría empalmar con la garantía de la tutela judicial efectiva. Sin embargo, la desorientación sigue vigente, y el proceso judicial como todo litigio ante los jueces sin diferenciar los derechos en juego, se resuelven como una lucha entre partes. Gana el que tiene mejores herramientas para llegar a los jueces, y pocas veces el éxito es para el que tiene razón.

Y cuando se espera de la Corte una intervención oportuna para evitar que la injusticia se consolide, llega la aplicación de la ley 48 y el reglamento procesal, para en pocas líneas y sin ninguna responsabilidad, despojar al ciudadano de todos sus derechos.

9.3 En materia probatoria el cambio de tornas parece no ser advertido, pese a los reiterados pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los que afirma el deber de investigar dejando de lado los modelos que condicionan este derecho a saber qué pasó. Aquí las asimetrías con el modelo procesal vigente son notables.

El principio de la carga de la prueba sigue enhiesto en el código, sin advertir la contraposición que tiene con la evolución adquirida desde lo procesal y constitucional, o en poco tiempo, con nuestro Código Civil y Comercial.

La regla que afirma que la prueba le corresponde al que alega, y que el que niega se puede quedar en la comodidad del resultado que consiga la confirmación de los hechos, es hoy un escenario desprovisto de un derecho nuevo de origen jurisprudencial, pero sostenido por las normas convencionalizadas.

Nos referimos al derecho a la verdad que se basa en el deber de investigar que se extiende a todo tipo de procesos, y no solamente al proceso penal.

Así conformada, la investigación se asocia como un derecho a la verdad, y hace escala en la obligación que tiene el Estado de investigar. Es un derecho propio de la seguridad que debe proporcionar a sus habitantes, y lleva implícita la función de

condenar a los sujetos que delinquen, como de reparar las violaciones. De igual modo, ha de promover la no repetición, como la restitución de los derechos cercenados.

Desde el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* ⁽¹⁹⁰⁾ se viene, estableciendo que la obligación de investigar violaciones de Derechos Humanos, es una derivación propia de la garantía que ellos deben tener. La prevención central contenida en el artículo 1.1 de la CADH, puede ser cumplida de diferentes maneras, en función del derecho específico que el Estado deba garantizar y de las particulares necesidades de protección.

La apertura del artículo 1.1 como principio se integra con las garantías judiciales del artículo 8 y están complementadas con el artículo 25 que prefiere que toda persona tenga un recurso sencillo, breve y eficaz.

Este deber de *garantizar* los derechos implica la obligación positiva de adopción, por parte del Estado, de una serie de conductas, dependiendo del derecho sustantivo específico de que se trate. En casos de muerte violenta como fue el caso *Godínez Cruz* ⁽¹⁹¹⁾ se consideró que la realización de una investigación *ex officio*, sin dilación, seria, imparcial y efectiva, era un elemento fundamental y condicionante para la protección de los derechos afectados por este tipo de situaciones.

En el caso *Blake vs. Guatemala* ⁽¹⁹²⁾ estableció el derecho a la verdad con parámetros asentados en el deber de investigar y presumir la responsabilidad del Estado ante su omisión; en *Castillo Páez vs. Perú* ⁽¹⁹³⁾ se instaura una duda formal que pone inseguridad al establecimiento como regla. No obstante, con el paso de los años y la consistencia de la jurisprudencia posterior, se puede convalidar que sea un estándar probatorio necesario para encontrar la verdad, el que el Estado haya investigado plenamente.

Bajo el marco que presentan nuestros códigos procesales en materia privada, se puede afirmar que el juez debe procurarse el conocimiento de los hechos controvertidos y conducentes cuando ello le sea imprescindible para poder dictar una sentencia justa, pudiendo a esos fines valerse de todas las medidas de prueba que a su juicio sean

¹⁹⁰. Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo). Serie C, N° 4.

¹⁹¹. Corte IDH, Caso *Godínez Cruz vs. Honduras*. Sentencia del 20 de enero de 1989.

¹⁹². Corte IDH, Caso *Blake vs. Guatemala*, sentencia del 24 de enero de 1998, Serie C, N° 36, párr. 97.

¹⁹³. Corte IDH. Caso *Castillo Paez vs. Perú*. Sentencia del 3 de noviembre de 1997.

razonables y suficientes, a condición de que no medie agravio sustancial para el derecho de defensa, ya que una actividad pasiva o de libertad negativa que adscribe el pronunciamiento final a una solución formal o aparente, no se conforma con el servicio de justicia.

Algunos resisten estas facultades (el denominado garantismo procesal) sosteniendo que un juez que requiere medidas de prueba altera el principio de igualdad e imparcialidad, supliendo la probable negligencia de la parte.

En el proceso civil el dilema que plantea revocar una sentencia que tenga vicios probatorios, se deriva de varias cuestiones donde la revisión por escalas somete la suerte final. Si el proceso cuestionado es el de primera instancia y devienen confirmaciones sucesivas, la revisión del orden justo parece imposible.

En cambio, si el proceso muestra en forma evidente que se conforma sin las exigencias mínimas de garantía (prueba y razonabilidad de la decisión, en esencia), será factible que el tiempo y las formas no conspiran contra la finalidad de eficacia procesal.

Además, el ordenamiento adjetivo argentino (especialmente el federal) tiene dos teorías enfrentadas. De un lado, considera al proceso como una lucha entre partes y pone la confirmación de verdades y pretensiones en cabeza del que afirma; pero al mismo tiempo, las reformas que alteraron el estricto juego bilateral y contradictorio, permitió al juez tener iniciativa probatoria con el fin de esclarecer la verdad de los hechos controvertidos manteniendo la igualdad entre las partes. De este modo, un proceso teñido de irregularidades probatorias podría justificarse en uno u otro sendero, aunque el derecho a la verdad siempre sería el más relevante.

Lo cierto es que tanto para el proceso público como para el privado, hay un punto de encuentro en el derecho a la verdad. Los hechos deben ser ciertos y analizados con responsabilidad y dedicación para que no se vulneren garantías mínimas del investigado, ni se afecte el derecho a resolver dentro de un plazo razonable.

9.4 Tampoco están dentro del equipo de las cuestiones federales los derechos emergentes del debido proceso actual, como son el derecho a que el proceso sea resuelto dentro de un plazo razonable y con derecho a revisión de toda sentencia condenatoria.

¿Son cuestiones federales? Tampoco figuran en el molde predispuesto, sin que pueda discutirse su inserción entre las garantías que debiera tutelar la actividad jurisdiccional.

10. Síntesis y propuesta

Como ya se expresó, con los códigos se pretendió fijar el contenido dogmático de la ley; y con las Constituciones se exaltó el valor de los principios superiores a la norma. Mientras el primer aspecto se consagra en el positivismo jurídico; el restante asume vocación de eternidad fijando reglas y organizando las instituciones.

La ley actúa sobre la generalidad, haciendo abstracción de los hechos, sistematizando las acciones y asignando plenitud al cuerpo orgánico del sistema; en cambio, las normas fundamentales, las cartas magnas, o simplemente las Constituciones, especifican los derechos y crean el sentido de los deberes. Por eso tienen más elasticidad y admiten creaciones flexibles donde la supremacía de los intereses admiten adaptaciones al tiempo y las circunstancias, aunque se sepa de ante mano que ello será para situaciones de excepción.

Pero el “debido proceso”, como tal, no está ni en las leyes ni se define en las Constituciones. Y hasta fue lógico que no estuviera, porque si en Europa el denominado sistema de la desconfianza le ha privado a los jueces la posibilidad de interpretar la ley y darle armonía con el contexto donde aplicarla, pensando que solamente los Tribunales Constitucionales pueden llevar a cabo esa tarea; con esa prevención, precisamente, la noción de proceso debido se constituye más como un refuerzo a la mentada desconfianza, evitando que la discreción judicial se torne irrazonable o arbitraria.

De este modo, los códigos procesales de la época limitaron absolutamente el rol del juez en el proceso, elevando por encima de todos los demás principios, al dispositivo según el cual, el proceso es cosa de partes y sólo éstas tienen interés en el desarrollo y solución del conflicto. Son los litigantes quienes deben respetar las consignas del procedimiento que, para ser debido, debía estar emplazado entre partes, en igualdad de condiciones y trato, reconociendo en el Juez el equilibrio de la balanza en esa lucha entre fuerzas opuestas.

Recuérdese que nuestro modelo instrumental fue tomado con estas características, y en consecuencia, debe quedar impresa en la memoria esta conclusión

primera: *El debido proceso legal se sostiene en los principios de bilateralidad y contradicción; ejercicio efectivo del derecho de defensa y garantías suficientes para la independencia e imparcialidad del juez que interviene en el conflicto.*

Pero esto es un suceso de Europa, y como antes se dijo, el debido proceso nos llega e influye de la doctrina americana donde las cosas son muy diferentes. En América priva la doctrina de la confianza en los jueces con todo lo que ello implica y trasciende al sentido de poder controlar la constitucionalidad de las leyes.

El “common law” presta suma atención a la confiabilidad y honorabilidad de sus jueces, y por eso es tan importante la primera instancia, en lugar de los tribunales de apelaciones europeos que se distinguen por la formación de la jurisprudencia o doctrina judicial.

La fuerza del juez americano está en sus potestades, antes que en las leyes. Tiene un sistema donde el poder se tiene y se ejerce, sin limitaciones obstruccionistas afincadas en principios estancos (como la bilateralidad y la contradicción) o en solemnidades inútiles que solamente sirvieron para hacer del proceso una regla de comportamientos y actitudes, de acciones y reacciones, de alegatos y réplicas, en los cuales la verdad de los hechos quedó bastante difuminada.

Con lo que tenemos, es muy poco probable que se consiga la efectividad en el control constitucional. Con jueces timoratos y fugitivos de su compromiso social, con normas previstas para un tiempo que se eterniza como si todo continuara como hace dos siglos atrás, todo conduce a una fastidiosa y cruda realidad.

Se vive con normas envejecidas que conservan lozanía por la continuidad que la Corte nacional promueve, sin darse cuenta que, *mutatis mutandi*, no hace más que perder prestigio, confianza y, lo que es peor, deja al pueblo sin el efectivo equilibrio prudente de fiscalizar que la Constitución se cumpla; que en los procesos no cunda la arbitrariedad; que el legislador sea consciente del rol que representa, y que el que administra no sea un todopoderoso que se ampare en una democracia de mayorías.

Capítulo IV

DEMOCRACIA, MINORÍA POLÍTICA Y EQUILIBRIO CONSTITUCIONAL¹⁹⁴

Por Jorge Alejandro Amaya

1. Mayorías y Minorías en la Democracia.

Durante los últimos tiempos, hemos asistido en Latinoamérica a continuos y fuertes debates en torno a la extensión, contenido y límites de la democracia. Los gobiernos, y quienes se identifican con ellos, justifican sus actos políticos invocando el apoyo popular mayoritario; la oposición y quienes no comparten las ideas o las formas del gobierno, alegan el necesario respeto por las minorías y las instituciones.

En nuestro país, la democracia ha servido para justificar variados hechos y situaciones, que muchas veces exceden la legitimidad de los reclamos. Desde los cortes de calles, rutas y puentes internacionales; la toma de comisarías o invasiones a propiedades privadas; hasta las de la cúpula gobernante destinadas a marcar los plazos de la justicia; solicitar la remoción de algunos de sus integrantes; o imponer rígidamente la mayoría legislativa para modificar instituciones básicas de la república.

Y si bien conforme la Constitución Nacional nuestra forma de gobierno fue definida como “representativa, republicana y federal...” (art. 1) sin haberse introducido referencia explícita a la democracia hasta la reforma de 1994, la ambición democrática como concepto, estilo de vida y forma de gobierno ha captado crecientemente el interés general de las sociedades modernas.

Ante esta situación polivalente, bueno es recordar el interrogante que planteara Giovanni Sartori como título de uno de sus libros ¿Que es la democracia? Una respuesta breve y profunda conduce a sostener que es, por un lado, un sistema político que intenta hacer efectivas la igualdad y la libertad; y por otro, un conjunto de procedimientos de decisión.

¹⁹⁴ El presente trabajo está estructurado sobre la base de mi obra *Democracia y Minoría Política*, Astrea, Buenos Aires, 2014.

Y justamente, para algunos argentinos este aspecto “procedimental” implica que la democracia es el poder de la mayoría, la voluntad del mayor número como fuente genuina de derechos.

Bajo esta concepción primaria, toda falta de acuerdo se resuelve mediante la regla de la mayoría. Y éste parecería ser el concepto que anida detrás de muchas actitudes del gobierno y sus seguidores, que han dejado un sabor amargo en importantes sectores de la sociedad, el cual advierte que sus ideas, propuestas y derechos constituyen meros actos discursivos o románticos textos constitucionales, ante la inflexibilidad de los proyectos oficiales o la conducta desbordada de las “banderas” mayoritarias.

Esta situación ha generado en el país durante los últimos años leyes y medidas formalmente válidas pero sustancialmente inestables, en razón de la fuerte oposición sobre las que se gestan. Este ha sido el destino final de la criticada ampliación de los miembros de la Corte Suprema de Justicia en la década del 90; y quizás lo sea también el de muchas leyes sancionadas automáticamente por el Congreso en estos últimos años. Pero parece olvidarse que desde mediados del siglo XIX el concepto de “mayorías y minorías” en la democracia ha venido dando un vuelco valorativo radical. En la ciencia política estadounidense la expresión “democracia madisoniana” recuerda que la democracia no se define como el poder omnímodo de la mayoría, sino como el compromiso constitucional con la garantía de los derechos intangibles de las minorías, lo cual implica un conjunto de limitaciones institucionales y sociales a la soberanía mayoritaria, que han dado cabida al concepto de “Democracia Constitucional”.

Es que sometido a un escrutinio lógico, el concepto de mayoría pierde sustancia, solo queda como instrumento aritmético operativo. ¿Qué cualidad ética añade un voto para tener la virtud mágica de convertir el correcto el querer de 51 y en incorrecto el de 49?.

En esta situación, la regla de la mayoría no puede ser la panacea dogmatizada para zanjar todas las diferencias en una sociedad, aunque todavía será insustituible como esquema de operación entre ciudadanos que se ven a sí mismos como libres e iguales. Su utilización ha de ser limitada a ciertos campos de la conflictividad social y quedar reservada una última ratio, una vez agotados los métodos de consenso por negociación.

Por consiguiente, la Constitución limita a la democracia y la define, ya que la democracia en su concepción primaria, constituye el gobierno mayoritario del pueblo y la constitución los límites que el mismo pueblo impone al ejercicio del autogobierno. Esto implica que la Democracia Constitucional conlleva un conjunto de derechos y libertades fundamentales, que actúan como corazas protectoras de la individualidad contra la amenaza mayoritaria. Al decir de Ronald Dworkin, son como el as de la baraja en el juego de los derechos.

Los últimos años del siglo XX significaron para Latinoamérica el desafío del reencuentro con la democracia. El siglo XXI encierra otro desafío no menos trascendente para nuestras comunidades y sus gobiernos: edificar una institucionalidad derruida; fomentar la cultura de la ley; y asimilar la necesaria vigencia del pluralismo, la tolerancia y el respeto por las minorías como condicionantes de la democracia.

La recurrente inclinación de algunos países latinoamericanos por depositar sus destinos en manos de procesos políticos mayoritarios que avanzan herbolando estandartes agradables al oído popular y que entienden a la democracia exclusivamente como la regla de la mayoría, jaquea su evolución y la pone a prueba cotidianamente, porque en la democracia “yo soy mi mayoría y no siempre tomo las decisiones por unanimidad”.

2. El rol institucional de la Minoría Política en la Democracia Constitucional.

El Derecho Constitucional clásico del siglo XVIII en su vertiente liberal; y el moderno reformulado en Europa luego de finalizada la segunda gran guerra, han edificado y reafirmado su postulado de limitación del poder, tanto desde la perspectiva de la organización del mismo como de la individual de los derechos humanos.

La transformación de las sociedades y de las relaciones surgidas en su seno, hizo necesario admitir sujetos colectivos, como los partidos políticos y los sindicatos, los cuales ya han alcanzado relevancia constitucional hasta garantizarles una esfera de derechos que operan también como límite a la acción del poder.

Sin embargo, existen dogmas como el de la existencia de una voluntad general única, soberana, que se deposita sobre esquemas formales que mantienen inalterado el

principio del control del poder ejecutivo por parte del legislativo, situación que en la realidad sociopolítica se ha transformado profundamente.

Este aspecto plantea problemas cuando la teoría constitucional mantiene principios que claramente contradicen la práctica política, es decir, cuando el esquema institucional no responde al esquema teórico con el que se intenta explicarlo, y lo que es peor, con el que se intenta legitimar la democracia.

En estos supuestos, el desfase existente entre el sistema de valores y los principios proclamados y las instituciones concretas, conduce a una teoría incapaz de captar la realidad política, entrándose en una peligrosa dinámica de deslegitimación de las instituciones.

Actualmente parece haberse aceptado que la concepción unitaria de la sociedad, es decir el pueblo como titular homogéneo de la soberanía, no se ajusta a la realidad¹⁹⁵. El pluralismo se ha afirmado como uno de los principios fundamentales del sistema democrático moderno.

Sin embargo, y tal como ocurriera en su momento con los partidos políticos, el derecho todavía no ha receptado todas las consecuencias de esta nueva situación, ya que aceptar el pluralismo supone admitir que siendo el pueblo plural, su voluntad soberana también lo es; y en consecuencia, tanto la voluntad mayoritaria como la minoritaria emanan de la fuente misma del poder soberano¹⁹⁶.

Así, una cosa es que la técnica de las mayorías constituya un medio necesario para posibilitar la formación de una voluntad única del Estado, como forma de organización social; y otra es que esa técnica se proyecte sobre todo el funcionamiento estatal, y en especial sobre el ámbito de la discusión, justificando ciertos desequilibrios a favor de la mayoría hasta dificultar la expresión de opiniones alternativas. Estas son en tanto que opiniones concurrentes a la formación de la voluntad estatal, tan legítimas como la mayoría.

¹⁹⁵ Como señalara Kelsen, la unidad del pueblo solo puede afirmarse en sentido normativo, ya que según un criterio sociológico es una aglomeración heterogénea. Cfr. Kelsen Hans, *Esencia y valor de la democracia*, Guadarrama, Madrid, 1977, p. 30.

¹⁹⁶ Cfr. Basso, Lelio, *Natura e funzioni dell opposizione dell ordinamento costituzionale italiano*, en *Discorsi e scritti sulla Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1958, p. 377.

Por lo tanto, no solo debe tolerarse su existencia, sino que debe reconocerse la función o rol institucional que ejercen, garantizándose los instrumentos y derechos necesarios para el desempeño de este rol institucional.

El planteo, por consiguiente, consiste en integrar la voluntad de la “Minoría Política” en los órganos estatales para que el ejercicio del poder no quede exclusivamente en manos de la mayoría.

Así corresponden a la Minoría Política funciones y derechos como la capacidad de conocer como la mayoría ejerce el poder con el fin de denunciar sus errores o buscar aportar alternativas; el derecho a presentar ante la sociedad sus posturas y discrepancias frente a cada decisión que deba tomarse; la capacidad para activar la discusión en aquellas materias que a su juicio deban plantearse, etc.

Sin duda alguna, existe una notable falta de desarrollo en muchos ordenamientos jurídicos en torno a esta situación, si la contrastamos con la homogeneidad alcanzada en el ámbito de los derechos humanos individuales, aunque algunos de ellos tengan una dimensión colectiva.

La distancia entre realidad y norma, entre funcionamiento del sistema político y encuadramiento constitucional, se acrecienta en muchos de los llamados nuevos constitucionalismos latinoamericanos, particularmente en aquellos países que se han visto encandilados por políticas populistas que han generado grandes movimientos sociales y políticos de apoyo. En estos contextos la Minoría Política sufre serios embates que limitan los derechos de sus integrantes hasta límites previamente inadmisibles.

Por consiguiente, creemos que algunos modelos del derecho comparado que han institucionalizado a la oposición en diferente forma, tal como el inglés o el portugués que seguidamente revisaremos, pueden servir de base para generar algunas propuestas que permitan equilibrar aquellos sistemas políticos con fuerte tendencia hegemónica, sustentados en cultos a la personalidad y centrados en grandes movimientos políticos sociales.

3. Minoría Política y Oposición.

Desde el punto de vista del lenguaje político los términos oposición y minoría no son sinónimos, ya que el concepto de oposición es esencialmente jurídico y político, mientras que el de minoría es mucho más amplio: cabe hablar de minorías étnicas, lingüísticas, sexuales, sociales, etc. que no se pueden reconducir a la noción de oposición.

Así, la definición de “Minoría Política” como “oposición” dependerá del régimen político, de las relaciones entre el gobierno y el Congreso, del sistema electoral que se escoja y en determinadas ocasiones de la garantía que se pueda dar constitucionalmente a ciertas agrupaciones políticas por su situación de inferioridad numérica. Es decir, variará dependiendo de si se trata de un sistema de gobierno parlamentario o de un régimen presidencial. A su vez la definición mutará en el caso de los regímenes parlamentarios con dos grandes partidos que se alternan el poder y que se organizan mediante la forma de gobierno-oposición, por ejemplo Inglaterra o España, de los regímenes parlamentarios de tipo multipartidistas, por ejemplo Italia, en donde existe una variedad de partidos que pueden llegar a hacer parte de la coalición de gobierno aun siendo minoría.

Teniendo en cuenta este aspecto, en el caso de los gobiernos de tipo parlamentario organizados en la forma de mayoría – oposición, el término “Minoría Política” puede llegar a ser entendido como oposición, pero en el caso de los regímenes parlamentarios que no se organizan de esta forma el término “Minoría Política”, no puede dar lugar solamente a que se entienda como partido de oposición, sino a todos aquellos partidos que no han obtenido la mayoría de bancas en el parlamento. En este último caso los partidos minoritarios pueden adquirir distintas formas ya que tienen la posibilidad de realizar coaliciones de gobierno con el partido mayoritario, constituirse en partidos de oposición o establecerse como partidos minoritarios neutrales que no han decidido si apoyan o no al partido de gobierno.

Con relación a los regímenes presidenciales como Argentina, el término “Minoría Política” puede hacer referencia a los partidos que no se corresponden con el partido político del presidente-gobierno - o con los partidos políticos que han obtenido menores escaños en el Congreso. En este tipo de regímenes se puede dar el caso en que un partido político tenga la mayoría de bancas en el Congreso, pero que no se corresponda con el partido político del Presidente, o que por el contrario exista correspondencia entre el partido de gobierno y el partido mayoritario en el Congreso.

Igualmente en los regímenes políticos presidenciales se pueden presentar partidos políticos minoritarios de distinta índole, no solo atendiendo al criterio numérico del concepto sino también desde la concepción política. Así por ejemplo, se pueden dar partidos políticos minoritarios de oposición, partidos políticos minoritarios que se declaren neutrales al gobierno o aquellos partidos minoritarios numéricamente que realicen coaliciones con el partido político mayoritario. En este último caso no pierde el partido de coalición su categoría de minoritario, especialmente por dos razones: en primer lugar porque sigue teniendo un menor número de bancas en el Congreso y en segundo término porque no pierde la posibilidad de romper en cualquier momento la coalición y empezar a hacer oposición a su anterior aliado.

También se debe tener en cuenta que la definición de partido político minoritario dependerá del sistema electoral elegido que condiciona en gran medida la existencia de un mayor o menor número de grupos minoritarios. El sistema mayoritario puro fomenta la aparición de una única minoría, mientras que el sistema proporcional incrementará la presencia de distintas fuerzas minoritarias¹⁹⁷.

Se debe resaltar que el término “Minoría Política” también ha sido usado para darle reconocimiento a las minorías étnicas, de género o grupos de interés, que se estima deben ser tutelados mediante el otorgamiento de bancas permanentes para que de esta manera se fortalezca la representación proporcional en el Congreso. En este tipo de casos los partidos políticos que representen a éstas agrupaciones pueden ser considerados como minoritarios con relación al número de bancas que se establecen de manera permanente en el Congreso¹⁹⁸.

En el caso Argentino, el régimen político es presidencial con un sistema electoral proporcional, que puede dar lugar a que se presenten diferentes escenarios en las relaciones políticas entre el Gobierno y el Congreso. En primer lugar se puede dar el caso que exista una correspondencia entre el partido político que gobierna y el partido político mayoritario en el Congreso; en un segundo lugar se puede presentar el caso que no exista correspondencia entre el partido de gobierno y el partido mayoritario en el

¹⁹⁷ Requejo, Paloma, *Democracia parlamentaria y principio minoritario: la protección constitucional de las minorías parlamentarias*, Barcelona, Ariel, p. 39.

¹⁹⁸ En este caso se puede utilizar el término sugerido por Paloma Requejo de “minorías permanentes” como aquellas que debido a un factor de individualización que se prevé como duradero – religión, tradiciones –, e incluso inmutable – raza, idioma – hará que nunca puedan llegar por sí solos a obtener una mayoría parlamentaria porque su propia área de influencia política es limitada. *Ibíd.*, p. 40.

Congreso, y por último, debido a que se establece un sistema bicameral, puede ocurrir que una Cámara del Congreso se corresponda con el partido de gobierno y la otra no.

Lo afirmado en el párrafo anterior define la normatividad del sistema, lo que es posible, pero en la realidad práctica - como hemos visto en los primeros capítulos del libro - el sistema político ha consolidado una matriz personalista, derivada del férreo presidencialismo; un modelo democrático delegativo; y un sistema de movimiento hegemónico.

El efecto de tamaña concentración de poder se proyecta sobre el sistema político de tal manera que el Presidente, jefe de gobierno, de estado y líder político del movimiento mayoritario en el poder, concentra en la práctica la titularidad del ejecutivo y la decisión del legislativo, desvirtuando la separación del poder y transformando la clásica trilogía en un esquema dual de división de poderes: Poder político v. Poder jurisdiccional.

Aclarados debidamente los términos y alcances de los conceptos de “Minoría” y “oposición” podemos afirmar que “Minoría Política” y “oposición” habitualmente se identifican, es decir la “Minoría Política” es la que desempeña una actividad opositora, es una minoría de oposición¹⁹⁹. Lo dicho no significa negar las distinciones enumeradas que responden a diferentes criterios lógicos (el ser mayoría o minoría depende únicamente de un criterio cuantitativo o numérico; el de oposición viene determinado por un criterio cualitativo que se centra en las diferentes posiciones políticas). Sin embargo relativizamos la distinción en los sistemas fuertemente mayoritarios, ya que la fractura institucional relevante es la que se establece entre gobierno y “Minoría Política” u oposición, haciendo referencia a los grupos minoritarios que se ubican fuera de la mayoría y desempeñan en el sistema la función de oposición.

“Así pues, el concepto de “Minoría Política” (por lo general utilizado en los regímenes parlamentarios) puede identificarse con el de oposición – organización. Solamente cuando la función de oposición es desempeñada en la práctica por un único grupo, o cuando el propio ordenamiento reconoce esa condición y le atribuye un estatuto jurídico específico (como ocurre, paradigmáticamente en Gran Bretaña) pueden

¹⁹⁹ Algunos autores italianos también han hecho inca pié en la diferencia de estos conceptos. Así se afirma que la oposición se distingue por ser un gobierno a la espera o alternativo, mientras que la minoría política no persigue necesariamente la sustitución del gobierno existente. Cfr. Massari Oreste, *Natura e ruolo delle opposizioni politico-parlamentare*, en Pasquino G. (a cura di): *Opposizione, governo ombra, alternativa*, Laterza, Bari, 1990, pp. 27/88.

diferenciarse ambos conceptos. Fuera de estos supuestos, en principio, toda minoría...excluida del poder critica al gobierno con el propósito – más o menos realista – de llegar a reemplazarlo , o al menos, de llegar a formar parte de una mayoría distinta”²⁰⁰.

Por lo tanto, como regla general, la “Minoría Política” ejerce la función de oposición, y el ejercicio de ésta requiere que el ordenamiento garantice a la misma ciertos derechos y capacidades de actuación, especialmente, según las propuestas que desarrollaremos, en la esfera legislativa y en el control de constitucionalidad.

4. La Minoría Política como garantía institucionalizada: el modelo inglés y el portugués.

El derecho comparado nos permite examinar algunos sistemas que otorgan un reconocimiento específico a la “Minoría Política”, atribuyéndole personalidad (identidad y capacidad de actuación) propio, como grupo de oposición. En estos casos la oposición aparece como un sujeto político y legislativo formalizado, distinto de las demás minorías que pueden compartir con ella la función de oposición.

Consecuentemente, esta fórmula de institucionalización de la oposición comporta como contrapartida la selectividad que implica que las otras minorías de oposición son prácticamente ignoradas en tal función, lo que explica la dificultad para consolidar este tipo de organización en sistemas multipartidistas.

Sin duda, su desarrollo es más fácil cuando se dan una serie de presupuestos: 1) cuando el ejercicio de la oposición está monopolizado por un único partido o un bloque homogéneo de partidos, ya que es mucho más fácil identificar la función y la organización que la protagoniza, lo que es usual en sistemas bipartidistas o tendencialmente bipartidistas; 2) cuando la relación entre mayoría y oposición es esencialmente conflictual (democracia mayoritaria) ya que la fractura política es mucho más nítida que cuando es básicamente consensual²⁰¹.

En este supuesto, es posible que un partido o coalición se presente ante la opinión pública como el partido de oposición única alternativa verdadera para

²⁰⁰ Sánchez Navarro, Angel J., *Las minorías en la estructura parlamentaria*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pp. 45/46.

²⁰¹ Cfr. Pasquino Gianfranco, *Opposizione, governo ambra, alternativa*, Laterza, Bari, 1990, p. 9.

constituirse en mayoría. Este fenómeno puede ser reconocido de alguna forma por el ordenamiento y sus efectos no solo se limitan al ámbito legislativo sino que se extienden a toda la estructura institucional del sistema.

Gran Bretaña presenta la forma originaria y más avanzada en este proceso de institucionalización, que ha sido designado como Gobierno en la sombra o *Shadow Cabinet*.

Esta denominación designa una forma de organización que solo existe formalmente en Gran Bretaña y en otros países del Commonwealth²⁰². En estos sistemas, generalmente bipartidistas se considera Líder de la Oposición oficial y Primer ministro en la sombra al líder del partido minoritario que cuenta con más escaños en la Cámara de los Comunes. El Gobierno en la sombra se organiza en forma mimética respecto del Gobierno Nacional maximizando los paralelismos para facilitar el ejercicio de sus funciones, en incluso, presentar ante la opinión pública un programa de Gobierno alternativo y un equipo encargado de ejecutarlo. Esta característica permite un alto grado de continuidad entre la Oposición y la Mayoría²⁰³.

La simetría respecto al Gobierno se lleva hasta el punto de asumir algunas de las reglas de actuación de éste, y muy especialmente la solidaridad en la defensa de la política del Gabinete como medio de asegurar la homogeneidad y cohesión política del equipo alternativo de Gobierno²⁰⁴.

El derecho británico reconoce la existencia de esta oposición oficial en varios procedimientos, como por ejemplo en la fijación del orden del día, en la iniciativa de la moción de censura, o en el debate presupuestario. Pero además, la figura del líder de la Oposición recibe un reconocimiento especial como un Primer Ministro alternativo (frecuentemente ex Primer Ministro y probablemente futuro Primer Ministro) y como cabeza visible de esa rama del Gobierno de Su Majestad.

Su actividad se considera constitucionalmente como una verdadera función pública, complementaria a la de Gobierno, lo que justifica que perciba un salario²⁰⁵.

²⁰² Canadá (1905), Sudáfrica (1909) y Australia (1920), entre otros, han introducido esta figura.

²⁰³ De Vergottini, Giuseppe, *La forma de gobierno de oposición garantizada*, Revista de Estudios Políticos, N° 9.

²⁰⁴ *Ibídem*, pp. 147/154.

²⁰⁵ *Ibídem*, p. 223.

Este esquema de oposición institucionalizada fue implementada por la famosa *Ministers of the Crown Act* de 1937.

Esta ley inglesa se edifica en los siguientes presupuestos: a) la existencia de un sistema bipartidista que garantiza que sólo hay una oposición parlamentaria; b) la idea de que la oposición es un gobierno en la sombra, un *shadow cabinet* que tiene como intra función velar por que se respete la cohesión política del Consejo de Ministros en la sombra.

El *shadow cabinet* tiene entre sus prácticas la de gabinete restringido, la organización de comisiones de ministros con competencias sectoriales y la institución de departamentos administrativo destinados a servir de contrapeso a los gubernamentales; c) la igualdad de funciones entre la oposición y el gobierno, aunque con limitaciones: 1) en materia de secretos de Estado y 2) por razones de lógica, es decir, para impedir que una minoría que ha perdido unas elecciones acabe imponiendo por vías de hecho un programa que ha sido derrotado en los comicios.

Entre las garantías que la legislación y los reglamentos británicos contemplan para la oposición, habría que mencionar: la iniciativa parlamentaria inglesa en los días de *supply* (29 días por cada periodo de sesiones en los que se discute el gasto público), copresidir -en razón proporcional a su número- los órganos del parlamento, la representación proporcional del parlamento en el exterior, la elaboración conjunta del orden del día y de los programas de trabajo, la participación conjunta y proporcional en las comisiones legislativas, un derecho de consulta para la formación de los gobiernos, tiempo garantizado de intervención para el debate, disposición de locales y medios materiales²⁰⁶.

En Portugal si bien no se reconoce una forma de oposición similar al Shadow Cabinet británico, el sistema atribuye la titularidad del derecho de Oposición a todas las minorías parlamentarias e incluso a los partidos como tales.

El examen detallado de diversos aspectos de la vida parlamentaria confirma esta tendencia en varios momentos (composición de los órganos colegiados de gobierno de la Asamblea de la República, fijación del orden del día, etc.).

²⁰⁶ Cfr. Cárdenas Gracia, Jaime, *Las funciones de la oposición y su regulación jurídica*, Anuario Jurídico XXVIII, 1991, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Este ordenamiento opta por renunciar a la selectividad o concentración de la oposición (propio del bipartidismo), esforzándose por evitar toda discriminación entre los diversos partidos o grupos de oposición, y se inclina por la dispersión de la institucionalidad de la oposición (propio del multipartidismo).

Este reconocimiento está formulado en el artículo 117.2 de la Constitución y en la ley 59/1977 que norma el derecho de oposición. Este estatuto establece el reconocimiento de los derechos de oposición de los partidos políticos que no forman parte del gobierno; define a la oposición como toda "actividad democrática de crítica y fiscalización política de la acción del gobierno y la formación de alternativas constitucionalmente legítimas al gobierno"; admite que la ley 59/1977 no afectará el derecho de oposición de los partidos sin representación parlamentaria; concede el derecho de información de los partidos que no forman parte del gobierno; determina el derecho de participación y de intervención de los partidos de oposición sobre cualquier cuestión de interés público relevante, y de participación en todos los actos y actividades oficiales; garantiza un derecho de consulta previa sobre la fijación de las fechas de las elecciones, orientación de la política exterior, orientación general de la política de defensa nacional, presupuesto general del Estado; estatuye un derecho de colaboración legislativa y otro de comparecencia ante comisiones nombradas fuera del ámbito parlamentario sobre materias de interés nacional; otorga derechos a los partidos de oposición en el uso y control de los órganos de comunicación social; asimismo reconoce el derecho de oposición a los partidos de minoría de las regiones autónomas.

5. Diagnóstico Institucional Argentino

El modelo institucionalizado de la oposición representado por el tipo británico, no ha llegado a imponerse en otros ordenamientos fuera de la Commonwealth, aunque sigue siendo un modelo descriptivo y normativo que se presenta como una vía practicable.

Así, un panorama del derecho comparado, nos muestra que la oposición institucionalizada tiene poca o nula presencia fuera del régimen británico, más allá de encontrar algunas vías institucionales de protección para la Minoría Política al estilo portugués, o como los ordenamientos constitucionales y legales de Alemania, España,

Perú, Brasil, y Chile²⁰⁷ al legitimar a la Minoría Política para plantear una acción de control de constitucionalidad de las leyes.

Sin perjuicio de ello, nos inclinamos por dicha institucionalización en el modelo político argentino, por el diagnóstico o fundamentos que a continuación exponemos.

El sistema político argentino, a partir del periodo democrático inaugurado en 1912 con la Ley Sáenz Peña de voto universal y secreto²⁰⁸, dejó al descubierto la fragilidad del sistema institucional para resistir los embates que, por distintas razones, fue recibiendo el mismo. Los gobiernos democráticos, arribados, con mayor o menor legitimidad a través del voto popular, se alternaron a partir de 1930 con gobiernos militares, llegados al poder por medio de golpes de estado (militares y cívico militares) que muchas veces tuvieron un importante apoyo en distintos sectores de la sociedad argentina, la cual fue configurándose como fuertemente corporativa.

Al fracaso temporal de la de democracia representativa y constitucional que instaló la constitución de 1853-60, producto de los aludidos golpes de estado, se sumó el acoso sustancial a la misma a partir del desarrollo ideológico del nacionalismo²⁰⁹ y de la aparición competitiva en el país de otros modelos, discutiblemente democráticos para quienes identifican la democracia con la poliarquía²¹⁰, y claramente no constitucionales para quienes consideramos al constitucionalismo como limitación a la aspiración del autogobierno popular basado en los derechos y la división del poder, como la democracia popular, ligada al periodo mundial de crecimiento soviético²¹¹, y la

²⁰⁷ Estos ordenamientos legitiman a la Minoría Política bajo distintas condiciones para interponer un recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. Arts. 93.1.2. Constitución Alemana; 162. 1 a) Constitución Española; 204, numeral 5. Constitución Peruana; 103. VIII Constitución Brasileira; 82 Constitución Chilena.

²⁰⁸ Que se complementaría con la Ley N° 13.010 de voto femenino en 1947.

²⁰⁹ Ver Floria, Carlos *"Pasiones nacionalistas"*, Fondo de Cultura Económica, 1998; y Perina, E., *"La Argentina acosada. Ideologías vs. Nación"*, Sudamericana, Buenos Aires, 1996.

²¹⁰ Ver Dahl, Robert *"Es Democrática La Constitución de Los Estados Unidos"*, Fondo de Cultura Económica, USA, 2003; *"Entrevista Sobre El Pluralismo"*, Fondo de Cultura Económica USA, 2003; *"Dilemmas of pluralist democracy: autonomy vs. Control"*, New Haven, Yale University Press, reprint 1983.

²¹¹ La utilización del vocablo democracia por estos regímenes, como en la República Democrática Alemana, se ha considerado un abuso por parte de quienes identifican la democracia con la poliarquía. Sin embargo, según sus partidarios, estos regímenes serían democráticos en varios sentidos: la pertenencia plena a la comunidad política es universal, no está mediada por criterios censitarios; hay mecanismos orgánicos de participación política, mediados por el partido, y el Estado se define por un programa de políticas públicas: educación y cultura, sanidad, deportes, etc., también orientadas a esa participación universal.

democracia populista, atractivo esquema para una cultura autoritaria como la que ha imperado históricamente en el país²¹².

Así, la democracia argentina ha enfrentado - en distintas etapas de su historia - adhesiones sociales a dos modelos opuestos: el modelo orgánico, representativo, republicano y constitucional, que pretendiera edificar la constitución originaria o histórica de corte liberal, *aggiornada* al modelo social a partir de 1957 y con mayor intensidad a partir de la reforma de 1994, con la cual comulgan muchos sectores de la sociedad; y el modelo - definido en esta obra como populista - caracterizado por la consolidación hegemónica de un líder político que encarna discursivamente un proyecto nacional y popular, legitimado siempre por la emergencia, cuya aspiración política y social es la conformación y desarrollo de un movimiento que acapare el sentir y el pensamiento general.

Este último modelo democrático, que desdibuja - como lógica consecuencia - la división clásica del poder inclinando la balanza decididamente en cabeza de dicho líder titular del Ejecutivo al que se le reconoce y justifica la iniciativa política y constitucional unilateral, es justificado y aspirado por muchos otros sectores del entramado social, político y académico argentino, y ha ganado terreno a partir de la crisis económico social que viviera el país sobre fines del año 2001 y principios del 2002²¹³.

La recuperación de la democracia en 1983 instaló en la comunidad política una vocación constitucional reformista que emergió - como hemos dicho - como reparador mágico de las frustraciones nacionales y disparador de un futuro promisorio. Esta utopía

²¹² Ver García Hamilton, José I., *“Los Orígenes de nuestra cultura autoritaria (e improductiva)”*, Calbino, Buenos Aires, 1990.

²¹³ Contrariamente a lo que pensamos existe una fuerte corriente doctrinaria que afirma que la democracia liberal reacciona contra la sociedad de masas para conformar una democracia de élites. “A guisa de ejemplo podríamos mencionar que la democracia, en tanto forma de intervención en las decisiones de una sociedad según los principios de la igualdad y la participación, en nuestros países está siendo socavada por tendencias neoconservadoras y neoliberales que no solo equiparan la lucha política por el poder a la lógica económica del mercado y del cálculo individual, sino que han colocado en marcha la política preventiva del gobierno de las élites. Con base en este recurso ideológico en realidad lo que se persigue es la neutralización de la democracia de masas y, por consiguiente, la domesticación de los efectos nocivos provocados por los desbordamientos que se atribuyen al pueblo cuando este funge como protagonista político (los riesgos de la tiranía y el despotismo de las mayorías). De este modo, la observancia de la práctica política, Cfr. Córdoba Gómez, J.A., *“Liberalismo y Democracia en la Perspectiva de Norberto Bobbio”*, Convergencia Revista de Ciencias Sociales Vol. 15, N° 48, Universidad Autónoma del Estado de México, septiembre-diciembre, 2008, pp. 29/49.

constitucional logró su concreción en el Pacto de Olivos que, si bien concentró un importante consenso representativo, alteró –los derechos fundamentales de la disidencia o Minoría Política, los cuales constituyen limitaciones férreas a la regla de la mayoría que rige el modelo democrático, desde la perspectiva de nuestra visión constitucional.

A más de treinta años de estos sucesos, que por sobre la crítica formulada (y muchas otras que hemos formulando) parecieron alinear a la república, reiteramos, en la senda del consenso político, nuevamente el país transita por caminos de inestabilidad institucional muy marcados.

El presidencialismo, lejos de atenuarse, ha consolidado la figura y las facultades del líder; el federalismo se reduce a un dilema del prisionero para la mayoría de los gobernadores que se ven obligados a alinearse con el Ejecutivo Nacional para posibilitar su subsistencia política y la económica de las provincias; el Jefe de Gabinete de Ministros, desafía al Congreso con sus inasistencias inconstitucionales²¹⁴ y no ha sido nunca el fusible institucional que imaginaron los reformistas de 1994²¹⁵.

La independencia judicial – otrora bandera del Consejo de la Magistratura introducido por la reforma – cada vez más cercada por la política; la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires vaciada de contenido, la sufren a diario sus habitantes; la jerarquía constitucional y la finalidad del Ministerio Público, bajo la dependencia estricta del Ejecutivo; los órganos de control totalmente desarticulados; y la participación ciudadana orgánica prevista en la constitución, ha sido avasallada por la militancia política partidaria que se financia con fondos públicos.

Frente a este diagnóstico institucional, que la reforma constitucional de 1994 buscó idílicamente atenuar sin lograrlo, creemos bajo un criterio realista que se requieren modificaciones constitucionales y legales para equilibrar el sistema político argentino, claramente personalista y políticamente hegemónico. A continuación proponemos y justificamos algunas de ellas.

²¹⁴ Artículo 101 de la Constitución Nacional.

²¹⁵ Muy por el contrario, la figura podría ser desnaturalizada para intentar superar una posible imposibilidad de reforma constitucional que permita la reelección vedada de la Presidente. Ver un interesante artículo de Luis Gregorich, “*Alternativas para la eternización Populista*”, diario “La Nación”, 06/02/13.

6. Propuestas institucionales en defensa de la Minoría

Hemos sostenido, con argumentos sólidos desde nuestra perspectiva, que la “*Minoría Política*” constituye una garantía institucional de la Democracia constitucional, ya que legitima las decisiones de la mayoría y hace posible los principios de alternancia, pluralismo, tolerancia y resguardo de las minorías, que se encuentran ínsitos en la propia definición de democracia.

No se entienda nuestra postulación – reiteramos para evitar malos entendidos – que la alternativa a la decisión mayoritaria sea la de una minoría. Ambas existen sólo con ocasión de una decisión, pero el objeto y las condiciones de la decisión requieren de procedimientos que respeten los derechos y las reglas que conforman la democracia. En el ámbito del ordenamiento jurídico de una democracia constitucional, las reglas sobre la decisión están sujetas a normas material y/o formalmente supra ordenadas, por lo cual la mayoría no puede tomar cualquier decisión sobre cualquier cuestión.

El problema en realidad se nos plantea para aquellos que concebimos a la democracia como constitucional, es decir como el gobierno de la mayoría, pero de una mayoría limitada por los derechos individuales y la división del poder. Otros modelos como hemos visto y revisados, también llamados democráticos, flexibilizan o desnaturalizan estas limitaciones, privilegiando con mayor o menor intensidad el principio mayoritario y, en muchos casos, desnaturalizando el mismo en beneficio de una burocracia paternalista.

Para la minoría que resulta de la puesta en marcha de un proceso de decisión sujeto a la regla de mayoría, los problemas se centran en el establecimiento de un conjunto de reglas formalizadas que protejan en su status fundamental a esa parte del colectivo que resultó ser minoritario.

Ante la tensión natural que implica la amalgama de la democracia y el constitucionalismo nos inclinamos decididamente por la conveniencia para nuestro país de un modelo fuerte o robustamente constitucional²¹⁶ de la democracia, donde los derechos en general y los derechos políticos en particular resultan “indecidibles” para las “mayorías” y donde la “*Minoría Política*” no quede relegada a la mera actuación discursiva en torno a sus ideas y propuestas pudiendo y debiendo cumplir una función

²¹⁶ Adhiriendo a la terminología que utiliza Carlos Nino, al diferenciar modelos constitucionalmente más o menos robustos. Ver Nino, Carlos S. “*La Constitución de la Democracia Deliberativa*”, Gedisa, Barcelona, 1997, traducción de Roberto Saba, p. 16/17.

de control participativa del “gobierno mayoritario” que le permita proyectar sus propuestas y capturar la posibilidad de transformarse en “*mayoría*”, haciendo efectivo el principio de la alternancia democrática.

Este razonamiento nos remite, entre otros varios aspectos del control público, al control de constitucionalidad como herramienta para hacer vigente el principio de supremacía constitucional y al órgano encargado de dicho ejercicio.

Al respecto, podemos discutir si resulta conveniente mantener dicha función esparcida en el Poder Judicial, como prevé nuestro sistema difuso; o si debemos variar – al igual que gran parte de Latinoamérica – hacia un sistema concentrado o mixto en cabeza del Poder Judicial; de una Corte Constitucional dentro del Poder Judicial o de un Tribunal Constitucional fuera del mismo. Las variantes pueden ser muchas y ninguna, bueno es saberlo, será inocua.

No desconozco que las propuestas institucionales que seguidamente se exponen en los puntos siguientes pueden dificultar u obstaculizar la gobernabilidad, pero dicho riesgo es menor frente al peligro que afrontan los derechos individuales y el principio de control del poder en el marco de un modelo democrático como el que propone en los últimos años el populismo²¹⁷.

Las reformas institucionales en protección de la *Minoría Política* tienen como objetivo la institucionalización de la misma y su consideración constitucional como colectivo titular de derechos y funciones de acción y control, como forma de equilibrar aquellos sistemas políticos que, como el argentino, han ido proyectándose hacia un modelo personal, hegemónico y populista.

Los hechos sucedidos en el país desde la recuperación de la democracia nos inclinan en la dirección apuntada, donde el equilibrio consensual del sistema de gobierno se procure no a través del cambio del modelo presidencial por un parlamentarismo extraño a nuestra historia e idiosincrasia (un debate continuo en la política y en la doctrina constitucional) sino por intermedio de un diseño que balancee nuestro fuerte ejecutivo y el sistema político mayoritario por medio de distintas propuestas que se concentran en las siguientes ideas generales:

²¹⁷ Podrían complementarse modificando algunos órganos constitucionales de control y creando otros nuevos que persigan una mayor eficiencia y transparencia ciudadana respecto de la actuación y los integrantes del poder público, ya que el tema de la eticidad de la función pública es crítica en el país.

a. Recuperar para el legislativo sus facultades originarias de control, a través de un rol activo e intenso de la “*Minoría política*” en su funcionamiento, para neutralizar el efecto de obediencia partidaria que sobre el legislativo causa el sistema político de grandes partidos, alianzas o movimientos combinado con el presidencialismo hegemónico.

b. Fortalecer la independencia del Poder Judicial y del Ministerio Público respecto de los poderes políticos del gobierno y acrecentar la función institucional del Poder Judicial como “contra mayoría”.

c. Institucionalizar a la “*Minoría Política*” en su carácter de oposición como colectivo titular de funciones y derechos de control de la mayoría y de participación política activa que le permita presentarse ante la sociedad como alternativa y como factor de equilibrio de las mayorías.

7. Democracia y control de constitucionalidad

Propondremos en este punto modificaciones a nuestro sistema de control de constitucionalidad con vistas a los objetivos tenidos en mira, recordando que nuestro sistema de control ha seguido el modelo norteamericano judicial y difuso, siendo Argentina el único país en América que mantiene el modelo de la judicial review sin mayores alternaciones²¹⁸.

A) *Legitimación activa de la Minoría Política* para interponer una acción de inconstitucionalidad de leyes o de normas de carácter general en competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El derecho a activar el control de constitucionalidad tiene implicancias políticas que superan el mero cauce procesal de inaplicación del ordenamiento jurídico de normas o actos inconstitucionales. No podemos obviar, en este sentido, la crítica formulada a menudo sobre la utilización política de la jurisdicción constitucional cuando se afirma que muchas veces la *Minoría Política* pretende lograr, a través de lo que no pudo conseguir en el debate legislativo.

²¹⁸ Para ampliar los modelos y sistemas de control de constitucionalidad puede verse nuestra obra *Control de Constitucionalidad*, Astrea, 2012.

Es que el dilema planteado, enfrenta uno de los problemas capitales que se plantean en el Estado constitucional contemporáneo: la relación entre la justicia constitucional y la representación popular. Pues, en efecto, la progresiva ampliación del control judicial del poder político entraña el peligro de la suplantación del poder constituyente por la Justicia, o en otros términos, la sustitución del gobierno de los representantes del pueblo por el gobierno de los jueces²¹⁹.

Sin perjuicio de esta crítica, son muchos los sistemas en los cuales se puede activar el control de constitucionalidad por parte de *Minorías Políticas* legislativas. Esta herramienta procesal constitucional busca superar los eventuales abusos de poder o la afectación de los derechos fundamentales protegidos por la Constitución frente al gobierno y a las mayorías legislativas, es parte de las bases esenciales o vertebrales de la democracia pluralista en cuanto supone un límite al poder de la mayoría y un cauce para el control de ella.

La legitimación activa de *la Minoría Política* para interponer una acción de inconstitucionalidad de leyes, en control preventivo o represivo, constituye – según nuestra perspectiva - un contrapeso jurídico a la centralidad del gobierno en los regímenes tanto presidencialistas como parlamentarios, otorgando a la minoría un instrumento de control y garantía para evitar el potencial abuso y concentración del poder de las mayorías.

Esta acción tendría un efecto equilibrador en los sistemas fuertemente mayoritarios y hegemónicos, ya que, por un lado, abre un interregno, un espacio de reflexión y negociación, con las mayorías, pues es dable pensar que la minoría legitimada sólo recurrirá al Alto Tribunal cuando cuente con sólidos fundamentos para sostener su criterio jurídico constitucional, ya que el hecho de ser derrotado en vía jurisdiccional le significaría una pérdida de credibilidad ante la ciudadanía y un costo político importante, al verse la mayoría que impulsó la norma doblemente legitimada. Por otra parte, esta acción en cabeza de la *Minoría Política* generaría en las mayorías un dique de contención y mayor responsabilidad en la generación de las normas, ante la posible declaración de inconstitucionalidad por parte del órgano de control²²⁰.

²¹⁹ Hemos trabajado intensamente esta tensión en nuestras obras *Control de Constitucionalidad*, Astrea, 2012 y *Democracia vs. Constitución*, Fundación para el estudio de las ciencias jurídicas, 2012, a las cuales nos remitimos.

²²⁰ En este orden de ideas, ver Mezzetti, Luca, *Giustizia Costituzionale e Opposizione Parlamentare. Modelli europei a confronto*, Maggioli, Forlì, 1993 págs. 198 y 319.

Es bueno recordar que la protección de las minorías conceptualmente ha estado presente en los orígenes del control de constitucionalidad, tanto en el modelo difuso²²¹, como en el concentrado²²². Pero solo tras la experiencia histórica de la Segunda Guerra Mundial, la idea de separación de poderes es condicionada por la noción de control como restricción normativizada al ejercicio del poder, en aras a la protección de las minorías.

Así pues, en el moderno Estado constitucional de partidos la separación de poderes no se sustancia ya en el abstracto diseño de ciertos contrapesos orgánicos, sino en la atribución de las funciones de gobierno a la opción mayoritaria y en la paralela asunción de las funciones de control y oposición democrática (alternativa) a la opción minoritaria. Si la democracia no es imperio de la mayoría, sino la garantía de la decisión racional de la contraposición mayoría/minoría y de la supremacía de decisión de aquélla en el respeto, preservación y aseguramiento de ésta, la democracia es también hoy el Estado de derecho de la oposición garantizada²²³.

En estas circunstancias, resulta casi inevitable atribuir, de una u otra forma, participación a la minoría política en el proceso de control de constitucionalidad de la ley y es por esta razón que en distintos ordenamientos constitucionales se recogen, de forma más o menos institucionalizada, derechos y procedimientos a favor de las minorías, concretados en medios que permiten la incorporación de la voluntad de la minoría en el proceso político mediante su intervención directa o su capacidad de

²²¹ Ha sido uno de los argumentos centrales de la sentencia del Juez Marshall en “Marbury v. Madison”, Cfr. Amaya, Jorge Alejandro, *Marbury v. Madison. Sobre el origen del control judicial de constitucionalidad*, La Ley Paraguaya, Asunción 2012 y Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2013, op. cit. capítulo IV, pp. 68/78.

²²² Respecto del modelo concentrado, si bien es cierto que ni en Checoslovaquia ni en Austria, primeras constituciones en receptarlo, no se asignó un papel específico a la minoría política ante el Tribunal Constitucional, es posible ver cómo se tuvo en cuenta esta vinculación desde los primeros escritos acerca del origen de los tribunales constitucionales. Como es sabido, Kelsen asume una concepción procedimental, no sustantiva, de la democracia que, trasladada a la jurisdicción constitucional, provoca algunas limitaciones teóricas, suplidas desde la política. Pero a su vez, partiendo de la crítica a la ficción rousseuniana de que la mayoría representaba también a la minoría y la voluntad de la mayoría constituye la voluntad general, resalta la necesidad de conciliar el principio de la mayoría con los derechos de las minorías mediante el compromiso entre los grupos representados en el parlamento por la mayoría, en el denominado principio de la mayoría y la minoría. Como consecuencia de esa delimitación del principio mayoritario, reconocerá entonces la legitimación de las minorías ante el Tribunal Constitucional para evitar las consecuencias últimas de la imposición de la mayoría. Cfr. Escobar Martínez, Lina M., *El recurso de inconstitucionalidad y el triunfo de la Minoría Política en España. ¿Mito o Realidad?*, Revista de Derecho, Universidad del Norte, N° 26, Barranquilla, 2006, pp. 61/88.

²²³ López Aguilar, Juan F., *Tutela de la minoría y constitucionalidad de los actos parlamentarios*, en homenaje a Joaquín T. Villarroya, T° II, Fundación Valenciana de estudios avanzados, 2000, p. 644.

control. Garantizar la oposición ha sido y es, por lo tanto, un eje estructural en la edificación de todo Estado constitucional de derecho, sobre lo cual existe consenso.

B) *Legitimación activa de los partidos políticos, del Defensor del Pueblo y de ONG's* para interponer una acción de inconstitucionalidad de leyes o de normas de carácter general en competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En varios países, la legitimación activa para solicitar el pronunciamiento del Alto Tribunal no se reduce sólo a minorías políticas con representación parlamentaria, sino que se habilitan cauces para la expresión de minorías sociales que forman parte de la sociedad civil, o de órganos que las representan en el entramado institucional. Estas minorías insulares pueden verse afectadas en sus derechos por la acción de las fuerzas mayoritarias que toman las decisiones, adquiriendo así estos colectivos un cauce para impulsar el procedimiento jurisdiccional a través de instituciones como el Defensor del Pueblo, los Partidos Políticos u organizaciones de la sociedad civil que trabajen en la protección de los derechos de las mismas.

En Perú, por ejemplo, se encuentran legitimados para interponer la acción de inconstitucionalidad el Defensor del Pueblo, los Presidentes de región con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional o los Alcaldes Provinciales con acuerdo de su Concejo, en materias de su competencia, y los colegios profesionales en materias de su especialidad²²⁴. En Venezuela el Defensor del Pueblo, conforme el artículo 281 N3 de la Constitución está facultado para "Interponer las acciones de inconstitucionalidad, amparo, habeas corpus, habeas data y demás acciones o recursos necesarios para ejercer las atribuciones señaladas en los numerales anteriores, cuando fuere procedente de conformidad con la Constitución".

“Puede constatarse de la consideración de las disposiciones constitucionales mencionadas el común denominador de otorgar legitimación activa ante el Tribunal Constitucional a la institución del Defensor del Pueblo, en cuanto defensor de los sectores más débiles e inorgánicos de nuestras sociedades latinoamericanas, como defensor de los que no tienen voz en el sistema político y social”²²⁵.

²²⁴ Artículo 203 Constitución Política del Perú.

²²⁵ Cfr. Alcalá Nogueira Humberto, *La Legitimación Activa en los Procedimientos ante los Tribunales Constitucionales de América del Sur, en Justicia y Tribunales Constitucionales en América del Sur*, Palestra Editores, Lima, 2006, pp. 323/341.

Nuestra propuesta en este sentido, es legitimar para interponer una acción de inconstitucionalidad en competencia originaria de la Corte Suprema, no solo al Defensor del Pueblo, sino también a las ONG's constituidas regularmente para la defensa de los derechos de las minorías insulares y/o políticas; y a los Partidos Políticos que hubieran obtenido reconocimiento y personería por parte de la autoridad de controlar.

En este supuesto, proponemos lógicamente una modalidad represiva, con un plazo para la interposición desde la publicación de la norma (30-90 días), sin que el recurso posea efecto suspensivo.

C) Carácter obligatorio de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El máximo tribunal del país es la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la que tiene competencia originaria²²⁶; por apelación ordinaria²²⁷; y por apelación extraordinaria²²⁸.

Ahora bien, en este contexto y a efectos de mostrar las contradicciones que el sistema puede evidenciar y que nos impulsan a proponer la obligatoriedad de los fallos

²²⁶ Artículo 117 CN. “En estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente.

²²⁷ Artículo 116 CN “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que verse sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del art. 75; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en la que Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero”. La competencia ordinaria de la Corte deriva de este artículo que establece la competencia federal, y lo es siempre por apelación. Corresponde intervenir cuando de esa materia se trate.

²²⁸ La competencia extraordinaria de la Corte en ejercicio del control de constitucionalidad deriva del artículo 116 CN en tanto dispone que corresponde a la Corte y a los tribunales inferiores el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución; del artículo 31 que establece el principio de supremacía y el orden jerárquico del derecho positivo y del art. 75 inciso 22 que otorga superioridad a los tratados respecto de las leyes y reconoce jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos allí enunciados y a los que en el futuro la obtengan. Asimismo el artículo 43 producto de la reforma constitucional de 1994 dispuso que en el caso de la acción de amparo el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

de la Corte para los tribunales inferiores nacionales o provinciales, nos referiremos exclusivamente a los efectos de las sentencias constitucionales clásicas, que son aquellas que declaran o rechazan la inconstitucionalidad de una norma.

En la experiencia judicial argentina se presentan situaciones que son propias de un sistema difuso con falta de uniformidad de las decisiones por ausencia de la obligatoriedad legal del precedente.

Por ejemplo, que un Juez repunte constitucional una ley y otro resuelva lo contrario. Si no median recursos idóneamente interpuestos contra esos fallos, pueden quedar firmes los mismos, circunstancia que posibilita que el sistema judicial dé respuestas contradictorias. Es cierto el recurso extraordinario federal previsto en el artículo 14 de la Ley 48, permite llevar todo expediente donde se decida la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma presuntamente opuesta a la Constitución federal ante la Corte Suprema Nacional, pero como es sabido este recurso no siempre es articulado en tiempo y forma, y aunque lo fuere puede ser desestimado por la Corte en razón del amplio margen de discrecionalidad que la misma tiene para aceptar los recursos.

Otra hipótesis contradictoria se da en el caso en que una norma puede ser reputada en un fallo, por ejemplo de la Corte Suprema como constitucional, pero en otro posterior del mismo tribunal inconstitucional²²⁹. Estos vaivenes son frecuentes cuando la integración de la Corte ha variado, alternativa que en Argentina ocurre con frecuencia. Algunas veces la Corte recurre al argumento de las inconstitucionalidades sobrevinientes, es decir una norma pudo haber sido constitucional al momento de sancionarse, pero después por modificación del contexto de vida o por variación en las creencias sociales, concluye como inconstitucional²³⁰.

También la Corte Suprema argentina ha instrumentado sentencias constitucionales atípicas o no clásicas, en el sentido que no siempre encuadran dentro de la anterior categoría de fallos que admiten o rechazan los planteos de

²²⁹ Como sucedió por ejemplo con las leyes de obediencia debida y punto final, donde una composición de la Corte Suprema las consideró constitucionales y otra posterior inconstitucionales.

²³⁰ Ejemplo casos *Sejean*. CSJN Fallos 308:2268 e *Izcovich* CSJN Fallos 328:2566.

inconstitucionalidad de las normas, pero no nos referiremos a las mismas por considerarlo innecesario a los fines de este punto²³¹.

Respecto de la doctrina del precedente obligatorio que caracteriza al modelo norteamericano y diferencia al nuestro, la Corte Suprema argentina ha decidido dar a su jurisprudencia efecto vinculante, configurando una regla de derecho constitucional consuetudinario.

A estos efectos argumentó que los jueces tienen el deber moral de seguir sus decisiones²³²; y un deber institucional²³³, pudiendo apartarse del criterio de la Corte pero dando fundamentos de las razones. En algunos casos, la Corte ha hablado del deber de los tribunales inferiores de someterse a sus precedentes dada la autoridad institucional de sus fallos en su carácter de último intérprete de la Constitución Nacional²³⁴.

Pero cabe advertir que ocasionalmente la Corte también ha sido auto contradictoria, cuando ha dicho que "la facultad de interpretación de los jueces y tribunales inferiores, no tiene más limitación que la que resulta de su propia condición de magistrados, y en tal concepto pueden y deben poner en ejercicio toda sus aptitudes y medios de investigación legal, científica o de otro orden, para interpretar la ley, si la jurisprudencia violenta sus propias convicciones"²³⁵, tesis que obligaría a olvidar la eficacia vinculante de los fallos de la Corte. Algo similar ocurre cuando la propia Corte restringe su jurisprudencia obligatoria, al señalar que sus precedentes carecen de fuerza legalmente vinculante para los tribunales locales en materia de derecho público local²³⁶.

En definitiva, si bien existe hoy una regla de derecho consuetudinario constitucional elaborada por la propia Corte Suprema que impone a los tribunales inferiores a ella el deber jurídico de seguir sus criterios en todo los escenarios (derecho federal, común o local), la misma se encuentra condicionada, ya que el tribunal inferior está habilitado para apartarse de ella siempre que lo haga de modo expreso y dé

²³¹ Sentencias interpretativas, manipulativas, exhortativas, escalonadas, etc. (según las distintas clasificaciones de los autores).

²³² Fallos 25:368.

²³³ Fallos 212:59.

²³⁴ Fallos 315:2386.

²³⁵ Fallos 131:109, 263:255.

²³⁶ Fallos, 304:1459

fundamentos valederos y diferentes a los ya examinados por la Corte, sin perjuicio de señalar que los tribunales inferiores han tenido actitudes disímiles frente a la doctrina de la Corte²³⁷.

Ahora, si bien es cierto que el peculiar *stare decisis* argentino recorta las facultades de juzgamiento de los jueces y el mismo control difuso de constitucionalidad al imponerles límites acerca de cómo deben resolver, la sociedad contemporánea en el marco de una democracia constitucional de alto contenido social como las que impone la mayoría de los ordenamientos actuales, adhiere a la necesidad de preservar el valor de la igualdad, y los principios de previsibilidad y economía.

En este marco, no podemos dejar de recordar que el proceso de pesificación de la economía argentina devenido luego de las crisis de principios de siglo, dejó al descubierto las inequidades que el sistema de control de constitucionalidad difuso puede generar en una sociedad marcada por la emergencia y la inestabilidad.

Efectivamente, a pesar que toda la sociedad se vio afectada por normas emanadas del poder público en ejercicio de la emergencia, el sistema difuso hizo que personas que estaban en iguales circunstancias tuvieran tratamientos diferentes, generándose una marcada desigualdad ante la ley²³⁸.

Las inestables circunstancias descriptas nos motivan a proponer, como modificación legal²³⁹, la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema de Justicia

²³⁷ Efectivamente, algunas veces hay actitud de obediencia; en otras ocasiones se pregona una suerte de sometimiento *parcial*: habrá de seguirse a la Corte Suprema en temas de derecho federal, pronunciados en virtud del recurso extraordinario federal, pero no en asuntos de derecho "común" (civil, comercial, penal, laboral), sobre los cuales muchas veces la Corte Suprema se expide en instancia originaria y exclusiva. Estos asuntos, en principio, son de competencia de las jurisdicciones ordinarias provinciales, a tenor del artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional. De cuando en cuando se habla del sometimiento "moral" a las sentencias de la Corte Suprema, pero no "legal" (en los hechos, ello parece entenderse como un seguimiento más tenue y en definitiva no coercitivo). Ciertas sentencias exigen, para obedecer a la jurisprudencia de la Corte Suprema, que ella sea *reiterada*. En una postura igualmente exigente, algunos tribunales demandan que el fallo de la Corte Suprema con efectos expansivos, sea dictado por unanimidad. Si no tiene tal cualidad, disminuye su peso jurídico. A su turno, una colección de fallos se inclina por el no acatamiento a las doctrinas sentadas por la Corte Suprema federal, salvo desde luego que el órgano tribunalicio del caso, voluntariamente, las comparta.

²³⁸ Por ejemplo, los depósitos bancarios en dólares que fueron pesificados fueron recuperados por algunas personas en dólares billete, por otras en pesos al valor del dólar libre, por otras al valor de la pesificación (1/1), por otras a una equivalencia intermedia que se llamó "esfuerzo compartido". Incluso hubo personas que nada recuperaron.

²³⁹ Recordemos que el legislador alguna vez dispuso que los jueces inferiores debían seguir la jurisprudencia de la Corte Suprema en asuntos análogos (así lo hizo el artículo 19 de la Ley 24.463, en materia provisional, aunque tal precepto se encuentra hoy derogado por la Ley 26.025).

para los tribunales inferiores, nacionales o provinciales, en temas de derecho federal y de derecho común, dejando solo excluidos los temas de derecho exclusivamente local.

Si apartarse de la doctrina del último intérprete constitucional del sistema constituye siempre “caso constitucional”²⁴⁰, por sobre la característica que la norma interpretada sea de derecho federal o común, cuando el Alto Tribunal interpreta derecho lo hace en una “función constitucional” o en ocasión de un “caso constitucional”, por lo cual la doctrina que sienta debería ser siempre obligatoria para los tribunales inferiores, por ser el último intérprete de la Constitución.

Po consiguiente, nuestra propuesta consiste en otorgar validez obligatoria a los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando se expide en casos de derecho federal o común en ocasión de haber activado su competencia por la vía extraordinaria (artículos 14 y 15 ley 48) u ordinaria; o en los supuestos de acción directa que proponemos en este capítulo.

No descartamos la posibilidad intermedia que la reforma legal que se propone puede dejar en manos de la Corte Suprema la facultad discrecional de decidir en qué casos y supuestos su doctrina resultaría obligatoria para los tribunales inferiores, pero este poder y sus efectos no surgirían solamente del carácter moral o la jerarquía institucional del Alto Tribunal, sino de la fuerza legal de la norma.

8. Conclusión

La situación política actual en el país y el repaso de la normativa constitucional y legal, nos obligan a concluir que la Minoría Política como oposición no tiene satisfechos los suficientes derechos para su quehacer y función institucional.

En lo concerniente a las funciones activas de limitación y control del poder del gobierno, su papel es endeble cuando no inexistente. El sistema presidencial en su versión criolla, caracterizada como hiper presidencialista, penetra en todas las instituciones, y el control a la administración o al gasto es sobre todo un autocontrol, que depende en última instancia de la voluntad o del interés responsable del Ejecutivo de turno.

²⁴⁰ CSJN, Fallos: 304:494; 307:483 y 2124; 308:215; 310:1769; 312:2187, entre otros.

La función pasiva de sustitución o de alternancia en el gobierno es una realidad aleatoria desde la recuperación de la democracia y en las actuales circunstancias.

En esta escena de la política nacional no toda la responsabilidad cabe asignarle al movimiento claramente predominante o hegemónico en la vida pública de los argentinos²⁴¹, ya que son corresponsables de la misma los distintos partidos políticos de la oposición.

Por ello cabe a la Minoría Política, no solo requerir igualdad de oportunidades, sino también hacer un importante esfuerzo para fortalecer la estructura de sus respectivos partidos y realizar, al mismo tiempo, una importante tarea de divulgación y capacitación política de su militancia y de la cultura ciudadana, que la muestre ante los ojos de la sociedad como auténtica alternativa de gobierno.

Los derechos de la oposición política requieren de una auténtica reforma normativa y cultural del Estado que ponga en evidencia y logre transmitir a la ciudadanía, cada vez más amplia y con información más dispersa, que en el modelo democrático - que voluntaria y cotidianamente elijen - *mayorías y minorías* son dos caras de una misma moneda.

²⁴¹ Obviamente nos referimos al Partido Justicialista o Peronista, con independencia de las distintas formas, frentes o Alianzas bajo las que se presente a la sociedad.

Capítulo V

EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO, LA ARGUMENTACIÓN Y LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE VENEZUELA

Por Gonzalo Federico Pérez Salazar²⁴²

1.- INTRODUCCIÓN

Con el presente trabajo pretendo analizar la influencia que ha tenido el llamado nuevo constitucionalismo en la argumentación de las decisiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano.

Para lograrlo dividiré la investigación en tres partes. La primera de ellas estará destinada a aproximar la noción del nuevo constitucionalismo, partiendo de la base de los estudios de Carbonell, Pozzollo, Comanducci, Guastini, Zabala, Barberis y Pietro Sanchís. En la segunda parte, analizaré sí la argumentación constitucional es una especie de la argumentación jurídica, basándome para ello en las enseñanzas del maestro Atienza que están recogidas en varias charlas internacionales. Finalmente, formularé algunas precisiones en lo que respecta a la utilización del nuevo constitucionalismo por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en ella me enfocaré en el argumento de autoridad.

En tal sentido, considero pertinente comenzar por indicar que el nuevo constitucionalismo propende a una visión en la que se modifican desde las fuentes del derecho hasta los métodos de interpretación y argumentación, básicamente por la necesidad de materializar las exigencias del ciudadano al Estado, la presencia de una gran carga axiológica en la labor jurisdiccional y el rol activo del juez en la transformación de la realidad social a través de sus decisiones.

No son pocas las voces críticas que se escuchan en contra del neoconstitucionalismo, incluso algunas de ellas surgen de sus propios precursores, en

²⁴² Coordinador de la Especialización en Derecho Procesal Constitucional en la Universidad Monteávila. Director del Centro de Estudios de Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Monteávila. Profesor de la Universidad Central de Venezuela, de la Universidad Monteávila y del Instituto Iberoamericano de Altos Estudios Judiciales. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional.

todo caso, confrontaré las distintas tesis para proponer mi visión del asunto a manera de síntesis de posiciones que parecen irreconciliables.

2.- DESARROLLO

2.1 Algunas reflexiones acerca del nuevo constitucionalismo:

La primera persona que utilizó la expresión neoconstitucionalismo, de forma escrita, fue la profesora Pozzolo, en un artículo publicado en la revista *Doxa* en 1998, pretendiendo con ello explicar su tesis de la especificidad de la interpretación constitucional y la influencia que sobre ésta tuvieron los iusfilosofos Dworkin, Atienza, Zagrebelsky y en parte Nino. En tal sentido, Pozzolo justifica su propuesta en el marcado carácter axiológico de la Constitución, producto del lenguaje vago y las presencia de normas abiertas, así como la confrontación entre: i) normas versus principios; ii) ponderación versus subsunción; iii) Constitución versus independencia del legislador; y, iv) jueces versus libertad del legislador²⁴³.

Simultáneamente a la propuesta de la profesora Pozzolo, su maestro Paolo Comanducci, presentó un trabajo muy difundido, en el que comenzó por aclarar que el “*constitucionalismo*” y el “*neoconstitucionalismo*”, presentan dos acepciones, a saber: como una teoría, ideología o método y como “*un cambio de algunos elementos estructurales de un sistema jurídico y político*”, es decir, “*designan un modelo constitucional, o sea el conjunto de mecanismos normativos e institucionales, realizados en un sistema jurídico-político históricamente determinado, que limitan los poderes del Estado y/o protegen los derechos fundamentales*”²⁴⁴.

Comanducci propone que las diferencias entre constitucionalismo y neoconstitucionalismo, están en que el primero, no puede ser considerado como una teoría del derecho y es una ideología dirigida a la limitación del poder y a la defensa de libertades naturales, o de derechos fundamentales; mientras que el segundo, puede ser entendida como una ideología, como metodología o como teoría, a saber:

²⁴³ Susana Pozzolo; *Neoconstitucionalismo y Especificidad de la Interpretación Constitucional*; *Doxa* 21-II; 1998; pp 340-342. La profesora Pozzolo forma parte de la denominada Escuela de Génova y es discípula de Paolo Comanducci.

²⁴⁴ Paolo Comanducci; *Formas de (Neo) Constitucionalismo: Un análisis metateórico*; *Isonomía* N° 16; 2002; pag 89.

a) **Como teoría:** “Aspira a describir los logros de la constitucionalización, es decir, de ese proceso que ha comportado una modificación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos respecto a los existentes antes del despliegue integral del proceso mismo”.

b) **Como ideología:** Donde ocupa un segundo plano el control del poder estatal y pone en primer plano “el objetivo de garantizar los derechos fundamentales”. Ubica al neoconstitucionalismo como una variante del positivismo ideológico, que “se muestra proclive a entender que puede subsistir hoy una obligación moral de obedecer a la Constitución y a las leyes que son conformes a la Constitución”.

c) **Como metodología:** “Los principios constitucionales y los derechos fundamentales constituirían un puente entre derecho y moral”²⁴⁵.

El tercer autor de la escuela genovesa, profesor Mauro Barberis, explica que la *Third Theory of Law*, comprende al término neoconstitucionalismo, como se utiliza en Italia y Latinoamérica, al igual que el constitucionalismo en España y se le ha denominado *no positivism, theory of law as integrity, o as interpretation, inclusive positivism, postpositivism, etc*, en el mundo anglosajón²⁴⁶. Refiere Barberis que el neoconstitucionalismo surgió a finales de los 90 (del Siglo XX), para “destacar rasgos comunes a la mayoría de las teorías críticas actuales del positivismo”, atendiendo a “una actitud positivista metodológica y una atención privilegiada hacia los procesos de constitucionalización”²⁴⁷. Define al neoconstitucionalismo “como la filosofía (normativa), o como la teoría (cognoscitiva) que privilegia tres temas”, a saber: conexión entre derecho y moral, reglas y principios, balancing o ponderación²⁴⁸.

No obstante, a la hora de definirlo, hay que tener en cuenta las dificultades que lo rodean, propias de los desacuerdos entre las distintas escuelas y los sistemas particulares en los que se presentan, exaltadas por Guastini, cuando sabiamente señala que “el neoconstitucionalismo consiste en un amontonado (de confines indeterminados)

²⁴⁵ Paolo Comanducci; op cit; pp 97-101.

²⁴⁶ Mauricio Barberis; *El Neoconstitucionalismo, Third Theory of Law*; en Neoconstitucionalismo, Derecho y Derechos; Palestra; Lima; 2011; pág 249.

²⁴⁷ Mauricio Barberis; op cit, pág 255.

²⁴⁸ Mauricio Barberis; op cit, pp 256-257.

de posturas axiológicas y de tesis normativas, entre las cuales no es fácil identificar alguna tesis propiamente teórica reconocible y susceptible de discusión”²⁴⁹.

Para Atienza, la expresión neoconstitucionalismo es ambigua, “*porque a veces designa un modelo de organización jurídico-política (el fenómeno recién mencionado) y otras veces una forma determinada de interpretar ese fenómeno, esto es una concepción del derecho*”²⁵⁰.

Nos enseña Atienza, que tanto Guastini como Comanducci y Pozzolo, son férreos críticos de catalogar al neoconstitucionalismo como una nueva concepción del derecho, por lo que si bien, sostiene que no es posible hoy defender el positivismo clásico, no debe abandonarse éste, pero insiste en una alta carga valorativa de la Constitución, así como una estrecha vinculación entre derecho y moral, pudiendo inclinarse (en palabras de Comanducci) en una forma “*variante del positivismo ideológico*”, lo cual sería a su criterio “*una ideología criticable y peligrosa pues tiene como consecuencia la disminución del grado de certeza del Derecho derivado de la técnica de ponderación de los principios constitucionales y de la interpretación moral de la Constitución*”²⁵¹.

Prieto Sanchís califica al neoconstitucionalismo como “*una nueva cultura jurídica*”, que puede explicarse por el “*constitucionalismo de los derechos o, si se prefiere, Constituciones materiales y garantizadas*”. El señalado autor explica que se refiere al contenido material de la Constitución, en el entendido de que está integrada por derechos, directrices, principios y valores que no sólo están orientadas a organizar al poder público, sino además limitar su ejercicio e incluso decirle como debe decidir. Igualmente, alude a la garantía de la Constitución, pues su protección y efectividad se encomienda a los jueces. En definitiva, la Constitución se presenta simultáneamente “*como un límite o garantía y como una norma directiva fundamental*”²⁵².

²⁴⁹ Riccardo Guastini; *A Propósito del Neoconstitucionalismo*; Gaceta Constitucional N° 67; extraído del portal www.gacetaconstitucional.com.pe/sumario-cons/.../art.%20Guastini.pdf; pág 231.

²⁵⁰ Manuel Atienza; *Constitución y Argumentación*; en *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica*; Edilex Editores; Guayaquil, Ecuador; 2010; pág 452.

²⁵¹ Manuel Atienza; *Constitución y Argumentación*; op cit, pág 454.

²⁵² Luis Prieto Sanchís; *El constitucionalismo de los Derechos; en Teoría del Neoconstitucionalismo*; Trotta; Madrid; 2007; pág 214.

En otra obra, Prieto Sanchís explica que el neoconstitucionalismo es una teoría del derecho opuesta al positivismo teórico que se resume en cinco orientaciones o líneas de evolución: *“más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último coexistencia de una constelación plural del valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas”*²⁵³.

El Exmagistrado de la Corte Constitucional Italiana Gustavo Zagrebelsky, se inclina por la tesis de la Constitución viviente, al señalar con meridiana claridad que *“la propensión de futuro es la esencia de la constitución y la naturaleza particular de sus normas es el mejor testimonio. Quien, en nombre de los orígenes, esto es, de la fidelidad de una constitución inerte, entienda que cualquier nueva exigencia constitucional debe manifestarse no a través de renovadas respuestas a los nuevos interrogantes, sino solamente a través de reformas, con el objetivo de que se garanticen de esa manera la separación de los poderes y la certeza del derecho, desconoce tanto la función de la jurisprudencia como la importancia de la duración en la vida constitucional. Es decir, desconoce la función de la constitución”*²⁵⁴.

En nuestro hemisferio se destaca el profesor mexicano Miguel Carbonell, quien ha sido reconocido por ser uno de los principales precursores y difusores de la tesis del neoconstitucionalismo, al publicar dos libros recopilatorios (2003 y 2007) de las principales tesis que lo sustentan, lo define como *“el término o concepto que explica un fenómeno relativamente reciente dentro del estado constitucional contemporáneo”*²⁵⁵.

Carbonell alude a tres niveles de análisis para comprender el constitucionalismo, a saber: i) los textos constitucionales, donde se pretende estudiar las constituciones que comienzan a surgir después de la segunda guerra mundial, principalmente en cuanto a

²⁵³ Luis Prieto Sanchís; *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*; Trotta; 2da edición; 2009; Madrid; pág 117.

²⁵⁴ Gustavo Zagrebelsky; *Jueces Constitucionales*; en *Teoría del Neoconstitucionalismo*; Trotta; Madrid; 2007; pág 99.

²⁵⁵ Miguel Carbonell; define la voz *Neoconstitucionalismo*; en *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*; Tomo II, UNAM; 2014; pp 935 a 939.

su materialización; ii) las prácticas jurisprudenciales, por la actividad desplegada por los órganos especializados de control constitucional (Tribunales, Cortes o Salas Constitucionales) y *“la dificultad de trabajar con valores que están constitucionalizados y que requieren una tarea hermenéutica que sea capaz de aplicarlos a los casos concretos de forma justificada y razonable, dotándolos de esa manera de contenidos normalmente concretos”*; y, iii) de los desarrollos teóricos, inspirados en las ideas de los grandes pensadores del derecho de mediados del siglo XX a la actualidad, tales como Dworkin, Alexy, Nino, Prieto Sanchís, Ferrajoli, entre otros²⁵⁶. Sin embargo, el propio Carbonell reconoce que esos tres niveles pueden ser explicados por las tesis positivistas de la primera mitad del Siglo XX, pero que la novedad está en el conjunto y en los efectos operativos que tienen sobre el Estado Constitucional²⁵⁷.

En respuesta a la tesis neoconstitucionalista, el profesor Vigo resalta, en un extraordinario trabajo, de los riesgos de éste, pero no se queda con el diagnóstico del problema, por el contrario, con la gran genialidad que lo caracteriza propone quince soluciones. Por lo pronto, trataré de resumir las dieciocho alertas: 1) Sobreinterpretación de la Constitución o *“sobreconstitucionalización”*: Reconoce el efecto de irradiación de la Constitución y que *“todo el derecho queda teñido del mismo color de la misma”*, pero critica la sobreinterpretación, que a su entender *“consiste en pretender que en la Constitución están todas las soluciones jurídicas y por ende se impone su aplicación, sin que quede margen para la creación discrecional de otras normas”*. Señala además, que el mismo peligro lo produce la *“infraconstitucionalización”*; 2) La irrelevancia o debilitamiento del poder Legislativo y de la ley: *“Preferencia por la capacidad argumentativa dialógica judicial frente de la generada en el ámbito legislativo”*; 3) Debilitamiento de la democracia: El poder judicial es el menos democrático pues *“en su selección no interviene directamente el pueblo”*; 4) Un nuevo iuspositivismo ideológico constitucional: Encierra el riesgo de *“un nuevo dogmatismo”*, por pretender sostener que todo lo dispuesto por el constituyente es claro, coherente, justo, útil, completo, etc. Resalta además, que *“en esa religión por supuesto que serían los constitucionalistas, y más específicamente los jueces constitucionales los encargados de administrar la palabra y oficiar el culto en el*

²⁵⁶ Miguel Carbonell; *El Neoconstitucionalismo en su Laberinto*; en Teoría del Neoconstitucionalismo; Trotta; Madrid; 2007; pp 9-12.

²⁵⁷ Miguel Carbonell; en Diccionario (...); op cit; pág 939.

que deben creer los juristas, cualquiera sea la especialidad que tengan”; 5) La desnormativización del derecho: Refiriendo con ello “*el entusiasmo por los principios pregonado por los neoconstitucionalistas, puede llevar a marginar las normas*”; 6) Hipermoralización del derecho: Señala que “*es indiscutible que las constituciones contemporáneas se cargan de principios y valores y cuando ellos se juridiza una avalancha de moral se introduce al derecho*”; 7) Prescindencia del silogismo deductivo judicial: producto de la principialización del derecho y de las críticas al logicismo formal se ha introducido una nueva teoría argumentativa que persigue “*operatividad del derecho*” sustituyendo “*el silogismo por la ponderación racional*”; 8) La prescindencia de la ciencia jurídica: Pone como ejemplo el Juez Hércules de Dworkin como paradigma de lograr “*la aplicación o determinación del derecho para los casos concretos*”; 9) La pérdida de la seguridad jurídica: Ello por optar “*privilegiadamente entre por la equidad o la justicia*”; 10) La jurisprudencia como única fuente de derecho: Es decir sólo la jurisprudencia constitucional sería fuente y el resto estaría condicionada a ella; 11) La supresión o el debilitamiento del Estado: Producto de la globalización y existencia de la justicia supranacional; 12) La absorción por el derecho de toda la teoría ética social: “*sería pedirle mucho al derecho y a los juristas*”; 13) Hiperrealismo jurídico: se presenta la confrontación entre respuestas jurídicas justificadas en valores formales y la exigencia de justicia por parte del ciudadano; 14) El derecho a-sistemático o aporético: se preocupa por buscar la mejor respuesta posible al caso y no a apostar a un sistema; 15) La concreción inconstitucional de reformas constitucionales: sitúa al tribunal constitucional como un órgano constituyente permanente que va de la mano con el concepto de Constitución viviente; 16) politización del poder judicial: “*el modelo del juez aséptico y apolítico se debilita y deja de ser atractivo por la constitucionalización del derecho vigente*”; 17) el poder judicial como poder administrador: “*el Siglo XIX fue el del Poder Legislador, el Siglo XX fue el del Poder Ejecutivo y el siglo XXI sería el del Poder Judicial*”; y, 18) Etnocentrismo judicial: Sería tratar de imponer la civilización occidental a otras culturas distintas que no estarían enmarcadas en esa forma de pensar o en esa cultura determinada²⁵⁸.

²⁵⁸ Rodolfo Luis Vigo; *Constitucionalización y neoconstitucionalismo: riesgos y prevenciones*; En Libro Homenaje a Héctor Fix-Zamudio; extraído del portal web: biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2560/21.pdf; pp 413-437. El profesor Vigo, quien además fue un destacado Juez, propone como remedios al neoconstitucionalismo que: 1) se utilice una mejor técnica legislativa; 2) se dicten leyes más modestas; 3) prevalezca “*más argumentación justificatoria en la producción autoritativa de las leyes*”, es decir, que se tome en serio el tema de la argumentación y se superen los estudios clásicos para enriquecer el debate; 4) más estudio y control de la jurisprudencia;

En Ecuador se ha venido gestando una vertiente contemporánea que se denomina el nuevo constitucionalismo latinoamericano, encontrando en Zabala un destacado difusor, quien afirma categóricamente que el positivismo ha fallecido (incluso alude al nuevo positivismo) en su país, dando paso a “una nueva teoría jurídica”, generada por el “*constitucionalismo contemporáneo o neoconstitucionalismo*”. Para Zabala, las características del neoconstitucionalismo serían las siguientes: “*Es un derecho más de principios que de reglas (...); 2) mayor utilización del método de ponderación que el de la subsunción para la aplicación del derecho (...); 3) Una plenitud constitucional que llena al detalle el ordenamiento jurídico, dejando menos ámbito a la ley; 4) Poder del juez para la determinación de los derechos, en lugar de la antigua exclusividad del legislador para desarrollarlos y; 5) Una apertura a que cohabiten valores plurales que, eventualmente, pueden colisionar, en lugar de cerrarse a un escaso número de principios coherentes y compatibles*”²⁵⁹.

Dentro de las debilidades del neoconstitucionalismo encuentro el problema de pretender que sea tratado como una nueva teoría general del derecho, toda vez que se sustenta en sistemas jurídicos, modelos de control constitucional y doctrinas diametralmente opuestas, lo que puede apreciarse con claridad al contrastar la influencia del sistema anglosajón y el romano germano, en los que si bien puede existir alguna coincidencia, las diferencias son estructurales.

En mi criterio la discusión no debe plantearse en la supuesta desaparición o crisis del positivismo, pues eso la lleva a un plano irreconciliable entre los defensores de las tesis iusnaturalistas y las positivistas. Por el contrario, pareciera que todo apunta a utilizar lo mejor del positivismo y del iusnaturalismo, para configurar una suerte de tercera vía o síntesis de proposiciones opuestas, en las que pueda llegar a pensarse en utilizar el mecanismo de subsunción para la aplicación de las reglas, así como el método de ponderación en los casos donde exista enfrentamiento o sea necesario conciliar los valores o principios contrapuestos.

5) sistemas jurídicos flexibles; 6) más cultura constitucional; 7) más filosofía jurídica; 8) reformulación de los poderes del Estado; 9) más ética profesional en la función pública; 10) más y mejor capacitación judicial; 11) mejor publicación del derecho vigente; 12) una cultura jurídica premial; 13) self-restraint judicial; 14) el pluralismo y sus límites; 15) la recuperación del estado y sus competencias.

²⁵⁹ Jorge Zavala Egas; *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica*; Edilex Editores; Guayaquil, Ecuador; 2010; pág 275.

Tampoco considero que cabe afirmar que el neoconstitucionalismo es una tesis vinculada a pensadores de izquierda, toda vez que el problema no es la tendencia política (los derechos humanos no son ni de derecha ni de izquierda) del proponente, sino colocar a la dignidad de la persona como su eje central y servir de límite al ejercicio del poder.

Un buen punto de partida para comenzar a discutir sobre del neoconstitucionalismo son los elementos comunes destacados en la doctrina, sobre los cuales se propuso esa tesis, pero que además se presentan, con algunos matices, en la generalidad de los ordenamientos jurídicos, a saber: i) el principio de supremacía constitucional; ii) el carácter normativo de la Constitución; iii) la carga axiológica de la Constitución, por la presencia no sólo de reglas, sino de valores y principios, independientemente de que estén positivizados o no; iv) la consagración de derechos sociales en la Constitución; v) el reconocimiento de derechos fundamentales y su garantía en la Constitución; vi) la creación de órganos especializados de control constitucional; vii) el reconocimiento de la jurisdicción internacional de protección de los derechos humanos; viii) el denotado intereses en los temas de interpretación y argumentación, desde mediados del Siglo XX; ix) el rol del juez como sujeto de transformación social a través de sus decisiones y los límites necesarios a ese activismo; x) la crisis del parlamento generada por la lentitud en los procesos de creación de las leyes frente a los cambios vertiginosos de la sociedad; xi) los efectos de irradiación que ha tenido la Constitución en todos los espacios del ejercicio del Poder Público; xii) la presencia cada vez más frecuente de normas de textura abierta.

Pero como todo no puede ser consenso, existen otros temas sobre los cuales no será sencillo lograrlo, pero que deben formar parte de la discusión para aceptar o no la tesis del neoconstitucionalismo, entre ellos resalto: i) el mecanismo de subsunción frente al de ponderación; ii) la conexión entre la moral y el derecho; iii) la especificidad o no de la interpretación constitucional; iv) la diferencia entre la argumentación jurídica y la constitucional; v) la vinculación entre el estado constitucional, el estado social y el estado de derecho con el neoconstitucionalismo y más allá de ello, su vinculación con la garantía objetiva de la Constitución y la protección de los derechos fundamentales; vi) considerar al neoconstitucionalismo como una vertiente del positivismo ideológico, como postpositivismo, como una nueva teoría o como un nombre que se utilizó para explicar los fenómenos descritos como comunes en el párrafo anterior; viii) la

legitimidad democrática de los jueces para interpretar la Constitución y actuar en materias propias del legislador o incluso del Ejecutivo, frente al temor de convertir ese activismo en un gobierno de los jueces.

En fin, la realidad impone darle respuestas al ciudadano, toda vez que el sólo reconocimiento de sus derechos (Constitución formal) no ha sido suficiente para concretar la voluntad del constituyente (Constitución material), por lo que los proponentes del neoconstitucionalismo han propuesto que esa concreción se produce con ésta.

Mi principal preocupación está orientada al peligro que significa el hiperactivismo del juez a la hora de intervenir en todos los asuntos de la sociedad, independientemente de que sean propios del Ejecutivo o del Legislativo o incluso al propio Constituyente. Creo firmemente en que hay que poner un límite a ese hiperactivismo y para ello la primera barrera es la Constitución, luego los valores y principios que están en ella o la inspiran, las decisiones de los órganos internacionales de protección de derechos humanos y una alta carga ética en el ejercicio de los cargos judiciales previamente electos por concursos públicos.

De no colocarse esos límites al hiperactivismo judicial, se pueden repetir los desmanes propios de regímenes dictatoriales, donde los jueces se destacaron no por sus logros sino por tratar de justificar la validez de actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico y más grave aun, contrarias a la dignidad humana.

A pesar de la reflexión anterior, por muy dura que sea, considero positivo el balance en esos casi 20 años de que se utilizó por primera vez el neoconstitucionalismo, en razón de que le puso nombre a elementos comunes (los xii antes descritos) descritos por la doctrina, la jurisprudencia y los textos constitucionales, e inició una prolífica discusión en la academia que ha perdurado hasta nuestros días, donde, a pesar de los disensos, se ven matices del diseño de una nueva forma de aproximarse al derecho a partir de la necesidad de centralizarlo en la protección efectiva de los derechos humanos y en servir de contención al ejercicio del poder.

2.2 Constitución y argumentación:

En estricta correspondencia con el punto anterior, se le atribuye al neoconstitucionalismo una vinculación directa con la creación del Estado

Constitucional²⁶⁰, que propugna a grandes rasgos, colocar a la Constitución como el punto de partida de toda la actuación de los distintos poderes que lo integran, producto de una remarcada irradiación de sus efectos, básicamente caracterizado por un alto contenido axiológico²⁶¹. Bajo esa perspectiva, los partidarios del neoconstitucionalismo han propuesto que ese efecto de propagación de la Constitución obliga a redimensionar el estudio de la teoría del derecho y en nuestro caso, de la argumentación. Ese alto contenido axiológico de la Constitución justificaría –a decir de los neoconstitucionalistas- la utilización del método de ponderación, por encima de la tradicional subsunción, básicamente para encontrar el equilibrio entre esos valores y principios en contradicción²⁶².

Me sumo a las enseñanzas del profesor Atienza, quien nos alerta sobre la necesidad de iniciar el debate entre argumentación y constitucionalismo con dos pasos sucesivos, el primero de ellos tendiente a aclarar el papel de la argumentación en relación al derecho de los Estados constitucionales y en segundo lugar, sí existe alguna diferencia entre argumentación y argumentación constitucional²⁶³. Ello es así, por ser uno de los fenómenos que van aparejados al Estado Constitucional y al cual comúnmente denomina “*constitucionalización*”, aludiendo a “*una Constitución extremadamente invasora, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo*

²⁶⁰ Manuel Atienza; *Constitución y Argumentación*; op cit, pp 450-464. Sostiene que “*el constitucionalismo, en cuanto teoría, constituye el núcleo de una nueva concepción del Derecho que, en mi opinión, no cabe ya en los moldes del positivismo jurídico, y una concepción que lleva a poner un particular énfasis en el derecho como práctica argumentativa (aunque, naturalmente, el Derecho no sea sólo argumentación)*”. Más adelante afirma que “*El Estado constitucional supone así un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y, por tanto, una mayor demanda de argumentación jurídica*”. Por su parte Rodolfo Vigo; en el artículo *De la Interpretación de la Ley a la Argumentación desde la Constitución: Realidad, Teorías y Valoración*. Revista Dikaion; Volumen 21; N° 21; Junio 2012; Cundinamarca; Colombia; pág 200, afirma que: “*El EDL [Estado de Derecho Liberal] coherentemente expulsó del mundo de los juristas a la retórica dado que si la ley era infalible y daba “una” respuesta, lo único que correspondía era estudiarla y repetirla mecánicamente en el caso; pero como hemos dicho, si el jurista del EDC [Estado de Derecho Constitucional] debe elegir una respuesta de las disponibles en el Derecho vigente, es aconsejable que la argumente con persuasión o retórica*”.

²⁶¹ Susanna Pozzolo; *Notas al margen para una historia del Neoconstitucionalismo*; en Neoconstitucionalismo, Derecho y Derechos; Palestra; Lima; 2011; pág 18. La profesora Pozzolo, sostiene que la “*Constitución no es simplemente un nivel más en la pirámide. Está pensada como un conjunto plural de valores, a través de los cuales se controla la legislación. Su contenido literal pierde fuerza vinculante para el intérprete a favor de una aproximación moral*”.

²⁶² Susanna Pozzolo; *Notas al margen (...)*; op cit; pág 58. “*Los conflictos entre valores constitucionales giran en torno a desacuerdos sustantivos que podrían resolverse haciendo concurrir entre ellos los argumentos a favor de uno o de otro, para decidir, en fin, cuál ofrece la mayor aplicación del concepto en cuestión*”. Aunque otros autores se inclinan por elegir entre un valor o principio frente a otro, en vez de encontrar un equilibrio entre ellos.

²⁶³ Manuel Atienza; *Constitución y Argumentación*; op cit; pág 451.

doctrinal, la acción de los actores políticos y las relaciones sociales”²⁶⁴. Es precisamente, sobre la base de esa irradiación constitucional que Atienza se atreve a definir a la argumentación constitucional como “aquella dirigida a justificar los procesos de interpretación, aplicación y desarrollo de la Constitución”²⁶⁵, para justificar el método de ponderación, al afirma que “la argumentación constitucional, en la medida en que es una argumentación a partir de principios, parece suponer siempre, de una u otra forma, una operación de ponderación”²⁶⁶.

Esa superación del Estado Liberal de Derecho, dando paso al Estado Constitucional, ha sido destacada por Ferrajoli (citado por Atienza) quien considera debe ser sustituido “por el nuevo paradigma del constitucionalismo en el que el derecho no se identifica ya exclusivamente con las leyes, sino con las leyes y la Constitución. Esto, (...) no supone un abandono o una superación del positivismo, sino su completa realización”²⁶⁷. El propio Ferrajoli destaca esa sustitución del modelo paleopositivista del Estado Legislativo de Derecho, para dar paso al Estado Constitucional de Derecho, que vincula formal y sustancialmente, por lo que del “derecho resulta positivizado no solamente su ‘ser’, es decir, su existencia o vigor sino también su ‘deber ser’”²⁶⁸.

Justifica Pozzolo la importancia de la utilización del método de ponderación en el neoconstitucionalismo, por la competencia entre valores, derechos y principios, que impide que la discusión se trate de conceptos vagos o confusos, remarcando con ello la necesidad de argumentar, ya que “cada posición debe ser precisa para resultar eficaz en la concurrencia con otras. Así, en el debate sobre los valores, los participantes en la práctica argumentativa ofrecen distintos usos, todos ellos significativos en el interior de la misma forma de vida. Si el desacuerdo fuese conceptual, entonces cada interlocutor hablaría de realidades distintas y separadas, y no habría entonces posibilidad de comprensión”, de allí que “los argumentos derrotados en la competencia encontrarían, a través de otros órganos del sistema, vías de regeneración y de revisión”²⁶⁹.

²⁶⁴ Manuel Atienza; *Constitución y Argumentación*; op cit, pág 452.

²⁶⁵ Manuel Atienza; *Constitución y Argumentación*; op cit, pág 473.

²⁶⁶ Manuel Atienza; *Constitución y Argumentación*; op cit, pág 472.

²⁶⁷ Manuel Atienza; *Constitución y Argumentación*; op cit, pág 456.

²⁶⁸ Luigi Ferrajoli; *Sobre los Derechos Fundamentales*; en *Teoría del Neoconstitucionalismo*; Trotta; Madrid; 2007; pp 71-71.

²⁶⁹ Susanna Pozzolo; *Notas al (...)*; op cit; pp 61-64.

En correspondencia con la posición anterior, Prieto Sanchís, afirma que “la aplicación de principios reclama una teoría de la argumentación especialmente refinada que pueda intentar compensar su déficit de determinación”, por lo que “si argumentar equivale en último término a justificar, el nuevo constitucionalismo encarna una exigencia de justificación, o mejor dicho, de mayor justificación”, lo cual “no equivale a una feliz reconciliación del derecho y la moral”²⁷⁰. En otro trabajo, Prieto Sanchís describe “lo que caracteriza al modelo argumentativo es que no admite espacios exentos o de inmunidad por parte de la ley, lo que no impide una amplia libertad de configuración que bien puede desarrollarse en todos los espacios de la política constitucional; es la imagen de la proporcionalidad y del equilibrio, más que la de coto vedado, la que ha de tomarse en consideración”²⁷¹.

De las tesis de Pozzolo y Pietro Sanchís se puede concluir, que con la utilización del método de ponderación es imposible que existan lagunas, pues frente a la vaguedad o ambigüedad de las normas constitucionales abiertas, el intérprete debe justificar mejor su decisión.

Por su parte García Amado, en su réplica a Prieto Sanchís, critica seriamente el método de la ponderación, al sostener que en su “diseño constitucional la prioridad la tiene el legislador democrático, con el único límite de la semántica constitucional, límite que el Tribunal Constitucional controla. De lo contrario no tendremos más remedio que creer que el Tribunal Constitucional posee un método ponderativo, que al legislador le está vedado, lo que le permite elevarse a conocimientos que al legislador por definición se le hurtan”²⁷².

²⁷⁰ Luis Prieto Sanchís; *Justicia Constitucional (...)*; op cit; pp 103-134. Este autor destaca las siguientes consecuencias de la conexión entre derecho y moral:

- a) “La validez de las normas o decisiones ya no depende de su mera existencia u origen social, sino de adecuación formal y sustantiva a la Constitución y, más aún, de su consistencia práctica con ese horizonte de moralidad que reside y se recrea en la argumentación constitucional,
- b) Implica una nueva visión de la actitud interpretativa y de las tareas de la ciencia y de la teoría del derecho
- c) No se puede excluir el problema de la obediencia del derecho, a pesar del debate moral.”

²⁷¹ Prieto Sanchís, Luis; *El constitucionalismo (...)*; op cit; pág 222.

²⁷² Juan Antonio García Amado; *Derechos y Pretextos. Elementos de Crítica del Neoconstitucionalismo*; en Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica; Edilex Editores; Guayaquil, Ecuador; 2010; pp 244-251. El citado autor llega al punto de satirizar el método de ponderación propuesto por el neoconstitucionalismo, al sostener que debería tenerse un “ponderómetro”, para diferenciar el grado de ponderación entre el legislador y el juez. Continúa García Amado afirmando que “el positivista no estima que los enunciados de la Constitución le digan mucho al legislador y poco al juez, pues lo que de indeterminado, por vago o ambiguo, hay en ellos,

Vigo al desarrollar lo que denomina “el enclave constitucional de la argumentación”, sostiene que *“no es el codificador civil sino la jurisprudencia constitucional la que finalmente va discerniendo la teoría interpretativa o argumentativa que en ese sistema jurídico se admite o prescribe”*²⁷³ Con la anterior afirmación, le está atribuyendo un rol fundamental a la jurisprudencia constitucional, por encima de las prescripciones realizadas por el legislador, lo cual va de la mano con la doctrina que asegura que es en los casos prácticos donde se evidencia la mayor utilización y comprensión de la argumentación. No obstante, Vigo cuestiona la ausencia de utilización de la prudencia en lo que respecta *“a las teorías de la argumentación y a los neoconstitucionalistas que como Alexy se inspiran en Kant, no les resulta fácil conectar racionalmente sus propuestas a las contingentes circunstancias, aún cuando podemos encontrar atisbos de ellas en la razón ponderativa de los principios”*²⁷⁴

Otra forma de enfocar el tema de la argumentación constitucional son las diferencias entre la argumentación utilizada por los jueces ordinarios y los jueces constitucionales, entre las que resaltan:

- a) La diferencia no está en los elementos formales o materiales de la argumentación a la hora de justificar la decisión en los casos difíciles. Por el contrario, las diferencias están en los elementos institucionales, lo que denomina *“concepción programática de la argumentación”*, como la competencia especializada de los tribunales constitucionales y la autoridad que produce el que sus decisiones tengan un efecto de precedente o sean vinculante a los demás tribunales²⁷⁵. No obstante que la motivación de la decisión judicial por parte del juez ordinario y el constitucional en los casos difíciles parece ser la misma, el dialogo entre el órgano constitucional debe ser racional y auditorio es más amplio -parafraseando a Perelman-, por lo que en la argumentación

indeterminado es para el uno y para el otro. Lo que el positivista establece es una regla de preferencia a la hora de establecer quien tiene la suprema palabra en lo que la Constitución en su dicción no determine, y tal prioridad le otorga al legislador por las razones políticas que he mencionado, lo que se traduce para los jueces, y en especial para las Cortes Constitucionales, es una invitación al self-restraint”

²⁷³ Rodolfo Vigo; *De la Interpretación de la Ley a la Argumentación desde la Constitución: Realidad, Teorías y Valoración*. Revista Díkaion; Volumen 21; N° 21; Junio 2012; Cundinamarca; Colombia; pág 206.

²⁷⁴ Rodolfo Vigo; *De la Interpretación (...)*, op cit; pág 223.

²⁷⁵ Manuel Atienza; *Constitución y Argumentación*; op cit, pág 474.

constitucional puede decirse que “*existen elementos de tipo dialéctico y retórico*”.

- b) Desde el punto de vista formal la diferencia entre “*la argumentación de los tribunales ordinarios y la de los tribunales constitucionales es que, en el caso de estos últimos, la ponderación adquiere un gran protagonismo, como consecuencia del papel destacado de los principios en las constituciones contemporáneas. No quiere decir que los jueces ordinarios no ponderen, sino que sólo tiene que hacerlo, en cierto modo, cuando se enfrentan con casos difíciles que no pueden resolverse (explícitamente) a principios constitucionales y en circunstancias en las que el tribunal constitucional no ha tenido oportunidad aun de pronunciarse; cuando lo ha hecho, el juez ordinario ya tiene a su disposición una regla, esto es, debe seguir la ponderación efectuada por el tribunal constitucional*”²⁷⁶.
- c) Otra diferencia en la argumentación constitucional es que normalmente se utiliza la Constitución como argumento de autoridad²⁷⁷.

En mi criterio, no creo en la existencia de una argumentación constitucional, como una especie de la argumentación jurídica, por los siguientes motivos:

- i) Si bien las Constituciones contemporáneas se caracterizan por una alta carga axiológica, las leyes también la tienen, por lo que es común encontrar en ambas normas de estructura abierta, así como valores y principios, por lo que es un error afirmar que la diferencia entre ambos es que en la argumentación constitucional se usa el método de ponderación y en la argumentación jurídica la subsunción.
- ii) Es un error pretender vincular la existencia del estado constitucional con la argumentación constitucional y, ésta a su vez, con el método de ponderación, toda vez que en el estado social de derecho también se le atribuye un peso específico a la Constitución como norma que impregna todo el ordenamiento jurídico y más aún, el método de ponderación se ha utilizado en países donde ni siquiera existe una Constitución escrita.
- iii) Los argumentos que la doctrina ha clasificado metódicamente, pueden ser perfectamente utilizados tanto en la argumentación jurídica como en

²⁷⁶ Manuel Atienza; Constitución y Argumentación; op cit, pág 465.

²⁷⁷ Manuel Atienza; Constitución y Argumentación; op cit, pág 461.

la argumentación constitucional, pudiendo variar únicamente la intensidad con que son utilizados, por ejemplo, los argumentos de autoridad y teleológicos son los más utilizados por los Tribunales Constitucionales, mientras que el argumento analógico, de autoridad y a contrario, son los más utilizados por la justicia ordinaria. No obstante, para llegar a la conclusión de la existencia de una argumentación constitucional se debe estudiar los argumentos utilizados por los jueces ordinarios y constitucionales, lo que todavía no ha ocurrido.

- iv) En un sistema mixto de control constitucional, todos los jueces están obligados a garantizar la integridad de la Constitución, por lo que no es cierto que la argumentación constitucional esté reservada para los órganos especializados, como en nuestro caso sucede con la Sala Constitucional.

2.3 El neoconstitucionalismo o nuevo constitucionalismo en la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

Como quiera que la finalidad de un trabajo de investigación es la de contener hipótesis y que éstas sean comprobables, me he permitido revisar la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia Venezolano e indagar sobre la utilización de las voces “neoconstitucionalismo” y “nuevo constitucionalismo”, así como aquellas que citan a los principales autores a los que se le atribuye el origen del neoconstitucionalismo, como lo son Pozzolo, Nino, Carbonell, Comanducci, Zagrebelsky, Dworkin y Alexy, para con ello evidenciar si el argumento de autoridad es utilizado para justificar las aludidas voces.

NEOCONSTITUCIONALISMO
Nº 745 de 15/7/2010 Caso: Asociación Civil Espacio Público. En el Voto salvado.
Nº 1310 de 9/10/2014 Caso: Industrias Alimenticias Hermo de Venezuela. Citada de forma referencial.
Nº 1048 de 5/8/2014 Caso: Industrias Alimenticias Hermo de Venezuela. Citada de forma referencial.

NUEVO CONSTITUCIONALISMO
N° 794 de 27/5/2011 Caso: Ana Ysabel Hernández y otros.
N° 1567 de 4/12/2012 Caso: José Rafael Parra Saluzzo y otros. Citada a título referencial.
N° 2457 de 1/9/2003 Caso: Heidy Buscemy. Citada como referencia en la sentencia impugnada.

Ninguna sentencia de la Sala Constitucional cita expresamente a los autores Susana Pozzolo, Paolo Comanducci, Miguel Carbonell (sólo referencial en el fallo impugnado), Carlos Nino, Ricardo Guastini (sólo referencial en el fallo impugnado) o Luis Pietro Sanchís.

El autor Gustavo Zagrebelsky es el más citado por la Sala Constitucional, básicamente por su obra El Derecho Dúctil. Entre las sentencias pude encontrar las siguientes: N° 794 de 27/5/2011 Caso: Ana Ysabel Hernández y otros; N° 7 de 1/2/2000 Caso: José Amado Mejía, en el voto salvado; N° 2089 de 7/11/2007 Caso: José David Roa y otros; N° 189 de 8/4/2010 Caso: American Airlines, en el voto salvado; N° 972 de 9/5/2006 Caso: Julián Isaías Rodríguez, en el voto salvado; N° 1347 de 9/11/2000 Caso: Ricardo Combella y otro, en el voto salvado y referencial; N° 365 de 12/3/2008 Caso: Banco Venezolano de Crédito, referencia a otra sentencia; N° 896 de 12/7/2013 Caso: Televisión de Margarita; N° 1172 de 12/8/2009 Caso: Cilia Flores; N° 229 de 12/2/2007 Caso: Cilia Flores, referencial de otro fallo; N° 808 de 14/5/2008 Caso: CA Goodyear de Venezuela, referencial de otro fallo; N° 1390 de 14/8/2008 Caso: Banco de Venezuela, referencial de otro fallo; N° 5074 de 15/12/2005 Caso: Aeropostal Alas de Venezuela; N° 5063 de 15/12/2005 Caso: Andrés Irrael Meneses; N° 2573 de 16/10/2002 Caso: Asamblea Nacional, citado de forma referencial; N° 1115 de

16/10/2010 Caso: José Guerra y otros; N° 1120 de 17/10/2010 Caso: Distribuidora Algalope, citado de forma referencial; N° 1326 de 19/10/2009 Caso: Janeth Rolsapia Hernández; N° 1718 de 20/8/2004 Caso: Vestalia Sampedro y otros; N° 1589 de 20/12/2000 Caso: Antonio Di Giampaolo, en el voto salvado; N° 1387 de 21/11/2000 Caso: José Hernández Larreal, en el voto salvado y referencial; N° 1077 de 22/09/2000 Caso: Servio Tulio León, en el voto salvado; N° 1415 de 21/11/2000 Caso: Freddy H. Rangel y otro, voto salvado y referencial; N° 346 de 23/3/2001 Caso: Consejo Nacional Electoral; N° 486 de 24/5/2010 Caso: Emérito playonero Caicedo, en el voto salvado; N° 34 de 26/1/2004 Caso: Vestalia Sampedro de Araujo y otros; N° 122 de 26/2/2014 Caso: Procurador del Estado Carabobo; N° 39 de 28/1/2004 Caso: José Natividad Gil y otros, en el voto salvado y referencial y N° 1723 de 31/7/2002 Caso: Asamblea Nacional.

El autor Ronald Dworkin, a quien en lo particular no encuadraría dentro de los neoconstitucionalistas, pero que ha sido incluido en la lista de los autores que han incidido con sus valiosísimos aportes en la teoría del derecho y especialmente en este tema, resulta citado en cuatro sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, entre ellas: N° 794 de 27/5/2011 Caso: Ana Ysabel Hernández, N° 1264 de 1/11/2013 Caso: Henry Pereira Gorrín, a título referencial; N° 1309 de 19/7/2001 Caso: Hermann Escarrá y la N° 1806 de 20/11/2008 Caso: Eduardo Centeno Lapi.

Por su parte Robert Alexy, famoso por sus extraordinarios libros de la Teoría de la Argumentación Jurídica y Teoría de los Derechos Fundamentales, ha sido citado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en las siguientes diecisiete sentencias: N° 380 de 7/3/2007 Caso: Asociación Cooperativa Avanzaremos SRL; N° 379 de 7/3/2007 Caso: Representaciones Pier Dario; N° 845 de 7/10/2011 Caso: Procurador del Estado Carabobo; N° 1630 de 11/8/2006 Caso: Yorvis Dugarte; N° 630 de 13/2/2007 Caso: Simón Cárdenas Ortiz, en el voto salvado; N° 1277 de 13/8/2008 Caso: Misión Padamo de Venezuela, en el obiter dictum; N° 1390 de 14/8/2008 Caso: Banco de Venezuela; N° 3022 de 14/10/2005 Caso: Kozma Kumani Saatciv; N° 795 de 15/6/2012 Caso: Hugo Chávez Frías; N° 1542 de 17/10/2008 Caso: Ángel Nava; N° 1806 de 20/11/2008 Caso: Eduardo Centeno Lapi; N° 1184 de 22/9/2009 Caso: Yaritza Bonilla Jaimes y otros; N° 1767 de 28/11/2011 Caso: Fernando Soto Rojas; N° 1197 de

23/7/2008 Caso: Henri Falcón; N° 438 de 25/4/2012 Caso: Asuselectric de Venezuela; y N° 794 de 27/5/2011 Caso: Ana Ysabel Hernández y otros.

Vale la pena destacar, que en el caso de la jurisprudencia que cita el neoconstitucionalismo, nuevo constitucionalismo o algunos de los autores más representativos de esa tesis, utiliza el argumento de autoridad con fines persuasivos, para justificar una nueva teoría, por lo que en este caso no sería un argumento conservador, ni conformista.

Claro está, las conclusiones que se extraigan del listado de sentencias referido en el presente trabajo no pueden ser absolutas, pues para ello, tendré que analizar cada una de ellas y contrastar si esas citas fueron realizadas fuera de contexto, de manera incompleta, a título referencial, en el voto salvado, en el obiter dictum, en fin, cuestiones que por razón de tiempo y espacio reservaré para otra oportunidad.

Resulta paradójico que la Sala Constitucional venezolana, en 15 años sólo haya dictado 6 sentencias en las que ha utilizado las palabras neoconstitucionalismo o nuevo constitucionalismo y 50 sentencias en las que ha citado a alguno de los autores más representativos de estas tesis, la mayoría a título referencial, lo que supone:

- i) No utiliza la cita de autores como argumento de autoridad, como sí lo hace con su propia jurisprudencia;
- ii) No ha acogido expresamente la tesis del neoconstitucionalismo o nuevo constitucionalismo.

3.- CONCLUSIONES

El neoconstitucionalismo es una propuesta originada en el seno de la denominada Escuela de Génova, durante finales de los años 90 del Siglo XX, como respuesta a lo que denominaron crisis del positivismo, la cual parte de la base del estudio de las Constituciones contemporáneas, de la carga axiológica de esos textos, la creación del órganos especializados de control constitucional, de la confrontación entre valores y principios y de la utilización del método de ponderación frente a la subsunción de corte clásico.

Se ha utilizado como sinónimos del neoconstitucionalismo, expresiones como constitucionalismo, nuevo constitucionalismo, nuevo constitucionalismo latinoamericano, postpositivismo, Thir Theory of Law, positivismo ideológico.

Es sobre la existencia de contención entre principios que se ha justificado el método de ponderación, lo que se producido que se exija al juez la necesidad de argumentar sus decisiones desde la Constitución.

No considero que exista una especie de argumentación constitucional, pues la incluyo dentro de la argumentación jurídica, toda vez que los argumentos son los mismos en ambos casos, difiriendo en la intensidad con que son utilizados alguno de ellos en casos particulares.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia no ha acogido expresamente la tesis del Neoconstitucionalismo o el Nuevo Constitucionalismo y sólo en muy pocas de sus decisiones se ha citado a los autores más relevantes de esta doctrina como un argumento de autoridad.

Capítulo VI

DERECHO PROCESAL CONVENCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Por Alfonso Jaime Martínez Lazcano²⁷⁸
(Universidad Autónoma de Chiapas y Jaime
Alfonso Cubides Cárdenas²⁷⁹(Escuela Militar de
Cadetes “Gral. José María Córdova”)

Abstract

El auge del derecho procesal convencional nos lleva a analizar su génesis y desarrollo en forma somera para medir el impacto y trascendencia que ha generado en los Estado parte, su relación con el derecho interno y sobre todo con el derecho constitucional, que abordamos desde dos perspectivas bajo el procesalismo científico: el sustantivo y el adjetivo. Esperamos con el contenido de las reflexiones que se presentan despertar el interés por su desarrollo y comprensión de la rama autónoma del derecho procesal convencional de los derechos humanos.

1. Introducción

Contiene una primera reflexión con la finalidad de pretender “separar” el estudio del derecho procesal convencional de los derechos humanos del derecho procesal

* Esta ponencia contiene resultados del proyecto de investigación: “Justicia Multinivel y aplicabilidad del control de convencionalidad en la tutela judicial efectiva de los Derechos Humanos dentro de la Fuerza Pública colombiana”, que hace parte de la línea de investigación: “Relaciones internacionales, seguridad y defensa” del Grupo de Investigación: “Estudios Internacionales” vinculado a la Facultad de Relaciones Internacionales, adscrito y financiado por la Escuela Militar de Cadetes “Gral. José María Córdova”

278 Doctor en Derecho Público, profesor de la Universidad Autónoma de Chiapas, Universidad del Sur y profesor honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Director de la Revista Jurídica Primera Instancia. Presidente del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericano; miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal; de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional; de la Asociación Panameña Derecho Procesal Constitucional; de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, y de la de la Asociación Paraguaya Derecho Procesal Constitucional. Abogado. Contacto: lazcanoalf14@hotmail.com

279 Abogado de la Universidad Autónoma de Colombia, especialista en Derecho Público de la misma casa de estudios, especialista y Magister en Docencia e Investigación con énfasis en las ciencias jurídicas de la Universidad Sergio Arboleda y Maestrante en Derecho Administrativo de la misma Universidad, estudiante de Doctorado en Derecho en la línea de investigación de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires. Docente Investigador del Grupo: “Estudios Internacionales” vinculado a la Facultad de Relaciones Internacionales de la Escuela Militar de Cadetes “Gral. José María Córdova”. Contacto: jaimecubides@gmail.com

constitucional como una rama autónoma que cuenta con sus propias normas, principios, procedimientos, procesos, órganos e historia. Sin dejar de precisar que es el derecho convencional sustantivo el que se ha incrustado en los textos nacionales para conformar el bloque de constitucionalidad.

El derecho procesal convencional de los derechos humanos no es una subcategoría del derecho procesal constitucional. Hay hoy dos planos diferentes y convergentes de protección jurisdiccional de derechos humanos. El ámbito nacional, tradicional y el internacional, como dice Ayala Corao:

La persona humana como sujeto de derechos fundamentales está hoy en día doblemente protegida por el derecho constitucional democrático y por el derecho internacional; es decir, por el derecho constitucional de los derechos humanos y por el derecho internacional de los derechos humanos²⁸⁰.

El derecho procesal convencional de derechos humanos es un medio de garantía jurisdiccional de carácter internacional constituido en base a sistemas regionales.

Si bien es cierto hay destacados autores que hablan del derecho procesal constitucional transnacional, como una especie del derecho procesal constitucional, lo cual es porque esta última se trata de una nueva categoría procesal en auge a finales del siglo XX y principios del XXI, con la idea de sistematizar todos los medios procesales instituidos para garantizar la supremacía constitucional, pero el derecho procesal convencional no tiene esa finalidad, es ajeno a este tipo de conflictos nacionales.

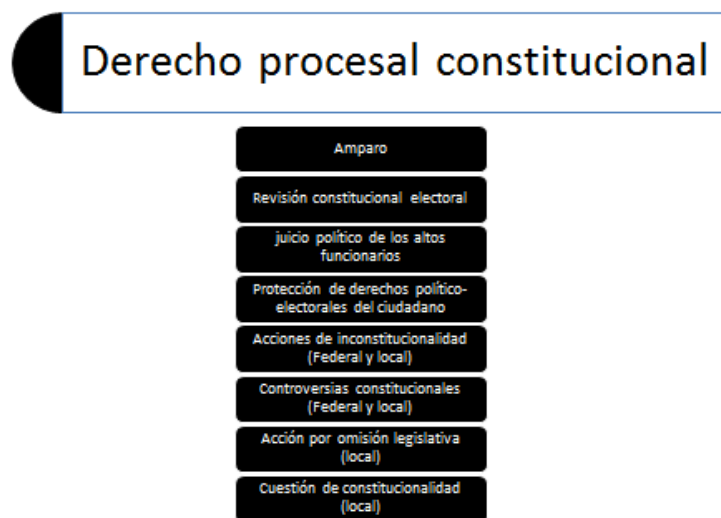
2. Derecho procesal constitucional

Independientemente de todos los medios jurisdiccionales o no creados en diversos países que tienen la finalidad de que los actos de cualquier autoridad no sean contrarios a la constitución y cuando lo sean se anulen, en esencia pretenden que impere la supremacía de la constitución.

El maestro Héctor FIX-ZAMUDIO realiza la siguiente clasificación del contenido del derecho procesal constitucional en México: “A) El juicio político de los altos funcionarios (artículo 110); B) Las controversias constitucionales (artículo 105,

280 Ayala Corao, Carlos M, *Recepción de la jurisprudencia internacional sobre los derechos humanos por la jurisprudencia constitucional*, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coordinador), *Derecho procesal constitucional*, Porrúa, México, pp. 1471-1472.

fracción I); C) La acción abstracta de inconstitucionalidad (artículo 105, fracción II); D) El Procedimiento de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (artículo 97, párrafo II y III); E) El juicio de amparo (artículos 103 y 107); F) El Juicio para la protección de los derechos político-electorales (artículo 99, fracción V); G) El Juicio de revisión constitucional electoral (artículo 99, fracción IV); y H) Los organismos autónomos no jurisdiccionales protectores de los derechos humanos, inspirados en el modelo escandinavo del Ombudsman (artículo 102, apartado B). Todos estos preceptos correspondientes a la Constitución Federal”²⁸¹.



3. Tribunales de control constitucional

El estudio del derecho procesal constitucional se ha desarrollado con la fusión de dos parámetros de control, aquellos que tutelan derechos humanos o fundamentales de los particulares y los creados para resolver conflictos entre entes públicos internos.

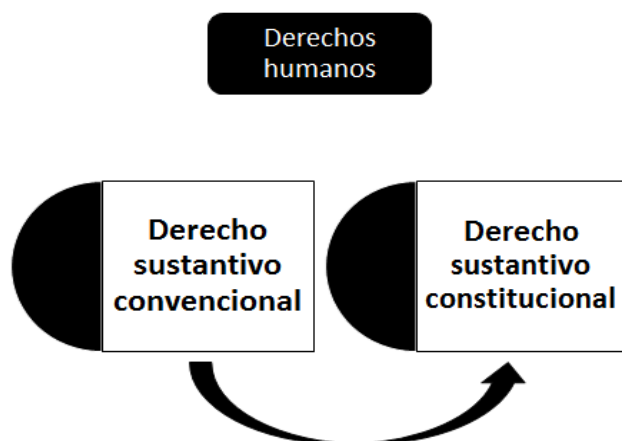
Los primeros tribunales constitucionales surgieron en Europa y después se fue extendiendo la idea a otros países²⁸², actualmente el concepto de justicia o jurisdicción constitucional ha evolucionado.

281 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coordinador), *Derecho Procesal Constitucional*, op., cit., Voz Dr. Héctor Fix Zamudio, 4ª ed., Porrúa, México, 2003, p. 299.

282 Hans Kelsen influyó en forma determinante en la creación de los primeros organismos jurisdiccionales especializados, establecidos por las cartas de Checoslovaquia y de la República Federal de Austria en 1920. Siguiendo en Italia (1948); República Federal de Alemania (1949); la antigua Yugoslavia (1953-1974); Chipre (1960); Grecia (1975); Portugal (1976-1982); España (1978); Bélgica (1980) Francia (1958); Turquía (1961-1982). Posteriormente en Europa del Este con la

Los tribunales constitucionales tienen distintas denominaciones y su acomodo dentro de la tradicional división de poderes ha sido también disímil en las naciones en los que se han constituido. Al respecto el Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor cataloga las formas en las que se han establecido estos tribunales en Latino América:

*a) sean como tribunales o cortes constitucionales autónomos ubicados fuera del aparato jurisdiccional ordinario (Chile, Ecuador, Guatemala y Perú); b) sean como tribunales o cortes autónomos dentro de la propia estructura del poder judicial (Bolivia y Colombia); c) sean como salas especializadas en materia constitucional pertenecientes a las propias cortes o tribunales supremos (El Salvador, Costa Rica, Nicaragua, Paraguay y Venezuela), d) o sean como cortes o tribunales supremos ordinarios realizando funciones de tribunal constitucional, aunque no de manera exclusiva (Argentina, Brasil, Honduras, México, Panamá y Uruguay)*²⁸³



desintegración del mundo soviético; Polonia (1982-1986); Hungría (1989); Croacia (1990); Bulgaria (1991); Eslovenia (1991); Rumania (1991); Yugoslavia (1992); Estonia (1992); Albania (1992); Republica Checa (1992); Eslovaquia (1992); Macedonia (1992); Republicas Federativas Rusa (1993); Moldavia (1994); Bosnia-Herzegovina (1995) Ucrania (1996) y Letonia (1996). En forma progresiva se ha introducido las instituciones de justicia constitucional en los países latinoamericanos: Ecuador (1948); Guatemala (1965-1985); Chile (1970-1973-1980-1989); Perú (1979 y 1993); El Salvador (1983-1991); Costa Rica (1989); Paraguay (1992); Colombia (1991); Bolivia (1994); Nicaragua (1995); Venezuela (1999); Brasil (1993); México (1995), y Ecuador (1996-1998).

283 Dr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. Justicia Local Constitucional. La nueva sala constitucional en el estado de Veracruz, ed., Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política SC, p.197. México, 2003.

4. Constitución

I. (Del Latín *constitutio-onis*), forma o sistema de gobierno que tienen cada Estado; ley fundamental de la Organización de un Estado²⁸⁴.

La constitución es el conjunto de normas y principios de carácter nacional. Es el “acta de nacimiento de un Estado”. En ésta se establecen las normas más importantes y fundamentales de una nación sea en lo individual, grupo, colectivo o nacional. Es la carta política de organización interna de un país.

La Constitución posee ciertos atributos que le son propios y exclusivos; éstos la distinguen de otro tipo de normas. Si bien es propio de toda ley mandar, disponer y regular, la constitución, como toda ley, lo hace, pero, por su naturaleza intrínseca, va más allá, constituye y funda. Este ir más allá que las restantes leyes hace que a ese conjunto de normas agrupadas en un texto se le dé el calificativo de ley suprema. Se trata, ciertamente, de una forma de ley; no obstante, goza de notas que la distinguen y sitúan en una posición diferente y elevada²⁸⁵.

La constitución se divide en dos partes esencialmente: la dogmática y la orgánica. En la primera se encuentran los derechos humanos y sus garantías y en la segunda, las facultades de los poderes públicos.

5. Supremacía constitucional

El derecho procesal constitucional tiene como principio fundamental la supremacía constitucional, el Dr. Elisur ARTEAGA NAVA dice al respecto: “En la constitución mexicana el principio que establece su supremacía, el que determina su jerarquía superior respecto de todo el orden normativo que existe en el país, el que le da tributo de ser fundamental y que asigna a todo lo que no sea ésta el carácter de derivado, el que le atribuye su calidad de superior se ha consignado con fines netamente pragmáticos... El principio se consigna de manera general de dos formas: una explícita, en el art. 40, el que dispone que es una ley fundamental... la otra, implícita, que se

284 Barragán Barragán, José, Constitución, en *Diccionario Jurídico Mexicano* tomo I, Instituto de Investigaciones jurídicas UNAM, 5ª ed., Porrúa, México, 1992, p. 658.

285 Arteaga Nava, Elisur, *Tratado de derecho constitucional*, volumen 1, OXFORD, México, 2003, p. 2.

desprende del término que se utiliza para denominarla: constitución; lo es porque constituye, faculta y limita”²⁸⁶.

6. Constituciones inconvencionales

Sin entrar a una discusión sobre el rango del derecho nacional ante el internacional desde la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), en términos de los artículos 26 y 27²⁸⁷” se acepta una jerarquía formal de superioridad del derecho externo sobre el derecho interno.

En materia de derechos humanos es el *principio pro homine* el cual debe prevalecer, es decir, ya no desde un aspecto formal sino en base a contenidos, sin embargo deberá ser la jurisdicción internacional como interprete final quien determine lo correspondiente en el caso concreto.

Independientemente del caso La Última Tentación de Cristo contra Chile, en el cual la condena versa en esencia porque la Constitución Chilena contemplaba la previa censura. En los siguientes procesos contra México se puede palpar como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) entra al estudio de la convencionalidad de la Constitución Mexicana:

Radilla Pacheco

337. Los representantes solicitaron a este Tribunal que ordene al Estado realizar una reforma al artículo 13 constitucional, que regula el fuero de guerra, en virtud de que, “[a]unque en principio el artículo pareciera no generar problema alguno, las interpretaciones que de éste se han hecho[...] llevan a la necesidad de solicitar su reforma para alcanzar la precisión necesaria que impida que elementos del Ejército mexicano sean juzgados por tribunales militares cuando han cometido violaciones a los derechos humanos”.

338. Para este Tribunal, no sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención

286 Op. Cit. , p. 13.

287 “Art. 26: Pacta sunt servanda. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe” y “Art. 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”.

Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, 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 Convención²⁸⁸. En términos prácticos, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana.

340. De tal manera, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal, los cuales han sido reiterados en el presente caso (supra párrs. 272 a 277).

341. Bajo ese entendido, este Tribunal considera que no es necesario ordenar la modificación del contenido normativo que regula el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Cabrera Montiel

234. Por otra parte, este Tribunal recuerda que ya consideró, en el Caso Radilla Pacheco, reiterado en los casos Fernández Ortega y Rosendo Cantú, que no es necesario ordenar la modificación del contenido normativo que regula el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

7. Convergencia entre el derecho constitucional sustantivo y el derecho convencional sustantivo

288 Cfr. Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú, supra nota 54, párr. 207; Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 83, y Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, supra nota 19, párr. 118.

Los derechos humanos es el espacio en el que converge el derecho constitucional sustantivo y el derecho convencional sustantivo.

En el momento en que los Estados se adhieren o aceptan a los convenios internacionales en materia de derechos humanos se obligan a respetarlos; a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social éstos pasan a formar parte del derecho positivo nacional, pero además, debido a la importancia de éstos se incrustan o “aterrizan” a nivel constitucional.

De esta forma la constitución absorbe el derecho sustantivo convencional de los derechos humanos.

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. (A. 1, 1er. Párr.) Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión... (A. 103.)

La fusión del derecho convencional sustantivo con el derecho constitucional sustantivo se le ha denominado bloque de constitucionalidad.

La existencia de un bloque de constitucionalidad implica identificar todas las normas (principios y reglas) y valores que, pese a no estar expresamente establecidas en la Constitución escrita, son materialmente constitucionales. Dentro de tales normas y valores integrados a la CPEUM (por remisión expresa o tácita de ésta), principalmente encontramos los estándares internacionales sobre derechos humanos²⁸⁹.

289 Rodríguez Manzo Graciela, Arjona Estévez Juan Carlos y Fajardo Morales Zamir, Bloque de Constitucionalidad en México, primera edición, Suprema Corte de Justicia de la Nación México, 2003, p.18.

Derecho convencional
de los derechos
humanos

Derecho
sustantivo

Derecho
procesal

8. Derecho sustantivo convencional y derecho procesal convencional

Para comprender el fenómeno jurídico en su dimensión debemos separar, como lo ha hecho el procesalismo científico al derecho sustantivo convencional del derecho procesal convencional, que como ha quedado expuesto es el primero el que ha servido de fuente para enriquecer los derechos humanos sustantivos constituciones en su parte dogmática.

Derecho procesal convencional

Medidas cautelares

Recomendaciones

Informes

Medidas provisionales

Soluciones amistosas

Sentencia de fondo

Sentencia de supervisión de sentencias

Consultiva

8.1 Autonomía del derecho procesal convencional

Situación diferente es el derecho procesal convencional de los derechos humanos que cuenta con propia e independiente jurisdicción, doctrina y reglamentación procesal.

Es más, el contenido del derecho constitucional como se expone puede ser objeto del debate en el ámbito internacional, es decir, no es factible en forma lógica

decir que existe el derecho procesal constitucional trasnacional, donde lo que se va juzgar, además de los actos u omisiones de los agentes del Estado parte, todo el derecho interno incluyendo a las constituciones.

La importancia de su independencia procesal es necesaria y elemental si se quiere abordar de manera científica su rediseño doctrinal.

Si bien es cierto, en la génesis del derecho procesal convencional y en general de todo este derecho encontramos los mecanismos a aducción al derecho sustantivo constitucional en sí y no al procesal, es que una vez aceptado o adherido al sistema regional se manifiesta en forma independiente del constitucional, repito me refiero al procesal, ya que el sustantivo se incrusta en las constituciones en forma inmediata.



8.2 Sistemas regionales de protección de derechos humanos

Hay tres sistemas jurisdiccionales regionales de protección de derechos humanos, en orden de creación: el europeo 1950 (Pacto de Roma), con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo, Francia; el Interamericano o latinoamericano de Derechos Humanos, y el Africano en 1981 (Carta de Banjul), con la Comisión Africana de Derechos Humanos de los Pueblos, el Tribunal Africano de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos de los Pueblos, estos últimos fusionados en el año 2004.

a) Europa

a.1. El Sistema Europeo de Derechos Humanos²⁹⁰ se constituye con la el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades conocido también como Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) suscrito el 4 de noviembre de 1950 en Roma, mismo que “...se abrió a la firma y entró en vigor el 3 de septiembre de 1953, tras ser ratificado por diez Estados... el Convenio no protege los derechos humanos en general, sino tan sólo algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal²⁹¹.”

La CEDH dispone una serie de derechos humanos sustantivos en sus primeros 18 artículos: a la vida, prohibición de la tortura, del trabajo forzado y de la esclavitud, a la libertad y a la seguridad, a un proceso equitativo, libertades de expresión, pensamiento, conciencia, religión, entre otros²⁹².

a.2. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene su fundamento en el artículo 19 de la CEDH que establece “con el *fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del presente Convenio y sus protocolos, se instituye un Tribunal* Funcionará de manera permanente.

a.3. Desde que la Corte abrió sus puertas en 1959, los Estados miembros del Consejo de Europa han adoptado una serie de protocolos de la Convención Europea de Derechos Humanos con el objetivo de mejorar y fortalecer su mecanismo de supervisión. En 1998 el Protocolo número 11 sustituye así la estructura de dos niveles inicial comprende la Corte y la Comisión de Derechos Humanos, reunido unos pocos días al mes, por un único Tribunal de tiempo completo. Este cambio puso fin a la función de filtrado de la Comisión, lo que permite a los solicitantes a presentar sus casos directamente ante la Corte.²⁹³

a.4. El Tribunal tiene competencia para conocer de todos los asuntos relativos

²⁹⁰ Véase en Cucarella Galiana, Luis-Andrés, *Recursos y procesos para la protección de los derechos humanos en el ámbito europeo*, en *Sistemas regionales de protección de derechos humanos*, Martínez Lazcano Alfonso Jaime, Ed. Primera Instancia, Tuxtla Gutiérrez, 2014.

²⁹¹ OP. Cit., pp. 50-51.

²⁹² Véase en Cucarella Galiana, op cit., pp.53-64.

²⁹³ <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home> (Consultado 15 de marzo de 2015)

a la interpretación y la aplicación del CEDH y de sus protocolos que le sean sometidos y tiene su sede en la ciudad de Estrasburgo (Francia).

a.5. El Tribunal se compone por 47 Jueces igual al número de las Altas Partes Contratantes (Estados), son elegidos por la Asamblea Parlamentaria en razón de cada Alta Parte Contratante, por mayoría absoluta de votos, de una lista de tres candidatos presentada por esa Alta Parte Contratante, son elegidos por un período de seis años. Son reelegibles. El mandato de los jueces finalizará cuando alcancen la edad de setenta años. Un Juez sólo podrá ser relevado de sus funciones si los demás jueces deciden, por mayoría de dos tercios, que ha dejado de reunir las condiciones requeridas para serlo.

a.6. El Tribunal tiene las funciones jurisdiccional y consultiva.

a.7. Son cuarenta y siete Estados los que aceptan la jurisdicción del Tribunal, entre ellos: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovenia, estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Hungría, Irlanda, Italia, letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República Eslovaca, Rumanía, Suecia.

b) América²⁹⁴

b.1. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) tal como actualmente se integra tiene su fundamento en la Convención Americana de Derechos Humanos (Convención ADH), llamado también Pacto de San José de Costa Rica, por haberse suscrito en ese país el 22 de noviembre de 1969, vigente a partir del 18 de julio de 1978.

La Convención ADH está compuesta por 82 artículos que prevén los derechos humanos básicos del SIDH, los compromisos de los Estados Parte y la estructura,

²⁹⁴ Véase en Martínez Lazcano Alfonso Jaime, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en Sistemas regionales de protección de derechos humanos*, Martínez Lazcano Alfonso Jaime, Ed. Primera Instancia, Tuxtla Gutiérrez, 2014.

facultades y responsabilidades de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte IDH, así como la sustanciación de los procedimientos ante estas instancias.

No todos los miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) han ratificado la Convención ADH, y no todos los reconocen la jurisdicción de la Corte IDH, son veinticuatro los países que la admiten como fuente del derecho nacional a la Convención ADH: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay y Venezuela. Lo que representa el 68% del total de los países de América.

b.2. La Corte IDH quedó integrada el 22 de mayo de 1979, al término de tres décadas de esfuerzos y proyectos, la Asamblea General de la OEA eligió, durante su Séptimo Período Extraordinario de Sesiones, a los primeros jueces que la compondrían: tres centroamericanos, dos suramericanos, un caribeño y un estadounidense²⁹⁵.

b.3. La Corte IDH tiene jurisdicción sobre todos los casos y controversias sometidas a su conocimiento sobre la interpretación y aplicación de la Convención IDH y demás instrumentos pertinentes de derechos humanos ratificados por los Estados interesados.

b.4. La instalación de la Corte IDH se hizo el 3 de septiembre de 1979, en solemne ceremonia desarrollada en el Teatro de la República, de San José, Costa Rica, sede de la propia Corte Interamericana, bajo convenio entre Costa Rica y la Corte Interamericana, suscrito el 10 de septiembre de 1981²⁹⁶.

b.5. La Corte IDH se compone de siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la OEA, elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, deben reunir condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales

²⁹⁵ García Ramírez, Sergio. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Porrúa, México, 2011, p. 107.

²⁹⁶ Ídem.

conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos.

La Corte IDH no pueden integrarla jueces de la misma nacionalidad, deben ser elegidos por seis años y sólo podrán ser reelegidos una vez.

El presidente y el vicepresidente son elegidos por los jueces de la Corte IDH, duran dos años en ejercicio, pueden ser reelectos. La elección tendrá lugar en el último período ordinario de sesiones que celebre la Corte IDH el año anterior. El período comienza el primer día de la primera sesión del año correspondiente. (aa. 52 y 54 Convención ADH, a. 3 RCTIDH).

b.6. La Corte IDH tiene dos funciones esenciales, la consultiva y la contenciosa, así lo determina el artículo 2 del Estatuto de Corte IDH, de Competencia y Funciones: “La Corte ejerce función jurisdiccional y consultiva: 1. Su función jurisdiccional se rige por las disposiciones de los artículos 61, 62 y 63 de la Convención. 2. Su función consultiva se rige por las disposiciones del artículo 64 de la Convención”.

b.7. Son diecinueve los Estados que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay. Lo que equivale al 54% del total de los países de América.

c) África

c.1. El Sistema Africano de los Derechos Humanos y de los Pueblos²⁹⁷ se constituyó en por la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos o ‘Carta de Banjul’ aceptada el 27 de junio de 1981 y entró en vigor el 21 de octubre de 1986.

c.2. Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. El artículo 1 del

²⁹⁷ Véase en Figueira Tonetto y Lopes Saldanha, *Sistema Africano de los Derechos Humanos y los Pueblos*, en *Sistemas regionales de protección de derechos humanos*, Martínez Lazcano Alfonso Jaime, Primera Instancia, Tuxtla Gutiérrez, 2014.

Protocolo a la ‘Carta de Banjul’ establece la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos Humanos y de los Pueblos, aprobado por los Estados miembros de la entonces Organización de la Unidad Africana (OUA) en Ouagadougou, Burkina Faso, en junio de 1998. El Protocolo entró en vigor el 25 de enero de 2004 después que fue ratificado por más de 15 países.

c.3. El Tribunal tiene jurisdicción sobre todos los casos y controversias sometidas a su conocimiento sobre la interpretación y aplicación de la Carta de Banjul, el Protocolo y otros instrumentos pertinentes de derechos humanos ratificados por los Estados interesados.

c.4. La Corte inició oficialmente sus operaciones en Addis Abeba, Etiopía en noviembre de 2006, pero en agosto de 2007 se trasladó a su sede en Arusha, República Unida de Tanzania, donde el Gobierno de la República ha dotado de instalaciones provisionales en espera de la construcción de una estructura permanente.

c.5. El Tribunal está integrado por once jueces, nacionales de los Estados miembros de la Unión Africana. Los primeros jueces del Tribunal fueron elegidos en enero de 2006, en Jartum, Sudán. Ellos prestaron juramento ante la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana, el 2 de julio de 2006, en Banjul, Gambia. Los jueces de la Corte son elegidos, después de la nominación por sus respectivos Estados, a título personal entre juristas africanos de probada integridad, de reconocida competencia práctica, judicial o académica y experiencia en el campo de los derechos humanos. Los jueces son elegidos por un período de seis años o de cuatro años, una vez renovables plazo. Los jueces de la Corte elegirán un Presidente y Vicepresidente de la Corte entre sí que sirven un término de dos años. Pueden ser reelegidos por una sola vez. El Presidente de la Corte reside y trabaja a tiempo completo en la sede de la Corte, mientras que los otros diez jueces trabajan sobre una base a tiempo parcial. En el cumplimiento de sus funciones, el Presidente es asistido por un Secretario, que realiza registro, funciones administrativas y de gestión de la Corte.

c.6. En concreto, la Corte tiene dos tipos de jurisdicción: contenciosa y consultiva, tiene jurisdicción sobre todos los casos y controversias que se le presenten en relación con la interpretación y aplicación de la ‘Carta de Banjul’, el Protocolo de la Corte y otros instrumentos pertinentes de derechos humanos ratificados por los Estados interesados.

c.7. Países que aceptan su jurisdicción. Hasta la fecha, sólo los siguientes veintiséis Estados han ratificado el Protocolo: Argelia, Burkina Faso, Burundi, Costa de Marfil, Comoras, Congo, Gabón, Gambia, Ghana, Kenia, Libia, Lesotho, Malí, Malawi, Mozambique, Mauritania, Mauricio, Nigeria, Níger, Ruanda, Sudáfrica, Senegal, Tanzania, Togo, Túnez y Uganda.

8.3 Los jueces de los Estados parte

Específicamente en el SIDH los jueces de los Estados parte del SIDH deben considerarse como el segmento más amplio de éste por el deber de ejercer el control difuso de convencionalidad.

1. Control difuso de convencionalidad

Es la pieza más importante del SIDH porque transforma a los jueces nacionales en jueces internacionales y permite ampliar la cobertura de protección a todos los rincones de los países que integran el SIDH.

“La idea de control difuso de convencionalidad implica que todos los jueces de los países que pertenecen al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos sin distinción, están constreñidos de oficio en la solución de casos concretos, a jerarquizar los tratados internacionales (convenciones) y la interpretación de la Corte (IDH) ante cualquier acto contrario a éstos, incluyendo el derecho creado en el ámbito interno, es decir, el derecho interamericano es fuente formal directa del derecho nacional”²⁹⁸.

²⁹⁸ Martínez Lazcano, Alfonso Jaime. El control difuso de convencionalidad y la nueva cultura constitucional, publicado en “Reflexiones y desafíos de la justicia constitucional, Alfonso Jaime

2. Impacto sistemas nacionales

El primer impacto es en el ámbito normativo, al incrustarse el Corpus Iuris Latinoamericano en el derecho positivo nacional para formar un todo, pero no es una simple amalgama, el ingreso es a la zona exclusiva (V.I.P.) por su jerarquía.

En segundo término obliga a los jueces de todos los niveles a prepararse, conocer y operar el *Corpus Iuris Latinoamericano*; tercero, a aplicar el *Corpus Iuris Latinoamericano* de oficio; cuarto, como consecuencia, dejar de aplicar normas nacionales que sean contrarios al *Corpus Iuris Latinoamericano*, de esta forma el control difuso de convencionalidad realiza una tarea de depuración de normas inconvenientes²⁹⁹, y quinto, el núcleo del esencial y prudencial del SIDH lo determina el principio *pro persona*.

9. Conclusiones:

1. El derecho procesal convencional de los derechos humanos no es una subcategoría del derecho procesal constitucional.
2. El derecho convencional de los derechos humanos debe estudiarse en dos perspectivas, desde el punto de vista sustantivo y procesal.
3. El derecho sustantivo convencional de los derechos humanos converge el derecho sustantivo constitucional constituyendo el bloque de constitucionalidad.
4. El impacto del derecho procesal convencional se manifiesta al transformar a los jueces de los Estado parte en jueces interamericanos a través del control difuso de convencionalidad cuya fuente es además la jurisprudencia de la jurisdicción internacional.

Martínez Lazcano, Director Científico, Revista Jurídica Primera Instancia, Tuxtla Gutiérrez, 2013, p. 54.

²⁹⁹ Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o *de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*. (a. 2 de la Convención IDH).

5. El principio *pro homine* es el motor esencial de la protección de los derechos humanos, más que una jerarquía formal entre el derecho interno y el externo como lo determina la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados o una supremacía constitucional sin analizar contenidos fundados en el pretexto del argumento de autoridad.

Capítulo VII

AJUSTES DE CONVENCIONALIDAD: LAS NUEVAS COORDENADAS

Por Pablo Darío Villalba Bernié³⁰⁰.

1. PRELIMINARES

Asoma indudable un vínculo de unión entre el orden internacional y el orden interno que no puede ser soslayado, al punto que las normativas supranacionales son parte del derecho vigente de la mayoría de los países Latinoamericanos desde el momento de la aceptación de la Convención Americana de Derechos Humanos, que en el caso de Paraguay se produce en el año 1993, siendo 23 los países que han ratificado o adherido a la Convención³⁰¹.

En consonancia con esta entrada en vigencia de la protección de las garantías fundamentales de derechos humanos, los Estados se comprometieron a acatar las decisiones del sistema interamericano y, por el otro, de cumplimentar las políticas que tiendan al desarrollo del marco de protección.

De hecho el sistema democrático y republicano de gobierno existente en la mayoría de los países latinoamericanos, presupone la existencia de un contorno normativo que englobe al control de legalidad de las actuaciones de los gobernantes con el fin de que estas actuaciones no vulneren derechos de las personas.

Con todo, sabemos que se trata de un camino difícil, máxime cuando comprende la aceptación cultural por parte de la sociedad, proceso de largo aliento y que involucra a varias generaciones, pero que debe tener un punto de partida. Que estemos en deuda,

³⁰⁰ Abogado, Prof. de Derecho Procesal Civil y Vice decano de la Universidad Católica “Ntra. Sra. de la Asunción”, Sede Regional Itapúa, Encarnación, Paraguay; Prof. de la Escuela Judicial del Paraguay; Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, del Instituto Paraguayo de Derecho Procesal y del Instituto Itapuense de Derecho Procesal. Presidente de la Asociación Paraguaya de Derecho Procesal Constitucional. Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Secretario General del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos. Conferencista internacional, autor de libros y artículos especializados.

³⁰¹ Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam y Uruguay.

no es ninguna novedad, no obstante el camino se ha iniciado, eso sí, quizás deberían acelerarse los mecanismos de asimilación para que los resultados sean más ágiles.

En el derrotero de asimilar el Sistema Interamericano de Derechos Humanos como parte del orden interno se nuclea los países latinoamericanos, no sin inconvenientes por cierto, a raíz de un radicalizado territorialismo, de una visión predominante *ius positivista* que impide salirse de la legalidad interna, pero especialmente por la incomprensión de los gestores sobre la existencia de un orden externo marcando pautas de acción en la búsqueda de una adecuada defensa de la dignidad de las personas y de la consolidación democrática.

A partir de la aceptación de los derechos humanos a nivel constitucional y la perspectiva de lo supranacional hacia el orden interno, motivan un análisis de la incidencia de estos en la coyuntura del derecho procesal constitucional, en pos de la asimilación de las coordenadas básicas que lo rigen. Las normas del marco procesal precisan ajustarse tanto normativa como doctrinariamente, a las tendencias pregonadas por la óptica transnacional, teniendo el Estado la obligación de adecuar su legislación a los Tratados Internacionales del cual son signatarios.

Lo procesal desde la visión internacional, no es más que la operatividad de modelos judiciales que insten por una justicia para todos y en forma igualitaria, pero no solo en el contexto interno de cada país, sino en el globalizado a nivel mundial. Los derechos humanos han comenzado a trasponer las barreras impuestas por cada legislación interna, insertándose desde lo transnacional hacia lo nacional, generando una mutación cultural en los diversos países³⁰², al divisar como parte de lo suyo aquello que era pregonado desde fuera de sus fronteras, al fin de cuentas los derechos humanos pasaron a ser parte de su derecho positivo.

Esa internacionalización de los derechos procesales, tiene la virtualidad de influir en forma directa en el ámbito constitucional y en el procesal, obligando a las legislaciones la adaptación de su normativa, asimilando las instituciones pregonadas desde lo supranacional³⁰³.

³⁰² CANÇADO TRINDADE, Antonio, en *“La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos”*, publ. en *“El juez y la defensa de la democracia: un enfoque a partir de los derechos humanos”*, Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1.993.

³⁰³ VILLALBA BERNIE, Pablo, *“Proceso Civil, actualidad y futuro”*, p. 129 y 499, Edit. BIJUPA S.R.L., Asunción, 2.008.

Si el Sistema Interamericano ha adquirido tanto predicamento, fue justamente por la deficiente protección del orden interno en favor de la persona humana, al exteriorizar un “Estado en crisis”, o incluso designados por otros sociólogos como “el fracaso del Estado”, que no ha sido capaz de estructurar un marco de protección jurídica eficaz a los ciudadanos dentro de su territorio. De allí, que cuando se escuchan voces de protesta en contra del Sistema Interamericano, lo que en puridad se exhibe es la incapacidad de los repertorios internos de solucionar la problemática de garantizar adecuadamente la vigencia de los derechos humanos.

Cuando estos sucesos azotan a una sociedad, emerge como un bastión de la democracia los orientadores dictados desde el ámbito externo, erigiendo la forma en que deben ser sustanciadas los procesos, evadiendo que la ilegalidad reine, otorgando garantías mínimas a los involucrados.

La superación de esta vieja distinción entre el orden internacional y el orden interno, deviene de la aceptación de los derechos humanos como materia aglutinadora de ambos, puesto que gracias a la comprensión de la trascendencia de los derechos humanos es que se comienza a recorrer el camino de las coincidencias, generando el despertar de una nueva conciencia universal, posicionando al hombre como centro de la protección. No en balde se afirma que la conquista más importante del Siglo XX, fue el acceso directo del individuo a la justicia internacional.

El Estado Social de Derecho fue concebido originariamente como una estructura dividida en tres poderes (legislativo, ejecutivo y judicial) que deben actuar en armonía y equilibrio, incluso en la actualidad se dice que la antigua diferenciación propuesta por Montesquieu ya debe variar al existir otros poderes consolidados, pero lo que no ha variado es que todos deben cumplir su rol crítico dentro del orden democrático so pena que de no hacerlo se vulneraría el régimen de equilibrio que debe surgir de la división del poder. Si el Poder Judicial no puede garantizar la protección de los derechos fundamentales de manera conveniente la institucionalidad democrática discurre en problemas, al punto de afirmar que generalmente un país no logra un desarrollo cualitativo de no equilibrar los poderes, es decir potenciando y bregando por una buena administración de justicia que sea creíble y confiable. Los defectos en el logro de estos objetivos por parte de los países latinoamericanos, hizo que el orden internacional tenga la trascendencia de hoy día.

En este orden de ideas, es que el fluye con fuerza la idea del Control de Convencionalidad que ha mudado de fronteras al amparo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y a la luz de los fallos orientadores de la Corte IDH, guiando hacia un sendero a seguir a modo de camino inexcusable para los Estados, exteriorizado en las distintas casuísticas que se presenten en el orden interno.

La comprensión del Control de Convencionalidad es una tarea capital, por la incidencia que tiene en el orden jurídico, con trascendencia tanto normativa como histórica, pues en definitiva versa sobre una permanente idea de evolución variando sus contornos de conformidad a las necesidades, siendo una narrativa de la constante búsqueda del ser humano hacia la construcción del proceso justo y eficaz.

La propuesta, consiste en reseñar las obligaciones puntuales que los Estados asumen al ser parte del sistema y, derivado de ello, centrar los distintos sesgos y matices de las obligaciones estatales en torno a los ajustes de convencionalidad, que a la luz de los últimos fallos a mudado de fronteras.

2. IDEAS SOBRE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

2.1 Origen

Figura difícil precisar un momento específico para establecer el instante de su génesis, al versar sobre una noción que tuvo una progresión en el tiempo y que fue descubriéndose paulatinamente hasta su actual consolidación.

La Corte IDH, desde sus albores ha proclamado la idea pero sin tipificarla con la denominación que hoy se la conoce, desembrollando una noción que de a poco se fue equilibrando. Así en la OC de 1982³⁰⁴, sienta la postura que los Estados una vez que aprueban un tratado internacional se someten a un orden legal, donde asumen obligaciones en beneficio del bien común, contrayendo responsabilidades hacia los individuos bajo su jurisdicción, no pudiendo esgrimir obstáculos para su aplicabilidad práctica. Refleja una noción de antaño, más precisamente desde los orígenes de la jurisdicción internacional sostenida en la Convención de Viena, aunque no conocida por aquel entonces con el nombre que se la identifica en la actualidad.

³⁰⁴ OC 2/28, de 24 Set. 1982.

Existe consenso entre los doctrinarios, en otorgar la paternidad del término “Control de Convencionalidad” al Dr. Sergio García Ramírez (México), ex juez y presidente de la Corte IDH, que lo utiliza por vez primera en un voto razonado emitido en el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*³⁰⁵ (2003), suponiendo una institución de origen reciente y en plena etapa de consolidación y afirmación.

Lo relevante condujo a que desde aquel momento, comienza a construirse una secuencia evolutiva de la locución “control de convencionalidad” desarrollado en fallos posteriores, traduciendo en el cumplimiento de las sentencias internacionales de la Corte IDH como precedente jurisprudencial, así evitar la violación del Pacto de San José de Costa Rica por parte de los Estados.

2.2 Conceptualización

La cuestión básica es desentrañar que entendemos por “control de convencionalidad”, que sin dudarlo contiene dos aspectos bien diferenciados que no pueden soslayarse.

Por un lado, desde un aspecto del marco internacional se ha constituido en una actividad desarrollada por siempre por la jurisdicción supranacional, tal como una actividad vital de la Corte IDH, aunque sin ser reconocida con ese nombre de control de convencionalidad. Desde este sesgo transmite la noción que la Corte IDH debe juzgar si en un caso concreto, la ley interna de los distintos países o los actos estatales resultan incompatibles con la Convención ADH, en caso afirmativo de incompatibilidad, disponer o recomendar cuanto menos la reforma o derogación de las normas contrarias a la Convención, bregando por el respeto de los derechos humanos y promoviendo la vigencia de la Convención y de otros instrumentos internacionales que tutelen a la persona.

Actúa el control de convencionalidad, sustituyendo si se quiere a la Constitución como parámetro único de validez, en el tema puntual de los derechos humanos,

³⁰⁵ Corte IDH, caso *Myrna Mack Chang vs Guatemala*, Sentencia 25/11/2003, voto concurrente razonado de Sergio García Ramírez, párr. 27.

colocándose en el grado superior de la escala jerárquica normativa de los sistemas constitucionales de la región³⁰⁶.

El segundo aspecto, surge como un mandato concreto hacia el orden interno, obligando a los jueces y al Poder Judicial extendido a nivel nacional, adecuen su accionar a los postulados de la Convención ajustando a los casos concretos las garantías fundamentales consagradas del ámbito internacional, en un control de convencionalidad difuso que les impetra cumplir en todos los fueros y especialidades las regulaciones de protección previstas desde el sistema supranacional.

La lógica que preside esta idea, es que tanto la normativa como los fallos se convierten en precedentes obligatorios a ser aplicados por los jueces en cada caso concreto dentro derecho interno.

2.3 Etimología

La voz “control de convencionalidad” es un término de reciente creación, recién al final del anterior milenio fue conocida la misma, a consecuencia de la utilización por el profesor mexicano Sergio García Ramírez. Converge en reseñar la facultad que tiene la Corte IDH de realizar un control en el cumplimiento de la Convención Americana de DH, de ahí la terminología “*Convencionalidad*”, diferenciadora del control de constitucionalidad, que conlleva ajustarse a la Constitución.

La Convencionalidad, implica que el acto, la norma o repertorio legal se encuentra encasillado dentro de los cánones permitidos por la Convención Americana de DH, de ahí deriva su nomenclatura.

3. FORMAS DE EJERCER EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El control de convencionalidad derivado de su propia definición dual, asiente dos formas de ejercer su aplicabilidad práctica, por un lado, mediante un control concentrado y, por el otro, mediante un control difuso, que no actúan en veredas diferentes sino todo lo contrario, obran en armonía, equilibrio y complementación.

³⁰⁶ SAGUES, Néstor Pedro, *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*, publ. en *Revista Estudios constitucionales*, Año 8, N° 1, p. 123, Universidad de Talca, Chile, 2010.

3.1 Control concentrado de convencionalidad

Al exteriorizar que es la Corte la encargada de velar que las normas internas sean compatibles con el orden internacional de protección, obliga a que imperativamente en cada caso sentenciado y dentro de su jurisdicción asuma como objetivo la búsqueda de una armonización del orden jurídico interno con el internacional de los derechos humanos, tema fundamental a ser compatibilizado por los Estados para cumplir las obligaciones contraídas.

El marco regulatorio del control de convencionalidad concentrado, aparece estipulado por los Artículos 2, 33 y 62 de la Convención Americana de DH, concediendo competencia a la Corte para controlar que los Estados cumplan con sus compromisos internacionales, y en caso de no hacerlo, impulsa a que expidan leyes compatibles con los derechos humanos evitando el incumplimiento.

Tratase de una función armonizadora, que autoriza al tribunal hacer un examen de confrontación normativa del derecho interno (sea Constitución, leyes, decretos, jurisprudencia, praxis judiciales y administrativas, y otros similares) con las normas internacionales, y en caso de encontrar incompatibilidad dicte sentencia ordenando la modificación, derogación, anulación o incluso recomendando reformas de las disposiciones y prácticas contrarias al orden superior, en protección y tutela de la persona, con el objetivo concreto de garantizar la supremacía de la Convención.

Esta función de control desempeñada por la Corte IDH en sede internacional, se tipifica como un “control concentrado de convencionalidad”, desarrollado íntegramente ante el Tribunal Superior como derivación de una vertiente de funcionalidad. Podríamos significar, que constituye la razón de ser de su existencia.

3.2. Control difuso de convencionalidad

La forma más típica del control de convencionalidad lo constituye el control difuso, por el cual se obliga a los jueces nacionales de todos los fueros, jerarquías y materias en el desarrollo de sus competencias específicas, practiquen el control difuso de convencionalidad. No solo es la Corte IDH, la obligada aplicar la Convención, sino que cada uno de los jueces nacionales deben ejercer y adherir a las regulaciones contenidas en la Convención, tratados internacionales, protocolos adicionales y

jurisprudencia de la Corte IDH en el caso concreto a resolver, con ello conferir un mayor rango de efectividad a la tutela de las garantías fundamentales.

Mediante esta figura de origen internacional, los jueces del orden interno, disponen de parámetros de aplicabilidad, a modo de un *estándar mínimo* de protección, compeliéndoles a que en los distintos juicios a resolver apliquen normas más beneficiosas en la protección de los derechos humanos.

El control difuso de convencionalidad tiene su aval normativo en lo dispuesto por el Art. 29 b) de la Convención, en el sentido que ninguna disposición acredita ser interpretada para limitar el goce o libre ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocida de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes.

En definitiva, reside basamentada en la obligación de los jueces de verificar la adecuación de las normas jurídicas internas aplicables al caso concreto en concordancia con la Convención ADH y los otros instrumentos internacionales vigentes sobre tutela de la persona, ajustando a los estándares interpretativos señalados por la Corte IDH, en la jurisprudencia o en Opiniones Consultivas.

La obligación no infiere únicamente a la usanza de la literalidad normativa internacional en la materia en cuestión, sino que asiente la imperatividad de emplear abiertamente en el ámbito interno las interpretaciones que de sus normas han realizado los organismos jurisdiccionales de protección. Así puntualizar, que el Control de Convencionalidad, constituye una obligación de los jueces de cada Estado parte, de efectuar un control de legalidad y constitucionalidad en asuntos de su competencia, abarcando también la función de integrar en los distintos fallos los idearios pregonados por la Corte IDH en justificación de la Convención Americana.

“Si existe esa conexión clara y rotunda -o al menos suficiente, inteligible, que no naufrague en la duda o la diversidad de interpretaciones-, y en tal virtud los instrumentos internacionales son inmediatamente aplicables en el ámbito interno, los tribunales nacionales pueden y deben llevar a cabo su propio “control de convencionalidad”. Así lo han hecho diversos órganos de la justicia interna, despejando el horizonte que se hallaba ensombrecido, inaugurando una nueva etapa de mejor protección de los seres humanos y acreditando la idea -que he reiterado- de que la gran

batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complemento, pero no sustituto, el internacional.”³⁰⁷

Revierte de gran trascendencia que el control de convencionalidad difuso, aprueba indirectamente el cumplimiento de las sentencias internacionales de la Corte IDH como un precedente jurisprudencial obligatorio, que invita a los Estados mediante su aplicabilidad a evitar cometer permanentemente las mismas fallas o faltas del Pacto, eludiendo sentencias condenatorias por idénticos hechos.

La lógica del sistema reside en la noción que los pronunciamientos de la Corte IDH, deben trasladarse al derecho interno forjando su aplicabilidad efectiva, para así lograr una tutela racional de las garantías esenciales del ser humano. Nótese, que la idea acarrea un verdadero proceso revolucionario del marco jurídico vigente, al que trastoca y reformula desde sus mismos cimientos.

4. QUIENES EJERCEN EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

a) Este aspecto a ser tratado fue evolucionando con el tiempo, por cuanto una primera etapa supuso la concreción de la noción del control de convencionalidad en el propio entorno de la Corte IDH, donde de por sí no versó sobre un tema comprendido desde su origen.

Así, fue el Tribunal Internacional el que asumió la obligación de aplicar el control de convencionalidad con todos sus bemoles característicos, creando una verdadera doctrina jurídica, que como lo dijéramos tuvo un comienzo dubitativo y en votos razonados de Sergio García Ramírez, para luego tomar tal fuerza que constituye un temario de estudio por doquier, ante la transcendencia jurídica adquirida.

b) Luego de la primera etapa de asimilación interna en la Corte IDH, se desarrolla la segunda, a partir del caso *Almonacid Arellano vs Chile* (2006), obligando a que el control de convencionalidad sea ejercido por “*sus jueces, como parte del aparato*

³⁰⁷ Corte IDH, caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, sentencia 24/11/06, Voto Razonado de Sergio García Ramírez, párr. 11.

del Estado...”³⁰⁸, para más adelante recalcar que “*el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad...*”.

Ya en este fallo comienza a perspectivarse que la idea del Control de Convencionalidad no estaba circunscripta a la Corte IDH, sino que alcanzaba a los jueces nacionales, e incluso a todo el Poder Judicial de los Estados signatarios de la Convención.

En resolución proferida en la *Supervisión de Sentencias en el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs Perú* (2007), aclarar que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana “*sus jueces están sometidos a ella*” intensificando en párrafos posteriores “*los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad, ex officio...*”. Dejando en claro que son los jueces nacionales los primeros llamados a ejercer el control de convencionalidad, haciendo una apuesta concreta por el control difuso ejercido por todos los jueces del ámbito interno.

c) La evolución fue continua, debiendo apuntar a una tercera etapa, que surge a partir de la sentencia proferida en el caso “*Cabrera García y Montiel Flores vs México*” (2010)³⁰⁹, al indicar que todos los órganos del Estado, incluidos los jueces y en especial los órganos vinculado a la administración de justicia debían aplicar el control de convencionalidad.

Finalmente esta posición comenzada en *Cabrera García vs México*, fue ratificada por la Corte IDH, en el caso “*Mendoza vs Argentina*” (2012), yendo más allá aun, al significar que todos los órganos del Estado sean o no jurisdiccionales deben ejercer el control de Convencionalidad.

221. Al respecto, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que, cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y ejecutivo, cuyos miembros deben velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y

³⁰⁸ Corte IDH, caso *Almonacid Arellano vs Chile*, sentencia 26/09/06, párr. 124.

³⁰⁹ Corte IDH, caso *Cabrera García y otro vs México*, sentencia 24/11/10, párr. 221.

los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana.³¹⁰

Todo lo cual fue ratificado en la *Supervisión de Sentencia del caso Gelman vs Uruguay* (2013), que textualmente dice:

71. De tal modo, 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.

90. Según el principio de Derecho internacional de la identidad o continuidad del Estado, la responsabilidad subsiste para todos sus poderes y órganos con independencia de los cambios de gobierno en el transcurso del tiempo y, concretamente, entre el momento en que se comete el hecho ilícito que genera la responsabilidad y aquél en que ella es declarada. Por tanto, conforme al Derecho Internacional que ha sido democrática y soberanamente aceptado por el Estado, es inaceptable que una vez que la Corte Interamericana haya emitido una Sentencia con autoridad de cosa juzgada, el derecho interno o sus autoridades pretendan dejarla sin efectos³¹¹.

5. MOMENTOS FUNDAMENTALES DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El Control de Convencionalidad se constituyó en una formulación jurídica del orden internacional de reciente data, siendo una novel figura que modernamente ha sido desarrollada, al amparo de los fallos jurisprudenciales de la Corte IDH que recién en la década pasada comienzan a pronunciarla, por lo que se trata de un arquetipo en plena evolución y expansión aun, diseñado los bosquejos iniciales de un instituto que con seguridad marcará rumbos a seguir en el derrotero de complementar al orden interno con el supranacional de protección de los derechos humanos.

³¹⁰ Corte IDH, caso *Mendoza y otros vs. Argentina*, sentencia 14/05/13, párr. 221.

³¹¹ Corte IDH, *Supervisión de Sentencia en el caso Gelman vs. Uruguay*, resolución 20/03/13, párr. 71 y 90

Proponemos realizar un repaso doctrinario y jurisprudencial de la terminología, a tenor de los fallos emitidos por la Corte, donde se infiere el grado de evolución, destacando sus momentos fundamentales:

a) *Génesis*: Al parecer la terminología, es utilizada por vez primera en un fallo, mediante en el Voto concurrente formulado por el Juez Sergio García Ramírez (ex-presidente de la Corte IDH) en el Caso *Myrna Mack Chang vs Guatemala*, donde reflexionaba:

“Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio --sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “*control de convencionalidad*” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.”³¹²

Sin embargo, debemos recalcar que esta apreciación terminológica se limitaba a la forma de denominación, puesto que la idea de convencionalidad ya flotaba en el éter de la Corte IDH desde mucho tiempo atrás, incluso en la OC 5/85, el Tribunal aludía al dispositivo convencional detallando “*si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona*”³¹³, revelando que el compromiso convencional ya incursionaba antes del 2003 -que en apariencia es el primer fallo donde se la utiliza-.

³¹² Corte IDH, caso *Mirnya Mack Chang vs Guatemala*, sentencia 25/11/03, Voto Razonado de Sergio García Ramírez, párr. 27.

³¹³ OC 5/85, *Colegiación Obligatoria de Periodistas solicitada por Costa Rica*, dictada por la Corte IDH, párr. 52: “La anterior conclusión se deduce claramente del artículo 29 de la Convención, que contiene las normas de interpretación, cuyo literal b) indica que ninguna disposición de la Convención, puede ser interpretada en el sentido de: limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados. En consecuencia, si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse

Incumbe ponerse de manifiesto, que en oportunidad del caso *Myrna Mack* la terminología fue utilizada en un voto concurrente razonado del citado jurista mexicano y no por el pleno de la Corte IDH.

La posición inicial descrita precedentemente, fue apuntalada en otro voto razonado concurrente del mismo doctrinario con-juez, en el caso *Tibi vs Ecuador* del año 2004, donde se brindó un mayor detalle de la figura, en los siguientes términos.

“En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados -disposiciones de alcance general- a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “*constitucionalidad*”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “*convencionalidad*” de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público -y, eventualmente, de otros agentes sociales- al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía.”³¹⁴

Siguiendo con la secuencia de votos razonados, el jurista mexicano en el caso *López Álvarez vs Honduras* (Febrero 2006)³¹⁵, analiza la cuestión de la convencionalidad a la luz del plazo razonable del proceso penal, indicando que la Corte debe verificar la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención, orientando al órgano que debe practicar el control de convencionalidad.

b) *Consagración plenaria*: El mismo día del caso *Vargas Areco* (26/Set/2006) la Corte, en forma plenaria utiliza la expresión “control de convencionalidad”,

restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce”.

³¹⁴ Corte IDH, caso *Tibi vs Ecuador*, sentencia 7/09/2004, voto razonado de Sergio García Ramírez, párr. 3.

³¹⁵ Corte IDH, caso *López Álvarez vs Honduras*, sentencia 1/02/2006, voto razonado de Sergio García Ramírez, párr. 30.

apropiándose del concepto al aplicarlo en a una casuística concreta, puntualmente en el caso “*Almonacid Arellano vs Chile*” (2006), donde transmite una idea clara en forma de tesis, en los siguientes términos:

“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “*control de convencionalidad*” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”³¹⁶

Podríamos afirmar que desde el caso *Almonacid Arellano*, la noción del “control de convencionalidad” toma cuerpo como doctrina jurisprudencial de la Corte, que de ahí en más se traslada a otros fallos. Denótese la validez reciente de la voz “control de convencionalidad”, que si bien versaba sobre un temario ya objeto de discusión, solo desde el 2006 en adelante tuvo una consagración plena por parte de la Corte, para de ahí en más propagarse vertiginosamente.

Así podemos citar, que en fallos secuenciales fue afincándose la noción del control de convencionalidad, desde las más variadas ópticas, tales como en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* (2006)³¹⁷, *Rosendo Radilla Pacheco vs México* (2009)³¹⁸, *Xakmok Kasek vs Paraguay* (2010)³¹⁹, *Velez Loo vs Panamá* (2010)³²⁰, *Ivcher Bronstein vs Perú* (2010)³²¹ -Supervisión de sentencia-, *Cabrera*

³¹⁶ Corte IDH, caso *Almonacid Arellano vs Chile*, sentencia 26/09/06, párr. 124.

³¹⁷ Corte IDH, caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, sentencia 24/11/06, párr. 109 y 128.

³¹⁸ Corte IDH, caso *Rosendo Radilla Pacheco vs México*, sentencia 29/09/09, párr. 247 y 338.

³¹⁹ Corte IDH, caso *Xakmok Kasek vs Paraguay*, sentencia 24/08/10, párr. 311.

³²⁰ Corte IDH, caso *Velez Loo vs Panamá*, sentencia 23/11/2010.

³²¹ Corte IDH, caso *Ivcher Bronstein vs Perú*, Resolución de Supervisión 27/08/2010, considerando decimo cuarto.

García y otro vs. México (2010)³²², *Gelman vs Uruguay* (2011)³²³. Advirtiendo el notable desarrollo de este fenómeno peculiar del sistema interamericano.

c) *Control ex officio*: El Tribunal supranacional apostado a desarrollar la doctrina del control de convencionalidad de oficio, estableciendo que sobre la base de un control difuso los jueces de cada Estado que han asentido ser parte de la Convención Americana de DH, están obligado a velar porque el efecto útil de ésta, no se vea mermado a anulado por la aplicación de leyes que sean contrarias o violatorias de garantías fundamentales. No basta ejercer un control de convencionalidad sino también de convencionalidad *ex officio* vinculando a las normas internas con la Convención, armonizándolas. Este control oficioso será ejercido por cada uno de los órganos jurisdiccionales del derecho interno en sus materias y competencias.

En el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs Perú*, la Corte IDH determinó que los jueces o magistrados locales, deben aplicar el control de convencionalidad incluso de oficio. De modo que la obligatoriedad en el control de convencionalidad no solo se extiende a petición de parte sino que están obligados los jueces a su aplicación *in officio iudicis*.

Resulta ilustrativo el voto razonado del juez Antonio Cançado Trindade, en el mismo caso, quien al reflexionar sobre esta posición doctrinaria, referenciaba:

“O sea, los órganos del Poder Judicial de cada Estado Parte en la Convención Americana deben conocer a fondo y aplicar debidamente no sólo el Derecho Constitucional sino también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; deben ejercer *ex officio* el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana. El caso de los *Trabajadores Cesados del Congreso* plantea la cuestión, para estudios futuros sobre el tema del acceso a la justicia, si la falta de claridad en cuanto al *conjunto* de los recursos internos puede también conllevar a una denegación de justicia.”³²⁴

³²² Corte IDH, caso *Cabrera García y otro vs. México*, sentencia 26/11/10, párr. 225.

³²³ Corte IDH, caso *Gelman vs Uruguay*, sentencia 24/02/11, párr. 193.

³²⁴ Corte IDH, caso *Trabajadores Cesados de Congreso vs Perú*, Sentencia 24/11/06, voto razonado de Antonio Cançado Trindade, párr. 3.

La evolución doctrinaria fue desarrollándose en los fallos sucesivos de la Corte, así en *Xakmok Kasek vs Paraguay* (2010)³²⁵, en el caso *Gelman vs Uruguay* (2011)³²⁶, reiterando la obligatoriedad en *López Mendoza vs Venezuela* (2011)³²⁷, *Fontevecchia y D'Amico vs Argentina* (2011)³²⁸, *Mendoza y otros vs. Argentina* (2013)³²⁹, ensanchando profusamente la idea del control de convencionalidad oficioso.

Centellea la relevancia del rol que cumplen los jueces de los Estados partes, verdaderos artífices del control de convencionalidad, pues en definitiva solo con la actuación eficaz de éstos que las garantías fundamentales de la dignidad humana se incorporaran eficientemente a las sociedades latinoamericanas, de ahí la fuerte apuesta que lleva a cabo la Corte imponiendo un mandato concreto de control de convencionalidad *ex officio*, no admitiendo ninguna duda en la aplicabilidad.

El mandato de la Corte, resulta orientador en el sentido de esclarecer indudablemente que las prácticas judiciales, no exclusivamente en el caso referenciado, sino abarcativa de la praxis forense en general deben amoldarse a los cánones previstos en el orden internacional, obligando al Paraguay a aplicar literalmente al contenido del tratado, como también dar pie a la aplicabilidad de la interpretación jurisprudencial, que de la Convención haga la Corte IDH. De modo, que desde este fallo, no podría bajo ningún argumento omisivo, evitarse o inaplicar la jurisprudencia de la Corte IDH como precedente obligatorio.

d) *Referencia a todos los jueces*: Se ratifica lo expuesto en el tópico 4. c), respecto a la decisión tomada en el caso *Cabrera Garcia y Montiel Flores vs. Mexico* (2010) donde se indica que todos los órganos del Estado y en especial los jueces en sus respectivos fueros y competencias deben realizar el control de convencionalidad.

³²⁵ Corte IDH, caso *Xakmok Kasek vs Paraguay*, sentencia 24/08/10, párr. 311.

³²⁶ Corte IDH, caso *Gelman vs Uruguay*, sentencia 24/02/2011, párr. 193. “Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

³²⁷ Corte IDH, caso *López Mendoza vs Venezuela*, sentencia 01/09/2011.

³²⁸ Corte IDH, caso *Fontevecchia y D'Amico vs Argentina*, sentencia 29/11/2011.

³²⁹ Corte IDH, caso *Mendoza y otros vs. Argentina*, sentencia 14/05/2013, párr. 323.

e) *Principio pro homine*: El grado de evolución ha sido tal, que en el reciente fallo *Masacre de Santo Domingo vs Colombia* (2012), la Corte ha manifestado claramente que no se trata simplemente de aplicar la Convención, sino de que ambos sistemas el interno y el externo actúen complementariamente, en algunos casos aplicando el orden interno y en otros el internacional, siempre y cuando sean más favorable a la persona humana y resuelvan de mejor manera la situación violentada, en aplicación del principio *pro hómine*. Muestra que no importa si la norma es interna o externa, lo importante es la consagración de un mejor grado de tutela de las garantías fundamentales. Así lo ha sostenido, al rezar:

“Lo anterior significa que se ha instaurado un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí. Así, la jurisprudencia de la Corte muestra casos en que se retoman decisiones de tribunales internos para fundamentar y conceptualizar la violación de la Convención en el caso específico. En otros casos se ha reconocido que, en forma concordante con las obligaciones internacionales, los órganos, instancias o tribunales internos han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que dio origen al caso; ya han resuelto la violación alegada; han dispuesto reparaciones razonables, o han ejercido un adecuado control de convencionalidad.”³³⁰

f) *Efecto erga omnes y de precedente vinculante*: Finalmente, no podemos soslayar los efectos del fallo emitida en la resolución de *Supervisión de Sentencia del caso Gelman vs Uruguay*, sentando una postura irradiadora de una visión amplia en materia de consecuencia del citado fallo, que en estos momentos obliga a los Estados partes de la Convención a asimilar la idea del precedente obligatorio de los efectos *erga omnes* de los fallos de la Corte IDH (Para un mayor análisis nos remitimos al punto 10 de esta investigación, donde se desarrolla *in extenso* el caso *Gelman vs Uruguay*).

6. PARTICULARIDADES DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

³³⁰ Corte IDH, caso *Masacre de Santo Domingo vs Colombia*, Sentencia 30/11/2012, párr. 143. Ver también, en ese sentido, el caso *Gelman vs. Uruguay* (2011), párr. 239, donde la Corte consideró que la Suprema Corte de Justicia uruguaya había ejercido, en otro caso, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al declararla inconstitucional.

El ámbito evolutivo del control de convencionalidad presenta diversas connotaciones de permanentes avances, como de reconocimiento de múltiples variables y recomendaciones, que intentaremos describir.

6.1 *Corpus iuris convencional*

Comenzando con el fallo emitido en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs Perú*, la Corte describe una línea demarcatoria de amplitud de aplicabilidad, al considerar que no solamente la Convención debe emplearse para el control de convencionalidad, sino que se traslada a otros instrumentos que integran el *corpus iuris convencional* de los derechos humanos, consintiendo realizar un control vertical y general, imbricando que el objeto del control escape de la influencia circumscripita a la Convención yendo incluso más allá. En su voto razonado Sergio García Ramírez, expone:

“En la especie, al referirse a un “control de convencionalidad” la Corte Interamericana ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. Sin embargo, la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus juris* convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera. De lo que se trata es de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos.”³³¹

El *Corpus iuris convencional* se constituye en una especie de Bloque de Convencionalidad creando un estándar mínimo para los Estados adheridos a la Convención y con mayor agudeza para aquellos que han aceptado la competencia de la jurisdicción internacional. Dicho bloque de convencionalidad con fronteras móviles va adecuándose paulatinamente de acuerdo a las exigencias ampliando su radio de acción constantemente, irradiada en nuevos tratados, declaraciones, informes, recomendaciones, e incluso, flamantes fallos interpretativos emanados de resoluciones de los tribunales internacionales.

³³¹ Corte IDH, caso *Trabajadores Cesados de Congreso vs Perú*, Sentencia 24/11/06, voto razonado de Sergio García Ramírez, párr. 2.

La obligatoriedad del cumplimiento de las OC³³², sentencias y resoluciones de reparación emanadas de la Corte son consecuencias propias del sistema interamericano, constituyen su esencia de validez que conlleva responsabilidad hacia los Estados.

Corroborando el proceso de avance invariable, en el caso *Fornerón e hija vs Argentina*, la Corte reflexionaba:

“En el presente caso el Tribunal considera que las alegadas violaciones a los derechos a las garantías judiciales, a la protección judicial, a la protección a la familia y a los derechos del niño debe interpretarse a la luz del *corpus juris* internacional de protección de los niños y niñas. Tal como esta Corte lo ha afirmado en otras oportunidades, este *corpus juris* debe servir para definir el contenido y los alcances de las obligaciones que ha asumido el Estado cuando se analizan los derechos de niños y niñas.”³³³

En el caso *Suarez Peralta vs Ecuador* (2013), en el voto razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, efectúa un interesante recuento evolutivo del *corpus iuris* internacional, desmitificando la aparente tensión entre el Pacto de San José y el Protocolo de San Salvador, aclarando que no es extraña para la jurisprudencia de la Corte la utilización de otras fuentes internacionales para una medición de los derechos consagrados en el Protocolo de San Salvador para precisar las diferentes obligaciones de los Estados, como lo ha hecho en los casos del *Instituto de Reeducción del Menor, Comunidad Yakye Axa y Xakmok Kasek* todos contra Paraguay³³⁴, (luego hacer un repaso por otras casuísticas), donde lo buscado era la compensación y solución a futuro de la violación de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Finalmente, concluir sobre la justiciabilidad directa de los DESC bajo el faro del *corpus iuris interamericano* que permea a todo el sistema, al reflexionar:

“103. La ciudadanía social ha avanzado significativamente en el mundo entero y, por supuesto, en los países del continente americano. La justiciabilidad “directa” de los derechos económicos, sociales y culturales constituye no sólo una opción

³³² OC, 14/94, del 9 Dic. 1994, parr. 56. “La Corte señaló que en lo que concierne a los derechos humanos protegidos por la Convención, la competencia de los órganos establecidas por ella se refiere exclusivamente a la responsabilidad internacional del Estado y no a la de los individuos. Toda violación de los derechos humanos por agentes o funcionarios de un Estado es, como ya lo dijo la Corte, responsabilidad de éste. Si constituyere, adicionalmente, un delito internacional generará, además, responsabilidad individual. Pero la Corte entiende que la Comisión no pretende que se le absuelvan los interrogantes que surgen de esta hipótesis.”

³³³ Corte IDH, caso *Forneron e Hija vs Argentina*, sentencia 27/04/12, párr. 44

³³⁴ Corte IDH, caso *Suarez Peralta vs Ecuador*, 21/05/13, Voto razonado de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 48/49/50.

interpretativa y argumentativa viable a la luz del actual *corpus juris* interamericano; representa también una obligación de la Corte IDH, como órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano, avanzar hacia esa dirección sobre la justicia social, al tener competencia sobre *todas las disposiciones* del Pacto de San José. La garantía efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales es una alternativa que abriría nuevos derroteros en aras de la transparencia y realización plena de los derechos, sin artilugios y de manera frontal, y así reconocer lo que desde hace tiempo viene realizando la Corte IDH de manera indirecta o en conexión con los derechos civiles y políticos.

104. En definitiva, se trata de reconocer lo que de facto realiza el Tribunal Interamericano y las altas jurisdicciones nacionales de los países de la región, teniendo en cuenta el *corpus juris* en derechos sociales nacional, interamericano y universal, lo que además constituiría una mayor y efectiva protección de los derechos sociales fundamentales, con obligaciones más claras hacia los Estados parte. Todo ello va en sintonía con los signos actuales de eficacia plena de los derechos humanos (en los ámbitos nacional e internacional), sin distingo o categorización entre ellos, particularmente importante en la región latinoamericana donde lamentablemente persisten altos índices de desigualdad, permanecen porcentajes significativos de la población en la pobreza e incluso en la indigencia, y existen múltiples formas de discriminación hacia los más vulnerables.”³³⁵

El *Corpus iuris convencional* de protección de los derechos humanos, estaría integrado por los Tratados, Convenios, Protocolos y Pactos suscriptos por Paraguay, constituyendo un *estándar mínimo* de protección, siempre y cuando refieran a derechos humanos, entre los que destacan:

- a) Convención Americana de Derechos Humanos;
- b) Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte;
- c) Convenio para prevenir y sancionar la tortura;
- d) Convención de Belem do Pará, para erradicación de la violencia contra la Mujer;
- e) Convención sobre desaparición forzada;
- f) Convención sobre Protección de los Derechos del Niño

6.2 No inmiscusión en la Soberanía de los Estados

³³⁵ *Idem anterior*, Voto razonado de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 103 y 104.

Si un temario ha preocupado sobremanera a los Estados tendiendo a la consolidación del control de convencionalidad, es la aparente inmiscusión en el tradicional concepto de Soberanía, que como una idea absoluta se encuentra afincado en el inconsciente jurídico colectivo de las mayorías de las comunidades legales latinoamericanas.

Con seguridad ello se debe, a la concepción kelseniana que posicionaba a la Constitución por encima de todo el orden legal, que hoy día fuera trastocada por la incursión de la Convención Americana en las esferas internas de los países, convocando a un verdadero cambio de paradigmas jurídicos.

Por nuestra parte, somos de la concepción que esta supuesta pérdida de Soberanía no es tal, en definitiva es el propio Estado que en uso de sus funciones soberanas amparadas en la normativa constitucional ha optado por dar validez a un estamento superior como es el caso de la Convención, por lo que no puede hablarse seriamente de una pérdida de la Soberanía, cuando se trata más propiamente de una ratificación de la misma (solo basta analizar lo ocurrido con Venezuela que acaba de retirarse del sistema, en ejercicio de su soberanía). Los Estados son soberanos al aceptar el sistema internacional, como serán soberanos si deciden retirarse.

Lo que ocurrió en puridad, fue que los distintos Estados asintieron la opción de pasar a integrar voluntariamente los organismos de protección internacional, decidiendo positivamente en un actuar reflexivo y voluntario, dando una vuelta de página de épocas idas de gobiernos totalitarios, dictatoriales y mesiánicos que se habían encargado de violar sistemáticamente cada uno de los derechos de la persona humana, orientando hacia un mejor marco de protección, que sin dudarlo fue un paso agigantado hacia el futuro.

Luego de consolidar los logros, los Estados comenzaron a darse cuenta de los compromisos contraídos conllevaban responsabilidades estatales que no estaban dispuestos a cumplir, no solo por las atrocidades cometidas antaño, sino que implicaba una permanente evolución en pos de vitalizar y perfeccionar cada vez más el contorno de protección en todos los ámbitos, niveles, fueros, materias y competencias.

Aun así y entendiendo que la Corte no puede inmiscuirse en los problemas internos de los Estados, se ha expedido en varias oportunidades aclarando que la

soberanía y autonomía de los Estados resulta indiscutible. En tal sentido ha referido en el caso *Cesti Hurtado vs Perú*, expresando el siguiente criterio:

“(…) La Corte debe recordar que el Estado suscribió y ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En consecuencia, aceptó las obligaciones convencionales consagradas en ésta en relación con todas las personas bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna. No sobra decir que Perú, al igual que los demás Estados Parte en la Convención, aceptó esta precisamente en ejercicio de su soberanía. Al constituirse como Estado Parte de la Convención, el Perú admitió la competencia de los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, y por ende se obligó, también en ejercicio de su soberanía, a participar en los procedimientos ante la Comisión y la Corte y asumir las obligaciones que derivan de estos y, en general, de la aplicación de la Convención.”³³⁶

Para en fallos más recientes, como en el caso del *Penal Miguel Castro vs Perú*³³⁷ exteriorizar en el sentido que la Corte solo tiene capacidad de interpretar la disposición y hallar su significado, sin modificar el orden interno que es potestad de los Estados, quienes continúan resguardando su soberanía y autonomía, pues la función de la Corte discurre en ejercer un control de convencionalidad de los actos de los Estados aplicando e interpretando la Convención Americana. Permite visualizar que la actuación del órgano supranacional se exterioriza con determinados límites, dejando un amplio espectro de acción a los Estados.

Provenida de la situación referenciada, en el caso *Vargas Areco vs Paraguay* en el voto razonado de Sergio García Ramírez, aclaró aún más la posición al indicar que la actuación de la Corte se desenvuelve dentro de determinados límites evitando el abuso de sus funciones en el ejercicio de la actividad jurisdiccional:

“Con apoyo en estas consideraciones, la Corte ha expresado la preocupación que le suscitan ciertas evidentes fracturas de la proporcionalidad que se debiera observar cuando existe una restricción o afectación de un derecho o se emite una decisión que sanciona la violación cometida al amparo de cierta ley y en el desempeño de determinada jurisdicción. El juez de convencionalidad no se erige, por esta vía, en legislador o juzgador nacional, sino aprecia los actos de aquéllos al amparo de la Convención, aunque detenga su análisis en ese ejercicio de mera apreciación y no llegue a fijar, por su parte, medidas cuya determinación

³³⁶ Corte IDH, caso *Cesti Hurtado vs Perú*, Sentencia 19/11/99, párr. 169

³³⁷ Corte IDH, caso *Penal Miguel Castro vs. Perú*, sentencia 25/11/06, párr. 131; idem *Vargas Areco vs Paraguay*, párr. 42

específica incumbe al Estado, principalmente si existen, como los hay en el presente caso, límites derivados del acto de reconocimiento de la competencia de la Corte.”³³⁸

Finalmente aseverar, que la supuesta pérdida o inmiscusión en cuestiones de Soberanía de los Estados, no es tal, pues definitivamente serán los órganos jurisdiccionales y de otras características específicas aun las no jurisdiccionales, las que deberán cumplir con la obligación de apuntalar la Convención Americana de Derechos Humanos, en cumplimiento de decisiones soberanas de pertenecer a un ámbito de mayor fortaleza proteccionista de la dignidad humana.

6.3. Anticonvencionalidad

La anticonvencionalidad conlleva que la norma interna que fuese declarada como violatoria de la Convención en un caso concreto, tendría que tener el efecto para el Estado de proceder al retiro del ordenamiento legal, a los efectos de evitar futuros fallos declarativos de la anticonvencionalidad de esta. Los Estados deberían precautelar para el devenir, evitando que insistentemente se obligue a la Corte a expresarse en el sentido de condenar a un Estado por idénticos hechos ya juzgados con anterioridad. En el caso *La Cantuta vs Perú*, en su voto razonado el Juez Sergio García Ramírez, sostenía:

“No tendría sentido afirmar la “anticonvencionalidad” de la norma en una hipótesis particular y dejar incólume la fuente de violación para los casos que se presenten en el futuro. Lejos de establecer una garantía de no repetición -propósito crucial del sistema tutelar de los derechos humanos-, se estaría abriendo la puerta a la reiteración de la violación. Sería impracticable -y frustrante- requerir nuevos pronunciamientos de la Corte Interamericana que abarquen y resuelvan una serie indefinida de casos de la misma naturaleza, llevados a la consideración de aquélla, uno a uno, con el propósito de obtener la respectiva declaratoria de “anticonvencionalidad”.³³⁹

Se pregona la idea que no se trata simplemente de declarar la anticonvencionalidad de la norma, sino que el Estado avance en las garantías de protección, augurando que la incompatibilidad sobrepase los efectos de la anticonvencionalidad, produciendo consecuencias aún más amplias de

³³⁸ Corte IDH, caso *Vargas Areco vs Paraguay*, sentencia 26/09/06, voto razonado de Sergio García Ramírez, párr. 12.

³³⁹ Corte IDH, caso *La Cantuta vs Perú*, sentencia 29/11/06, voto razonado de Sergio García Ramírez, párr. 7.

inconveniencia³⁴⁰ que se dará cuando el Estado asiente y asuma que debe modificar la normativa que actúa como atentatoria de la dignidad humana.

Ahora bien, la cuestión no está sencilla, por cuanto podría suceder que la norma a ser declarada anticonvencional surja del propio texto constitucional, con todas las derivaciones que ello acarrea en especial en comunidades jurídicas donde se encuentra tan adentrada el principio de supremacía constitucional, que actúa como una especial de mito y estereotipo errado que debe ser superado, pero que aún se afianza con fuerza en el consciente colectivo jurídico.

Desde el momento en que rige un Bloque de Constitucionalidad, que reconoce un parámetro de convencionalidad de rango supranacional, como ocurre en Paraguay y en otros países, la implementación del Bloque de constitucionalidad podría acarrear serias críticas, como agudas resistencias, en especial de la clase política que no entiende el nuevo paradigma e incluso la rechaza por falta de comprensión.

Cuando ello ocurre, indudable resulta que la declaración de inconveniencia de una norma importará efectos traumáticos al orden jurídico, por ello es que los Tribunales deben ser muy hábiles para ir insertando de a poco la idea, para lo cual se recomiendan dos vías³⁴¹ para la declaratoria de inconveniencia:

a) El Tribunal o Sala Constitucional, cuando el parámetro de convencionalidad esté en juego y sea más eficaz en la protección que el texto constitucional (cláusula más favorable, o principios *pro homine* o *pro libertatis* más extensos), aplicar directamente la norma más favorable, desaplicando el texto constitucional sin más, no dando tantas argumentaciones respecto a la norma constitucional dejada de lado.

b) El Tribunal o Sala Constitucional, realiza una *interpretación conforme* (sentencia interpretativa) de un precepto constitucional con el parámetro de

³⁴⁰ CUBIDES CARDENAS, Jaime Alfonso, VIVAS BARRERA, Tania, *El control de convencionalidad y la sentencia como un dinamizar transnacional*, publ. en *Derecho Procesal Constitucional*, Dir. Andrés Velandia Canosa, T. IV, p. 725, VC Editores, Bogotá, Colombia, Año 2013.

³⁴¹ JINESTA LOBO, Ernesto, “Control de Convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales”, publ. en *Derecho Procesal Constitucional*, Director Velandia Canosa, Eduardo, T. III, Vol. III, p. 218, VC Editores, Bogotá, Colombia, Año 2012.

convencionalidad, dando preeminencia a la normativa convencional, pero sin declarar la anticonvencionalidad del texto constitucional en juego.

Con seguridad la idea conlleva cambios revolucionarios, que en algún momento se tendrá que aplicar sin más la norma convencional si tiene un mejor grado de protección, sin muchas vueltas declare la inconvencionalidad de la norma en cuestión, para ello será vital que en el orden interno se comprenda la concepción del Bloque de Constitucionalidad, de lo contrario la noción no pegará dejándose a un lado, por aquello del mito errado de la primacía constitucional. Deben abrirse brechas permitiendo que los jueces interamericanos³⁴² custodien los derechos que protegen la dignidad de la persona humana.

6.4. Involucramiento de todos los poderes del Estado

Pero si solo se comprendió que son los jueces quienes deben bregar por el control de convencionalidad, evidentemente supone adscribirse a una idea estrecha y poco amplia. Si bien es cierto, que cuando un Estado parte ha ratificado la Convención Americana, son los jueces los encargados de velar porque los efectos de las desapariciones de ésta no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, en otros palabras es el Poder Judicial el encargado de ejercer el control de convencionalidad en los casos concretos³⁴³.

No obstante estas apreciaciones, con las cuales concordamos, la Corte ha avanzado en la declaración de compromisos contraídos, haciendo responsables a los Estados en su conjunto por la protección de la dignidad humana. Así las garantías fundamentales se proyectan sobre todos los poderes del Estado, ejecutivo, legislativo y judicial, incluso involucrando a los entes autónomos externos a esos poderes tradicionales (como sería el caso de la EBY e Itaipú en Paraguay), pues todos forman parte del Estado.

En el caso *La Cantuta vs. Perú*, refería:

“(…) Por ende, no resulta admisible que uno de dichos órganos se abstenga de cumplir el compromiso del Estado en el que se halla integrado o lo contravenga directamente sobre la base de que otro órgano no ha hecho su propia parte en el sistema

³⁴² Idem anterior, p. 219.

³⁴³ Corte IDH, caso *Cabrera García y Montiel Flores vs México*, sentencia 26/11/2010, párr. 225.

general de recepción y cumplimiento de los deberes internacionales. Esta idea requiere mayor reflexión, que explore sus facetas e implicaciones, y desde luego sugiere la conveniencia de tender, también aquí, el “puente” oportuno y suficiente que enlace el orden internacional con el orden interno y supere las dudas y contradicciones a las que pudiera llevar la indefinición del tema.”³⁴⁴

En reciente fallo, en el caso *Mendoza y otros vs Argentina*, en el 2013, la Corte ratificaba expresamente este criterio, en los siguientes términos:

“La Corte recuerda que el artículo 2 de la Convención obliga a los Estados Parte a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos por la Convención. Es decir, los Estados no sólo tienen la obligación positiva de adoptar las medidas legislativas necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos en ella consagrados, sino que también deben evitar promulgar aquellas leyes que impidan el libre ejercicio de estos derechos, y evitar que se supriman o modifiquen las leyes que los protegen. Por otra parte, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley. No obstante, como se señaló en esta Sentencia (*supra* párr. 218), cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, por lo cual deben ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana.”³⁴⁵

7. FACTORES QUE INCIDEN PARA UNA EFICAZ ASIMILACION DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Como toda idea novel que pretende instalarse en el entorno jurídico, su asimilación o no, dependerá de factores externos que cumplen un rol determinante para el grado de intensidad y el alcance que asume el control de convencionalidad. En este aviso, se pretende dejar en claro de modo sintético cuales son los factores que inciden de manera concluyente para que el control de convencionalidad se consolide en el orden interno.

³⁴⁴ Corte IDH, caso *La Cantuta vs Perú*, sentencia 29/11/06, voto razonado de Sergio García Ramírez, párr. 8.

³⁴⁵ Corte IDH, caso *Mendoza y otros vs Argentina*, sentencia 14/05/2013, párr. 323

a) *Norma de inserción:* Es vital que el orden constitucional contenga una norma de inserción, permitiendo la conformación del Bloque de Constitucionalidad primero, y desde allí asienta la relevancia del Bloque de convencionalidad, que conlleva al instituto del control de convencionalidad. En el orden interno paraguayo, existe una *cláusula de inserción* expresa a partir del Art. 145 de la CN que admite un orden jurídico supranacional, por lo que podemos afirmar que el instituto contiene una cláusula de inserción explícita.

b) *Grado de intensidad del principio de Supremacía constitucional:* También constituye un factor a ser analizado, el grado de intensidad con que fluye el principio de Supremacía Constitucional en el orden interno, puesto que ello condiciona sobremanera la aplicabilidad del control de convencionalidad. Hasta parecería ser contradictorio en el orden constitucional paraguayo, el relacionamiento entre el Art. 137 de la CN, donde refiere al principio de Supremacía Constitucional en un grado intenso, y por el otro el Art. 145 que admite un orden jurídico supranacional.

Lo ideal sin dudas debería representar a normativas que se proyectan en forma armónica y coordinada, tal caso no ocurre con estas disposiciones, lo que conlleva a un cúmulo de discusiones doctrinarias, que dificultan la consolidación del control de convencionalidad como objetivo del sistema.

Por eso sostenemos, *Supremacía constitucional sí, pero impregnada de derechos humanos*, que representa la idealización inequívoca del afincamiento de la protección de los derechos esenciales de la persona humana. De imponerse la idea que nada puede estar por sobre la Constitución (mayoritaria en Paraguay) la recepción de postulados más excelsos de los derechos esenciales chocará con el límite de una Constitución mirada con tinte restrictivo, que es muy distinto a que en realidad lo sea.

Aclaremos las cosas, La Constitución Paraguaya propicia la asimilación de la idea de Bloque de Constitucionalidad, por tanto asume el control de convencionalidad como idea que puede ser libremente implementada, ocurre que esta idea no fue encarnada aun por los doctrinarios que deben interpretarla, estando en deuda en tal sentido.

c) *Constitucionalización del parámetro de convencionalidad*: El fenómeno de la constitucionalización invita a reflexionar desde otro ángulo al ámbito constitucional, trayendo consigo la idea del Bloque de Constitucionalidad y del control de convencionalidad, que parte de un reconocimiento del Derecho Internacional de Derechos Humanos, abandonando la tesis tradicional o clásica con una visión neopositivista, que debe ser superada.

Por ello si un país no concuerda con estas condiciones marcadas desde lo supranacional, constituirá un orden interno poco propenso a asimilar la vertiente convencional, teniendo serias dificultades para su afianzamiento.

Al contrario, si se concede un grado de supranacionalidad a los Convenios Internacionales de Derechos Humanos, e incluso, permite la conformación de *un Corpus iuris interamericano*, las posibilidades de ejercicio aumentan considerablemente, al consistir en un orden interno proclive a recepcionar un mejor rango proteccionista.

Nuestro país, se enmarca en la segunda opción de asentar un orden jurídico supranacional, pero sin un grado de constitucionalización adecuado, debido a la condición de Supremacía constitucional intensa que surge de la norma constitucional (Art. 137) lo que acarrea inconvenientes para la asimilación. Sin embargo la doctrina debería ser capaz de construir puentes de unión entre ambos órdenes, puesto que los derechos humanos jamás deben ser dejados de lado, al extremo de ser uno de los postulados principales contenidos en el mismísimo Preámbulo de la Constitución Paraguaya.

8. ASPECTOS RELEVANTES QUE GIRAN EN TORNO AL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Corresponde analizar aquellos aspectos de suma transcendencia que tienen relación directa con la idea del Control de Convencionalidad, a fin de precisar la profundidad del temario, en especial aquellos orientados desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. De este modo, exteriorizar que el examen engloba una variabilidad de situaciones oscilando con un grado de alta dinámica.

8.1. Fusión de una trilogía normativa

Un hecho crucial consiste que el Derecho Procesal Constitucional plantea la fusión del orden internacional y el orden interno, en un indicativo que ambos repertorios legales deben confluir para una mejor aplicación y logro de justicia.

Derivada de esta primera fusión, se presenta una segunda ya mucho más específica que atañe directamente a la materia analizada, cual es el entramado que emerge entre el sistema interamericano de derechos humanos, con la Convención Americana de Derechos Humanos al frente, más todo el resto del plexo normativo que protegen las garantías fundamentales del ser humano, al ser parte de los distintos órdenes internos que lo han admitido. Equivale a señalar que integran el Derecho interno en distintos niveles, ya sea por encima del orden constitucional (México y Bolivia), en un mismo plano que el orden constitucional (Argentina y Colombia), o en un plano inferior al Constitucional (Paraguay).

Dicho orden internacional, más el control de convencionalidad y la obligatoriedad de los Estados de aplicarlo, bulle en concordancia con el orden interno vigente en los países latinoamericanos, en contacto directo con el marco constitucional y con el orden procesal.

De modo que hoy día al referenciar al Control de Convencionalidad irradia la idea de una triada compuesta por un contorno normativo integrado por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el Derecho Constitucional y el Derecho Procesal, en una visión que ha ensanchado las fronteras territoriales de los Estados³⁴⁶.

La ampliación de horizontes incluyendo al orden internacional de los derechos humanos, consiste en una de las características más significativas que tendrá que asumir el Derecho Procesal Constitucional, que ha dejado de ser una cuestión intramuros dentro del orden interno, para tener una obligatoria mirada extramuros favoreciendo la consolidación del orden procesal.

El escenario dinámico que se presenta en Latinoamérica respecto al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, obliga a que tanto el orden internacional como el orden nacional se visualicen fusionados, como variados aspectos del *Ius Constitutionale*

³⁴⁶ VILLALBA BERNIÉ, Pablo D., *El Derecho Procesal Constitucional en escena: origen y objetivos*, publ. en “*Derecho Procesal Constitucional, Garantías Fundamentales, Constitución y Proceso*”, Dir. Pablo Villalba Bernié y Javier Rojas, Hesaká SRL, Encarnación, Paraguay, Año 2014, p. 58.

Commune Americanum, convergiendo en una ampliación de fronteras no ya limitado por la territorialidad jurídica de los Estados, sino integrado como un todo, donde lo primordial es el respeto a los derechos humanos y a la dignidad de la persona.

Quizás uno de mejores exponentes de este nuevo mapeo conceptual, lo sea el profesor mexicano Eduardo Ferrer Mac Gregor, quien con su proverbial clarividencia ilustra en el Voto Razonado expedido en la *Supervisión de Sentencia del Caso Gelman vs. Uruguay*:

99. Lo anterior está produciendo un nuevo entendimiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos al concebirse ahora como un “sistema integrado”, debido a que involucra no sólo a los dos órganos de protección a que se refiere la Convención Americana —Comisión y Corte IDH—, sino ahora comprende con particular intensidad y de manera concomitante a todas las autoridades nacionales de los Estados Parte del Pacto de San José, al deber participar activamente en la garantía efectiva de los derechos humanos, sea en su dimensión nacional o internacional a manera de un “sistema integrado” de protección de derechos.

100. En definitiva, transitamos hacia un “Sistema Interamericano Integrado” —con un “control de convencionalidad” dinámico y complementario—, lo que está forjando progresivamente un auténtico *Ius Constitutionale Commune Americanum* como un núcleo sustancial e indisoluble para preservar y garantizar la dignidad humana de los habitantes de la región.³⁴⁷

8.2. Obligación de los Estados de adecuarse al Sistema Interamericano de Derechos Humanos

En consonancia con esta entrada en vigencia de la protección de las garantías fundamentales de derechos humanos y de los efectos del Bloque de Constitucionalidad, los Estados se comprometieron a acatar las decisiones del sistema interamericano y, por el otro, a cumplimentar políticas que tiendan al desarrollo del marco de protección, donde el Debido Proceso vislumbra rutilante.

De hecho el sistema democrático y republicano de gobierno existente en la mayoría de los países latinoamericanos (entre ellos Paraguay), presupone la existencia de un contorno normativo que engloba al control de legalidad de las actuaciones de los gobernantes con el fin de que estas actuaciones no vulneren derechos de las personas.

³⁴⁷ Corte IDH, *Supervisión de Sentencia en el Caso Gelman vs Uruguay*, Resolución de 20 de Marzo de 2013, Voto Razonado de Ferrer Mc Gregor, párr. 99 y 100.

Somos conscientes, que se trata de un camino difícil, máxime cuando comprende la necesidad de una aceptación cultural por parte de la sociedad, proceso de largo aliento y que involucra a varias generaciones de personas, pero que sin dudarlo debe tener un punto de partida.

Al conjugar la asimilación de estas imperatividades venidas del Sistema Interamericano de DH, se vuelve palpable la necesidad de ajustes para que al Debido Proceso pueda consolidarse de manera eficiente, con la particularidad que una vez logrado los efectos iniciales reflejará consecuencias al orbe jurídico en general.

Así la Corte IDH, en el caso *Tribunal Constitucional vs Perú* decía:

68. El respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas. Es, así, ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. Esto es aún más importante cuando el Estado ejerce su poder sancionatorio, pues éste no sólo presupone la actuación de las autoridades con un total apego al orden jurídico, sino implica además la concesión de las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción, bajo las exigencias establecidas en la Convención.³⁴⁸

8.2.1. *Obligación de respetar derechos*

Como principal obligación del Estado, surge la imperatividad de respetar los derechos consagrados en la Convención, situación básica de pertenencia al sistema, integrándolas al derecho positivo. Así fue consagrado:

“De la obligación general que tiene el Estado, a la luz del artículo 1.1 del Pacto de San José, de garantizar el respeto de los derechos humanos deriva el deber instrumental de proveer a la persecución de una conducta ilícita que contravenga las normas del Pacto y lesione bienes jurídicos tutelados bajo el concepto de derechos humanos. Es evidente que esta persecución (que puede reflejarse en una serie de actos del Estado: tipificación, enjuiciamiento, sentencia, ejecución, con notorio alcance en materia penal, pero aplicaciones relevantes en otros espacios del sistema de previsiones

³⁴⁸ Corte IDH, caso *Tribunal Constitucional vs. Perú*, Sentencia 31/01/01, párr. 68.

públicas frente a comportamientos ilícitos) debe ser consecuente con el deber de garantía al que atiende. Si no lo fuese dejaría de cumplir esta función garantizadora y se traduciría en inobservancia de una obligación estatal que no puede ser atendida de cualquier manera, en forma arbitraria o irracional.”³⁴⁹

Se colige que el Estado pasa a constituir el primer garante de los derechos de las personas, por ende del debido proceso, estando comprometido a instrumentar los medios para que los derechos sean no solo reconocidos, sino también respetados, de nada vale tener un derecho reconocido si al fin de cuentas no se permite su concreción efectiva.

“(…) la Corte recuerda que el Estado es el principal garante de los derechos humanos de la persona, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y reparar antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos. Los tribunales internos y órganos estatales tienen el deber de asegurar la implementación de la Convención Americana a nivel nacional.”³⁵⁰

En el caso *Fornerón vs Argentina* (2012), la Corte ratifica y complementa la posición asumida:

“Este Tribunal ha afirmado en otras oportunidades que “en el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas”. En la Convención Americana este principio es recogido en su artículo 2, que establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella reconocidos.”³⁵¹

8.2.2. Obligación de organizar las estructuras del Poder Público

La obligación no se circunscribe exclusivamente al respeto de los derechos, compeliendo al Estado a reestructurar la funcionalidad del Poder Público,

³⁴⁹ Corte IDH, caso *Vargas Areco vs. Paraguay*, Sentencia 26/9/06, voto razonado de Sergio García Ramírez, párr. 9.

³⁵⁰ Corte IDH, caso *Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*, Sentencia 24/11/06, párr. 66.

³⁵¹ Corte IDH, caso *Fornerón vs Argentina*, sentencia 27/04/2012, párr. 130.

acomodándolas a un conveniente cumplimiento. En el caso *Sawhayamaxa vs Paraguay*, la Corte refería:

“Finalmente, debe recordarse que, con fundamento al artículo 1.1 de la Convención, el Estado está obligado a respetar los derechos reconocidos en la Convención y a organizar el poder público para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.”³⁵²

Patentemente declaraba, que la obligación gubernamental conlleva el deber de organizar el aparato estatal, como también todas las estructuras a través de los cuales se ejerzan la protección de los derechos humanos, a manera de asegurar que jurídicamente estas tendrán el libre y pleno ejercicio.

En el caso *Suarez Peralta vs Ecuador* (2013), ponderaba:

“Al respecto, esta Corte ha sostenido que, en aplicación del artículo 1.1 de la Convención, los Estados poseen la obligación *erga omnes* de respetar y garantizar las normas de protección, así como de asegurar la efectividad de los derechos humanos. Por consiguiente, los Estados se comprometen no solo a respetar los derechos y libertades en ella reconocidos (obligación negativa), sino también a adoptar todas las medidas apropiadas para garantizarlos (obligación positiva). En este sentido, la Corte ha establecido que “no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre.”³⁵³

8.2.3. Otras consideraciones de relevancia

Lo que parecería ser algo sencillo, adquiere complicaciones profundas, al estar obligados los Estados signatarios del Pacto de San José de Costa Rica a adecuar las disposiciones de su orden interno a la Convención Americana de Derechos Humanos. Ello acarrea la necesidad *in crescendo* de innumerables apreciaciones referidas al debido proceso.

a) En primer lugar, precisar que si bien no hay un mandato concreto para que los Estados le den un rango constitucional a los derechos humanos, de las directivas

³⁵² Corte IDH, caso *Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, Sentencia 29/03/06, párr. 142; también caso *Yakye Axa vs Paraguay*, Sentencia 17/06/05, párr. 153.

³⁵³ Corte IDH, caso *Suarez Peralta vs Ecuador*, sentencia 21/05/2013, párr. 127.

e interpretaciones doctrinarias de la Corte IDH, surge notoriamente que los Estados tienen la obligación de respetar los Derechos Humanos por sobre los demás derechos.

Así fue declarado, por la Corte IDH en el caso *La última tentación de Cristo vs. Chile*, año 2001; también en el caso *Niños de la calle vs. Guatemala*, año 2001; caso *Hilaire Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago*, año 2002; caso *Almonacid Arellano vs Chile*, año 2006; caso *Goiburú vs. Paraguay*, año 2006; caso *Radilla Pacheco vs. México*, año 2009; caso *Campo algodónero vs. México*, año 2009. En todos ellos obligan a los Estados a consecuencia de vicios en el orden jurídico interno, a la eliminación de normas contrarias a la Convención.

b) En segundo lugar, por la situación fáctica presentada, resulta indudable que con solo ser parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, los Estados están obligados a un *Desarrollo Progresivo* de los derechos (Art. 26) perfeccionando permanentemente la protección, siempre a más nunca a menos. De lo que se deduce, que el debido proceso legal se irá ajustando a estos cánones imperativos que actúan como mandatos de optimización, sin que ninguna norma legal interna puede soslayar sus efectos, siempre alentando un mejoramiento en la regulación proteccionista de la persona humana.

c) En tercer lugar, el debido proceso obliga al Estado a que las garantías mínimas sean aplicables a todo tipo de proceso. Así en *Baena Ricardo vs Panamá*³⁵⁴, se reflexiona:

125. La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes.

126. En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración

³⁵⁴ Corte IDH, [*Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72*](#), párrs. 125 a 127 y 129.

se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso.

127. Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas.

129. La justicia, realizada a través del debido proceso legal, como verdadero valor jurídicamente protegido, se debe garantizar en todo proceso disciplinario, y los Estados no pueden sustraerse de esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del artículo 8 de la Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales. Permitirle a los Estados dicha interpretación equivaldría a dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho de toda persona a un debido proceso.

d) Por último, a diferencia de lo ocurrido en otras latitudes, se nota una orfandad de ideas, llevando a sostener posiciones ancladas en el positivismo jurídico y literalidad de la norma, cuando la exégesis debe hacerse a la luz de los principios rectores de los derechos humanos.

Así el desafío flagrante, deviene en apostar por un constitucionalismo que materialice efectivamente la protección de los derechos humanos, evitando las posturas retardatarias que invitan volver atrás, cuando desde el Pacto nos dicen a gritos que ya no puede retrocederse en las garantías de protección del debido proceso, de hacerlo se violaría la norma internacional y por decantación también la Constitución. No debe destilarse la noción de avalar un fraude interpretativo so pretexto de no avanzar en la protección, pues debe imponerse el “*principio de prohibición de su regresividad*”³⁵⁵, obligando al Estado a mejorar la situación de los derechos fundamentales asumiendo la prohibición de disminuir el ambiente de protección de los derechos vigentes, o incluso, de derogar los ya existentes.

9. REPERCUSION EN LOS FALLOS DE LA CORTE IDH

³⁵⁵ LANDA, Cesar, *Derechos fundamentales y justicia constitucional*, p. 51, Porrúa, México, Año 2.011.

Ninguna objeción se presenta con relación a que los fallos de la Corte IDH deben ser cumplidos y acatados por los tres poderes del Estado en el marco interno de cada uno de los países condenados.

La evolución ha sido progresiva y constante, aunque debemos reconocer que con mucho inconvenientes, en primer lugar, porque los Estados se han mostrado reticentes a cumplir con los fallos, situación que fue cambiando con el tiempo; y, en segundo lugar, porque tampoco la propia Corte IDH clarificaba la cuestión como no queriendo inmiscuirse en el orden interno de los países condenados. Por estos días la cuestión se ha clarificado, dejando establecida la Corte que el control de convencionalidad debe ser ejercido por todos los poderes del Estado, con efectos vinculantes para todo el repertorio jurídico interno.

9.1. Repercusión interna

De esta suerte los fallos emitidos por la Corte tienen efecto de precedente vinculante para los Estados que hayan sido parte en las distintas casuísticas, siendo en el caso concreto obligatorio para los Estados. De modo, que nunca fue objeto de discusión que cuando un Estado era condenado a ejercer el control de convencionalidad, ese Estado de ahí en más estaba compelido a ejercer el principio de convencionalidad en su orden interno.

En el caso *La Cantuta vs Perú* (2006), la Corte IDH expresaba:

“186 (...) De las normas y jurisprudencia de derecho interno analizadas, se concluye que las decisiones de esta Corte tienen efectos inmediatos y vinculantes y que, por ende, la sentencia dictada en el caso *Barrios Altos* está plenamente incorporada a nivel normativo interno. Si esa Sentencia fue determinante en que lo allí dispuesto tiene efectos generales, esa declaración conforma *ipso iure* parte del derecho interno peruano, lo cual se refleja en las medidas y decisiones de los órganos estatales que han aplicado e interpretado esa Sentencia”.³⁵⁶

Así los fallos que condenaban a un Estado determinado no se limitaba a la parte resolutive, sino también abarcaba la “*ratio decidendi*” ampliando los efectos del fallo, indicando que no se agota en la parte resolutive, al abarcar los fundamentos de la

³⁵⁶ Corte IDH, caso *La Cantuta vs. Perú*, párr. 186, citando el caso *Barrios Altos vs. Perú*.

decisoria, expandiendo sus efectos, resaltando como una especie de doctrina legal para casos similares.

9.2. Repercusión externa

En cuanto a la repercusión externa de los fallos de la Corte IDH, la idea se centraba en identificar hasta qué punto el precedente vinculante surgía de las sentencias con relación a los Estados partes.

Fue el Tribunal Constitucional Peruano, el que primero reconoce la vinculatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana, aclarando que dichos fallos son obligatorios como precedentes vinculantes para los Estados aunque no hayan sido partes en el juicio³⁵⁷.

Pero el fallo donde se clarifican las cosas, fue el reciente precedente emitido en la *Supervisión de Sentencia en el caso Gelman vs Uruguay* en el año 2013, donde se estableció que los fallos de la Corte IDH son de cumplimiento obligatorio para todos los Estados signatarios por el solo hecho de ser parte de la Convención (*nos remitimos al siguiente tópico donde se trata un extenso el caso Gelman*, referencial para el control de convencionalidad).

10. LA TRASCENDENCIA DEL CASO *GELMAN*: su incidencia en cuanto al control de convencionalidad

Proponemos tratar el caso *Gelman vs Uruguay*, de manera específica, porque derivado de este caso la Corte IDH en la *Supervisión de Sentencia* realizada en el 2013, ha supuesto un antes y un después en cuanto a la obligatoriedad de sus pronunciamientos, con efectos para todos los países miembros signatarios de la Convención.

Por las consecuencias positivas que se han esbozados en la *Supervisión de Sentencia del caso Gelman vs Uruguay*, realizaremos una descriptiva detallada de sus contenidos más trascendente:

³⁵⁷ Tribunal Constitucional Peruano, en el caso *Arturo Castillo Chirinos*, Expte. N° 2.750-060-PA/TC, del 21 de Julio de 2006, párr. 12 y 13.

10.1. Carácter vinculante

Uno de los primeros aspectos tratados por la Corte IDH, fue declarar sin objeción alguna el carácter de *precedente vinculante* de los fallos del organismo supranacional que deviene de un principio básico de responsabilidad internacional, en los siguientes términos:

59. La obligación de cumplir lo dispuesto en las decisiones del Tribunal corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar el tratado internacional de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, como ya ha señalado esta Corte y lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aquellos no pueden, por razones de orden interno, dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida (...).³⁵⁸

Derivada de esta obligación estatal, aclaró la Corte IDH, que además debe garantizar el *effet utile* de las normas convencionales en el orden interno, siendo obligación de los Estados evitar la alegación de normas del orden interno para inaplicar disposiciones convencionales.

63. Los Estados Parte en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, tales como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones de la Corte.

64. Los Estados Parte en la Convención no pueden invocar disposiciones del derecho constitucional u otros aspectos del derecho interno para justificar una falta de cumplimiento o de aplicación de las obligaciones contenidas en dicho tratado.³⁵⁹

10.2. Todas las autoridades obligadas a aplicar el control de convencionalidad

Sin más y de forma tajante la Corte IDH, aclaró el criterio ya sostenido en fallos anteriores, que en cuanto al control de convencionalidad todas las autoridades del

³⁵⁸ Corte IDH, *Supervisión de Sentencia en el Caso Gelman vs Uruguay*, resolución de 20 de Marzo de 2013, párr. 59.

³⁵⁹ *Idem anterior*, párr. 63 y 64.

Estado están obligadas al ejercicio de la aplicación del instituto del control de convencionalidad, factor que no solo incumbe a los jueces, sino a cada repartición estatal en uso del poder público.

59. (...) Las obligaciones convencionales de los Estados Parte vinculan a todos los poderes y órganos del Estado, es decir, que todos los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo, Judicial, u otras ramas del poder público) y otras autoridades públicas o estatales, de cualquier nivel, incluyendo a los más altos tribunales de justicia de los mismos, tienen el deber de cumplir de buena fe con el derecho internacional.

Concreta que el Estado debe introducir las modificaciones necesarias para asegurar un conveniente apuntalamiento para el cumplimiento de las obligaciones asumidas. Solo podrá evitar cumplir con el control de convencionalidad, cuando se aplique una mejor protección que la consagrada en el ámbito interamericano. El estándar mínimo del debido proceso del diseño trasnacional solo podrá ser dejado de lado, si ese mínimo es superado por un mejor debido proceso, aplicado en el orden interno, con ello se cumple con la idealización de suma protección en favor de la persona humana.

53. Lo anterior es de importancia para comprender que la eficacia interpretativa de la norma convencional, al constituir un estándar mínimo regional de aplicabilidad nacional *constituye una pauta hermenéutica fundamental e imprescindible de mínimos en materia de derechos humanos*; de tal manera que pueden las autoridades nacionales (administrativas, legislativas o jurisdiccionales) de cualquier nivel (municipal, regional, estadual, federal o nacional) de los Estados Parte de la Convención, eventualmente apartarse del criterio interpretativo de la Corte IDH cuando se realice de manera razonada y fundada una interpretación que permita lograr un mayor grado de efectividad de la norma convencional a través de una interpretación más favorable de la “jurisprudencia interamericana” sobre el derecho humano en cuestión.

La idea vinculatoria de todas las autoridades del Estado, vuelve a concretarse, al referir:

72. De tal modo, 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. Así adquiere sentido el mecanismo convencional, el cual obliga a todos los jueces y órganos judiciales a prevenir potenciales violaciones a derechos humanos, las cuales deben solucionarse a nivel

interno teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana y, solo en caso contrario, pueden ser considerados por ésta, en cuyo supuesto ejercerá un control complementario de convencionalidad.³⁶⁰

Siguiendo con la ratificación de las mismas coordenadas en la “parte conclusiva” de la resolución, asevera:

3. La Sentencia dictada por la Corte Interamericana es vinculante para el Estado, por lo cual, en cumplimiento de la misma, todos sus órganos e instituciones, incluyendo el Poder Judicial en todos sus niveles, deben continuar adoptando todas las medidas que sean necesarias para investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos que por su naturaleza sean imprescriptibles (...)

Se deja en claro entonces, que la responsabilidad en el ejercicio del control de convencionalidad corresponde a todos los poderes del Estado (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) por igual y no solo reservado al Poder Judicial en concreto.

10.3. Manifestaciones del control de convencionalidad con efecto *erga omnes*

Pasaremos a describir lo que sin dudas contiene la parte más relevante del fallo, porque mediante las fundamentaciones alegadas, no deja margen de dudas respecto al efecto vinculante de las resoluciones de la Corte IDH, como también al efecto *erga omnes* que surgen de las mismas.

Así el Tribunal aclara que se observan dos manifestaciones de la obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad, dependiendo de si el Estado ha sido parte o no del proceso internacional, atento a que la norma convencional aplicada e interpretada adquiere una vinculación distinta, dependiendo si el Estado haya sido parte material o no del conflicto resuelto. En tal sentido dilucida ambas derivaciones:

a) *Estado parte del proceso internacional*: Significa en tal sentido:

68. En relación con la primera manifestación, cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal, lo cual les obliga a

³⁶⁰ *Idem anterior*, párr. 72.

velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia. Es decir, en este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia. En esta situación se encuentra el Estado de Uruguay respecto de la Sentencia dictada en el *caso Gelman*. Por ello, precisamente porque el control de convencionalidad es una institución que sirve como instrumento para aplicar el Derecho Internacional, en el presente caso que existe cosa juzgada se trata simplemente de emplearlo para dar cumplimiento en su integridad y de buena fe a lo ordenado en la Sentencia dictada por la Corte en el caso concreto, por lo que sería incongruente utilizar esa herramienta como justificación para dejar de cumplir con la misma, de conformidad con lo señalado anteriormente (*supra* considerandos. 60 a 65).³⁶¹

En este primer supuesto, podríamos decir que se trata de una doctrina ya comprendida y consolidada por los Estados, como una derivación lógica del fallo, cuando se haya sido parte del proceso internacional, no pudiendo alegar objeciones para un actamamiento global e integral de la sentencia.

b) Estado no parte del proceso internacional: Es aquí donde emerge la trascendencia de la *Supervisión de Sentencia del caso Gelman*, porque por vez primera la Corte IDH, en forma clara y precisa involucra a todos los Estados signatarios, aunque no hayan sido parte, como objeto de efectos de la sentencia internacional, dejando atrás las dudas que se planteaban de las decisorias de la Corte IDH, si afectaban o no a quienes no hubiesen sido partes del proceso. Aclarando que por la sola circunstancia de ser signatario de la Convención ya le afecta dicha jurisprudencia. La resolución literalmente afirma a:

69. Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y

³⁶¹ *Idem anterior*, párr. 68.

aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana.³⁶²

Las connotaciones de este fallo son agudas, puesto que define una larga polémica sobre si los Estados estaban obligados a ejercer el control de convencionalidad a la luz de los fallos jurisprudenciales del Tribunal Interamericano, donde a partir de la “*Supervisión de la Sentencia del caso Gelman*” ya no deberían plantearse titubeos, al declarar que los Estados fungen forzados por todos los fallos jurisprudenciales hayan o no sido parte del proceso.

Con mayúscula claridad, abandona las posturas proteccionistas que pudiesen tener los Estados, obligándoles a aplicar tanto la Convención como la jurisprudencia de la Corte IDH. De ahí la gran relevancia del *caso Gelman*, al echar por tierra disquisiciones que se superan con el razonamiento del decisorio.

Podríamos decir, que en lo que respecta al control de convencionalidad existirá un antes y un después de la resolución de *Supervisión de Sentencia del caso Gelman vs Uruguay*.

10.4. Principio de Subsidiariedad

Dentro del contorno de la completa argumentación desarrollada en la “Supervisión del caso Gelman”, también se trató sobre el *principio de subsidiariedad* (o principio de *complementariedad*), entendido como aquel principio que permite la actuación del Tribunal Internacional recién luego que se haya dado oportunidad al Estado de reparar la violación, de modo que siempre será el Estado quien primeramente tendrá la oportunidad de reparar el daño causado.

70. La Corte estima pertinente precisar que la concepción del llamado control de convencionalidad tiene íntima relación con el “principio de complementariedad”, en virtud del cual la responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Este principio de complementariedad (también llamado “de subsidiariedad”) informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el

³⁶² *Idem anterior*, párr. 69.

Preámbulo de la misma Convención Americana, “coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. De tal manera, el Estado “es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos”³⁶³

10.5. Alcance “*obiter dicta*” y “*ratio decidendi*”

El amplio contenido de la resolución de tratada, también insistió sobre los alcances del fallo en cuanto al efecto de cosa juzgada, rescatando que estas pasan a ser fuentes del derecho, sirviendo tanto la *obiter dicta* como la *ratio decidendi* para fundamentar casuísticas del orden interno, si bien con distintos alcances guiando las decisiones o interpretaciones.

Lo relevante, es que ha establecido el carácter de precedente vinculante y que los efectos de cosa juzgada de la sentencia no se limitan solo a la parte dispositiva, sino también a sus fundamentos.

102. (...) La Sentencia no se limita en su efecto vinculante a la parte dispositiva del fallo, sino que incluye todos los fundamentos, motivaciones, alcances y efectos del mismo, de modo que aquélla es vinculante en su integridad, incluyendo su *ratio decidendi*. Así, puesto que la parte resolutive o dispositiva de la Sentencia refiere expresa y directamente a su parte considerativa, ésta es claramente parte integral de la misma y el Estado también está obligado a darle pleno acatamiento (...).³⁶⁴

11. LA APLICABILIDAD: PROLEGÓMENOS

Esta novedosa doctrina de la Corte Interamericana no deja de presentar problemas al aplicarse a los casos concretos, surgiendo los siguientes cuestionamientos:

a) ¿Puede aplicarse el Pacto cuando se contraponga a la Constitución Nacional? Así tenemos que en Paraguay, al tener en la cima a la CN y por debajo los

³⁶³ Corte IDH, *Supervisión de Sentencia en el Caso Gelman vs Uruguay*, resolución de 20 de Marzo de 2013, párr. 70.

³⁶⁴ Idem anterior, párr. 102.

tratados internacionales, se presentaría un inconveniente insoluble, claro que será esporádica dicha situación, pero sin embargo resulta exhibida³⁶⁵ en variadas formas.

Este cuestionamiento que en apariencia traería complicaciones, a la luz del reciente fallo de Supremacía de Sentencia en el caso *Gelman vs Uruguay*, la Corte IDH ha declarado que esta supuesta dicotomía o enfrentamiento es un *falso dilema*, pues el Estado está obligado a ejercer el control de convencionalidad que no es otra cosa que el ejercicio efectivo del control de constitucionalidad, como una de sus aspectos complementarios³⁶⁶. Simplemente debería cotejar si el orden internacional o el orden constitucional, es aquel que mejor protege a la persona humana, y aplicar la que más favorable a su dignidad.

Los órganos internos están obligados a ejercer el control de convencionalidad aun cuando de esta manera se contraponga con postulados constitucionales, siempre que con el ejercicio del control de convencionalidad se plantee una mejor protección de los derechos conculcados.

b) *¿Es factible en la práctica su aplicación?* Desde el ángulo normativo no se presentaría problema alguno, en cambio desde la praxis surgen la mayoría de los inconvenientes, por un lado el desconocimiento del orden internacional y por el otro, la renuencia de los jueces a aplicar normas consideradas foráneas. El problema central, radica en la praxis casi nula presentada en tribunales de aceptar y aplicar los preceptos del orden internacional a la casuística manifestada en los distintos juicios. A lo que agregamos, el desconocimiento por parte de jueces y abogados de las normativas supraleales, parte integrante del Derecho Positivo vigente, al haberse adherido a las convenciones y acuerdos sobre Derechos Humanos, con las incidencias que desde lo transnacional se imponen a los ordenamientos jurídicos de los países miembros.

³⁶⁵ Tal como ocurriera recientemente con el juicio político, regulado en la Constitución Nacional Paraguaya, que no preveía una reglamentación específica respetando el debido proceso, que fuera implementado por la Cámara de Senadores en la parte procedimental, otorgando un derecho de defensa inconsistente y escaso de 17 hs. al Presidente de la República, para luego proceder a destituirlo. No cabe duda que fueron violados los derechos humanos con el procedimiento instaurado. La solución fue legal pero alejada del debido proceso. En este caso fue evidente que primó la Constitución Nacional avalando mezquinos intereses políticos, por encima de los Convenios de Derechos Humanos suscriptos por el país.

³⁶⁶ Corte IDH, *Supervisión de Sentencia en el Caso Gelman vs Uruguay*, resolución de 20 de Marzo de 2013, párr. 88.

c) *¿Cuáles serían los alcances de la inconvencionalidad?* Allí radica otro anacronismo, debiendo promoverse una reforma legislativa que aclare la situación, si se nulificará la norma inconvencional o si se derogará, o en su caso simplemente se la inaplicará continuando vigente.

d) *¿Cómo se ejercería el control en la aplicación de la convencionalidad?* Qué mecanismos utilizarían los Estados para promover una gestión de seguimiento en la admisibilidad del control de convencionalidad.

En general son cuestionamientos que surgen cuando referimos a este novel instituto internacional, que se plantea como un mandato ideal de la Corte IDH, pero de extrema dificultad para su cumplimiento en la práctica.

d) *¿Es realmente aplicable el control de convencionalidad difuso?* No debería presentar inconvenientes, más aun si es admitido el control de constitucionalidad difuso, por cuanto no sería más que la extensión de aquel efecto, de modo que en los ordenes procesales que apuntes expresamente el control difuso no tendría que presentar ningún inconveniente, más que la superación de la idea tradicional del repertorio jurídico encerrado en las fronteras de la Constitución, por un nuevo paradigma de la necesidad de realizar un control de convencionalidad.

Aclaremos no implica abandonar el control de constitucionalidad, sino armonizarlo y complementarlo con el control de convencionalidad actuando de forma conjunta y no separada.

e) *¿Puede un sistema de control de constitucionalidad concentrado, asimilar el control de convencionalidad difuso?* En el aspecto del efecto *erga omnes*, se presenta un problema insoluble para el orden legal interno paraguayo, que solo podría solucionarse con una reforma constitucional que consienta el efecto *erga omnes*. Por un lado Corte IDH, aclarando jurisprudencialmente que sus sentencias tienen efecto *erga omnes*, y en contraposición el orden constitucional paraguayo que solo admite efectos para el caso concreto, pondría a ambos órdenes legales, el internacional y el doméstico, en evidente tensión.

Sin embargo debemos dejar sentada la postura que la propia Corte IDH ya ha dejado sentada en el caso de Supervisión de Sentencia en el caso *Gelman*, aclaró rotundamente el criterio por el cual en los tribunales internos no deberían presentarse inconvenientes de interpretación prevaleciendo el control de convencionalidad, incluso por encima que el control de constitucionalidad, cuando se tratare de aplicación de una sentencia del ámbito interamericano, que fuera interpretada por la Corte IDH, pues estas pasan a formar parte del orden constitucional interno de cada país. Así refería:

88. En consecuencia, la pretensión de oponer el deber de los tribunales internos de realizar el control de constitucionalidad al control de convencionalidad que ejerce la Corte, es en realidad un falso dilema, pues una vez que el Estado ha ratificado el tratado internacional y reconocido la competencia de sus órganos de control, precisamente a través de sus mecanismos constitucionales, aquéllos pasan a conformar su ordenamiento jurídico. De tal manera, el control de constitucionalidad implica necesariamente un control de convencionalidad, ejercidos de forma complementaria.³⁶⁷

Para luego significar, que el Estado tiene una obligación de cumplimiento de las decisiones de la Corte, en razón de estar ante una cosa juzgada internacional, que no requiere de nueva interpretación sino de cumplimiento efectivo.

102. (...) La obligación del Estado de dar pronto cumplimiento a las decisiones de la Corte es parte intrínseca de su obligación de cumplir de buena fe con la Convención Americana y vincula a todos sus poderes y órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, por lo cual no puede invocar disposiciones del derecho constitucional u otros aspectos del derecho interno para justificar una falta de cumplimiento de la Sentencia. En razón de estar en presencia de cosa juzgada internacional, y precisamente porque el control de convencionalidad es una institución que sirve como instrumento para aplicar el Derecho Internacional, sería contradictorio utilizar esa herramienta como justificación para dejar de cumplir la Sentencia en su integridad.³⁶⁸

Con lo cual, hace a un lado la potestad del control de constitucionalidad por parte de los Tribunales Constitucionales, los que no deberán realizar interpretaciones contradictorias con los fallos de la Corte IDH, debiendo cumplir con el control de convencionalidad que está por encima de aquel cuando se trate de sentencias en autoridad de cosa juzgada. De hecho el control de convencionalidad efectuado por la

³⁶⁷ *Idem anterior*, párr. 88.

³⁶⁸ *Idem anterior*, párr. 102.

Corte IDH en sus decisorias, no son más que un aspecto del control de constitucionalidad, por ende ambos no pueden ser contradictorias, ni restrictivas.

12. EL DEVENIR DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Urge comprender las nuevas realidades que se plantean al control de convencionalidad, al resonar campanas que deberían llamar la atención, repicando con temas como un *Sistema Interamericano Integrado*, control de convencionalidad obligatorio con efecto *erga omnes*, que sin dudarlo marcan nuevas fronteras constriñendo a repensar los paradigmas actuales.

El control de convencionalidad, cuestión esencial de todo mecanismo de protección ha dejado de pertenecer a la esfera netamente procesal, teniendo referencias extramuros, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos con las recomendaciones y ajustes de convencionalidad, en indicativos que constituyen garantías mínimas de protección que no deben soslayarse. Por lo que tendrá que ser analizado dentro de una amplitud normativa antaño inexplorada, pero que en este tiempo (especialmente a partir de la Supervisión de la sentencia del caso *Gelman vs. Uruguay*) se ha transformado.

A la luz de los recientes fallos, obliga a replantearse la situación a futuro, por cuanto cuando estábamos por realizar un aporte sumamente crítico describiendo negros nubarrones en el horizonte, mediante la novel casuística se ha despejado el camino que nos permitirá entrar en la modernidad, que implica aceptar la jurisdicción internacional con toda la carga jurídica que conlleva.

Sin embargo, es solo el inicio, nadie en su sano juicio podría concluir que mediante estas decisorias ya se encuentra realizada la tarea de consolidación de los derechos humanos y las garantías fundamentales, en especial en un país como Paraguay renuente a cumplir con los convenios internacionales y que por su mediterraneidad se niega a mirar hacia afuera. La realidad muestra más que nunca a los procesos integradores como puntuales del desarrollo, donde el espectro jurídico no está ausente, del cual tenemos que ser parte. Sin olvidar que somos un pueblo único particularísimo con nuestra idiosincrasia propia que nos hacen especiales.

Adscribimos al criterio que no podemos cerrar las compuertas de la modernidad jurídica, pero sin perder nuestra identidad y cultura. La ecuación sería: integración

internacional en las garantías fundamentales, sin dejar de comprender que provenimos de una tierra con costumbres, tradiciones y forma de vida diferente. De conjugar ambas ideas, no caben dudas que mediante un control de convencionalidad efectivo, el marco jurídico se verá potenciado y con un gran predicamento entre los justiciables.

Pasa a ser tan relevante el tema, que todos los poderes del Estado, cuando se trate de actividades sancionatorias, deberán tener en cuenta las reglas del debido proceso para sustanciar los sumarios o procedimientos, sin poder rehuir de sus efectos. El avance del debido proceso a estas alturas de la modernidad, no solo concentra sus efectos principales en el Poder Judicial, abarcando también a todos los poderes del Estado.

Arduo accionar queda a la doctrina para instalar el debate bregando por su comprensión, como a los organismos jurisdiccionales internos para viabilizar definitivamente la recepción de los nuevos postulados, ni que de decir de todo el aparato estatal que tendrá que reformular conceptos para ajustarlos a los nuevos tiempos. Derivada de esta estela cumple un rol formativo esencial el Derecho Procesal Constitucional.

Capítulo VIII
EL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD EN MÉXICO
ACEPTACIÓN Y DESENVOLVIMIENTO

Por **Juan Manuel Acuña***

1. Introducción

El objeto de este trabajo consiste en dar cuenta del proceso de aceptación y desarrollo temprano del control de convencionalidad en México. El estudio se centrará en el análisis de algunas importantes resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que han señalado el andar inicial del control de convencionalidad en México. Como se demostrará, el proceso de internalización del control de convencionalidad, ha estado marcado por resoluciones a un tiempo aperturistas y refractarias, lo que ha generado posicionamientos contradictorios de México y su Poder Judicial hacia el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Por otro lado, y como quedará demostrado, estas resoluciones ponen en una difícil situación a los jueces mexicanos de instancias inferiores quienes están obligados a ejercer el control de convencionalidad, pero por otro lado, están obligados a acatar la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que, no les permite ejercer el control convencional en los términos que parece pedirlo la Corte Interamericana.

En primer lugar, daremos cuenta de los cambios estructurales generados en nuestro sistema de control jurisdiccional de constitucionalidad a partir de la resolución del Expediente Varios 912/2010 por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que entre varias decisiones de trascendencia, aceptó la práctica del control difuso de convencionalidad en nuestro sistema jurídico. Luego, procederemos a comentar las líneas y estándares que para la práctica de dicho control ha establecido la Suprema Corte en dos contradicciones de tesis, la 293/2011 y la 299/2013. De manera puntual, nos enfocaremos en lo que la Corte ha establecido sobre algunos componentes del parámetro de control, la jurisprudencia interamericana y la nacional y las reglas de aplicación que se han predeterminado de manera diferenciada para una y otra. Para finalizar, comentaremos algunas decisiones de la Suprema Corte de la Nación que creemos afectarán el adecuado desenvolvimiento de la práctica del control de

convencionalidad en México en lo referente a los sujetos y al modo de ejercicio del control. Asimismo, señalaremos como el posicionamiento del Poder Judicial y de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no es unívoco y muestra posturas contrarias que indican que tal como quedó demostrado en las discusiones que llevaron a la primera resolución de la Corte sobre la aceptación del control de convencionalidad, existen posicionamientos aperturistas y refractarios hacia el sistema interamericano y el control de convencionalidad en particular que pueden manifestarse con diferentes intensidades según los tiempos y sobre todo las integraciones de las Salas de la Corte y consecuentemente del Tribunal Pleno, lo que quita estabilidad a los pasos dados.

2. El escenario previo

En nuestra opinión, hasta antes de la resolución del expediente varios 912/2010 por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y ante la inexistencia de un mecanismo del tipo de las cuestiones de inconstitucionalidad, el control difuso de convencionalidad no tenía viabilidad alguna pues la práctica del control difuso en general no era aceptada. La existencia del control difuso en México fue debatida durante largo tiempo y de antaño. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, generó a lo largo del tiempo pronunciamientos contradictorios. Sin embargo, antes de la resolución del expediente mencionado, la discusión se encontraba momentáneamente cerrada en el sentido de la no procedencia del control difuso en nuestro país. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, así se había pronunciado en una resolución que generó la tesis 74/99³⁶⁹, en la que confirmó la prohibición del control difuso y reiteró el criterio

* Universidad Panamericana México. D.F.

³⁶⁹ Véase la tesis P./J. 74/99, de rubro: CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN. El texto expreso del artículo 133 de la Constitución Federal previene que “Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”. En dicho sentido literal llegó a pronunciarse la Suprema Corte de Justicia; sin embargo, la postura sustentada con posterioridad por este Alto Tribunal, de manera predominante, ha sido en otro sentido, tomando en cuenta una interpretación sistemática del precepto y los principios que conforman nuestra Constitución. En efecto, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, considera que el artículo 133 constitucional, no es fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, respecto de actos ajenos, como son las leyes emanadas del propio Congreso, ni de sus propias actuaciones, que les permitan desconocer unos y otros, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta Magna al efecto

sentado en la tesis 73/99³⁷⁰ en la cual había determinado que el control judicial de la constitución era atribución exclusiva del Poder Judicial Federal. Poco tiempo después, especificó esta prohibición para el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en la tesis 23/2002³⁷¹.

Sobre la improcedencia del control difuso muchos y serios argumentos se han esgrimido, sin embargo, debemos señalarlo, ninguno fue decididamente convincente. Por otro lado, en la ejecutoria de la tesis 74/99, la Corte trajo a colación varias tesis pronunciadas con anterioridad en el mismo sentido e hizo suyos los argumentos que sostuvieron la tesis que comentamos, algunos de ellos, resultan particularmente interesante a efectos de comprender por qué, como luego analizaremos, a pesar de haberse abandonado esta línea jurisprudencial y haber admitido el control difuso, nos encontramos ante pronunciamientos reticentes o cuidadosos en exceso sobre esta nueva competencia de los jueces mexicanos. En su oportunidad dijo la Corte:

³⁷⁰ Véase la tesis P./J. 73/99, de rubro: CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. La supremacía constitucional se configura como un principio consustancial del sistema jurídico-político mexicano, que descansa en la expresión primaria de la soberanía en la expedición de la Constitución y que por ello coloca a ésta por encima de todas las leyes y de todas las autoridades, de ahí que las actuaciones de éstas deben ajustarse estrictamente a las disposiciones de aquella. En este sentido, , más que una facultad, , la supremacía constitucional, impone a toda autoridad el deber de ajustar a los preceptos fundamentales, los actos desplegados en ejercicio de sus atribuciones. Por tanto, si bien es cierto que los tres Poderes de la Unión deben observar la Ley Suprema, no puede afirmarse que por esta razón, las autoridades puedan, por sí, y ante sí, en el ejercicio de sus funciones materialmente jurisdiccionales, examinar la constitucionalidad de sus propios actos o de los ajenos, toda vez que, al respecto, la propia constitución consagra en sus artículos 103 y 107, un medio de defensa ex profeso, por vía de acción, como es el juicio de amparo y lo encomienda , en exclusiva, al Poder Judicial de la Federación, sentando las bases de su procedencia y tramitación”

³⁷¹ Véase la tesis P./J. de rubro: TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. CARECE DE COMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES. De lo dispuesto en los artículos 99 y 105 fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprende, por un lado que el Tribunal electoral es la máxima autoridad jurisdiccional en materia electoral y es el órgano especializado del Poder Judicial de la Federación , cuya competencia es la de garantizar la especialización objetividad e imparcialidad en el ejercicio de esa función jurisdiccional, así como la custodia de los derechos políticos electorales de los ciudadanos y verificar que los actos y resoluciones que al respecto se dicten, se ajusten al marco jurídico previsto tanto en la propia Constitución Federal, como en la Ley General del Sistema de medios de impugnación en materia electoral, y por otro, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, le corresponde en forma exclusiva, conocer de las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma general y la Constitución federal, siendo dichas acciones la única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales con la propia Ley Fundamental. En congruencia con lo anterior, se concluye que la facultad para resolver sobre la contradicción de normas electorales y la Carta Magna, está claramente limitada por mandato constitucional al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por lo que el Tribunal Electoral solo puede manifestarse respecto a algún acto o resolución o sobre la interpretación de un precepto constitucional , siempre que ésta no sea para verificar la conformidad de la ley electoral con el propio ordenamiento supremo, ya que de lo contrario, estaría ejerciendo una facultad que constitucionalmente no le corresponde”.

“Es decir, el criterio predominante de esta Suprema Corte de Justicia, que se reitera en el presente fallo, considera que el artículo 133 constitucional, no es fuente de facultades de control constitucional para los jueces del orden común, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta para ese efecto, que se traduce en el juicio específico cuya procedencia se encuentra sujeta a diversos requisitos con la finalidad de evitar la anarquía en la organización y distribución de competencias de las autoridades estatales”³⁷²

Para robustecer sus argumentos, la Corte citó una tesis de la Séptima Época:

“CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES. EXAMEN DE LA, IMPROCEDENCIA POR LA AUTORIDAD JUDICIAL COMÚN.- Conforme a la Constitución Federal, no todo órgano judicial es competente para declarar la inconstitucionalidad de una ley, sino, solamente el Poder Judicial Federal, a través del juicio de amparo, donde la definición de inconstitucionalidad emitido por la autoridad federal, se rodea de una serie de requisitos que tratan de impedir una desorbitada actividad del órgano judicial en relación con el 128, que impone a los jueces de los Estados, la obligación de preferir a la Ley Suprema cuando una Ley de su Estado la contraría, el precepto se ha entendido en relación con el sistema según el cual es únicamente el Poder Federal el que puede hacer declaraciones de inconstitucionalidad. Esto es así, porque nuestro derecho público admite implícitamente que conforme al principio de división de poderes, el órgano judicial está impedido de intervenir en la calificación de inconstitucionalidad de los actos de los otros poderes, a menos que a ese órgano se le otorgue una competencia expresa para ese efecto, como ocurre con la Constitución Federal, cuando dota al Poder judicial de la Federación de la facultad de examinar la constitucionalidad de los actos de cualquier autoridad”

Para clarificar estas ideas procederemos a identificar los argumentos torales vertidos en las resoluciones mencionadas mediante los cuales se sostuvo la prohibición del control difuso: 1. El artículo 133 constitucional, en su letra parece permitir el control constitucional a los jueces ordinarios. 2- La Constitución ha establecido de manera expresa el control de constitucionalidad depositándolo en el poder federal a través del juicio de amparo. 3- En virtud del sistema de división de poderes, el poder judicial está impedido de intervenir en la calificación de constitucionalidad de los actos de los otros poderes (esta sería la regla), a menos que la constitución de manera expresa lo permitiera. Esto es lo que ocurre con el poder judicial de la federación y su facultad de ejercer el control a través del juicio de amparo. 4- Tomando en cuenta la concesión expresa que la Constitución hace al poder judicial de la federación a través de los

³⁷² Ver la tesis P./J. 74/99. Ejecutoria.

artículos 103 y 107 constitucionales y sumado al principio implícito por el cual la regla en México es que el poder judicial no puede controlar los actos de los demás poderes, el Art. 133 constitucional debe ser interpretado en el sentido de no permitir el control constitucional a los jueces ordinarios. 5- El permitir el control a los jueces locales implicaría la anarquía en la organización y distribución de competencias.

3. La aceptación del control difuso de convencionalidad

De acuerdo a lo analizado hasta el momento, las líneas principales sobre las cuales se encontraba estructurado el sistema de control jurisdiccional de constitucionalidad, no eran óptimas para el desenvolvimiento del control de convencionalidad de acuerdo a la doctrina que del mismo venía elaborando la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

3.1 La introducción del control difuso de convencionalidad

El 23 de noviembre de 2009, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió sentencia condenatoria contra el Estado Mexicano sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas en el caso *Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos*. Por contener la sentencia diversas medidas de reparación a cargo del Poder Judicial Federal, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se avocó a discutir el asunto concerniente a qué se debía hacer con esta resolución. Luego de ser enterado acerca de la sentencia interamericana y su contenido, el entonces Presidente de la Suprema Corte, decidió promover una consulta a trámite conforme a las facultades que le concede el art. 14. II de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. El Pleno discutió en una primera oportunidad el proyecto de consulta a trámite *Expediente Varios 489/2010*, durante cuatro sesiones llevadas a cabo los días 31 de agosto, 2, 6 y 7 de septiembre de 2010. Finalizado el debate y por mayoría de 8 votos, se decidió que el proyecto debía ser desechado por haber excedido los términos de la consulta.

Las discusiones en torno a este primer proyecto, permitieron conocer que en el seno de la Suprema Corte de Justicia, existía una minoría refractaria al Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Los resistentes posicionamientos de esta minoría, llevaron a que el Pleno de la Corte discutiera temas tales como: 1. Si la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos había sido debidamente

notificada al Estado Mexicano; 2. Si el Poder Judicial Federal debía tomar alguna resolución sobre esta sentencia sin el concurso de las demás ramas de poder y 3. Si se debía acatar la parte resolutive de la sentencia o también los considerandos de la misma. Esta última cuestión fue de suma importancia pues como luego analizaremos, es en la parte considerativa de la sentencia que por primera vez la Corte Interamericana determina la obligación de ejercer control difuso a los jueces mexicanos.

Un nuevo proyecto fue discutido bajo el número 912/2010. Fue en el marco de la resolución de este expediente que la Suprema Corte tomó la decisión más trascendente -en lo que tiene que ver con cambios estructurales-. La cuestión se centró sobre el control de convencionalidad y los efectos que su aceptación provocaría en nuestro sistema.

El control de convencionalidad comprendido en sentido lato como el deber que tienen los jueces de cada estado de contrastar las normas jurídicas internas con las normas de la Convención Americana y las interpretaciones que de ellas ha realizado la Corte IDH, fue introducido por el Alto Tribunal americano de forma clara en el caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Gobierno de Chile*. El considerando 124 de la resolución del caso estableció:

“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención, no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad, entre las normas jurídicas internas que se aplican a los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta ³⁷³tarea, 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”³⁷⁴

³⁷⁴ Caso Almonacid Arellano y otros. Vs. Gobierno de Chile. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Considerando 124. El término de “control de convencionalidad” fue utilizado en casos previos. Ver Caso Myrna Mack Chag y su voto razonado del Dr. Sergio García Ramírez. Caso Tibi Vs Ecuador. Para ver la evolución del concepto Ver Hitters, Juan Carlos, Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación. La Ley. 2009 D. 1205.

La doctrina fue reiterada en casos sucesivos: *La Cantuta Vs. Perú*, sentencia del 29 de noviembre de 2006 y *Boyce y otros Vs. Barbados*, resolución del 20 de noviembre de 2007. Posteriormente, con ocasión de la sentencia emitida en el caso *Aguado Alfaro y otros Vs. Perú*, conocido como el caso de Los Trabajadores Cesados del Congreso, la Corte IDH tuvo ocasión de precisar más el ejercicio de dicho control. Allí ya no habló de una “especie” de control de convencionalidad, ya no dudó a la hora de nominarlo con claridad y por otro lado, estableció que el mismo debía llevarse a cabo *ex officio*. Asimismo, determinó, por deferencia a los Estados, que dicho control debía realizarse dentro del marco de las regulaciones procesales³⁷⁵.

El control de convencionalidad, como acertadamente ha apuntado Sagüés, es una herramienta por medio de la cual es posible permitir el cumplimiento de una de las finalidades originarias del sistema interamericano, consistente en generar un verdadero *ius commune* en la región³⁷⁶.

Pues bien, el caso Radilla presentó la ocasión para que la Corte IDH reiterara a los jueces mexicanos que la obligación de realizar dicho control también recae sobre ellos. En el considerando 339 de la sentencia la Corte IDH estableció:

“En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención, no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un control de convencionalidad ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales

³⁷⁵ Caso Aguado Alfaro y otros Vs Perú. Sentencia del 24 de noviembre de 2006. Considerando 128: “Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad sino también de convencionalidad, ex officio, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus competencias y de las regulaciones procesales pertinentes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones”

³⁷⁶ Sagüés, Nestor Pedro, El “Control de convencionalidad” como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano”. P. 451.

correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana”³⁷⁷.

Como ya hemos afirmado, el proyecto identificó al control de convencionalidad, como una de las obligaciones cuyo cumplimiento la Corte debe analizar por estar depositada en cabeza del Poder Judicial. Ahora bien, para poder dar cumplimiento a esta obligación con la profundidad con la que aparentemente lo exige la Corte IDH, resultaba necesario modificar algunas ideas previas sobre las que se estructuraba nuestro propio sistema de control constitucional.

El proyecto original, elaborado por la Ministra Luna Ramos, postulaba una decisión que intentó ser conciliadora entre el control de convencionalidad y el sistema de control constitucional vigente en México. Por ello propuso que de acuerdo a lo establecido por la Corte IDH el control difuso de convencionalidad debía realizarse en el marco de las competencias de los jueces, y dado que en México solo el Poder Judicial de la Federación está facultado, -según algunas interpretaciones- a realizar control de constitucionalidad, el control de convencionalidad estaría reservado a los jueces del Poder Judicial de la Federación³⁷⁸.

Durante las discusiones, el sentido del proyecto fue modificado y varios Ministros vieron la necesidad y la oportunidad de modificar ciertas ideas matrices en torno a la imposibilidad por parte de los jueces locales mexicanos de realizar control difuso de constitucionalidad. En tal sentido, la resolución que modificó el sentido original del proyecto se construyó de la forma que a continuación se detallará. La mayoría comenzó por atacar la posición que de mantenerse, obligaría a ceñirse a los límites del proyecto referido a la interpretación jurisprudencial vigente de acuerdo a la

³⁷⁷ Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos. Sentencia del 23 de noviembre de 2009. Considerando 339.

³⁷⁸ Consulta a trámite en el expediente varios 912/2010. Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos. Considerando octavo. “Por otra parte, también cobra importancia la acotación que dicho tribunal internacional hizo en cuanto a que el control de convencionalidad correspondía realizarlo a los tribunales mexicanos, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Estas precisiones permiten ajustar el manato abstracto de las sentencia al sistema de control constitucional de las leyes que se ejerce en el Estado mexicano, de modo tal que si este mecanismo actualmente está reservado a los Tribunales de la Federación, por lógica consecuencia debe concluirse que el control oficioso de convencionalidad de las leyes secundarias corresponderá realizarse conforme al sistema competencial instituido para juzgar las normas contrarias a la Constitución Federal, con la única diferencia de que, a partir de ahora, también deberá garantizarse que ninguna ley que se estime contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se siga aplicando, y que tampoco se observen las normas de derecho interno que contravengan la interpretación oficial que el citado tribunal internacional ha hecho de la Convención Americana”

cual el control judicial se debe ejercer por parte del Poder judicial Federal de manera exclusiva y mediante los mecanismos de amparo, controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad. Asimismo, se debe adicionar la facultad de inaplicación del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Este sistema, concentrado en el Poder judicial de la Federación y que implicaba negar facultades de control a los jueces locales, surgió como lo hemos mencionado, de la jurisprudencia establecida por la misma Suprema Corte³⁷⁹ a partir de sostener una de las posibles interpretaciones del artículo 133 constitucional y no del propio texto de la norma fundamental³⁸⁰. De esta forma la mayoría remarcó que la posibilidad de cambiar el sistema de control constitucional depende solo de una nueva interpretación del artículo 133. En tal sentido, la mayoría entendió que el nuevo artículo 1 de la Constitución reformada, obligaba a extraer esa nueva interpretación, que surgiría de re interpretar el art. 133 a la luz del nuevo artículo 1 y lo entendieron así por cuanto los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales “aun a pesar de las disposiciones en contrario establecidas en cualquier norma inferior”. Si bien es cierto que, como lo sostuvo la mayoría, el nuevo artículo 1 fortalece la labor interpretativa en pos de los derechos humanos, no solo contenidos en la Constitución sino además en los tratados internacionales, no resulta tan claro que, como parece surgir de la redacción definitiva del engrose, esa posibilidad de cambio se asiente de forma preponderante en el nuevo artículo 1, su apoyo estaría en otro lado. La preferencia de los jueces por los derechos humanos a pesar de las disposiciones contrarias de normas inferiores, tiene asiento normativo desde antes de la reforma constitucional en materia de derechos humanos. Consideramos que la resolución en este punto, confunde cuestiones que deben ser diseccionadas.

La reforma constitucional, en todo caso, vino a fortalecer y a clarificar una idea que ya estaba presente en el sistema jurídico mexicano y en algún pronunciamiento previo de la Suprema Corte, consistente en la existencia de un bloque de constitucionalidad en el sistema jurídico mexicano. A partir de la reforma, las dudas existentes acerca de este punto deben desaparecer.

Ahora bien, la actual claridad viene a fortalecer y alentar la labor interpretativa de los jueces para que ya sin dudas tomen como parámetros de control constitucional

³⁷⁹ Tesis. P/J. 74/99.

³⁸⁰ Expediente varios 912/2010. Considerando séptimo. Punto 29.

los derechos humanos establecidos en la Convención Americana. Sin embargo, de este nuevo escenario no se desprende necesariamente que el sistema de control difuso negado a los jueces locales, ahora deba estatuirse por las razones señaladas. Es decir, si a la luz de la anterior interpretación del artículo 133 constitucional, se prohibió que los jueces locales tuvieran acceso a la Constitución, sería dable pensar que podríamos continuar así, privando a los jueces locales también de acceso al texto convencional. Esta línea argumentativa no pretende negar que el sistema difuso permita canalizar de mejor manera las obligaciones convencionales, lo que pretendemos afirmar es que en realidad, el argumento elegido por la mayoría, no es el suficiente para sedimentar el control difuso.

En nuestra opinión, la decisión de la mayoría en este punto se apoyó en dos ideas fuertes diferentes de las mencionadas en el engrose. La primera, consiste en que varios ministros estaban convencidos al llegar al debate, de la necesidad de modificar la anterior interpretación del artículo 133 por no coincidir con la interpretación restrictiva que se le dio al citado artículo. La segunda: el tratamiento del control de convencionalidad, dio a estos ministros, la posibilidad lógica de proponer el cambio pues hubiera resultado contradictorio, asumir el control de convencionalidad en sentido amplio, es decir, como un deber de todos los jueces, incluyendo a los locales y sostener que el control de constitucionalidad es una competencia exclusiva del poder judicial federal. De haberse impuesto esta posición, los jueces locales hubieran sido sometidos a una situación esquizofrénica aún más fuerte que la que sentían antes de la reforma constitucional, pues hubiesen sido obligados a ya no solo desobedecer la segunda parte del artículo 133, sino además, ahora, el último párrafo del artículo primero constitucional. Por otro lado, es lógico que no se les pudiera pedir a los jueces locales que no ejercieran control de constitucionalidad y al mismo tiempo habilitarlos a ejercer control de convencionalidad, ahora sí, y con más razón, luego de la reforma constitucional al artículo primero constitucional que establece un bloque de constitucionalidad, lo que hubiera implicado exigir a los jueces locales que ejercieran el control solo respecto a algunas partes del bloque constitucional.

La introducción de la primera idea fuerte en el debate estuvo a cargo del Ministro Cossío:

“Hoy en día, esta Suprema Corte sostiene que, existe un control concentrado de dos formas: uno, por la naturaleza de los órganos, solo los del Poder Judicial de la

Federación y dos, por la naturaleza de los procesos; controversias, acciones y amparo. Y en esta combinación, en esa doble combinación exclusivamente se puede llevar a cabo el control, sin embargo, creo y he sostenido en otros asuntos, que esta interpretación es una interpretación restrictiva y es una interpretación que es contraria a lo que dispone la segunda parte del artículo 133 constitucional que permite a los órganos jurisdiccionales de todo el País, y ahí sí, jurisdiccionales de todo el País, que lleven a cabo un control de regularidad, no en el sentido de declarar la invalidez de las normas jurídicas sino como está el párrafo octavo del artículo 101 relativo al Tribunal electoral para desaplicar al caso concreto la disposición que sea contraria a la Constitución, creo que aquí hay una diferencia muy importante”³⁸¹.

El Ministro Zaldívar Lelo de Larrea, fortaleció esta línea introduciendo la segunda idea fuerte mencionada y profundizó aún más.

“Se ha dicho aquí que efectivamente en una añeja y reiterada jurisprudencia de esta Suprema Corte, se ha establecido que en México no hay control difuso de la constitución con una serie de argumentos que siempre me parecieron muy cuestionables y que nunca he compartido, es la primera vez que como integrante de esta Suprema Corte me manifiesto sobre el tema, pero antes de mi llegada de manera reiterada había estado en contra de este criterio de la Corte, que me parece que no es acorde con el artículo 133 constitucional, ya no hablemos ahora de otra cuestión, el art. 133 constitucional establece la obligación de todos los jueces locales de preferir la Constitución, los tratados internacionales, frente a lo que establezcan sus Constituciones y sus leyes y esto no es nada sofisticado esto es algo inherente a la propia función jurisdiccional (...) me parece que la consecuencia lógica es que ese control de convencionalidad lejos de venir a hacer (sic) contrario a nuestra constitución es acorde con el espíritu y la letra de nuestra Constitución”³⁸².

Pero además, el Ministro Zaldívar, avizó que, de acuerdo a lo para ese entonces ya resuelto por la Corte IDH en el caso Cabrera y Montiel que tuvo a México como estado condenado, el control de convencionalidad había sido nuevamente extendido por el propio Tribunal Interamericano, en cuanto a que la obligación de ejercer el control de convencionalidad incluye a todos los jueces “*en todos sus niveles*”

383

³⁸¹ Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación celebrada el día 7 de julio de 2011. Pp. 37 y 38.

³⁸² Idem. pp 50 y 51.

³⁸³ Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Sentencia del 26 de noviembre de 2010. El considerando 225 de dicha resolución expresa lo siguiente: Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas, están sujetas al imperio de la ley y por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un

En definitiva, la aceptación del control de convencionalidad realizada por la Suprema Corte, al aceptar que todo el contenido de la sentencia es obligatorio para el Estado Mexicano, trajo como consecuencia irresistible, la necesidad de modificar el sistema de control constitucional, habilitando el control difuso para los jueces locales. Esta decisión se vio avalada por una mayoría de siete votos³⁸⁴.

Ahora toca explicar la forma en la que, de acuerdo a la Corte, debe llevarse a cabo el control difuso de convencionalidad y/o constitucionalidad. Se estableció un sistema de control a llevarse a cabo en tres pasos. En el primero, los jueces deberán llevar a cabo una interpretación conforme en sentido amplio, es decir, de acuerdo a lo que establece el artículo primero constitucional. En segundo lugar, procederán a realizar una interpretación conforme en sentido estricto, consistente en que los jueces ante varios sentidos en los que la norma en cuestión puede ser interpretada, deberán elegir aquel que “hace a la ley, acorde con los derechos humanos”. Por último, si la interpretación conforme en sentido estricto no diera resultado, deberán, sin más remedio, inaplicar la norma en cuestión³⁸⁵.

Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, en todos sus niveles, están en la obligación de ejercer, ex officio, un control de convencionalidad entre las normas internas y la convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y los órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana

³⁸⁴ Esta decisión generó la tesis : P. LXX/2011 (9ª.) del rubro: SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO. Actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano, que son acordes con el modelo de control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial. En primer término, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto; en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada. Ambas vertientes de control se ejercen de manera independiente y la existencia de un modelo general de control no requiere que todos los casos sean revisables e impugnables en ambas. Es un sistema concentrado en una parte y difuso en otra, lo que permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales, ya sea por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación, de los que conozca la Suprema Corte para que determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional. Finalmente debe señalarse que todas las demás autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar todas las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr la protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar su incompatibilidad”

³⁸⁵ Este criterio generó la tesis P. LXIX/2011 del rubro: PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. La posibilidad de inaplicación de leyes por los jueces del país, en ningún

Así, el sistema de control jurisdiccional en México quedó reconfigurado de la siguiente manera: Por un lado, contamos con un sistema concentrado en el Poder Judicial de la Federación, que se ejerce por vía de acción mediante el juicio de amparo, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad, que puede tener como resultado, la declaración de inconstitucionalidad de la norma, con efectos generales o particulares de acuerdo al medio procesal de que se trate. Por el otro, un sistema difuso, a ser ejercido por todos los jueces del país, del nivel que sean, y a llevarse a cabo de manera incidental que puede dar como resultado, la inaplicación de la norma impugnada.

3.2 El valor de la jurisprudencia de la Corte IDH

Todavía queda algo por decir en relación al parámetro de control que deberán considerar los jueces al realizar el control difuso de convencionalidad pues a pesar de la decisión de la Corte que recepta el control de convencionalidad delineado por la Corte IDH, todavía se aprecia una diferencia entre el control diseñado por el Alto Tribunal Interamericano y el receptado por la Suprema Corte en esta resolución que estamos comentando. Esta diferencia o asimetría consistió en que de acuerdo al tribunal interamericano, el control de convencionalidad debía llevarse a cabo considerando no solamente el texto del tratado, sino además, la interpretación que del mismo ha realizado la Corte IDH. Al parecer, la pretensión de la Corte IDH es o ha sido desde el inicio, generar una suerte de *stare decisis* interamericano. Ahora bien, salvo alguna excepción, como el caso de Costa Rica, en realidad, si bien los diferentes tribunales latinoamericanos han ido generando un importante ámbito para la recepción

momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de ellas, sino que, precisamente parte de esta presunción, al permitir hacer el contraste previo a su aplicación. En ese orden de ideas, el Poder Judicial, al ejercer un control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos, deberá realizar los siguientes pasos: a) interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que los jueces del país – al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano-, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; b) Interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de la constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el estado mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de los derechos y, c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Lo anterior no afecta o no rompe con la lógica de los principios de división de poderes y de federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el estado mexicano sea parte.

de los criterios interpretativos generados por el tribunal de San José, y han receptado dichos criterios, la forma semántica bajo la cual dicha recepción se ha dado, no ha sido en el sentido de aceptar la obligatoriedad de dicha jurisprudencia. Más bien, se han utilizado expresiones del tipo de “pautas de ineludible seguimiento”, es decir, sin aceptar la obligatoriedad de forma expresa. Para cierto sector de la doctrina y para la propia Corte IDH, los criterios interpretativos que se generan, serían obligatorios, no solo para el Estado condenado, sino además para los demás países integrantes del sistema. Dicha pretensión se sustenta en asumir que las sentencias de la Corte IDH no solo generan efectos entre partes, que serían aquellos “directos e inmediatos” entre el Estado, la Corte Interamericana y las víctimas. Sino que además, generan efectos generales o indirectos para todos los Estados parte en la Convención Americana y así, para las víctimas que no han sido parte en el proceso. Esta posición se apoyaría en las siguientes razones. En primer lugar, La Corte IDH en sus resoluciones, establece interpretaciones auténticas, que como tales, pasan a formar parte de la Convención. En tal sentido texto y significado se aúnan de forma inescindible³⁸⁶. Por otro lado, de acuerdo a Ayala Corao, los efectos generales de las sentencias interamericanas, se basan en el derecho a la certeza jurídica que deriva a su vez del derecho a la igualdad ante la ley. Este derecho, en el ámbito doméstico significa que toda persona bajo circunstancias análogas, tiene derecho a ser tratado igual. Esto incluye a los jueces. En el ámbito internacional este derecho se proyecta de igual forma. En apoyo a esta idea, el autor señala que solo a la luz de esta intelección es que cobra sentido la norma establecida por el art. 69 de la Convención, de acuerdo a la cual las sentencia dictadas por la Corte IDH debe ser notificada también a todos los Estados parte en la Convención³⁸⁷.

La Suprema Corte decidió que, sin dudas, las sentencias emitidas contra el Estado Mexicano son obligatorias. Esta conclusión se extrae sin dificultades de una interpretación literal del art. 68 de la Convención Americana. Y dicha obligatoriedad, abarca, como no podía ser de otro modo a la sentencia en su integridad. Pero en relación a la jurisprudencia establecida por la Corte IDH en aquellos casos en los cuales México no sea el estado demandado, ella tendrá el carácter de orientadora. Es decir que el control de convencionalidad se debería llevar a cabo con base en el texto

³⁸⁶ Ayala Corao, Carlos, “La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en. Estudios Constitucionales. Año 5, N° 1. Universidad de Talca. Perú. p. 134.

³⁸⁷ Idem. p. 135.

del tratado con más los criterios interpretativos cuando dicho control se efectúa considerando artículos convencionales interpretados por la Corte IDH en un caso en el que México ha sido parte y el mismo control se deberá realizar solo con base en el texto del tratado, cuando el control se está realizando con base en un artículo convencional que la Corte no ha interpretado en un caso que hubiera tenido a México como parte. Asumir esta posición, implicaría, al parecer, desconocer el carácter de la Corte IDH como intérprete auténtico de la Convención³⁸⁸.

Pero siendo así las cosas en México, vale la pena preguntarse qué significa realmente afirmar que la jurisprudencia de la Corte IDH tiene carácter orientador. A la luz de un primer análisis, superficial, parecería que orientador significaría en cuanto a su seguimiento, prescindible. Sin embargo creemos que no sería ese su significado adecuado. En primer lugar, orientador significa que los jueces están obligados a conocer dicha jurisprudencia y no solo la generada a partir de los casos en los que México ha sido parte. En segundo lugar, la expresión orientadora, parecería sugerir que puede ser utilizada, si aplicare, como argumentos que permitan fundar una decisión jurisdiccional válida. Si esto es así, y resultare que dicha jurisprudencia arroja un resultado interpretativo más favorable para la persona, por imperativo del artículo primero constitucional, debería ser preferible a otras interpretaciones menos favorecedoras. Y por último, si se decidiera su no aplicación, el juzgador debería dar razones respecto a por que desea apartarse del criterio establecido por el intérprete auténtico de la Convención.

³⁸⁸ Esta resolución generó al tesis: P. LXVI/2011 (9ª) del rubro: CRITERIOS EMITIDOS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO NO FUE PARTE. SON ORIENTADORES PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEAN MÁS FAVORABLES A LA PERSONA EN LOS TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1º DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL Los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que derivan de sentencias en donde el Estado mexicano no intervino como parte en el litigio son orientadores para todas las decisiones de los jueces mexicanos, siempre que sean más favorables a la persona, de conformidad con el artículo 1º constitucional. De ese modo, los jueces nacionales deben observar los derechos humanos establecidos en la Constitución Mexicana y en los tratados internacionales de los que el estado mexicano sea parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si existe alguno que resulte más favorable y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger. Esto no prejuzga la posibilidad de que sean los criterios internos los que se cumplan de mejor manera con lo establecido por la Constitución en términos de su artículo 1º., lo cual tendrá que valorarse caso por caso a fin de garantizar siempre la mayor protección a los derechos humanos.

En definitiva, el adjetivar de orientadores a los criterios de la Corte IDH, no resulta baladí o carente de consecuencias; las tiene y estas son algunas ideas para comprender el verdadero significado de la expresión “orientadoras”.

Lo hasta aquí apuntado dio origen a dos tesis aisladas; una referida al parámetro de control y la otra al control de convencionalidad ex officio que todo juez en México debe ahora realizar. Sobre este último, estableció la Corte que los jueces mexicanos están ahora obligados a preferir a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior, en cuyo caso estarán obligados a desaplicar las normas contrarias a la Constitución y a los tratados internacionales³⁸⁹. De esta forma se dio carta de naturalización al control difuso de constitucionalidad. Por otro lado y en lo referente al parámetro de control, la Corte determinó que el control de convencionalidad se deberá realizar tomando en consideración el parámetro integrado por los siguientes sectores:

- 1- Los derechos humanos contenidos en la Constitución, 2- Los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales de los que el estado mexicano sea parte, 3- Los criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos derivados de las sentencias en las que el estado mexicano hubiera sido parte y 4- Los

³⁸⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tesis. P.LXVII/2011(9ª), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época. T. 1. Libro III, Diciembre de 2011. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD. De conformidad con lo previsto en el art. 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no solo por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio pro persona. Estos mandatos contenidos en el art. 1 constitucional reformado mediante decreto publicado en el Boletín oficial de la Federación de 10 de junio de 2011, deben interpretarse junto con lo establecido por el diverso art. 133 para determinar el marco dentro del que debe realizarse el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial, el que deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país. Es en la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el 1 constitucionales, en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsión del orden jurídico las normas que se consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y los tratados (como si sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los art. 103, 105 y 107 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados de la materia.

criterios orientadores de la jurisprudencia de la Corte Interamericana cuando el estado mexicano no haya sido parte³⁹⁰.

4. El parámetro para el ejercicio del control difuso de convencionalidad

La resolución del Expediente Varios 912/2010, generó entonces dos decisiones de gran trascendencia; por un lado, apuntaló el proceso de apertura y vinculación con el derecho internacional de los derechos humanos al aceptar el control de convencionalidad. Como consecuencia de esta decisión, el sistema de control constitucional de tipo jurisdiccional experimentó una profunda transformación. Resultaba claro entonces, como se comprobó luego, que el cambio operado, si bien cerró un viejo debate concerniente al control difuso, abrió muchos otros, motivados por las relaciones del derecho interno con el derecho internacional de los derechos humanos y la forma en la que esta relación afectaría el funcionamiento de la nueva competencia de control de los jueces mexicanos y acerca de cuestiones referidas a la operatoria del control difuso de convencionalidad tales como el parámetro de control y la relación entre el ejercicio del control difuso y la jurisprudencia del Poder Judicial Federal.

La siguiente parada en el camino abierto por el Expediente Varios 912/2010 fue la Contradicción de tesis 293/2011, motivada por pronunciamientos contradictorios entre el Primer Tribunal Colegiado en materia administrativa y de Trabajo del Primer Circuito al resolver el amparo directo 1060/2008 y los criterios sostenidos por el Séptimo Tribunal Colegiado en materia Civil del primer circuito al resolver los amparos directos 344/2008 y 623/2008.

Tras un primer análisis para identificar los puntos de contradicción, el Pleno determinó que si existió contradicción de criterios y que las mismas se referían a los

³⁹⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tesis P. LXVIII/2011 (9ª). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Décima Época. Libro III. Tomo I. Diciembre de 2011. PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. El mecanismo para el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente. El parámetro de análisis de este tipo de control que deberán ejercer todos los jueces del País, se integra de la manera siguiente: a) todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los artículos 1 y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación; b) todos los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en los que el estado Mexicano se aparte; c) los criterios vinculantes de la Corte Interamericana de derechos humanos derivados de sentencias en las que el estado mexicano haya sido parte, y d) los criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el estado mexicano no haya sido parte.

siguientes temas: 1- La posición jerárquica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos y 2- El valor de la jurisprudencia en materia de derechos humanos emitida por la Corte IDH³⁹¹.

4.1 El nuevo bloque de regularidad constitucional para el ejercicio del control constitucional

El primer tema abordado por el Pleno refirió a la relación de los tratados internacionales de derechos humanos en nuestro sistema jurídico. Sabemos que desde hacía tiempo, la Corte debatió este tema, no logrando un criterio estable al respecto. Para preparar la nueva respuesta sobre este tema, la Corte comenzó por sentar una serie de principios interesantes. En primer lugar, decidió descartar el criterio jerárquico que había venido siguiendo, por considerarlo insatisfactorio para dar cuenta de la relación entre los tratados internacionales y el derecho interno, a la luz de la reforma al artículo primero constitucional. La reforma constitucional de 2011 ha establecido -sostuvo el Pleno-, un conjunto normativo que llama “*parámetro de regularidad constitucional*” que se compone por los derechos humanos contenidos en la constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Así, los derechos humanos contenidos en ambas fuentes, no se relacionan entre si en términos jerárquicos; es el principio pro persona el que permitirá determinar que derecho es aplicable al caso, prefiriendo aquel que conceda una protección más benéfica. Pero lamentablemente el Pleno torció el curso y determinó que a pesar de lo dicho sobre el abandono del criterio jerárquico, cuando la Constitución establezca una restricción al ejercicio de un derecho humano, se deberá estar a lo que determine la norma constitucional³⁹². Sobre este

³⁹¹ Contradicción de tesis 293/2011. Engrose. p. 26.

³⁹² Ver tesis P./J. 20/2014 del rubro: DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES, CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUELLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. El primer párrafo del artículo 1º constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el estado mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiendo que derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1º, cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el

punto en particular cabría decir algunas cosas. En primer lugar, un juicio tal, establecido de manera apriorística y general, resulta contradictorio con el derecho internacional de los derechos humanos pues los estados tienen la obligación de adecuar su derecho a los estándares fijados por el corpus iuris internacional y específicamente interamericano. Como sabemos, el derecho internacional de los derechos humanos determina mínimos, o, un piso en materia de derechos que debe ser respetado por los estados. Es decir, todo el sistema jurídico interno debe adaptarse a ese orden público internacional en materia de derechos humanos, incluyendo a la propia constitución de cada estado. En este sentido, un juicio como el vertido por la Corte en esta resolución no resulta aceptable, pues una restricción constitucional a un derecho humano, deberá eventualmente ser aceptable para los estándares del sistema interamericano. En consecuencia, la viabilidad convencional de una restricción, estará siempre sujeta al escrutinio del sistema interamericano, por ello, no es cierto que apriorísticamente se pueda determinar que una restricción constitucional prevalezca. La Corte IDH se ha pronunciado sobre la inconvencionalidad de normas constitucionales en algunos casos entre los que cabe mencionar el Caso Olmedo Bustos vs Chile (la última tentación de cristo). Asimismo, esta resolución de la Corte mexicana compromete el ejercicio del control de convencionalidad por parte de los jueces mexicanos pues les obliga a preferir una restricción constitucional a un derecho, aunque esta sea inconvencional.

Por otro lado, la prevalencia de las restricciones constitucionales resultaría violatoria del propio artículo primero constitucional porque la incorporación de los derechos humanos de fuente internacional al bloque de regularidad constitucional, determina que esos derechos, regirán en el orden interno en las condiciones de mínima determinadas por el derecho convencional y las interpretaciones que de ellos realice la Corte IDH, ello incluye el tratamiento acerca de las restricciones. Por tanto, la determinación de la Suprema Corte acerca de este tema es inconvencional y eventualmente inconstitucional (aunque la misma Suprema Corte haya determinado que no hay normas constitucionales inconstitucionales). Adicionalmente, podría llevar a los

resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en el sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento, es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente debe calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta Supremacía Constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.

jueces a no aplicar el principio pro persona decantándose por aplicar el estándar interamericano en caso de resultar más favorable, lo que también conllevaría a una decisión inconstitucional. En consecuencia, esta determinación, potencialmente puede comprometer la responsabilidad internacional del estado mexicano y orillar a los jueces a generar sentencias inconstitucionales.

En relación al control difuso de convencionalidad y su ejercicio, evidentemente afecta la labor de los jueces mexicanos, federales y locales, quienes cuando se encuentren ante una restricción constitucional a un derecho humano, en cumplimiento de esta determinación jurisprudencial de la Suprema Corte, podrían verse orillados a tomar una decisión eventualmente inconvencional que comprometerá la responsabilidad internacional del estado. Adicionalmente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en refuerzo a la determinación apuntada, ha decidido con criterio de tesis aislada que las normas constitucionales no pueden ser sometidas a ningún tipo de control jurisdiccional, lo que incluye claro al control convencional³⁹³.

4.2 Nuevamente sobre el valor de las sentencias de la Corte IDH

Aquí el escenario se analiza en dos puntos:

a) Del valor orientador a la fuerza vinculante

³⁹³ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tesis 2ª./J. 3/2014 (10ª). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. Libro 3., febrero de 2014, Tomo II. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. NO PUEDE REALIZARSE RESPECTO DE LOS PRECEPTOS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Los indicados preceptos no pueden ser sometidos a un análisis de regularidad constitucional a través del juicio de amparo, ni a un control difuso de constitucionalidad mediante alguno de los recursos establecidos en la ley de amparo, pues las normas que componen la Constitución General de la República constituyen la fuente de todo el ordenamiento jurídico y deben considerarse mandatos inmunes a cualquier tipo de control jurisdiccional. Además, porque ni en la Carta Magna ni en la ley citada se establece que, a través del juicio de amparo, aquella pueda sujetarse a control constitucional, sino únicamente las normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías establecidas para su protección por la propia constitución, así como por los tratados internacionales de los que el estado mexicano sea parte; sin que en el concepto “normas de carácter general” pueda entenderse incluidos los preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues esta es la ley suprema que da fundamento normativo al juicio de amparo; y aun cuando se aceptara que, en sentido lato, es una norma general, lo cierto es que no es posible, desde el punto de vista formal, considerar que viola derechos humanos, pues ello implicaría que la norma fundamental no es tal, en la medida en que el sistema de control constitucional que establece es capaz de invalidar su propio contenido, aunado a que no es jurídicamente admisible, desarticular la interdependencia de las normas constitucionales, negando el principio de unidad de la constitución.

En la resolución de esta contradicción de tesis la Suprema Corte tuvo ocasión de someter a revisión el criterio establecido en el Expediente varios 912/2010 referido a que las sentencias de la Corte IDH en las que el estado mexicano no haya sido parte, serían orientadoras para los jueces mexicanos. En un sentido, esta determinación de la Suprema Corte, no era del todo respetuosa con las pretensiones del sistema interamericano y la comprensión de la Corte IDH para el ejercicio del control de convencionalidad/constitucionalidad, pues de acuerdo a sus decisiones, dicho control, debía considerar como parámetro, las interpretaciones que la Corte IDH hubiera vertido. Y las interpretaciones a las que refiere, son las vertidas tanto en sentencias en las que el estado sea parte y aquellas sentadas en casos en los que no lo sea.

La Suprema Corte decide entonces modificar el criterio y determinar que *“como resultado de nuevas reflexiones, y con motivo de la nueva integración de este Tribunal Pleno, debe considerarse que esta fuerza vinculante de los criterios interpretativos contenidos en sentencias interamericanas debe extenderse a aquellas dictadas en casos en los que el estado mexicano no haya sido parte”*³⁹⁴.

b) Jurisprudencia nacional y jurisprudencia interamericana

Ahora bien, en el texto del engrose, la Suprema Corte introduce una distinción entre la jurisprudencia nacional y la jurisprudencia interamericana. La primera, será como ya lo determina la Constitución y la ley de amparo, obligatoria para todos los jueces del país. La jurisprudencia interamericana, será vinculante. Cabe preguntarse cuál es la diferencia entre obligatoriedad y vinculatoriedad. Más adelante, la Suprema

³⁹⁴ Contradicción de tesis 293/2011. Engrose. p. 80. Esta determinación motivó la tesis P./J. 21/2014 (10ª), del rubro: JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los Jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1º constitucional, pues, por principio pro persona, obliga a los jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: i) cuando un criterio se haya emitido en un caso en el que el estado mexicano no haya sido parte, la aplicación del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento, ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional y, iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorable para la protección de los derechos humanos.

Corte nos da algunas ideas al respecto. Esta distinción parece tener una doble finalidad. Por un lado, articular la relación entre ambas jurisprudencias; por el otro, diferenciar patrones metodológicos para la aplicación de una y otra.

4.3 El carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH

El carácter vinculante con el que se dota a las sentencias de la Corte IDH tiene como apuntamos, una primera finalidad consistente en permitir su armonización con la jurisprudencia nacional. Vinculante significaría para la Suprema Corte, que los criterios interamericanos no deberían constreñir en sentido fuerte a los jueces mexicanos, por cuanto ellos no deberían aplicar el estándar interamericano de manera indefectible, sino solo cuando ofrezca una solución más favorable para la persona. Así, las relaciones entre la jurisprudencia nacional y la interamericana se resolverían en esos términos, sería aplicable aquella que sea más favorable a la persona. En sentido contrario, la inaplicabilidad de un criterio jurisprudencial nacional o interamericano, se debería justificar atendiendo a la aplicación de otro que resulte más favorable. Este criterio resulta acorde a los estándares interamericanos y as la propia Constitución.

En relación a aquello que los jueces deben tener en cuenta al aplicar jurisprudencia interamericana, la Suprema Corte estableció una serie de pasos o consideraciones de tipo metodológicos a considerar. Así, estableció: 1- cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el estado mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento, 2- en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional. 3- De ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.

Sobre estas determinaciones de la Corte cabría decir que en la actualidad, en nuestro sistema jurídico, los jueces mexicanos deberán trabajar con dos especies de jurisprudencia, la nacional y la interamericana. Ambas obedecen a procesos constructivos diferenciados y su aplicación por parte de los jueces nacionales será diferente. La jurisprudencia interamericana, se construye y opera de modo cercano al sistema de precedentes y funciona bajo el principio del stare decisis. De acuerdo a este principio, lo que determina la aplicación de la ratio decidendi de un caso anterior para la

resolución de casos futuros es la identificación entre el caso anterior y el caso actual sobre la base de la existencia de los mismos hechos relevantes del caso. Con base en estas consideraciones, pareciera que la aplicación del precedente interamericano a un caso local cuando medien las mismas razones que motivaron el pronunciamiento, no ayuda para la identificación del precedente aplicable. Es decir, son los hechos relevantes los que permiten identificar la *ratio decidendi* que se aplicará al caso y no las mismas razones. Estas son las que se aplican como consecuencia de la previa identificación de los hechos relevantes análogos. Esta cuestión, fue levemente mencionada en el texto del engrose, más no fue así aclarado en la tesis resultante.

Lo resuelto en la contradicción de tesis 293/2011, implicó por un lado un avance en lo referido al valor de la jurisprudencia de la Corte IDH. Tanto la emitida en casos en los que el estado mexicano sea parte como aquella generada en casos en los que el estado mexicano no ha sido parte, son vinculantes para los jueces mexicanos. Sobre el asunto de la prevalencia de las restricciones constitucionales a los derechos, se verifica un retroceso y un problema a futuro. Por otro lado, creemos que la distinción que se realiza entre jurisprudencia obligatoria y vinculante, esconde una consecuencia que se evidenció en la resolución de la contradicción de tesis 299/2013, por cuanto y como veremos, al parecer la sujeción de los jueces nacionales a la jurisprudencia nacional tiene una fuerza particular.

Hasta el momento, las resoluciones de la Suprema Corte comentadas, han implicado un paso firme en pos de articular una relación más fluida con el sistema interamericano de derechos humanos y la introducción del control difuso ha fortalecido el sistema de control jurisdiccional en nuestro país. El camino recorrido hasta aquí ofrece una nueva parada que comentaremos a continuación.

5. La jurisprudencia nacional como objeto del control difuso de convencionalidad

Con motivo de la resolución de la contradicción de tesis 299/2013, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, continuó la labor de desarrollo de los cauces para la práctica del control difuso de convencionalidad. En esta ocasión, la cuestión a dilucidar fue si la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, puede ser objeto de control de constitucionalidad y/o convencionalidad *ex officio* por parte de los

jueces nacionales cuando se detecte que resulte violatoria de derechos humanos contemplados en el bloque de regularidad constitucional.

El proyecto elaborado por el Ministro Pardo Rebolledo propuso que la posibilidad con la cual cuentan los jueces de ejercer control de convencionalidad ex officio, no les concede la potestad de inaplicar la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por ser considerada inconvenicional. Este juicio se asienta en las siguientes ideas. Por un lado, que de acuerdo al art. 94 constitucional y al 217 de la Ley de Amparo y en atención a los principios de certeza y seguridad jurídicas, los jueces tienen la obligación de aplicar la jurisprudencia de la Corte y por ende, no cuentan con la potestad de inaplicarla. Si los tribunales colegiados y los jueces de distrito advierten que una jurisprudencia de la Suprema Corte pudiera resultar inconvenicional, existen medios para expresar sus dudas de inconvenicionalidad, como el procedimiento de sustitución de jurisprudencia y la solicitud de ejercicio de la facultad de atracción.

Sintetizando las ideas, lo que se decidió es que la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte es “inobjetable” para los jueces inferiores y que en caso de que los tribunales colegiados puedan advertir su inconvenicionalidad, deberían plantear lo que en el proyecto se denominó “duda de inconvenicionalidad”, aparentemente similar a la cuestión de inconstitucionalidad pero mediante un analogado vernáculo consistente en la solicitud de atracción³⁹⁵.

³⁹⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tesis P./J. 64/2014 (10ª). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. Libro 13, Diciembre de 2014, Tomo I. JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. NO ES SUCEPTIBLE DE SOMETERSE A CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y/O CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO POR ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE MENOR JERARQUÍA. La obligación de las autoridades jurisdiccionales contenida en los artículos 1º. Y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de realizar un control de constitucionalidad y/o convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos y dar preferencia a los contenidos en la propia Ley Suprema y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones de contrario contenidas en cualquier norma inferior, no contempla a la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, porque el artículo 94 constitucional establece que será obligatoria para todos los órganos jurisdiccionales de conformidad con lo que disponga la ley y, en este caso, la ley de amparo así lo indica tanto en la abrogada como en el artículo 217 vigente; de ahí que no privan las mismas razones que se toman en cuenta para inaplicar una disposición emitida por el legislador cuando viola derechos humanos de fuente constitucional o convencional. Cabe precisar que en los casos en los que se pudiera advertir que una jurisprudencia del Alto Tribunal desatiende o contradice un derecho humano, cualquiera que sea su origen, existen los medios legales para que se subsane ese aspecto. En conclusión, aun partiendo del nuevo modelo de interpretación constitucional, no es posible determinar que la jurisprudencia del México Tribunal del país, pueda ser objeto de la decisión de un órgano de menor grado que tienda a inaplicarla, como resultado del ejercicio de control de convencionalidad ex officio, porque permitirlo daría como resultado que perdiera su carácter de obligatoria, ocasionando falta de certeza y seguridad jurídica.

La decisión se ciñe entonces a negar la posibilidad de someter a control por parte de los jueces federales de instancias inferiores la jurisprudencia de la Corte. La razón principal para negar tal posibilidad se fincó en genéricas referencias a la seguridad y certeza jurídicas. La posición expresada en el proyecto recibió el apoyo de una mayoría de siete votos.

La minoría de Ministros integrada por el Ministro Cossío Díaz y el Presidente Silva Mesa sostuvo que la jurisprudencia era susceptible de ser sometida a control de constitucionalidad y convencionalidad. Las razones en apoyo a este juicio podrías ser sintetizadas de la siguiente manera: 1- Los artículos 1 y 133 obligan a los jueces a en el ejercicio del control de constitucionalidad y convencionalidad, prefieran los contenidos constitucionales y convencionales a pesar de disposiciones en contrario que se encontrara en cualquier otra norma inferior. Ello abarcaría a la jurisprudencia; 2- Parece contra intuitivo que los jueces, todos ellos, puedan desaplicar normas legales, que gozan de una legitimidad democrática mayor y negarles la misma posibilidad con relación a la jurisprudencia y, 3- La tesis de la imposibilidad de la inaplicación de la jurisprudencia parecería contradecir lo resuelto en la contradicción de tesis 293/2011 sobre la posibilidad de preferir la jurisprudencia interamericana si ella resultare más favorable y en consecuencia inaplicar la jurisprudencia nacional.

La minoría en este caso redobló la apuesta, para ser consecuentes con el nuevo modelo de control difuso. Los términos de la contradicción, se ciñeron a la inaplicación de la jurisprudencia por parte de los colegiados. La minoría no encuentra ninguna razón por la cual la facultad de inaplicación de la jurisprudencia no deba ser extendida a todos los restantes jueces, federales y locales.

En definitiva, la Suprema Corte al resolver la contradicción de tesis 299/2013, pareciera haber sentado el principio de intangibilidad de su jurisprudencia. Esta decisión debe invitarnos a reflexionar sobre los siguientes puntos:

- 1- ¿Cómo queda ante esta decisión, la facultad concedida a los jueces, a todos ellos, de preferir la jurisprudencia interamericana?.
- 2- El proyecto propone que esta decisión no genera en realidad un obstáculo para el ejercicio del control por parte de los jueces pues ellos pueden solicitar la facultad de atracción. Pero parecería que esta solución resulta insuficiente para los jueces locales.

- 3- Resulta extraño que los jueces mexicanos tienen más posibilidades de interpretar la propia constitución que la jurisprudencia de la Suprema Corte.

Lo discutido en esta contradicción, quizá podría ser reconducido a términos menos graves, En realidad, pareciera ser que la discusión en torno a si la jurisprudencia de la Suprema Corte puede ser sometida a control de constitucionalidad / convencionalidad, en realidad es una discusión que persigue poner en duda su obligatoriedad. Y este no es el punto. De lo que en realidad se trata es de si la jurisprudencia puede ser sometida a interpretación para determinar si ofrece o no una solución satisfactoria en términos constitucionales y convencionales. Probablemente esta comprensión anida en la minoría, para la cual la jurisprudencia, como cualquier otra norma del sistema, puede ser sometida a control, sin que ello implique minar su fuerza normativa.

6. Sobre el carácter *ex officio* del control difuso de convencionalidad

Las Salas de la Suprema Corte de justicia de la Nación han tomado decisiones acerca del carácter *ex officio* del control de convencionalidad que son contradictorias y que tienden a dificultar el ejercicio de dicho control. Por un lado, la Primera Sala, ha entendido que por control *ex officio* debemos entender que los jueces pueden realizar el control de convencionalidad aunque no exista solicitud expresa de parte³⁹⁶. La Segunda

³⁹⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tesis 1ª. CCCLX/2013 (10ª). Primera Sala. Décima Época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 1. Tomo I. Diciembre de 2013. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO. SU SIGNIFICADO Y ALCANCE. La expresión *ex officio* no significa que siempre y sin excepción, los jueces deban hacer obligatoriamente el control de constitucionalidad de los derechos humanos contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales en los que el estado mexicano sea parte; dicha expresión significa que ese tipo de control lo pueden hacer por virtud de su cargo de jueces, aun cuando: 1) no sean jueces de control constitucional y, 2) no exista una solicitud expresa de las partes. En este sentido, no debe pasarse por alto que el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el expediente varios 912/2010, determinó que el control a cargo de los jueces del país que no formen parte del control concentrado, debía realizarse incidentalmente durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada. Así, la expresión *ex officio* que se predica del control judicial significa que los juzgadores tienen la facultad de controlar las normas que van a aplicar de cara a la Constitución y a los tratados internacionales de los que México sea parte, por el simple hecho de ser jueces, pero no que necesariamente deban realizar dicho control en todos los casos en cualquiera de sus tres pasos: 1) interpretación conforme en sentido amplio; 2) interpretación conforme en sentido estricto y, 3) inaplicación; sino en aquellos en los que incidentalmente sea solicitado por la parte o adviertan que la norma amerita dicho control, sin hacer a un lado los presupuestos formales y materiales de admisibilidad. En este sentido, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el control *ex officio* no necesariamente debe

Sala por su parte ha decidido que el control ex officio requiere de ciertas condiciones o requisitos mínimos para su ejercicio, Así, ha dicho que las partes deben señalar qué norma es considerada inconvencional y por qué, es decir, indicar qué derecho humano es vulnerado por la norma³⁹⁷. generado un entendimiento acerca del control ex officio que se aleja de su comprensión habitual. Lo preocupante de esta resolución es que se trata de jurisprudencia por reiteración y por tanto es obligatoria para todos los jueces que están a su vez obligados a realizar el control de convencionalidad bajo reglas diferentes. Recordemos que la Corte IDH ha reiterado el entendimiento de lo que control ex officio significa, esto es, realizar el control de convencionalidad aun cuando las partes no lo hubieran planteado³⁹⁸. De esta forma, La Corte sienta una idea acerca del modo ex officio de ejercer el control que no obedece a los cánones sentados desde la Corte Interamericana. Se genera así otra asimetría entre el control convencional y su internalización en México.

7. El control de convencionalidad por parte de las autoridades administrativas

La cuestión acerca de los sujetos obligados a realizar el control de convencionalidad en general es también un tema problemático o debatible de acuerdo a ciertas posiciones de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En

ejercerse siempre sin considerar los presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones. Lo anterior supone que los jueces, en el ámbito de su competencia, antes de proceder al control ex officio de los tres pasos referidos, debieron resolver o despejar cualquier problema relacionado con presupuestos de procedencia o admisibilidad.

³⁹⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Segunda Sala. Décima Época. Tesis 2ª./J123/2014 (10a.). Semanario Judicial de la Federación. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD. SU EJERCICIO DEBE SATISFACER REQUISITOS MÍNIMOS CUANDO SE PROPONE EN LOS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. El ejercicio del control de constitucionalidad y convencionalidad tiene como propósito fundamental que prevalezcan los derechos humanos contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, frente a las normas ordinarias que los contravengan; de ahí que la sola afirmación en los conceptos de violación de que las normas aplicadas en el procedimiento respectivo son inconvencionales, o alguna expresión similar, imposibilita a los Jueces de Distrito y Magistrados de Circuito, según corresponda, a realizar ese control, debido a que incluso en el nuevo modelo de constitucionalidad sobre el estudio de normas generales que contengan derechos humanos, se necesitan requisitos mínimos para su análisis; de otra manera, se obligaría a los órganos jurisdiccionales a realizar un estudio de todas las normas que rigen el procedimiento y dictado de la resolución, confrontándolas con todos los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, labor que se tornaría imposible de atender, sin trastocar otros principios como los de exhaustividad y congruencia respecto a los argumentos planteados.

³⁹⁸ Ver. Corte IDH. Godínez Cruz vs Honduras. Sentencia de fondo, 20 de enero de 1989. Serie C. No 5 párr. 172. Comunidad indígena Sawhoyamaya c. Paraguay. Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29 de marzo de 2006. Serie c, No146, párr. 186 entre otros.

una reciente resolución dicha Sala resolvió que las autoridades administrativas no están facultadas para realizar algún tipo de control constitucional, sea concentrado o difuso, no pudiendo inaplicar un precepto inconvencional. Lo más que pudieran hacer las autoridades administrativas es interpretar la norma a aplicar para extraer el sentido más favorable a la persona. La razón detrás de esta decisión pareciera ser que, a juicio de la Sala, de no proceder así, se afectarían los principios de legalidad, debido proceso y seguridad jurídica, no dando mayores razones que expliquen estas violaciones³⁹⁹.

Lo resuelto por la Segunda Sala exige algunos comentarios. En primer lugar y como le suele suceder a la Corte, ciertas expresiones deberían ser más sopesadas. Afirmar que las autoridades administrativas no pueden realizar control constitucional, actualmente, debe ser leído en el sentido de que están privadas de realizar control convencional, pues privarlas de tal facultad implica impedirles trabajar tomando en cuenta el bloque de regularidad constitucional, del cual forma parte el derecho convencional. Por otro lado, Es claro que no todas las autoridades pueden realizar control constitucional en cierto sentido técnico, -por ejemplo, las autoridades administrativas no realizan control jurisdiccional-, pero esta es una idea que merece mayor reflexión pues ahora el sistema interamericano nos exige que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias controlen que los actos y normas que emitan respeten los mínimos convencionales. Dicha actividad se puede lograr interpretación conforme y principio pro homine mediante, pero llegado el caso, el sistema interamericano sí pretende que una autoridad administrativa no aplique una norma si esta es inconvencional. Luego habrá posibilidad de discutir judicialmente acerca de ello. Antes el sistema exigía que las autoridades apliquen las normas por

³⁹⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Décima Época. Tesis aislada. Tesis 2ª CIV/2014 (10 a.) Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 11, Tomo I. Octubre de 2014. CONTROL CONSTITUCIONAL CONCENTRADO O DIFUSO, LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS NO ESTÁN FACULTADAS PARA REALIZARLO. El artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, deben cumplir con una serie de obligaciones en materia de derechos humanos. Sin embargo, en términos de la tesis P. LXIX/2011 (9 a), del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las autoridades administrativas no están facultadas para realizar algún tipo de control constitucional, sea concentrado o difuso; es decir, no pueden declarar la invalidez de un determinado precepto e inaplicarlo, ni siquiera bajo el argumento de la reparación de derechos humanos, ya que ello implicaría desatender los requisitos de procedencia señalados por las leyes para interponer un medio de defensa y que deben cumplirse de manera previa a un pronunciamiento de fondo del asunto. En todo caso, han de interpretar las disposiciones jurídicas en el sentido más favorable a las personas, pero sin que ello llegue a descuidar las facultades y funciones que deben desempeñar en atención a sus ámbitos competenciales. Aceptar lo contrario . generaría incertidumbre jurídica en franca contravención a otros derechos humanos como los de legalidad, debido proceso y seguridad jurídicas, previstos en los artículos 14 y 16 constitucionales.

inconvenientes que sean. Ahora se pide a las autoridades que su primera actividad sea no aplicarla si ella es inconveniente. El tema no es sencillo y efectivamente requiere debate, pero en esta decisión, la Corte intenta cerrarlo artificiosamente pues nuevamente coloca, ahora a las autoridades administrativas, en la obligación de aplicar derecho por más inconveniente que sea. En dicha decisión la Corte pareciera reconocer que no se puede pedir a las autoridades que realicen un ejercicio mecánico de aplicación y permite que interpreten las normas de acuerdo al principio pro homine. Pero nada dice acerca de si el ejercicio interpretativo al que habilita no permite salvar la norma. De hecho, ante una norma inconveniente que no puede ser interpretada conforme a los derechos humanos, la consecuencia natural será su inaplicación, por imperativo del principio pro homine. La consecuencia deferente con los derechos humanos debería consistir en la no aplicación. Esto es lo que parece impedir la decisión de la Corte.

Por otro lado, recordemos que en el Caso Gelman c. Uruguay resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se extendió la obligación de realizar el control de convencionalidad a las autoridades administrativas, por lo que esta resolución de la Corte, contraviene abiertamente los nuevos contornos del control de convencionalidad delineados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴⁰⁰.

8. Conclusiones

⁴⁰⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman c. Uruguay. párr 239. pp. 69 y ss.: “La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” (supra párr. 193), *que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial*. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia ha ejercido, en el Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al establecer, inter alia, que “el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley”²⁹⁸. Otros tribunales nacionales

se han referido también a los límites de la democracia en relación con la protección de derechos fundamentales.

Como se ha narrado a lo largo de este trabajo, México, el Poder Judicial y la Suprema Corte de Justicia de la Nación en particular, han dado enormes pasos en aras de forjar una relación más estrecha entre el sistema Interamericano de Derechos Humanos y el sistema constitucional mexicano. La decisión del expediente varios 912/2010 marca un cambio epocal en lo que al control constitucional se refiere, dando carta de naturalización al control difuso de convencionalidad y así, generando un cambio estructural en el sistema jurídico mexicano. Sin embargo, con posterioridad se tomaron una serie de decisiones que tienden a complejizar el ejercicio del control de convencionalidad por parte de los jueces mexicanos. Estas complejidades abarcan diversos aspectos del control convencional. En cuanto al parámetro de control son dos los temas que requieren mayor debate. Por un lado, la decisión sobre la prevalencia de las restricciones constitucionales a los derechos. Por otro lado, la aparente imposibilidad de preferir la jurisprudencia interamericana en caso de ser más benéfica para el derecho en cuestión que la jurisprudencia nacional. Sobre el objeto de control, la imposibilidad de someter a control la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sumada a la obligatoriedad de esa jurisprudencia para los jueces mexicanos; todo ello, puede orillar a los jueces nacionales a tomar decisiones inconvencionales y a ejercer un control de convencionalidad sesgado. Por último, en relación al modo de ejercicio del control, no hay acuerdo acerca de lo que por control ex officio debemos entender. La Segunda Sala parece someter el ejercicio del control a la petición de parte, lo que anula la procedencia oficiosa del control. Es necesario que el Pleno de la Suprema Corte aclare estas dudas; entre tanto, el ejercicio del control difuso de convencionalidad en México, requerirá de los jueces un ejercicio complejo y valiente para la salvaguarda de los derechos humanos.

Capítulo IX

LA INCONVENCIONALIDAD POR OMISIÓN: UNA APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

Por **Gerardo Eto Cruz**^{**}

*En homenaje a Germán J. Bidart Campos, a diez
años de su partida*

1. Breve introito epistémico

El mundo del derecho –aparte de su innegable manifestación tridimensional expresada en norma-realidad-valor⁴⁰¹ en el plano del *discurso jurídico*; esto es, en la elaboración de la *teoría jurídica*; oscila en una permanente línea dual: a la presencia de un fenómeno, del griego *phaenomenon* (lo que aparece, lo que acontece)⁴⁰², y si tiene relevancia jurídica, hablamos recién de un *fenómeno jurídico*. Esta primera dimensión es de orden ontológico, dado que todo fenómeno es una manifestación de la realidad. A ello sigue otra línea de naturaleza cognitiva y que se explica así: el observador (llámese analista del derecho, jurista, teórico, investigador, etc.), al ver o describir determinada realidad –el fenómeno jurídico– logra identificarlo con un nombre. De allí que, en el

^{**} Doctor en Derecho Público por la Universidad Santiago de Compostela. Profesor de Derecho Constitucional en las Universidades Nacional de Trujillo, Mayor de San Marcos y en la Universidad de San Martín de Porres. Ex-magistrado del Tribunal Constitucional del Perú.

⁴⁰¹ REALE, Miguel: *Teoría tridimensional del derecho*, Edeval, Valparaíso, 1978.

⁴⁰² “A partir del siglo XVIII y en relación con la revaloración de la apariencia como manifestación de la realidad a los sentidos y al entendimiento humano, la palabra F. [fenómeno] comienza a designar el objeto específico del conocimiento humano, justo en cuanto *aparece* bajo particulares condiciones, características de la estructura cognoscitiva del hombre. En este sentido, la noción de F. [fenómeno] es correlativa a la de *cosa en sí* y la exige por oposición. A medida que se reconoce que los objetos del conocimiento se revelan en los modos y en las formas propias de la estructura cognoscitiva del hombre y que, por lo tanto, no son las ‘cosas en sí mismas’, o sea, las cosas como podrían ser o como son fuera de la relación cognoscitiva con el hombre, el objeto del conocimiento humano se configura como F. [fenómeno], o sea, como cosa aparente en dichas condiciones, lo que obviamente no quiere decir cosa engañosa o ilusoria. La filosofía del siglo XVIII fue la que dio este paso. Hobbes, que al principio había revalorado al F. [fenómeno] como apariencia en general (...) no confirió significado limitativo o correctivo ninguno a la palabra F. [fenómeno] que usa para designar todo objeto posible del conocimiento humano” [ABBAGNANO, Nicola: *Diccionario de filosofía*, 4ª edición, 1ª reimpresión, actualizado y aumentado por Giovanni Fornero, traducción de José Esteban Calderón, Alfredo N. Galletti, Eliane Cazenave Tapie Isoard, Beatriz Gonzáles Casanova y Juan Carlos Rodríguez, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2007, pp. 480-481].

pleno filosófico, y más específicamente en la fenomenología de Edmund Husserl, los fenómenos constituyen el mundo tal como lo apreciamos, en oposición al mundo tal como existe⁴⁰³. En palabras del epistemólogo Bunge, los términos “fenómeno” y “hecho” son sinónimos, “no así en filosofía, donde la palabra griego “fenómeno” (apariencia) quiere decir “un hecho o evento observable”⁴⁰⁴.

Y es que, en terminología de Michel Foucault, a tales cosas, ellas deben tener tales nombres⁴⁰⁵. De ello ha dado cuenta en su obra igualmente “La arqueología del saber”⁴⁰⁶.

Los nombres que se ponen a las cosas (*res*) –recuérdese también que el término “fenómeno” deriva del latín *res, rei*– ha sido fruto de una compleja evolución en el lenguaje jurídico⁴⁰⁷. Y los nombres o términos jurídicos, o bien son creaciones de los órganos jurisdiccionales, del legislador, de la costumbre o de la doctrina, o de complejas fuentes, de orden metajurídico y muchos que vienen secularizado del viejo imperio romano.

Por otro lado, a diferencia con lo que ocurre con los científicos en las áreas de las ciencias naturales, los académicos en el mundo del derecho la actividad cognitiva no está exenta de un criterio axiológico. En efecto, el derecho en su expresión normativa se presenta como una categoría de regular una realidad, por lo que permite al operador del derecho un conocimiento “a priori” del *du sein* (ser ahí) –fenómeno jurídico–. Empero, la actividad cognitiva del científico del derecho no deja de lado el *so sein* (ser así)⁴⁰⁸.

⁴⁰³ STÖRIG, Hans Joachim: *Historia universal de la filosofía*, traducción de Antonio Gómez Ramos, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 650 y ss.

⁴⁰⁴ BUNGE, Mario: *A la caza de la realidad. La controversia sobre el realismo*, traducción de Rafael Gonzáles del Soler, Gedisa, Barcelona, 2007, p. 66.

⁴⁰⁵ FOUCAULT, Michel: *Las palabras y las cosas: una arqueología de las ciencias humanas*, traducción de Elsa Cecilia Frost, 22ª edición revisada y corregida, México D.F., Siglo XXI, 2010, vid. pp. 48-62.

⁴⁰⁶ FOUCAULT, Michel: *La arqueología del saber*, traducción de Aurelio Garzón del Camino, 2ª edición, México D.F., Siglo XXI, 2010, vid. específicamente “La formación de los conceptos”, p. 76 y ss.

⁴⁰⁷ “Los conceptos jurídicos tienen un fundamento, en general histórico, y se mantienen en la tradición jurídica, lo que es de la mayor importancia para la interpretación (filológica), y para su empleo en la dogmática jurídica” [BIELSA, Rafael: *Los conceptos jurídicos y su terminología*, 3ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1961].

⁴⁰⁸ GONZÁLES IBARRA, Juan de Dios: *Epistemología jurídica*, 3ª edición, Porrúa, México D.F., 2008, pp. 141-142.

En la evolución del pensamiento jurídico, no cabe duda que el lenguaje ha jugado un papel imprescindible y vital cuando se trata de expresar enunciados, conceptos, categorías, principios.

Así, la filosofía del lenguaje distingue dos sujetos: un emisor y un receptor que comparten un universo común y que les permite comunicarse transmitiendo un mensaje en un contexto dado. Y así, el rol del lenguaje cumple una función comunicacional. Pero, en el marco del lenguaje común, existe un *lenguaje jurídico* que se expresa en un *discurso jurídico* propio de las ciencias jurídicas; muchos de carácter axiomático.

Anota en este contexto Rubén Marcelo Garate que:

“el lenguaje jurídico tiene como particularidad, que no sólo nos permite relacionarnos con las normas, sino que nos remite directamente a las conductas, porque tanto las normas como las conductas contienen y expresan valores. Por lo tanto, la función discursiva del lenguaje jurídico, es vital para el análisis del fenómeno jurídico y para la proyección de la ciencia del Derecho”⁴⁰⁹.

Viene este breve excurso, pues el horizonte del derecho a caballo entre el siglo XX y el siglo XXI viene incorporando o creando nuevos términos con nuevos paradigmas, frente a los aconteceres de la compleja realidad que responde a la era de la posmodernidad⁴¹⁰. Y una de estas últimas creaciones en el derecho público que se empieza a consolidar en el siglo XXI es el *control de convencionalidad*.

2. La creación del concepto “control de convencionalidad” en la versión del *Conseil Constitutionnel* francés

Aunque se atribuye –y con razón– al profesor Sergio García Ramírez haber utilizado la expresión “control de convencionalidad”, este concepto parece tener, no cabe duda, un largo recorrido⁴¹¹. Si bien es una doctrina que ha sido elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el marco de su función jurisdiccional, y genéticamente se gestó con algunos votos particulares –en estricto, no eran votos

⁴⁰⁹ GÁRATE, Rubén Marcelo: “El fenómeno jurídico”, en *Anales* N.º 43, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de la Plata, 2012, disponible en: http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/33788/Documento_completo.pdf?sequence=1 (fecha de visita: 7 de octubre de 2014).

⁴¹⁰ Vid. a PEGORARO, Lucio (coordinador): *Glosario de Derecho Público*, Porrúa, México D.F., 2012.

⁴¹¹ QUINCHE RAMÍREZ, Manuel: *El control de convencionalidad*, Temis, Bogotá, 2014; vid. el capítulo I sobre los orígenes del control de convencionalidad, p. 8 y ss.

“discrepantes” sino concurrentes o razonados del magistrado García Ramírez—, un sector doctrinario viene planteando la tesis de que tal expresión habría sido utilizada por el Consejo Constitucional francés. En efecto, los profesores Luis Guilherme Marinoni y Valerio de Oliveira Mazzuoli han precisado que:

“Não obstante a expressão ‘ controle de convencionalidade’ ter nascido na França, com a Decisão 74-54-DC, de 15 de janeiro de 1975, do Conselho Constitucional Francês, o certo é que foi no Continente Americano que esse tipo de controle galgou o seu maior desenvolvimento. Foi a Corte Interamericana de Direitos Humanos –e não um tribunal europeu– que passou a exigir, desde 2006, quando do julgamento do *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*, que o Poder Judiciário dos Estados-partes à Convenção Americana sobre Direitos Humanos exerça o controle de convencionalidade das normas jurídicas internas que aplicam aos casos concretos”⁴¹².

Veamos, en líneas generales, cómo se presenta el tema del control de convencionalidad en el Consejo Constitucional francés.

Este órgano jurisdiccional, en efecto, el 15 de enero de 1975, expide la Decisión 75-54-DC relativo a una demanda de inconstitucionalidad de una ley que permitía la interrupción voluntaria del embarazo. Este caso aparentemente pasó desapercibido en su momento, dado que los comentarios, más fueron en torno a la controversia misma de la Ley que regulaba la interrupción voluntaria del embarazo⁴¹³. Sin embargo, dicha decisión marcaba un hito respecto a la interpretación del artículo 55 de la Constitución francesa de 1958, que precisa: “*Los tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados tendrán, desde el momento de su publicación, una autoridad superior a las leyes, a reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte*”. Esta cláusula –que, dicho sea de paso, se inspiró la Constitución española en el artículo 96º–, fue objeto de un desarrollo jurisdiccional que, a la postre, terminó por reconocer un control de convencionalidad en términos implícitos.

En el proceso de inconstitucionalidad contra la Ley de interrupción voluntaria del embarazo, se argumentaba contra ella, que era inconstitucional porque contradecía

⁴¹² MARINONI, Luis Guilherme y Valerio DE OLIVEIRA MAZZUOLI (coordinadores): *Controle de Convencionalidade. Un panorama latino-americano*, Gazeta Jurídica, Brasília, 2013, p. XIII.

⁴¹³ CRUZ, Luis M.: “El alcance del Consejo Constitucional francés en la protección de los Derechos y Libertades Fundamentales”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, N.º 15, 2011, pp. 499-540; CARPENTIER, Elice: “La utilización de la jurisprudencia constitucional extranjera por el Consejo Constitucional francés”, en *Estudios Constitucionales*, Año 7, N.º 2, 2009, pp. 129-142; LAVROFF, Dimitri Georges: “El Consejo Constitucional francés y la garantía de las libertades públicas”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol 1, N.º 3, septiembre-diciembre 1981, pp. 51-53.

explícitamente el derecho a la vida consagrado en el artículo 2º del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Así, se concluía que si una ley era contraria a una norma convencional, *ergo*, era igualmente inconstitucional.

Este planteo fue rechazado por el Consejo Constitucional, que negó que la superioridad de los tratados internacionales sobre las leyes dotase a aquéllos de rango constitucional: los tratados internacionales no forman parte del bloque de la constitucionalidad. A ello concluye que “[u]na ley que es incompatible con un tratado no es *ipso facto* inconstitucional” (fundamento 9). No obstante estos planteos jurisdiccionales, el Consejo Constitucional expresó en el Considerando Siete que “no le corresponde al Consejo Constitucional (...) examinar la compatibilidad de una ley con las disposiciones de un tratado o un acuerdo internacional”⁴¹⁴. Esto significaba, como también ha anotado Luis María Díez-Picazo, que “la superioridad de los tratados sobre las leyes podría ser hecho valer por los jueces ordinarios: en caso de incompatibilidad entre una norma convencional y una norma legal, ésta debe ser inaplicada para asegurar la primacía de aquélla”⁴¹⁵.

Como se podrá concluir, el concepto o noción de control de convencionalidad fue esbozado implícitamente por el Consejo Constitucional francés ya en 1975; sin embargo, fuera de esta posición jurisdiccional, su desarrollo habría de ser delineado explícitamente y desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, derrotero que aún no termina, por cuanto en el contexto de este concepto, surge como una figura singular la problemática de la *inconveniencia por omisión* que veremos más adelante, y que, desde luego, reclama un tratamiento y reflexión por parte de la doctrina y la jurisprudencia.

⁴¹⁴ Sobre el particular, véase a OTÁROLA MALASSIS, Janine: *El control de legalidad y de constitucionalidad en Francia*, Porrúa, México D.F., 2009, pp. 73-86.

⁴¹⁵ “La Corte de Casación recogió inmediatamente la invitación del Consejo Constitucional y, a partir de su sentencia *Société de cafés Jacques Vabre* de 24 de mayo de 1975, comenzó a inaplicar las leyes contrarias a tratados internacionales. En la jurisdicción administrativa, en cambio, hubo mayor resistencia: el Consejo de Estado se negó durante mucho tiempo a inaplicar la ley posterior al tratado internacional, por entender que la contradicción entre ambas normas proviene de una voluntad tácita del legislador de derogar o excepcionar lo dispuesto por el tratado internacional; lo que denotaba, como es obvio, un profundo apego al viejo dogma de la soberanía del legislador, carente de sentido allí donde existe la supremacía de la Constitución. Con la famosa sentencia *Nicolo* de 20 de octubre de 1989, el Consejo de Estado cambió de orientación y aceptó plenamente la superioridad de los tratados internacionales sobre las leyes” [DÍEZ-PICAZO, Luis María: “Las transformaciones de la Constitución francesa de 1958”, en *Cuadernos de Derecho Público*, N.º 34-35, mayo-diciembre 2008, p. 29].

3. El control de convencionalidad desde la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Sin pretender parafrasear al manifiesto comunista, se puede afirmar que un paradigma recorre hoy América Latina, mas no es un fantasma que espante; pero sí un fenómeno que viene desplomando dogmas y creando nuevas categorías en el Derecho Público: la revolución del control de convencionalidad.

Si bien desde la perspectiva latinoamericana los autores coinciden en identificar, como ya se tiene dicho, un origen pretoriano, a nivel del Pleno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH); esta original categoría fue utilizada, como ya se dijo, por el juez Sergio García Ramírez en el voto concurrente en la sentencia del caso Myrna Mack Chang, en el 2003 y que luego la Corte lo hizo suyo en términos corporativos en el caso Almonacid Arellano y otros contra el gobierno de Chile en sentencia de 26 de septiembre de 2006. Allí la corte había precisado en el fundamento 124 lo siguiente:

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

A partir de este emblemático fallo, la Corte habría de emitir otras más en las que reiteraba explícitamente dicha postura, como los casos “La Cantuta contra Perú” de 29 de noviembre de 2006 (considerando 173) y en “Boyce y otros contra Barbados” de 20 de noviembre de 2007 (considerando 78).

Sin embargo, será en el caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú” de 24 de noviembre de 2006 en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos precisa y afina los contornos del “control de convencionalidad”, estableciendo explícitamente en el considerando 128 que:

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

Con este marco de sendas decisiones, la Corte IDH consolidaba, lo que en su momento su homólogo europeo –el Convenio Europeo de Derechos Humanos– delineaba: la existencia de un *control de convencionalidad*, a la que los países debían ceñirse y someter, desde una perspectiva supranacional.

4. Hacia una aproximación conceptual del control de convencionalidad

Nos vamos a permitir hacer un breve exordio introductorio: cuando los tribunales, salas o cortes constitucionales ejercen jurisdicción constitucional, en rigor lo que están ejercitando es un control de constitucionalidad que se mueve en dos grandes áreas: a) verificar si las normas infraconstitucionales no contradicen a la Constitución o que no exista conflicto de competencias o de atribuciones entre entidades territoriales u órganos estatales (jurisdicción constitucional orgánica); b) Verificar que no existan actos lesivos provenientes de autoridades, funcionarios o personas que generen violación a los derechos fundamentales de la persona (jurisdicción constitucional de la libertad). Ambos contenidos de la jurisdicción constitucional son contrastados con un parámetro normativo: la Constitución. De allí que en las jurisdicciones constitucionales de cada país, el contraste se produce con la Constitución; por lo que bien cabe hablar de un control constitucional en términos latos.

Lo propio ocurre con la CIDH cuando se produce en el ordenamiento interno de un país de la región, alguna afectación, bien sea por normas, actos, conductas que menoscaban no ya a la Constitución; sino a la Convención Americana de Derechos Humanos (CADDHH); aquí lo que está ejerciendo la CIDH es, en estricto y homologable al caso, “un control de convencionalidad”. El parámetro en referencia, será

la citada CADDHH y los demás tratados regionales en materia de derechos humanos, el que tendrá la Corte para verificar si se ha producido un agravio a la Convención.

Explicitado y descrito así, bien cabe señalar que el control de convencionalidad es la potestad jurisdiccional que tiene un órgano de jurisdicción supranacional para resolver controversias que derivan de normas, hechos, actos contrarios a la Convención y a los demás tratados de la región. El control de convencionalidad tendrá como eje, cotejar y comparar si en un determinado ordenamiento interno se adecúa y acata a la Convención o no.

Si bien la gran batalla por afirmar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales de las personas corresponderá siempre, en su etapa de ejecución, en el ámbito interno a través de los jueces nacionales, esta protección puede venir precedida heterónomamente por la CIDH. Y es que, así como en la guerra convencional; aire, mar y tierra definen diversos teatros de operaciones bélicas; los jueces nacionales son los que definitivamente definen la batalla que el escenario internacional coadyuva, como ocurre con la Corte y su control de convencionalidad.

“Si existe esa conexión clara y rotunda -o al menos suficiente, inteligible, que no naufrague en la duda o la diversidad de interpretaciones-, y en tal virtud los instrumentos internacionales son inmediatamente aplicables en el ámbito interno, los tribunales nacionales pueden y deben llevar a cabo su propio “control de convencionalidad”. Así lo han hecho diversos órganos de la justicia interna, despejando el horizonte que se hallaba ensombrecido, inaugurando una nueva etapa de mejor protección de los seres humanos y acreditando la idea -que he reiterado- de que la gran batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complemento, pero no sustituto, el internacional” (Voto razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte interamericana de derechos humanos en el caso trabajadores cesados del congreso vs. Perú, del 24 de noviembre de 2006, FJ. 11).

5. Clases de control de convencionalidad: vertical y horizontal

Se puede distinguir un control de convencionalidad *vertical* que surge heterónomamente, externamente, a partir de un ordenamiento supranacional, una interpretación supraconstitucional y una jurisdicción supranacional. Estos ejes convergen en un control vertical: de la Corte Internacional hacia los tribunales domésticos. Pero también hay un control *horizontal* interno, que lo detentan los jueces

nacionales en virtud del cual fallan con apego, no el orden interno; sino a partir de lo que dispone la CADDHH y la CIDH.

5.1 Control de convencionalidad vertical

Bien puede delinearse que el control de convencionalidad *vertical*, es en efecto un control internacional homologable a un Tribunal Constitucional Internacional y, por tanto, un control concentrado con efecto *erga omnes* los fallos que emite. De allí que, el verdadero control de convencionalidad radica en la CIDH y sus fallos generan toda una doctrina jurisprudencial que vincula a la región. Sus resoluciones son, como ha apuntado Eduardo Ferrer, cosa juzgada convencional, resolución ésta que servirá de marco interpretativo para las jurisdicciones domésticas de cada país.

5.2 Control de convencionalidad horizontal

En cambio, el control de convencionalidad *horizontal*, lo detentan las judicaturas domésticas de cada país; se trata, en consecuencia, de un control de convencionalidad difuso, cuyos efectos de dicho control será sólo para el país al cual sus jueces prefieren aplicar los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos de la región, antes que sus normas internas. Ello supone que los efectos de control de convencionalidad puede significar declarar inconvencional una norma nacional; tanto como dejar sin efecto jurídico cual disposición, hecho, acto proveniente de alguna repartición estatal del país emplazado.

En definitiva, el control *horizontal* es un control de convencionalidad difuso, cuyos efectos será sólo para el país interno. El control de convencionalidad difuso puede suponer el juez hércules que puede llegar a desaplicar, no sólo la legislación nacional que se opone al bloque de convencionalidad; sino que incluso podría desaplicar los fallos de un Tribunal Constitucional o de la Suprema Corte, cuyos fallos no se adecuan a la filosofía de dicho control de convencionalidad.

6. La inconvencionalidad por omisión

En el mundo del derecho, la presencia de omisiones jurídicamente relevantes es un fenómeno que se encuentran en diversos sectores del ordenamiento jurídico, y en el que no podía estar exento el bloque de convencionalidad.

6.1 En líneas generales, se puede hablar de una *inconventionalidad por omisión latu sensu*, y que, a su vez, ésta se puede expresar en:

a. *Inconventionalidad por omisión de acto político o de gobierno*: ella se prefigura cuando los países signatarios de la región, no cumplen con desarrollar o impulsar el grueso de normas de derechos humanos que suponen políticas discrecionales; este tipo de inconventionalidad está presente en la mayoría de tratados y convenios en materia de derechos humanos, no sólo a nivel de la región, sino incluso de los tratados internacionales en materia de derechos humanos de la ONU.

En este punto, resulta pertinente citar las reflexiones de los profesores Juan Carlos Hitters y Óscar L. Fappiano, en torno al deber de los Estados de cumplir los tratados internacionales: “La responsabilidad estatal por violación de los derechos humanos se establece como regla general en dos normas fundamentales del Pacto de San José de Costa Rica. En efecto, el artículo 1.1 señala que los países se comprometen a *respetar* los derechos y libertades reconocidas en dicho cuerpo y a *garantizar* su libre y pleno ejercicio, y el artículo 2 completa el concepto proclamando que si los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuvieran ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter ‘... los Estados parte se comprometen a adoptar (...) las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para ser efectivos tales derecho y libertades’. Estos dos preceptos perfectamente alineados e imbricados marcan las reglas generales –sin perjuicio de los deberes especiales que luego veremos– que operan como el árbol de levas de todo el sistema. El Estado debe *respetar y garantizar* el cumplimiento de sus deberes y, si quedara algún hueco tutelar, debe adoptar las conductas pertinentes para llenar dichos baches (art. 2)”⁴¹⁶.

b) *Inconventionalidad por omisión indirecta*: este tipo de omisión surge cuando, a partir del bloque de convencionalidad, no se llega a desarrollar o cumplir dichos mandatos debido a tres tipos de situaciones específicas:

1) *Ilegalidad por omisión*: esta inconventionalidad por omisión se presenta cuando el Estado ha impulsado alguna legislación que desarrolla algún tratado internacional en materia de derechos humanos, sea a nivel regional o de la ONU; lo importante aquí es que, habiendo una legislación que desarrolla el mandamiento de una norma internacional,

⁴¹⁶ HITTERS, Juan Carlos y Óscar F. Fappiano: *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Tomo II, Volumen 1, Ediar, Buenos Aires, 2012, p. 219.

ésta, a la postre, no se llega a cumplir porque no se ha reglamentado; esto es: hay una norma internacional, existe una ley complementaria, pero ésta requiere de un desarrollo reglamentario y no se ha dictado; en este caso, podría ser la presencia de un decreto supremo que reglamente la legislación específica.

2) *Omisiones de actos administrativos*: igualmente se puede homologar la figura de la inconveniencia por omisión cuando aquí, ya no se trata de la falta de una ley o de un reglamento, sino de la omisión de algún acto de la Administración Pública. Este silencio administrativo puede afectar alguna manifestación de las constelaciones normativas del bloque de convencionalidad o de los tratados internacionales de derechos humanos de la ONU.

3) *Omisiones de la función jurisdiccional*: se trata aquí de una inconveniencia indirecta cuando el órgano jurisdiccional, bien sea del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, del Jurado Nacional de Elecciones, al impartir justicia, sus fallos afectan por omisión el no desarrollo de alguna cláusula específica de una norma proveniente de los tratados de derechos humanos a nivel regional o internacional.

En rigor, son muchas las hipótesis que se pueden presentar en este rubro, y no sólo el control de convencionalidad puede ser por vía de una acción –en este caso, de una sentencia que contraviene el bloque de convencionalidad–, sino de un fallo que *omite* al no dar cumplimiento a una norma específica internacional.

Estas tres figuras, pueden delinear una manifestación de inconveniencia por omisión en términos genéricos. Veamos ahora la inconveniencia por omisión *strictu sensu*.

1. Inconveniencia por omisión *strictu sensu*

El pensamiento constitucional-europeo ha venido delineando, primero a nivel pretoriano, y luego a nivel de la regulación constitucional, y posteriormente por la doctrina, el reconocimiento de lo que suele denominar “*inconstitucionalidad por omisión*”, fenómeno que de ordinario surge cuando el legislador no desarrolla una determinada cláusula constitucional de carácter *programática* –en oposición a la existencia de las cláusulas “*operativas*” que no requieren de desarrollo normativo *a posteriori*, dado que son normas autoaplicativas–.

Las cláusulas programáticas son fruto del testamento histórico del poder constituyente que delega a los sucesivos poderes constituidos el desarrollo de leyes que la Constitución exige, para que esta norma fundamental pueda cumplir su ciclo de vigencia ontológica; esto es, ser aplicada y “vívica” en la realidad.

En los tratados internacionales en materia de derechos humanos, sus normas, por lo general, no están supeditadas a la existencia de leyes “que los complementen” o desarrollen. Y es que, a nivel del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ningún Estado puede condicionar su vigencia al ordenamiento interno. Sin embargo, de una u otra manera, no se puede igualmente negar que a nivel de los tratados internacionales, y peor aún en materia de derechos humanos, muchas cláusulas son violadas, desconocidas o no aplicadas no sólo en vía de acción: cuando se dicta una ley contraria a la filosofía de los derechos fundamentales, cuando los gobiernos en sus actos administrativos, de gobierno, o en sede jurisdiccional se viola alguna cláusula de un tratado. A todo esto, el control de convencionalidad evalúa si algún tipo de esta manifestación normativa interna se adecua o no, afecta o no al bloque de convencionalidad.

Hasta aquí, toda la literatura jurídica se ha encaminado a verificar el control de convencionalidad en vía de acción⁴¹⁷.

Sin embargo, ni la Corte Interamericana de Derechos Humanos ni la Convención Europea de Derechos Humanos ha desarrollado y delineado lo que ya los tribunales constitucionales han reconocido a nivel del bloque de constitucionalidad: las omisiones relevantes que generan la inconstitucionalidad por omisión. Esto es, el fenómeno de la inconvencionalidad por omisión reclama un tratamiento específico por parte de la Corte IDH y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por ejemplo, en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos, existen también prestaciones de carácter positivo, de las que surgen conductas que implican para los Estados *obligaciones de hacer*, para no violar el Convenio.

Así por ejemplo, los profesores Juan Carlos Hitters y Óscar L. Fappiano nos recuerdan que “[e]l artículo 1 señala que las partes contratantes reconocen a toda persona una serie de derechos. Mas ese texto tiene distinta significación según se lo lea en francés (*reconnaissent*), o en inglés (*shall secure*), esto es ‘reconocer’ o ‘asegurar’, respectivamente. Recordemos que de acuerdo con lo establecido por el artículo 33 de la

⁴¹⁷ Véase, al final del presente trabajo, la referencia bibliográfica sobre la literatura en torno al control de convencionalidad.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, si un tratado está escrito en más de una lengua, el mismo hará igualmente fe en cada una de ellas. El término ‘asegurar’ tiene mayor amplitud que ‘reconocer’, por ello con este último sentido debe entenderse la disposición del artículo 1. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso Airey, dejó en claro que el cumplimiento del deber impuesto por el Convenio a veces implica acciones positivas por parte del Estado. En determinados casos, el gobierno no puede permanecer pasivo y no hay lugar a distinguir entre actos y omisiones”⁴¹⁸.

Cabe entonces esgrimir con énfasis que cuando no se desarrolla alguna cláusula de un tratado internacional en materia de derechos humanos –bien sea a nivel regional o internacional– estamos estrictamente hablando de un fenómeno concreto: se viola por omisión el no desarrollo de dicha cláusula. Y la inconventionalidad por omisión puede manifestarse en sentido lato, ya desarrollado brevemente líneas arriba; o *strictu sensu*, cuando se detecta que alguna cláusula internacional requiere de una norma interna que logre desarrollarla y el Estado o gobierno ha venido intermitente y sistemáticamente omitiendo su desarrollo normativo, quedando la mencionada cláusula internacional como una norma lírica, sin vida y sin sentido porque no ha llegado a ser integrada, por decirlo así, en el ordenamiento interno de dicho país.

Este planteo que aquí esgrimimos probablemente podrá tener resistencia en algunos sectores académicos. Pero una cosa es que a nivel de la dogmática los tratados según el Convenio de Viena se cumplen sí o si por cada país que lo ha suscrito, y otra cosa es que, en los hechos y la realidad, se infringe *por omisión*.

2.1. *Presupuestos de la inconventionalidad por omisión*

Bien podría esgrimirse una figura homóloga a la inconstitucionalidad por omisión. Y así podría decir que, para que se manifiesta dicha omisión inconventional, se podrían dar estos presupuestos:

- a) Que el no cumplimiento o acatamiento de una norma internacional en materia de derechos humanos derive de la violación de una cláusula específica y directa. Esto supone que tiene que surgir de una verificación específica, y no de una constatación abstracta.

⁴¹⁸ HITTERS, Juan Carlos y Óscar F. Fappiano: *op. cit.*, Tomo I, Volumen 2, Ediar, Buenos Aires, 2012, p. 648.

- b) Que la cláusula convencional no sea exigible en sí misma (operativa) sino de carácter estructuralmente programática. En la práctica, del universo de preceptos que rodean las constelaciones normativas a nivel internacional, hay muchos que no tienen mayor complejidad y se cumplen sin ningún tipo de problema; pero existen otros tantos –la mayoría provenientes de los derechos económicos, sociales y culturales– que al ser de carácter prestacional, su desarrollo se ve postergado o simplemente no se cumple.
- c) Que, en el ordenamiento interno concreto de cada país, no se impulsen medidas legislativas, administrativas, jurisdiccionales o de gobierno para tornar exigible y eficaz una norma convencional. Y así, este “bloque de convencionalidad”, a falta de desarrollo del ordenamiento interno, se ve menoscabado por omisión.

* * *

Podríamos ir delineando ya algunas ideas:

- a) Por lo general, la inconventionalidad por omisión viene a ser la regla; y la inconventionalidad por acción es la excepción.
- b) Podríamos distinguir dos tipos de inconventionalidad por omisión: una total y otra parcial. La primera surge cuando no existe el desarrollo legislativo que reclama alguna norma proveniente del llamado bloque de convencionalidad o de algún tratado internacional proveniente de la ONU. En la inconventionalidad parcial, se trata de que aquí el legislador ha desarrollado parcialmente la cláusula programática de convencionalidad pero, curiosamente no la llega a desarrollar en su plenitud; es más, muchas veces se pretende “reglamentar” o “desarrollar” alguna cláusula específica sin que ello suponga una plenitud en su vigencia por cuanto el Estado simplemente hace una declaración lírica de pretender desarrollar algo que políticamente no le conviene o no le interesa.
- c) A la fecha, y en lo que existe a nivel de la jurisdicción supranacional, el control que se viene ejerciendo es por la inconventionalidad por acción; y el fenómeno omisivo de inconventionalidad es una patología silenciosa, pero que genera mayores daños al no cumplirse la vigencia interna de los derechos humanos en cada país.
- d) Por razones pedagógicas, hablamos aquí de “*inconventionalidad*”; siendo que este concepto sólo comprende a los tratados regionales de derechos humanos y cuyo órgano jurisdiccional es la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pero no existe un término similar para aludir a los tratados internacionales en

materia de derechos humanos a nivel internacional de la ONU; de allí que bien puede hablarse de una “inconvenicionalidad” regional y un bloque internacional de derechos humanos de la ONU, en ambos sectores igual el fenómeno es el mismo: tratados que regulan materia de derechos humanos sea en sede regional (convencional) o internacional (ONU) que no se cumplen por los supuestos ya aludidos⁴¹⁹.

7. El aporte del Tribunal Constitucional peruano en delinear implícitamente la inconvenicionalidad por omisión.

Como es harto conocido, a raíz de la aprobación del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales independientes en 1989, se estableció específicamente en el artículo 6° el régimen de la consulta previa. Al margen si este Convenio 169 puede ser el único instrumento que se aplique en los países de la región que lo suscriben, el propio Convenio exige de políticas legislativas de implementación y desarrollo para cada país.

En efecto, en el artículo 2° del Convenio OIT 169 se explicita que “[l]os gobiernos deberían asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados; una *acción* coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos”. A su turno, el artículo 2°.2 enfatiza que tales acciones deben incluir “medidas”; es obvio que todo ello debe significar el desarrollo legislativo de la consulta previa, entre otros aspectos que menciona el Convenio 169.

En el 51° Período de Sesiones en 1997 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, relativa a los derechos de los pueblos indígenas, en su Recomendación General 23 exhortó a los Estados parte “a que reconozcan y protejan los derechos de los pueblos indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales, y en los casos en que se les ha privado de sus tierras y territorios, de los que tradicionalmente eran dueños, o se han ocupado o utilizado esas tierras y territorios sin el consentimiento libre e informado de esos pueblos, que adopten medidas para que les sean devueltos. Únicamente cuando, por razones concretas, ello no sea posible, se sustituirá el derecho a la restitución por el derecho a una justa y pronta

⁴¹⁹ El tema de la inconstitucionalidad por omisión tiene ya una larga tradición de desarrollo reflexivo. Aquí sólo consignamos a algunos autores que han escrito sendos trabajos. Así, en Argentina a Germán Bidart Campos, Néstor Pedro Sagüés, Víctor Bazán, María Sofía Sagüés; en Costa Rica, Rubén Hernández Valle; en el pensamiento lusitano (Portugal), como a Brasil, tenemos a Joaquín Gomez Canotilho, Jorge Miranda, Paulo Bonavides, Ana Da Cunha Ferraz, Ivo Dantas, José Alfonso Da Silva, Gilmar Ferreira Mendes, Marcelo Figueiredo, ; en España, José Julio Fernández Rodríguez, Francisco Fernández Segado; y en México, Eduardo Ferrer Mac-Gregor; entre otros

indemnización, la cual, en la medida de lo posible, deberá ser en forma de tierras y territorios”.

En este contexto, de la jurisprudencia constitucional relativa a este asunto, resalta la **STC N.º 05427-2009-PA/TC (caso AIDASEP)**. En agosto de 2007, la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva (AIDASEP) interpuso un proceso constitucional de cumplimiento exigiéndole al Ministerio de Energía y Minas que dé cumplimiento al Convenio 169 de la OIT y que adecue sus normas reglamentarias y directrices al texto internacional.

Esta exigencia partía de que dicho Convenio había sido ya suscrito por el Estado peruano y ratificado por el Congreso mediante Resolución Legislativa 26253 promulgada y publicada el 02 de diciembre de 1993. Desde esa época hasta el 2007, el Estado no había impulsado políticas legislativas que desarrollaran temas relativos al derecho a la consulta, tierra, territorios, recursos naturales.

El TC, a la postre, declaró estimativa la demanda, ordenando al Estado que promulgue la Ley de Consulta Previa.

Si bien en el fallo el TC maneja *in extenso* la categoría de la inconstitucionalidad por omisión (FJ. 10 al 22), en rigor implícitamente se desarrolla la figura homologable a la *inconveniencia por omisión* (FJ. 8, 9, y 23 al 27).

En el caso concreto, habían pasado 15 años desde que el Estado no desarrollaba el Convenio 169 (aprobado en el Perú el 2 de diciembre de 1994, entrando en vigor el 2 de febrero de 1995).

Es más, en los diversos procesos que iniciaron los dirigentes nativos (Gonzalo Tuanama Tuanama), como la AIDASEP, irónicamente el Estado, a través de sus procuradores alegaban que el Convenio 169 no había sido reglamentado, “por lo que no podría ser aplicado”, dado que “sería una norma programática, no pudiendo ser aplicada sin que previamente exista una regulación doméstica que la desarrolle”⁴²⁰.

8. Epílogo

No cabe duda, al estar por el diálogo jurisprudencial y judicial transnacional que se observa a nivel planetario, como el ocurrido recientemente en el Tercer Encuentro de

⁴²⁰ Este extremo fue cuestionado por el TC, en la STC N.º 0022-2009-PI/TC, fundamentos 11 y 12.

la Conferencia Mundial de Justicia Constitucional en Korea (setiembre de 2014) que la expansión de conceptos que hoy alimentan al Derecho Público⁴²¹ se viene revitalizando⁴²². Y, en este marco teórico, el concepto “control de convencionalidad” está tomando una inusitada presencia que obligará ahora más que nunca, a que los Tribunales, Salas o Cortes constitucionales se nutran de la jurisprudencia, doctrina y cosa juzgada convencional⁴²³.

Creemos que, en la práctica, tanto la Corte IDH, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han venido ejerciendo su control de inconvencionalidad por omisión⁴²⁴, pero que requiere un tratamiento distinto al típico control de convencionalidad. En realidad, este control habrá de irse decantando conforme se vaya perfilando y modulando los fallos que no necesariamente tienen que venir de la Corte IDH, sino de un control difuso que lo detentan los Tribunales, Salas o Cortes Constitucionales o del propio Poder Judicial. Estamos firmemente convencidos que una forma de ir controlando una verdadera vigencia de los derechos fundamentales en la región latinoamericana, será a través de fallos bien contruidos por la jurisdicción constitucional de cada país que lleve a declarar un control de inconvencionalidad por omisión.

9. Marco bibliográfico

La presencia de un Derecho Procesal Constitucional Transnacional que lleva a estudiar la jurisdicción supranacional o el control de convencionalidad está tomando un auge hoy imparable. A continuación, suministramos un breve marco de referencia bibliográfica para el lector en esta materia:

1. AA.VV.: *Normas internacionales en Derechos Humanos*, CAJ, Lima, 1984.
2. AA.VV.: *Justicia Constitucional, Derecho Supranacional e Integración en el Derecho Latinoamericano*. Ricardo Velásquez Ramírez y Humberto Bobadilla

⁴²¹ PEGORARO, Lucio (coordinador): *Glosario de Derecho Público*, Porrúa, México D.F., 2012.

⁴²² AYALA CORAO, Carlos: *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Porrúa, México D.F., 2013.

⁴²³ NASH, Claudio: *Control de convencionalidad. De la dogmática a la implementación*, Porrúa, México D.F., 2013.

⁴²⁴ QUINCHE RAMÍREZ, Manuel: *El control de convencionalidad*, Temis, Bogotá, 2014.

Reyes (Coordinadores). Prólogo de Teodoro Ribera Neumann, Universidad Autónoma de Chile, Ceddal, Grijley, Lima, 2007.

3. AA.VV.: *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Coordinadores), Tomo IX – Derechos Humanos y Tribunales Internacionales, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional y Marcial Pons Editores, México, 2008.
4. AA.VV.: *El control de convencionalidad*, Susana Albanese (Coordinadora), Ediar, Buenos Aires, 2008.
5. AA.VV.: *La constitucionalización de la comunidad internacional*, Anne Peters, Mariano J. Aznar Gómez e Ignacio Gutiérrez (Editores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
6. AA.VV.: *El control difuso de convencionalidad*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coordinador), FUNDAP, Querétaro, 2012.
7. AA.VV.: *Controle de Convencionalidade. Um panorama Latino-Americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*, Luiz Guilherme Marinoni y Valerio De Oliveira Mazzuoli (Coordenadores), Gazeta Jurídica, Brasília, 2013.
8. Alcalá Zamora y Castillo, Niceto: *La protección procesal internacional de los derechos humanos*, Civitas, Madrid, 1975.
9. Amaya, Jorge Alejandro: *La jurisdicción constitucional. Control de constitucionalidad y convencionalidad. Adaptado al Paraguay por Pablo Villalba Bernie y Robert Marcial Gonzáles*, prólogo de Daniel Mendonca Bonnet, La Ley, Asunción, 2014.
10. Ayala Corao, Carlos M.: *Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos – Editorial Jurídica Venezolana, Caracas – San José, 1998.
11. Ayala Corao, Carlos M.: *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, Prólogo de Héctor Fix-Zamudio, Fundap-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y Comisión Estatal de Derechos Humanos, Querétaro, 2003.

12. Boggiano, Antonio: *Derecho Penal Internacional y Derecho Constitucional Internacional de los Derechos Humanos. Estudio de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, 2 Tomos, 2ª. edición, La Ley, Buenos Aires, 2006.
13. Bou Franc, Valentín y Castillo Daudí, Mireya: *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
14. Burgorgue-Larsen, Laurence y Úbeda de Torres, Amaya: *Las decisiones básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudio y jurisprudencia*, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2009.
15. Bustos Gisbert, Rafael: *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional N° 52, México, 2012.
16. Cançado Trindade, Antônio Augusto; Peytrignet, Gérard; y Ruiz de Santiago, Jaime: *Las tres vertientes de la protección internacional de los derechos de la persona humana. Derechos humanos, derecho humanitario, derecho de los refugiados*, Porrúa – Universidad Iberoamericana, México, 2003.
17. Canessa Montejó, Miguel Francisco: *La protección internacional de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
18. Díaz Revorio, Francisco Javier (Compilador): *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Palestra, Lima, 2004.
19. Faúndez Ledesma, Héctor: *El sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, Tercera edición, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2004.
20. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo: *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional*, prólogo de Diego Valadés, estudio introductorio de Héctor Fix-Zamudio, UNAM/Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo, 2013
21. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Alfonso Herrera García (coordinadores): *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Tirant lo Blanch, México, 2013.
22. Flores Navarro, Sergio y Victorino Rojas Rivera: *Control de convencionalidad*, Novum, México D.F., 2013.

23. García Ramírez, Sergio: *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, UNAM, México, 2001.
24. García Ramírez, Sergio: *La jurisdicción internacional: derechos humanos y justicia penal*, Porrúa, México, 2003.
25. Gordillo Pérez, Luis Ignacio: *Constitución y Ordenamientos Supranacionales*, prólogo de Pablo Pérez Tremps, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.
26. Herrerías Cueva, Ignacio Francisco: *Control de convencionalidad y efectos de las sentencias*, prólogo de Miguel Carbonell, 2ª edición, Ubijus, México D.F., 2012.
27. Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Osacar L.: *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 2ª edición, Tomo I, 2 Volúmenes, Tomo II, 3 Volúmenes, Ediar, Buenos Aires, 2007.
28. Landa Arroyo, César (Compilador): *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Palestra, Lima, 2005.
29. Manili, Pablo Luis: *El Bloque de Constitucionalidad. La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional argentino*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2003.
30. Margaroli, Josefina y Maculan, Sergio L.: *Procedimiento ante el sistema interamericano de derechos humanos: Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Cathedra jurídica, Buenos Aires, 2011.
31. Monterisi, Ricardo D.: *Actuación y procedimiento ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Librería Editora Platense, La Plata, 2009.
32. Nash, Claudio: *Control de convencionalidad. De la dogmática a la implementación*, Porrúa, México D.F., 2013.
-: *La concepción de los derechos fundamentales en Latinoamérica*, Fontamara, México D.F., 2010.
33. Nikken, Pedro: *La garantía internacional de los derechos humanos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006.
34. O'Donnell, Daniel: *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, 2ª edición, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1989.

35. Quinche Ramírez, Manuel: *El control de convencionalidad*, Temis, Bogotá, 2014.
36. Quiroga León, Aníbal: *El debido proceso legal en el Perú y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, Jurista Editores, Lima, 2003.
37. Remotti Carbonell, José Carlos: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Estructura, funcionamiento y jurisprudencia*, Instituto Europeo de Derechos Humanos, Barcelona, 2003.
38. Rey Cantor, Ernesto: *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional N° 26, México, 2008.
39. Salinas Zavala, Martha Gloria y Chumbiauca Diez, José Alejandro: *Los instrumentos procesales de tutela de los derechos humanos en el Sistema Interamericano*, Librería y Ediciones Jurídicas, Lima, 2005.
40. Salado Osuna, Ana: *Los casos peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Prólogo de Carlos Fernández Sessarego y Presentación de Francisco Eguiguren Praeli, Normas Legales, Trujillo, 2004.
41. Sousa Duvergé, Luis Antonio: *Control de convencionalidad en República Dominicana*, IUS NOVUM, Santo Domingo, 2011.
42. Uribe Arzate, Enrique (coordinador): *Problemas actuales de los Tribunales Constitucionales y el control de convencionalidad*, Universidad Autónoma del Estado de México / Miguel Ángel Porrúa, México D.F., 2012.
43. Ventura Robles, Manuel E. y otros: *Sistematización de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Presentación de Héctor Fix-Zamudio, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 1996.
44. Villalba Bernie, Pablo Darío: *Sistema interamericano de Derechos Humanos*, La Ley, Asunción, 2014.
45. Villán Durán, Carlos: *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Trotta, Madrid, 2006.

Capítulo X

EL CONTROL CONVENCIONAL DE LA LIBERTAD PERSONAL (LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE IDH PARA EL ANÁLISIS DE CASOS EN LA JUSTICIA NACIONAL)

Por **Boris Barrios González** ⁽⁴²⁵⁾

1. INTRODUCCIÓN.

La Corte Interamericana de los Derechos Humanos, desde su inicio de funciones en el año 1988, hasta la fecha, se ha pronunciado sobre el tema de la protección a la integridad y libertad personales en más de 68 casos contenciosos, 32 medidas provisionales y 6 opiniones consultivas.

Desde sus primeros años de funcionamiento la mayoría de los casos conocidos por la Corte se han referido a la Integridad y libertad personales y el derecho a la vida, lo que le ha permitido crear una extensa y detallada jurisprudencia sobre la materia, la cual hoy se expone como jurisprudencia vinculante para el operador ordinario de justicia en los Estados Partes bajo el imperativo del Control Difuso de Convencionalidad.

⁴²⁵ Doctor en Derecho por la Universidad Católica Santa María La Antigua de Panamá. Máster en Derecho Procesal por la Universidad Latina de Panamá. Especialista en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales, por la Universidad de Pisa, Italia. Posgrado de Especialización en Los Derechos Fundamentales en el Derecho Penal y Procesal Penal, por la Universidad Castilla-La Mancha, de Toledo, España. Profesor Honorario de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Presidente de la Asociación Panameña de Derecho Procesal Constitucional. Correo Electrónico: borisbarrios@lawyer.com.

En efecto, el derecho a la libertad personal, las restricciones a este derecho y el trato que los Estados dan a las personas privadas de libertad, es uno de los temas de mayor trascendencia actualmente en el ámbito de la protección de los derechos humanos.

Es por ello que en el presente estudio abordaremos de manera casuista el marco estructural fundamentalista que propone la Corte Interamericana de los Derechos Humanos para hacer efectiva la tutela jurisdiccional del derecho a la libertad personal como contenido del imperativo del Control Difuso de Convencionalidad por parte de los operadores de justicia en los Estados Partes.

2. EL CONTEXTO JURÍDICO E IDEOLÓGICO DE LIBERTAD.

Desde la estructura ideológica del Estado liberal, las constituciones liberales definieron la libertad constitucional en base a que los ciudadanos particulares sólo eran responsables ante las autoridades por infracción de la Constitución o la Ley; mientras que los servidores públicos lo eran por esas mismas causas y también por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de ellas, y algunas constituciones aún conservan ese fundamento jurídico e ideológico de la libertad.

No obstante, en la transición del Estado Liberal de Derecho al Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho, nacido de la segunda posguerra y que desde sus orígenes se vincula a la Declaraciones Universales de los Derecho Humanos de 1948, y a la Convención Americana de los Derecho Humanos (1969), la idea de libertad ha evolucionado de una concepción individual a una concepción social que implica que todas las personas nacen libres e iguales, que deben recibir la misma protección y trato de las autoridades nacionales e internacionales y que gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social⁴²⁶.

Al amparo, entonces, del constitucioalismo contemporáneo y el derecho de los tratados, y en base a un orden general y pricipialista de valores (la Constitución material), toda persona es libre; y por tal efecto, nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado,

⁴²⁶ Véase artículo 1.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos (Pacto de San José).

sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

Como excepción a ese orden general de valores, la persona detenida preventivamente será puesta a disposición de un juez competente dentro de una previsión de horas siguientes, para que el juzgador, en función jurisdiccional delegada del Estado, adopte la decisión correspondiente en el término que haya establecido la ley; pero en ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

Hoy estos enunciados principalistas constituyen un marco jurídico e ideológico de protección jurisdiccional del derecho a la libertad personal que alcanza, también, a la protección mediante el acceso a la jurisdicción internacional de protección de los derechos humanos y fundamentales por defectos del compromiso de los Estados Partes de la Convención Americana de los Derechos Humanos de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté bajo su jurisdicción.

3. LA DETENCIÓN COMO EXCEPCIÓN DE LIBERTAD DESDE EL MODELO SISTEMICO DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Culminada la segunda guerra mundial en 1945, los Estados miembros de la Organización de Naciones Unidas (ONU) firman la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948 en el que se establece, como fundamento ideológico, que la libertad, la justicia y la paz tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los seres humanos.

Y se estableció ese fundamento ideológico por las causas que motivaron la segunda guerra mundial, de allí que en el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos del '48 se atiende a la consideración que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias.

De allí que ya en 1948 la ONU, en consenso de los Estados miembros considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de

Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión; con razón que concluida la Segunda Guerra Mundial, en la Europa Continental, se produce la transición del Estado Liberal de Derecho al Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho y hoy hablamos del constitucionalismo de los derechos en el escenario de una transformación de la teoría constitucional y jurídica producto del cambio de paradigmas en el derecho contemporáneo hacia la efectiva protección de los derechos fundamentales de la persona humana y del ciudadano.

Es al amparo del cambio de paradigmas que implica la transición del Estado Liberal de Derechos al Estado Constitucional de Derechos de la segunda posguerra que se puede entender que los países miembros de las Naciones Unidas reafirmaran en la suscripción de la Carta constitutiva de la ONU “su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad”⁴²⁷.

Es a raíz de la incidencia de la Declaración Universal de los Derechos de 1948 que los Estados Miembros se comprometieron a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre; de allí, que como consecuencia se establecieron en Europa la Convención Europea de los Derechos Humanos en que se sustenta la Corte Europea de los Derechos Humanos; la Convención Americana de los Derechos Humanos en que se sustenta la Corte Interamericana de los Derechos Humanos y la Convención Africana de los Derechos Humanos que sustenta la Corte Africana de los Derechos Humanos.

Es bajo este escenario que podemos entender la importancia del Control de Convencionalidad en estos tres sistemas regionales de protección de los Derechos Humanos al amparo de mecanismos de acceso a la justicia internacional; porque, en el caso de Latinoamérica, cuando los Estados partes de la OEA suscribieron el Pacto de San José en 1969 renunciaron a la soberanía en interés de la protección de los Derechos Humanos, como un imperativo internacional; es por eso que cuando en un proceso judicial de la justicia interna de los Estados Partes se debate en torno a derechos de la

⁴²⁷ Véase la quinta consideración del Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

persona o del ciudadano (Derechos Fundamentales), entonces no opera la cosa juzgada material sino formal en lo referente al agotamiento del derecho interno, como condición de procedibilidad, para acceder a la justicia internacional de protección de los derechos humanos.

Esto explica, entonces, que los fallos de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, bajo el imperativo del Control Difuso de Convencionalidad, tengan el carácter vinculante para el operador de justicia interno, esto es el juez ordinario en la justicia nacional.

3.1. EL CONTROL CONVENCIONAL DIFUSO DE LA LIBERTAD PERSONAL, Desde la regulación general y específica del artículo 7 de la Convención Interamericana.

Desde el caso “Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs Ecuador” (2007), la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (CORTE IDH) ha establecido que el artículo 7 de la Convención, sobre el “derecho a la libertad personal”, tiene dos tipos de regulaciones bien diferenciadas entre sí: una general y otra específica.

Veamos el texto integral del artículo 7, convencional, que a la letra establece:

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en juicio.
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que este decida

sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimenticios.

La regulación general del derecho a la libertad personal se encuentra en el primer numeral del artículo 7 de la Convención, cuando dice que: "toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales"; mientras que la regulación específica está compuesta por una serie de garantías que protegen el derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente (artículo 7.2) o arbitrariamente (artículo 7.3), a conocer las razones de la detención y los cargos formulados en contra del detenido (artículo 7.4), al control judicial de la privación de la libertad y la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva (artículo 7.5), a impugnar la legalidad de la detención (artículo 7.6) y a no ser detenido por deudas (artículo 7.7)⁴²⁸.

3.2. El alcance de la libertad personal establecida en la Convención y en la jurisprudencia vinculante de la CORTE IDH.

En el caso "Niños de la Calle vs Guatemala" (1999) la CORTE IDH fijó el criterio entorno a la libertad personal, derivada del artículo 7.1, conforme al cual la protección de la libertad salvaguarda:

Tanto la protección de la libertad física de los individuos como la seguridad personal, en un contexto en el que la ausencia de garantías puede resultar en la subversión de la regla de derecho y en la privación a los detenidos de las formas mínimas de protección legal⁴²⁹.

Es por ello, entonces, que la CORTE IDH ha fijado, en términos generales, el concepto de libertad y seguridad en la sentencia del caso Chaparro Álvarez y Otro vs Ecuador, estableciendo que:

La libertad sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que este lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con

⁴²⁸ Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C, N° 170, párr. 51, y caso Yvon Neptune vs Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C N° 180, párr. 89

⁴²⁹ Caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y Otros) vs Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C N° 63. Párr.135.

arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La seguridad, por su parte, sería la ausencia de perturbaciones que restrinjan o limiten la libertad más allá de lo razonable. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. En efecto, del Preámbulo se desprende el propósito de los Estados Americanos de consolidar "un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre", y el reconocimiento de que "solo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos". De esta forma, cada uno de los derechos humanos protege un aspecto de la libertad del individuo⁴³⁰.

De lo que se trata, entonces, es que la jurisprudencia de la CORTE IDH, en diferentes casos, ha establecido que el artículo 7 de la Convención "protege exclusivamente el derecho a la libertad física y cubre los comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico"⁴³¹.

Vale anotar, también, que en la sentencia del caso Chaparro Álvarez vs Ecuador la CORTE IDH asimila criterio vertido por la Corte Europea de los DH y sostiene que:

"la seguridad también debe entenderse como la protección contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física"; por lo que, en consecuencia, el numeral primero del artículo 7 protege de manera general el derecho a la libertad y la seguridad personales, mientras que "los demás numerales se encargan de las diversas garantías que deben darse a la hora de privar a alguien de su libertad"⁴³².

Volviendo sobre el texto del artículo 7.1. de la Convención, en cuanto establece "toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal", implica que la violación a la previsión normativa se produce en un contexto en el que "la ausencia de garantías puede resultar en la subversión de la regla de derecho..."; y es que cuando en el caso "Niños de la Calle vs Guatemala" (1999) la CORTE IDH se refiere a que "la ausencia de garantías puede resultar en la subversión de la regla de derecho", ello

⁴³⁰ Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C, N° 170, párr. 52; véase, también, el caso Jaramillo y Otros vs Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C, N° 192.

⁴³¹ Véase, por ejemplo, caso Yvón Neptune vs Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C, N° 180, párr. 90.

⁴³² Caso Chaparro Álvarez vs Ecuador. Párr. 53

implica que si bien el juez ordinario interno es el aplicador de la “regla de derecho” en cuanto es el contenido del Código de procedimiento, y a razón que el contenido principialista está en la Constitución o en la Convención y por lo tanto el precedente es vinculante, por lo que la aplicación de la “regla de derecho” (procedimiento) debe estar unida al mandato del artículo 25 de la misma Convención cuando expone que “toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales correspondientes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución, la Ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”; de manera tal que el mismo sistema de administración de justicia depure la subversión de la regla de derecho; entendiendo subversión como un “trastorno o desorden” en el estándar mínimo de protección de los derechos fundamentales; por ello, definitivamente, produce una “destrucción de los valores morales o, al menos, grave ataque a los mismos”⁴³³.

Esto es que el agotamiento del derecho interno abarca tanto la aplicación de la “regla de derecho” y alcanza, también, el “derecho al recurso”; como mecanismo de garantía jurisdiccional para tutelar que la aplicación de “la regla de derecho” no subvierta el estándar mínimo de protección de los derechos fundamentales.

3.3. La función de la CORTE IDH en la protección internacional del derecho a la libertad personal.

No obstante, como un elemento conclusivo de interés convencional es de advertir que la CORTE IDH lo que quiso dejar en claro, en el caso Chaparro Álvarez vs Ecuador; y en el caso Yvón Neptune vs Haití, es que:

Este derecho puede ejercerse de múltiples formas, lo que en definitiva regula la Convención en este artículo “son los límites o restricciones que el Estado puede realizar. Es así como se explica que la forma en que la legislación interna afecta el derecho a la libertad es característicamente negativa, cuando permite que se prive o restrinja la libertad. Siendo, por ello, la libertad siempre la regla y la limitación o restricción siempre la excepción” a este derecho⁴³⁴.

⁴³³ Véase OSSORIO, Manuel. **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales**. Buenos Aires (Argentina): Heliasta, 1981, p. 725.

⁴³⁴ Caso **Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador**, párr. 53, y caso **Yvon Neptune vs Haití**, párr. 90

De lo que se trata, entonces, es que cualquier privación de la libertad, sea por la supuesta comisión de un delito o por cualquier otro motivo, debe ser realizada con estricto cumplimiento de las garantías que se aseguren la protección de ese derecho fundamental de las personas.

Es por eso que a manera de conclusión, la CORTE IDH en el caso Chaparro Álvarez vs Ecuador sostuvo que:

Cualquier violación de los numerales 2 al 7 del artículo 7 de la Convención acarreará necesariamente la violación del artículo 7.1 de la misma, puesto que la falta de respeto a las garantías de la persona privada de la libertad desemboca, en suma, en la falta de protección del propio derecho a la libertad de esa persona"⁴³⁵.

Esa afirmación conclusiva que hace la CORTE IDH en los casos Chaparro Álvarez vs Ecuador e Yvón Neptune vs Haití, entre otros, nos sirven para entender por qué en el imperativo del control difuso de convencionalidad, el operador de justicia ordinario debe atender a que la libertad es siempre la regla y la limitación o restricción a tal libertad es siempre la excepción; y que por ello, "la forma en que la legislación interna afecta al derecho a la libertad es característicamente negativa, cuando permite que se prive o restrinja la libertad"⁴³⁶.

4. LA DETENCION

4.1. Generalidades

En la sentencia del caso Velásquez Rodríguez vs Honduras (1988) fue el primer caso en que la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (CORTE IDH) abordó la cuestión judicial relativa a la privación de libertad de una persona por un Estado Parte, lo que implica la protección convencional a la libertad física o personal.

Mediante el caso Velásquez Rodríguez se puso en manos de la CORTE IDH una desaparición forzada perpetrada por agentes vinculados a las fuerzas armadas de Honduras, y supuso para la Corte la oportunidad de establecer la base de su jurisprudencia en este tipo de violaciones.

⁴³⁵ Caso Chaparro Álvarez vs Ecuador, párr. 54, y caso Yvon Neptune vs Haití., párr. 91.

⁴³⁶ Caso Chaparro Álvarez, párr. 53.

La víctima había sido secuestrada en un escenario social y político de violencia contra las personas que el Estado consideraba peligrosas para su seguridad.

La Corte concluyó que se había violado el artículo 7 de la Convención y, aunque no realizó un análisis separado de cada numeral de dicho artículo, sí determinó que la desaparición de la víctima había sido una:

Detención arbitraria, que lo privó de su libertad física sin fundamento en causas legales y sin ser llevado ante un juez o tribunal competente que conociera de su detención”⁴³⁷.

Más tarde, en el caso *Gangaram Panday vs Surinam* (1994) la CORTE IDH estableció las condiciones para calificar a una privación de la libertad como ilegal o como arbitraria; y para tal efecto determinó los criterios que ha mantenido en la jurisprudencia respecto al tema.

4.2. LA DETENCIÓN ILEGAL. Los aspectos fundamentales de la detención ilegal para el análisis de casos, según la jurisprudencia vinculante de la CORTE IDH.

En cuanto a la detención ilegal, la CORTE IDH distingue dos aspectos fundamentales para el análisis de casos: Uno material y otro formal.

Y así ha dicho la CORTE IDH que:

Nadie puede verse privado de la libertad personal sino por causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal)⁴³⁸.

⁴³⁷ Caso *Velásquez Rodríguez vs Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de junio de 1988. Serie C, N° 4, párr. 186; en concordancia véase el caso *Godínez Cruz vs Honduras*. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C, N°16, párr. 196

⁴³⁸ *Gangaram Panday vs Surinam*, párr. 47; en concordancia, también, los casos: *Cesti Hurtado vs Perú*. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C, N° 56, párr. 140; “Niños de la Calle”, párr.. 131; *Durand y Ugarte vs Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C, N° 68, párr.. 85; *Cantoral Benavides vs Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C, N°69, párr..69; *Bámaca Vesquez*, párr..139; *Juan Humberto Sánchez*, párr.. 78; *Maritza Urrutia*, párr..65; *Hermanos Gómez Paquiyauri*, párr.. 83; *Instituto de Reeduación del Menor*, párr. 224; *Tibi*, párr. 98; *Acosta Calderón*, párr. 57; *Palamara Iribarne vs Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, N°135, párr. 196; *García Asto*, párr. 105; *Suárez Rosero vs Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C, N° 35, párr. 43; *Servellón García y Otros vs Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C, N°152, párr. 89; *Ticona Estrada y Otros vs Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C, N° 191, párr. 57.

En una particularidad sobre la imposibilidad del análisis de prueba por falta de cooperación del Estado Parte, en el caso *Gangaram Panday vs Surinam*, la CORTE IDH no alcanzó a determinar si la detención se había producido de acuerdo a las causas y condiciones fijadas de antemano por la Constitución o la ley, a razón de que el Estado no suministro los textos oficiales de la normativa interna; no obstante, estableció que "la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la cooperación del Estado", y declaró violado el artículo 7.2 de la Convención⁴³⁹.

Pero además, en el caso *Gangaram Panday*, la CORTE IDH también estableció, por primera vez, un criterio jurisprudencial que ha aplicado, reiteradamente, en el análisis de casos posteriores de privación de libertad; y es que ha dicho la CORTE IDH que una vez declarado que la detención ha sido ilegal, la Corte estima que no es necesario proceder al análisis de si la detención también ha sido arbitraria, ni si se ha violado el derecho del detenido a ser trasladado sin demora ante una autoridad judicial competente⁴⁴⁰.

El mismo criterio jurisprudencial lo aplicó en el caso *La Cantuta vs Perú* (2006) en el que establece que la privación de la libertad constituyó un paso previo para la consecución de lo ordenado a los agentes militares que cometieron los hechos, esto es, la ejecución o desaparición de las víctimas; por lo cual declaró violados sólo los numerales 1 y 2 del artículo 7 de la Convención⁴⁴¹.

El mismo criterio jurisprudencia lo aplicó el año siguiente en el caso *Escué Zapata vs Colombia* (2007), en el cual la CORTE IDH determinó que al haberse tratado de una detención ilegal que culminó en la inmediata ejecución de la víctima no era necesario realizar una análisis ulterior de los demás supuestos previstos en el artículo 7 de la Convención a razón que:

⁴³⁹ Caso *Gangaram Panday vs Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C, N° 16, párr. 49; y en concordancia, sobre la violación del artículo 7.2. de la Convención, véase casos *Velasquez Rodríguez*, párr. 135 y 136; y *Godines Cruz*, párr. 141 y 142.

⁴⁴⁰ Caso *Gangaram Panday*, párr. 51; y en criterio reiterado véase caso *Bayarri vs Argentina*. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C, N° 187, párr.62

⁴⁴¹ Caso *La Cantuta vs Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, N° 162, párr. 109.

Evidentemente la detención del señor Escué Zapata constituyó un acto ilegal, no fue ordenada por autoridad competente y el fin de la misma no era ponerlo a disposición de un juez u otro funcionario autorizado por la ley, sino ejecutarlo, por lo que resulta (...) innecesario al Tribunal pronunciarse acerca de la denunciada arbitrariedad de tal medida. Es decir, su detención fue de carácter manifiestamente ilegal, contrario a los términos del artículo 7.1 y 7.2 de la Convención⁴⁴².

No obstante el criterio establecido en el caso Escué Zapata vs Colombia en el que la Corte expresó que resultaba innecesario pronunciarse acerca de la denunciada arbitrariedad de tal medida; en otros casos, la Corte si se ha pronunciado en línea jurisprudencial sobre el análisis de la arbitrariedad de una detención en casos en que había declarado su ilegalidad.

Ahora bien, siguiendo la jurisprudencia vertida por la Corte, también, hay que decir que en otras sentencias la Corte no ha hecho distinciones especiales entre ilegalidad y arbitrariedad y, en vez, procedió a analizar en forma conjunta la violación de los numerales 2 y 3 del artículo 7 de la Convención.

En tal sentido vale traer a cita, por ejemplo, el caso Castillo Páez vs Perú (1997), en el que la Corte determinó que el Estado Peruano había violado los derechos consagrados en el artículo 7.2 y 7.3, porque la detención fue realizada sin que se dieran las causas o condiciones establecidas en la Constitución peruana, es decir que la detención no se produjo por mandamiento escrito y motivado de autoridad judicial; así como tampoco se demostró que la detención se había producido por delito in fraganti o estuviera vigente un estado de emergencia⁴⁴³.

En el caso 19 Comerciantes vs Colombia (2004) la Corte dio por demostrado que las víctimas habían sido detenidas por miembros de un grupo paramilitar o grupo delictivo. Y que la cúpula de la banda que tenía gran control en el Municipio, decidió matar a los comerciantes y apropiarse de sus mercancías y vehículos, en virtud de que estos no pagaban las imposiciones que les cobraban por transitar con mercancías en esa región y, además, porque consideraban que vendían armas a las organizaciones guerrilleras de la región. Esta reunión se realizó con la aquiescencia de algunos oficiales del Ejército, los cuales estaban de acuerdo con dicho plan. Lo mismo ocurrió

⁴⁴² Caso Escué Zapata vs Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C, N° 165, párr. 86; y en concordancia véase los casos Gangaram Panday, párr. 51 y La Cantuta, párr. 109.

⁴⁴³ Caso Castillo Páez, párr. 56

posteriormente con las dos personas que habían salido en busca de los anteriores. La Corte estableció que se había violado el derecho a la libertad personal de las víctimas al haber sido detenidas ilegal y arbitrariamente. No obstante, aunque la Corte estableció que se había violado el derecho a la libertad personal de las víctimas, sin embargo, no realizó un análisis de la legislación interna, sino que confirmó que en los hechos del caso no habían operado ninguna de las salvaguardas de la libertad personal consagradas en el artículo 7 de la Convención⁴⁴⁴.

Al año siguiente, en el caso *Gutiérrez Soler vs Colombia* (2005) la Corte también declaró que la detención había sido realizada sin orden escrita de autoridad judicial competente y en una situación no constitutiva de flagrancia⁴⁴⁵. Con anterioridad, la Corte había declarado violados todos los numerales del artículo 7, excepto el numeral 7.

En el caso de las Masacres de Ituango vs Colombia (2006), la Corte dio por demostrado que 17 campesinos habían sido privados de su libertad durante 17 días al ser retenidos por un grupo de paramilitares que controlaba la zona durante los días de la incursión, la cual tuvo lugar con la aquiescencia del Estado. La Corte concluyó que se trataba de un caso de detenciones ilegales y arbitrarias por cuanto fueron llevadas a cabo sin orden de detención suscrita por juez competente y sin que se acreditara situación de flagrancia⁴⁴⁶.

En el caso de las Masacres de Pueblo Bello vs Colombia (2006), de privación y muerte, la Corte consideró que:

Colombia no adoptó las medidas de prevención suficientes para evitar que un grupo de aproximadamente 60 paramilitares ingresara al Municipio de Pueblo Bello, en horas en las que estaba restringida la circulación de vehículos, y luego saliera de dicha zona, después de haber detenido al menos a las 43 (...) víctimas del (...) caso, quienes fueron asesinadas o desaparecidas posteriormente⁴⁴⁷.

⁴⁴⁴ Caso 19 Comerciantes vs Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C, N° 109, párr. 85.b, 85.c, 145 y 146.

⁴⁴⁵ Caso *Gutiérrez Soler vs Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de septiembre de 2005, Serie C, N° 132, párr. 52

⁴⁴⁶ Caso de las Masacres de Ituango vs Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C, N° 148, párr. 153

⁴⁴⁷ Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C, N° 140, párr. 238, 152 y 153

La Corte concluyo que las víctimas fueron privadas arbitrariamente de su libertad, y que por haber faltado a sus deberes de prevención, protección e investigación, el Estado tiene responsabilidad por la violación de, entre otros, el derecho a la libertad personal, consagrado en los artículos, 7.1 y 7.2 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en razón del incumplimiento de sus obligación de garantizar ese derecho⁴⁴⁸.

Otro caso de privación y muerte inmediata de la víctima, que ventiló la Corte, es el de Baldeon Garcia vs Perú. En este caso, la víctima fue detenida por parte de efectivos militares en una operación contrainsurgente. Llevada a una iglesia donde fue sometida a maltratos físicos, siendo "amarrada con alambres y colgada boca abajo de la viga de la iglesia para luego ser azotada y sumergida en cilindros de agua", y falleció como consecuencia de esos tratos⁴⁴⁹. El Estado reconoció su responsabilidad internacional por los hechos del caso y por la violación, entre otros, del artículo 7 de la Convención.

5. EN LA JURISDICCIÓN NACIONAL, ÚNICAMENTE A TRAVÉS DE LA RESERVA DE LEY SE PUEDE AFECTAR EL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL.

No obstante lo establecido por la Corte en el caso Gangaram Panday vs Surinam (1994); se advierte que en el caso Chaparro Álvarez y Lapo Íniguez vs Ecuador (2007) la Corte amplió los criterios ya establecidos en Gangaram Panday y realizó un análisis minucioso y diferenciado de cada numeral del artículo 7 de la Convención. En concreto, en cuanto al artículo 7.2, la Corte determinó que:

Reconoce la garantía primaria del derecho a la libertad física: la reserva de ley, según la cual, únicamente a través de una ley puede afectarse el derecho a la libertad personal⁴⁵⁰.

Y en párrafo seguido de su sentencia la Corte se preocupa por dejar establecido qué entiende por “reserva de la Ley”, y dice que.

⁴⁴⁸ Caso de La Masacre de Pueblo Bello vs Colombia, párr. 153.

⁴⁴⁹ Caso Baldeón García vs Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C, N° 147, párr. 2

⁴⁵⁰ Caso Cahaparro Álvarez, párr. 56; también, en concordancia el caso Yvón Neptune, párr. 96.

La reserva de ley debe forzosamente ir acompañada del principio de tipicidad, que obliga a los Estados a establecer, tan concretamente como sea posible y "de antemano", las "causas" y "condiciones" de la privación de la libertad física. De este modo, el artículo 7.2 de la Convención remite automáticamente a la normativa interna. Por ello, cualquier requisito establecido en la ley nacional que no sea cumplido al privar a una persona de su libertad, generara que tal privación sea ilegal y contraria a la Convención Americana.⁴⁵¹

Luego, entonces, si la Corte ha establecido que el artículo 7.2 de la Convención reconoce la garantía primaria del derecho a la libertad física; y que sólo conforme a la "reserva de la ley" puede afectarse el derecho a la libertad personal, por lo que entonces pasa a establecer que:

La tarea de la Corte, por consiguiente, es verificar que las detenciones de (las víctimas) se realizaron conforme a la legislación⁴⁵².

Ahora bien, cuando la Corte deja por sentado que la función que le impone el artículo 7.2 de la Convención, consistente en verificar que las detenciones de las víctimas se realice conforme a la legislación interna del Estado Parte y, claro, siempre que no sea inconvencional, ello, en efecto, implica la determinación de ¿qué entiende la Corte por "ley" (legislación) interna?; y se explica que para la determinación del concepto de "ley" la Corte se remita a lo que anteriormente ha fijado en la Opinión Consultiva 6/86, esto es que "ley" es:

(una) norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes⁴⁵³.

Por otro lado, en el análisis del artículo 7.2 la corte examinó cada uno de los requisitos legales que establecía la legislación interna, algunos de los cuales coincidían con lo establecido en otros acápites del artículo 7 de la Convención. De esta manera, el Tribunal determinó que el análisis de este numeral del artículo 7 de la Convención lo haría bajo esos dos parámetros normativos: el interno y el convencional, de manera que:

⁴⁵¹ Caso Chaparro Álvarez, párr. 57; también en concordancia caso Yvón Neptune, párr. 96; y caso Bayarri, párr. 54

⁴⁵² Caso Chaparro Álvarez, párr. 58; y también Yvón Neptune, párr. 96.

⁴⁵³ La Expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-86 del 9 de mayo de 1986. Serie A, N° 6, párr. 38.

Si se establece que el Estado no informó a las víctimas de las "causas" o "razones" de su detención, la detención será ilegal y, por ende, contraria al artículo de la Convención, pero además constituirá una violación del derecho consagrado en el artículo 7.4 de la misma⁴⁵⁴.

Resulta entonces que el control convencional de la libertad personal implica dos aspectos: Primero que la privación de la libertad de una persona o ciudadano sólo se puede dar en base a la "reserva de ley", esto es con base al derecho de configuración que por constitución se le asigna al Órgano Legislativo, como entidad del Estado encargada de producir la ley; y, segundo, que para que se entienda como ley se aplica el concepto de ley convencional, este es el que la Corte Interamericana ha establecido en la Opinión Consultiva 6/86.

6. CONCLUSIONES.

El primer caso en que la CORTE IDH aplicó el control difuso de convencionalidad de la libertad personal fue en el caso Velásquez Rodríguez vs Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, # 4.

En el caso Gangarán Panday vs Surinam la CORTE IDH estableció las condiciones para calificar una privación de la libertad en términos de ilegal o arbitraria.

En el caso Escué Zapata vs Colombia del 2007 la CORTE IDH determinó que se trató de una detención ilegal conforme al artículo 7.1. de la Convención y dijo que no era necesario entrar a establecer si se había dado o no la violación de los demás numerales del artículo 7.

En el caso Castillo Páez vs Perú de 1997 la CORTE IDH determinó que se trató de una detención ilegal y arbitraria.

En el caso 19 comerciantes vs Colombia de 2004 la CORTE IDH determinó que se trató de detención ilegal y arbitraria, aunque no entró a un análisis de la legislación interna sino que se basó sólo en el incumplimiento del artículo 7 de la Convención.

⁴⁵⁴ Caso Chaparro Álvarez, párr. 69.

En el caso *Gutiérrez Soler vs Colombia* de 2006 la Corte entró a analizar la figura de la detención por fragancia y dijo que no se había configurado la situación constitutiva de fragancia.

En el caso de la Masacre de Ituango de 2006 la CORTE IDH estableció que se trataba de detenciones ilegales y arbitrarias porque no hubo orden de detención escrita por juez competente y sin acreditar situación de fragancia.

En el caso de la Masacre de Pueblo Nuevo vs Colombia de 2006 la CORTE IDH determinó que se trató de detención arbitraria y configuró el deber de los Estados partes de prevenir, proteger e investigar las violaciones de los Derechos Humanos.

En el caso *Chaparro Alvarez y Lapo Iñiguez vs Ecuador* de 2007 la CORTE IDH amplió los criterios establecidos antes en el caso *Gangarán Panday* y estableció la necesidad de análisis diferenciado de cada numeral del artículo 7 de la Convención.

En el caso *Durand y Ugarte vs Perú* del 2000 la CORTE IDH exoneró a Perú y estableció que no se había violado el numeral 5 del artículo 7 de la Convención aunque las víctimas habían permanecido más tiempo (18 y 17 días) del previsto en la Constitución Peruana (15).

En el caso *Suárez Rosero vs Ecuador* de 1997 la CORTE IDH estableció que se había producido una detención ilegal al no haberse cumplido con las formalidades establecidas en la Constitución y la ley interna.

En el caso de los Niños de la Calle vs Guatemala de 1999 declaró la detención ilegal porque no se había cumplido con el aspecto ni formal ni material de una detención.

Capítulo XI

LA FRONTERA DEL DEBIDO PROCESO

Por Hugo Botto Oakley⁴⁵⁵

El rey de partos, Fraates, propuso a Pompeyo pasar por alto el tratado con los persas y quitarles tierras de manera que el límite fuese el Eufrates. Pompeyo contestó: “Nosotros los romanos, preferimos como límite el derecho”.

Agregamos por nuestra parte: mientras nuestro límite sea el Derecho, podemos confiar en el Debido Proceso que la Constitución nos ofrece y asegura.

1. Presentación

Así como en la primera mitad del Siglo XX, los grandes temas de la Teoría General del Derecho Procesal estuvieron compuestos por la conocida trilogía de Acción, Jurisdicción y Proceso, en la segunda mitad del mismo, la doctrina, en la materia, se preocupó principalmente a la prueba y la iniciativa probatoria del Juez.

En el presente, estimo que el gran tema de la Teoría General de esta rama del Derecho es y será el Debido Proceso, en primer lugar, seguido de la llamada Congruencia Procesal y el Derecho de Defensa de modo tal que, sin ambos, tampoco es concebible aquél.

En este trabajo, pretendo dar una mirada y realizar un desarrollo respecto del Debido Proceso, desde la óptica de su frontera, es decir, de sus límites o alcances, a fin de presentar a la comunidad jurídica una postura que incentive el análisis crítico y constructivo de esta trascendental y, sin duda, la más esencial Institución Procesal existente en todo Estado que se precie de democrático.

Por razones obvias derivadas de mi nacionalidad, haré mención a lo que se ha entendido y señalado como conceptos del Debido Proceso, en las sentencias de la Corte Suprema y Tribunal Constitucional de Chile, pero también a aquél que de la misma fuente del derecho, emana de la Corte Interamericana de Justicia, partiendo por mencionar los precedentes históricos como lo son la Carta Magna y la Constitución de

⁴⁵⁵ Abogado. Doctor en Derecho y Magíster en Derecho Procesal por la Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Presidente del Instituto Panamericano de Derecho Procesal.

los EE.UU., y sus respectivas enmiendas. Tal ineludible enfoque para este autor, en todo caso, es compatible con el análisis comparativo que a partir de las mismas fuentes internas de su respectivo país, pueda realizar cualquier lector del presente artículo.

2. Introducción

La primera inquietud que me surge al empezar a escribir este artículo, es si lo que pretendo, es decir, definir la frontera del Debido Proceso, es posible.

Con razón Eduardo Oteiza⁴⁵⁶ señala “...que el debido proceso era más una pregunta que una respuesta...”.

Después de estudiar la Doctrina especializada sobre la materia, sumado los precedentes jurisprudenciales analizados, sin descartar el responder afirmativamente la inquietud antes señalada, al menos es necesario dejar asentado que salvo consensos que podríamos calificar de macro consensos o de consensos generales, entendiendo por tal aquellos aspectos en los cuales existe opinión uniforme respecto de qué compone o es parte del Debido Proceso, no es tarea fácil demostrar lo que pretendo. Y esa dificultad proviene, a mi entender, de un planteamiento equivocado respecto de cómo conceptualizar al debido proceso para poder consensuar qué es y de qué está compuesto o cuáles son sus elementos. En efecto, para consensuar qué es el debido proceso no hay que buscar determinar ni positiva ni negativamente sus componentes o elementos, es decir, no hay que tratar de responder que el debido proceso es aquél en el cual concurren tales o cuales elementos, como por ejemplo, la igualdad de las partes procesales, la moralidad en el debate, etc. o, a la inversa, que el debido proceso es aquél en el cual no concurren tales o cuales elementos, por ejemplo, la parcialidad del juez o la inmoralidad en el debate, etc., ya que con seguridad, un esfuerzo de tal naturaleza, sería inútil, al no poder abarcarse todos los necesarios elementos del debido proceso, que permitan definir con certeza o rigurosidad su frontera, es decir, sus límites o alcances reales.

La búsqueda integradora que intentamos, debe ir por un esfuerzo distinto y asociado a un concepto que abarque todos los componentes generales y particulares que deben concurrir para que exista debido proceso, es decir, los principios procesales que

⁴⁵⁶ Varios Autores, *El Debido Proceso*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003, p. 54.

señalaremos más adelante y las llamadas garantías procesales denominadas garantías judiciales, en el texto del artículo 8° del Pacto de San José.

Si se preguntara a un amplio espectro de la doctrina especializada e incluso a la no especializada y revisáramos todas las sentencias existentes en la materia, estimo que nadie dudaría en incorporar como parte fundamental del Debido Proceso a los principios procesales de (i) Igualdad de las Partes y al de (ii) Imparcialidad del Juez, pero ello que es obvio, realmente no nos permite avanzar hacia el objetivo pretendido, ya que tales fundamentales principios si bien son bases esenciales del debido proceso, no determinan ni demuestran cuál es su concepto y menos sus extremos o frontera. Lo anterior es igual aunque sumemos al análisis los principios de (iii) Transitoriedad de la Serie Procedimental, (iv) Moralidad en el Debate o mejor dicho, no inmoralidad en el debate⁴⁵⁷ y de (v) Eficacia de la Serie Procedimental⁴⁵⁸, ya que tampoco nos sirven para el logro del objetivo pretendido, sea que se consideren y analicen individual o mancomunadamente.

Por su parte, si nos detenemos a pensar en el significado de las palabras límites y alcances, en sus sentidos comunes, naturales y obvios, para intentar delimitar el concepto de debido proceso, podemos comprobar que tales términos llevan en sí incorporado un aspecto de espacio no traspasable o como adelantamos, de frontera, la que, traspasada que sea, importa entrar en el terreno de lo ilícito y, por tanto, de la invalidez por afectación o daño al debido proceso. Pero esos límites o alcances no quedan demostrados, o sea, no se pueden conocer ni determinar recurriendo solamente a los cinco principios antes señalados, lo que es del todo natural o lógico, ya que tratándose de principios o bases fundamentales, atendidas sus naturalezas de tales, no son suficientes para determinar ni demostrar el alcance del debido proceso, por sí solos, es decir, para poder resolver hasta dónde llega o se extiende el debido proceso o cuándo deja de existir debido proceso.

En otras palabras, los principios procesales de igualdad de las partes, imparcialidad del juez, transitoriedad de la serie procedimental, eficacia de la misma y

⁴⁵⁷ MONTERO AROCA., Juan, *Proceso Civil e Ideología*, “Sobre el mito autoritario de la “buena fe procesal””, en volumen colectivo, Valencia, 2005, con la bibliografía sobre la buena fe, citado en MONTERO AROCA, Juan, *La Prueba en el Proceso Civil*, Thomson Civitas, cuarta edición, España, 2005, pp. 111 y ss.

⁴⁵⁸ ALVARADO VELLOSO., Adolfo, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Punto Lex Thomson Reuters, Santiago, 2011, pp. 190 y ss.

moralidad en el debate, considerando sus claras diferencias con las denominadas reglas técnicas del debate procesal⁴⁵⁹, sin duda que cuando no concurren, simplemente, no hay debido proceso pero, tales principios no demuestran, según ya adelantamos, cuáles son los límites o alcances o frontera del debido proceso.

Por otra parte, una realidad que complica el análisis en comento, es que en el derecho procesal, aunque restrictivamente, pueden existir matices diferenciadores en materia de debido proceso, según sea la naturaleza jurídica de la materia de que se trate y en especial de los intereses jurídicos en conflicto. No es lo mismo un conflicto de relevancia jurídica de intereses enteramente privados con aquellos en los cuales hay intereses supra partes del proceso, como por ejemplo, en materia de familia, si se discute la tuición de menores. Ello justifica, entonces, que si bien los cinco principios mencionados precedentemente deben concurrir siempre y en todo procedimiento, no necesariamente los límites o alcances del debido proceso en cada procedimiento, serán exactamente iguales o los mismos.

Sin embargo, en este punto hay que ser extremadamente cauteloso o cuidadoso ya que, aun reconociéndose lo anterior, ello no significa que pueda existir discrecionalidad para determinar los límites o alcances del debido proceso o, simplemente, para determinar qué es el debido proceso o cuándo existe debido proceso.

Siempre y en todo caso, deberá imperar el test de la razonabilidad y seguridad jurídica, lo que implica que bajo parámetros de normalidad, todo interprete pueda concluir que la determinación que se realice para responder las preguntas señaladas – qué es y cuándo existe debido proceso-, fue conforme la razón común y con posibilidades ciertas de seguridad jurídica que siempre requiere, a su vez, de cierta viabilidad predictiva.

Como enseña Jorge Alejandro Amaya⁴⁶⁰ “Cabe recordar que sin seguridad jurídica no hay derecho, ni bueno ni malo ni de ninguna clase.”.

Consecuencia de lo ya expuesto y si tenemos coincidencia en que los indicados límites o alcances no se pueden conocer solamente con la determinación de que concurren en un determinado procedimiento judicial los indicados principios procesales, debemos enunciar qué complementos se requieren para ello. Por de pronto, reiteremos

⁴⁵⁹ ALVARADO, *Lecciones*, Cit. nota n° 4, pp. 196 y ss.

⁴⁶⁰ AMAYA, Jorge Alejandro, *Control de Constitucionalidad*, Astrea, Buenos Aires, 2012, p. 238.

que ya reconocimos la posibilidad de que los límites o alcances del debido proceso no sean exactamente iguales en todo procedimiento, aceptándose ciertas diferencias dependiendo de la naturaleza del conflicto jurídico de que se trate, sobre todo cuando hay intereses no exclusivamente privados en disputa judicial, es decir, aquellos que se litigan en los que Juan Montero Aroca denomina “Procesos no Dispositivos”⁴⁶¹.

En Chile, el debido proceso no está conceptualizado ni definido positivamente, al igual que en Argentina, como enseña Osvaldo Gozaíni⁴⁶², y se ha reconocido principalmente a través del sintagma constitucional “garantías” de un “procedimiento y una investigación racionales y justos”⁴⁶³, encargándose desde la Constitución al legislador, la determinación cualitativa de sus componentes o elementos, para cada procedimiento, asumiéndose así el riesgo de que sea solamente a través de la ley procedimental que se defina cuáles son los límites o alcances del debido proceso, permitiéndose que puedan existir desbordes regulatorios normativos a nivel de ley que, incluso, atenten contra los principios o bases esenciales procesales que ya hemos mencionado. Lo anterior, no significa que en la Constitución chilena no se mencionen algunos elementos del debido proceso pero tales regulaciones, no abarcan todos los componentes del mismo y mal podría comprenderlos todos, cuando la regla principal encarga al legislador regular el procedimiento racional y justo, mediante las respectivas garantías procesales.

⁴⁶¹ MONTERO, Juan, *La Prueba en el Proceso Civil*, España, Thomson Civitas, cuarta edición, 2005, 577 pp., pp. 515 y ss.

⁴⁶² En la constitución nacional argentina no se encuentra la voz “debido proceso”, al que recurre la jurisprudencia continuamente; por lo general, se entiende que se relaciona con el derecho de defensa, y particularmente, de la defensa penal; pero, a través de la interpretación judicial, se ha desarrollado en fragmentos muy puntuales como el derecho a ser oído, al juez natural, a la igualdad, a la presunción de inocencia y otras que, reunidas, constituyen el debido proceso constitucional. En pocas líneas diríamos que la norma fundamental argentina, hasta su reforma en el año 1994, consideró al debido proceso como una garantía formal relacionada con el modo de sustanciar un procedimiento, aun cuando al mismo tiempo reconoció un aspecto sustancial, declarado como principio de razonabilidad. Después de ese año hay dos fuertes influencias. Una *directa* que proviene del artículo 43 que declara el derecho de toda persona a un proceso rápido y expedito para la defensa de sus derechos constitucionales alterados o amenazados; y otra *indirecta* –por vía de principio, aunque directa al corresponder a la incorporación al derecho interno de normas y jurisprudencia de carácter transnacional- que llega de los reglamentos establecidos en los pactos, tratados y convenciones sobre derechos humanos. En conjunto, dieron al debido proceso un contenido más amplio; se despojó de la garantía formal para volcar en exigencias concretas de realización bajo pena de nulidad (v.gr.: condenar sin haber oído al imputado) o inconstitucionalidad (v.gr.: desarrollo amplificado de la doctrina de la arbitrariedad). GOZAINI, Osvaldo A., *Proceso y Constitución*, Buenos Aires, Ediar, 2009, 674 pp., pp. 141 y 142.

⁴⁶³ Constitución Política, art. 19 número 3, inciso 5º: “Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.”.

Por lo expuesto en el párrafo precedente, es que independiente del grado de libertad y responsabilidad que se quiera entregar a la ley, para conceptualizar y determinar el debido proceso en su integridad, estimo que deben regularse a nivel de la Constitución cuáles deben ser los límites o alcances del mismo, de modo tal que no solamente las directrices generales y particulares del debido proceso se señalen en la Constitución de cada país, sino también sus límites o alcances, es decir, su frontera.

Hablamos de directrices generales y particulares, entendiendo por las primeras, los cinco principios o bases esenciales del proceso ya mencionados y, por las segundas, las menciones particulares que se acostumbran indicar en los textos constitucionales, en especial en materia penal, como la llamada presunción de inocencia que debería llamarse más bien, estado de inocencia, el derecho a la no auto incriminación, derecho a la prueba, a la defensa letrada, al recurso, a la contra interrogación, etc., constituyendo la más completa e importante enumeración que conocemos, la contenida en el artículo 8° del Pacto de San José⁴⁶⁴, bajo la denominación de garantías judiciales y que prefiero, como ya adelantara, denominar, garantías procesales.

⁴⁶⁴ “Artículo 8. Garantías Judiciales 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia. Artículo 24. Igualdad ante la Ley Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley. Artículo 25. Protección Judicial 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

El derecho de defensa: El sexto principio del debido proceso.

Conforme lo que se viene desarrollando, propongo denominar principios generales o simplemente principios a los cinco ya mencionados con anterioridad y principios particulares o sub principios a las garantías procesales, agrupando a todas éstas dentro del denominado derecho de defensa, el cual pasaría a ser un sexto principio del debido proceso.

De la manera planteada, podemos distinguir con claridad entre: (i) los principios del debido proceso, compuestos por los cinco principios antes señalados más un sexto, el derecho de defensa, (ii) los sub principios del debido proceso, compuestos por las garantías procesales de cada procedimiento, y (iii) las reglas técnicas del debate procesal que, muchas veces, se confunden y no pocas veces, se tratan de manera conjunta, incorrectamente, a nuestro entender pero que, claramente no son principios procesales ni garantías procesales, como por ejemplo, la oralidad, la inmediación, etc.

Lo que nos resta por abordar, es cómo poder determinar o identificar la frontera del debido proceso, de modo de poder conceptualizarla como sinónimo del denominado derecho de defensa judicial. Para ello abordaremos los siguientes acápites de este trabajo, exponiendo en el último de ellos, una propuesta al efecto, aclarando, en todo caso, que en cada uno de ellos, solamente nos limitaremos a mencionar las disposiciones regulatorias que se relacionan con el objetivo del presente trabajo, ya indicado. En otras palabras, valga la explicación, no se desarrollarán tales instituciones de manera integral sino, apenas, las indicadas menciones. Algo distinto excedería los límites de esta presentación y también su objetivo.

3. La Carta Magna⁴⁶⁵

⁴⁶⁵ “17) Los litigios ordinarios ante los Tribunales no seguirán por doquier a la corte real, sino que se celebrarán en un lugar determinado. 18) Sólo podrán efectuarse en el tribunal del Condado respectivo las actuaciones sobre desposesión reciente, muerte de antepasado y última declaración. Nos mismo o, en nuestra ausencia en el extranjero, nuestro Justicia Mayor (Chief justice), enviaremos dos jueces a cada condado cuatro veces al año, y dichos jueces, con cuatro caballeros del Condado elegidos por el condado mismo, celebrarán los juicios en el tribunal del Condado, el día y en el lugar en que se reúna el tribunal. 19) Si no pudiese celebrarse audiencia sobre algún caso en la fecha del tribunal del Condado, se quedarán allí tantos caballeros y propietarios de los que hayan asistido al tribunal, como se suficiente para administrar justicia, atendida la cantidad de asuntos que se hayan de ventilar. 21) Los Duques y Barones serán multados únicamente por sus pares y en proporción a la gravedad del delito.24) Ningún Corregidor (sheriff), Capitán (constable) o Alguacil (coroner) o bailío podrá celebrar juicios que competan a los jueces reales.34) No se expedirá en lo sucesivo a nadie requerimiento alguno respecto a la posesión de tierras, cuando la expedición del mismo implique la

De este antecedente histórico del año 1215, nos interesa mencionar y destacar aquellas regulaciones normativas que se vinculan directa o indirectamente, con lo que hoy conocemos como debido proceso, como lo son las citadas al pie de página, mereciendo destacarse de entre ellas, las siguientes:

a) “17) Los litigios ordinarios ante los Tribunales no seguirán por doquier a la corte real, sino que se celebrarán en un lugar determinado.”, que se vincula con el derecho de ser juzgado en un lugar determinado y no en cualquier lugar, a interés o arbitrariedad del juzgador;

b) “19) Si no se pudiese celebrarse audiencia sobre algún caso en la fecha del tribunal del Condado, se quedarán allí tantos caballeros y propietarios de los que hayan asistido al tribunal, como se suficiente para administrar justicia, atendida la cantidad de asuntos que se hayan de ventilar.”, que se vincula con el acceso a la justicia y a la inexcusabilidad jurisdiccional;

c) “ 21) Los Duques y Varones serán multados únicamente por sus pares y en proporción a la gravedad del delito.”, que se vincula con el juicio por pares y la proporcionalidad de la pena;

privación para algún hombre libre del derecho a ser juzgado por el tribunal de su propio señor.³⁸) En lo sucesivo, ningún bailío llevará a los tribunales a un hombre en virtud únicamente de acusaciones suyas, sin presentar al mismo tiempo a testigos directos dignos de crédito sobre la veracidad de aquéllas. ³⁹) Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino.⁴⁰) No venderemos, denegaremos ni retrasaremos a nadie su derecho ni la justicia.⁴⁴) Las personas que vivan fuera de los bosques no estarán obligadas en lo sucesivo a comparecer ante los jueces reales forestales en virtud de requerimientos generales, a menos que se hallen efectivamente implicadas en actuaciones o sean fiadores de alguien que haya sido detenido por un delito forestal. ⁴⁵) No nombraremos jueces, capitanes, corregidores ni bailíos sino a hombres que conozcan las leyes del Reino y tengan el propósito de guardarlas cabalmente. ⁴⁸) Todos los malos usos en materias de bosques y cotos de caza, guardabosques, guardacotos, corregidores y sus bailíos, o de orillas de ríos por guardianes de estas, deberán ser inmediatamente objeto de investigación en cada condado por doce caballeros juramentados del propio condado, y antes de cumplirse los cuarenta días de la investigación esos malos usos deberán ser abolidos total e irrevocablemente, si bien Nos, y de no estar Nos en Inglaterra, nuestro Justicia Mayor, deberemos ser informados primero. ⁵²) En casos litigiosos, el asunto será resuelto por el juicio de los veinticinco Barones a que se refiere más adelante la cláusula de garantía de la paz. ⁵⁴) Nadie será detenido o encarcelado por denuncia de una mujer por motivo de la muerte de persona alguna, salvo el marido de aquélla. ⁵⁵) Todas las multas que se nos hayan pagado injustamente y contra la ley del reino, y todas las multas que nos hayamos impuesto sin razón, quedan totalmente remitidas o bien serán resueltas por sentencia mayoritaria de los veinticinco Barones a que se refiere más adelante la cláusula de salvaguardia de la paz, así como de Esteban, Arzobispo de Canterbury, si pudiese asistir, y cuantos otros quiera el traer consigo. Si el Arzobispo no puede asistir, continuarán las actuaciones sin él, pero si uno cualquiera de los veinticinco barones fuere parte en el litigio, no se tendrá en cuenta su juicio y se elegirá y tomará juramento a otro en su lugar, como suplente para la materia en cuestión, por el resto de los veinticinco”. ALVARADO VELLOSO., Adolfo, *El Debido Proceso*, San Marcos, Lima, 2010, pp.289.

d) “24) Ningún Corregidor (sheriff), Capitán (constable) o Alguacil (coroner) o bailío podrá celebrar juicios que competan a los jueces reales.”, que se vincula con la competencia;

e) “38) En lo sucesivo, ningún bailío llevará a los tribunales a un hombre en virtud únicamente de acusaciones suyas, sin presentar al mismo tiempo a testigos directos dignos de crédito sobre la veracidad de aquéllas.”, que se vincula con la necesidad de prueba externa al acusador;

f) “ 39) Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino.”, que se vincula al debido proceso como hoy lo conocemos;

g) “40) No venderemos, denegaremos ni retrasaremos a nadie su derecho ni la justicia.” que también se vincula al debido proceso como hoy lo conocemos;

h) “ 45) No nombraremos jueces, capitanes, corregidores ni bailíos sino a hombres que conozcan las leyes del Reino y tengan el propósito de guardarlas cabalmente.”, que se vincula con el juez letrado y honorable;

i) “52) En casos litigiosos, el asunto será resuelto por el juicio de los veinticinco Barones a que se refiere más adelante la cláusula de garantía de la paz.” que se vincula con el juicio por jurado;

j) “54) Nadie será detenido o encarcelado por denuncia de una mujer por motivo de la muerte de persona alguna, salvo el marido de aquélla.”, que se vincula con el estado de inocencia;

1. “ 55) Todas las multas que se nos hayan pagado injustamente y contra la ley del reino, y todas las multas que nos hayamos impuesto sin razón, quedan totalmente remitidas o bien serán resueltas por sentencia mayoritaria de los veinticinco Barones a que se refiere más adelante la cláusula de salvaguardia de la paz, así como de Esteban, Arzobispo de Canterbury, si pudiese asistir, y cuantos otros quiera el traer consigo. Si el Arzobispo no puede asistir, continuarán las actuaciones sin él, pero si uno cualquiera de los veinticinco barones fuere parte en el litigio, no se tendrá en cuenta su juicio y se elegirá y tomará juramento a otro

en su lugar, como suplente para la materia en cuestión, por el resto de los veinticinco.”, que se vincula con el pago justo de las multas.

4. La Constitución de los EE.UU.⁴⁶⁶

Tradicionalmente se enseñan como constitutivas del debido proceso norteamericano, la V y la XIV enmiendas aprobadas por las asambleas legislativas de los diversos estados por el primer Congreso del año 1789 y de 28 de julio de 1868, respectivamente. Sin embargo, también las enmiendas IV, V, VI, VII, VIII y XIV Sección 1, son pertinentes al indicado debido proceso.

En su origen, es decir, previo a las enmiendas indicadas, el texto constitucional original norteamericano sí contenía disposiciones referidas al debido proceso, en particular en su artículo IV al disponer en su sección 1 y 2 incisos 2° y 3°, lo siguiente:

a.- Sección 1:

“Se dará entera fe y crédito en cada estado a los actos públicos, documentos y procedimientos judiciales de los otros estados. El Congreso podrá prescribir mediante leyes generales la manera de probar tales actos, documentos y procedimientos así como los efectos que deban surtir.”.

b.- Sección 2 incisos 1° y 2°:

“Toda persona acusada de traición, delito grave o de cualquier otro delito, que huyere del estado en donde se le acusa, y fuere hallada en otro estado, será, a solicitud de la autoridad ejecutiva del estado de donde se fugó, entregada a dicha autoridad para ser devuelta al estado que tuviere jurisdicción para conocer del delito.”.

“Ninguna persona obligada a servir o trabajar en un estado, a tenor con las leyes allí vigentes, que huyere a otro estado, será dispensada de prestar dicho servicio o trabajo amparándose en leyes o reglamentos del estado al cual se acogiere, sino que será entregada a petición de la parte que tuviere derecho al susodicho servicio o trabajo”.

Luego, como adelantáramos, las Enmiendas IV, V, VI, VII, VIII y XIV Sección 1, vienen a completar el cuadro del bloque constitucional del debido proceso de EE.UU., al indicar aquellas hasta el día de hoy:

⁴⁶⁶ Law Library, Library of Congress, Washington, D.C., U.S.A., 1987.

Enmienda IV: “No se violará el derecho del pueblo a la seguridad de sus personas, hogares, documentos y pertenencias, contra registros y allanamientos irrazonables, y no se expedirá ningún mandamiento, sino a virtud de causa probable, apoyado por juramento o promesa, y que describa en detalle el lugar que ha de ser allanado, y las personas o cosas que han de ser detenidas o incautadas.”.

Enmienda V: “Ninguna persona será obligada a responder por delito capital o infamante, sino en virtud de denuncia o acusación por un gran jurado, salvo en los casos que ocurran en las fuerzas de mar y tierra, o en la milicia, cuando se hallen en servicio activo en tiempos de guerra o de peligro público; ni podrá nadie ser sometido por el mismo delito dos veces a un juicio que pueda ocasionarle la pérdida de la vida o la integridad corporal; ni será compelido en ningún caso criminal a declarar contra sí mismo, ni será privado de su vida, de su libertad o de su propiedad, sin el debido procedimiento de ley; ni se podrá tomar propiedad privada para uso público, sin justa compensación.”.

Enmienda VI: “En todas las causas criminales, el acusado gozará del derecho a un juicio rápido y público, ante un jurado imparcial del estado y distrito en que el delito haya sido cometido, distrito que será previamente fijado por ley; a ser informado de la naturaleza y causa de la acusación; a carearse con los testigos en su contra; a que se adopten medidas compulsivas para la comparecencia de los testigos que cite a su favor y a la asistencia de abogado para su defensa.”.

Enmienda VII: “En litigios en derecho común, en que el valor en controversia exceda de veinte dólares, se mantendrá el derecho a juicio por jurado, y ningún hecho fallado por un jurado, será revisado por ningún tribunal de los Estados Unidos, sino de acuerdo con las reglas del derecho común.”.

Enmienda VIII: “No se exigirán fianzas excesivas, ni se impondrán multas excesivas, ni castigos crueles e inusitados.”.

Enmienda XIV Sección 1: “Toda persona nacida o naturalizada en los Estados Unidos y sujeta a su jurisdicción, será ciudadana de los Estados Unidos y del estado en que resida. Ningún estado aprobará o hará cumplir ninguna ley que restrinja los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ni ningún estado privará a persona alguna de su vida, de su libertad o de su propiedad, sin el debido procedimiento de ley, ni negará a nadie, dentro de su jurisdicción, la igual protección de las leyes.”.

Sin duda que ambos antecedentes, la Carta Magna y las enmiendas constitucionales antes citadas, han servido de base para la configuración de los modelos de debido proceso que se han ido diseñando en todos nuestros países, extendiéndose a las regulaciones positivas de los modelos de enjuiciamiento denominados Sistemas Acusatorios, a lo que se ha de sumar, la gran o vital importancia que ha tenido en el

sistema americano, la incorporación, desarrollo y ejecución permanente, en el ámbito de las decisiones judiciales, de la exigencia de la razonabilidad de la decisión judicial⁴⁶⁷.

5. La Corte Suprema de Chile⁴⁶⁸

El Tribunal supremo de Chile, ha reconocido el debido proceso bajo la indicación de estar conformado por elementos sobre los cuales no hay discrepancia de

⁴⁶⁷ Ver cita de pie de página número 15 de punto 6, intervención de José Bernalés P.

⁴⁶⁸ “Décimo: Que también constituye un derecho asegurado por la Carta Fundamental, el que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado, cuyo no es el caso, tal como se ha expresado en las consideraciones 4º y 5º de esta sentencia; y el mismo texto en su inciso quinto del numeral 3º del artículo 19, confiere al legislador la misión de establecer siempre las garantías de un procedimiento racional y justo; en cuanto a los aspectos que comprende el derecho del debido proceso, no hay discrepancias en que a lo menos lo conforman el derecho de ser oído, de presentar pruebas para demostrar las pretensiones de las partes, de que la decisión sea razonada y de recurrir en su contra, siempre que la estime agravante, de acuerdo a su contenido. Lo anterior se cumple, en principio, al respetar las reglas básicas de procedimiento en los términos que ordena la ley procesal (Corte Suprema, Sentencia de 30 de octubre de 2007, ROL 4174-2007). Séptimo: Que como ya ha tenido oportunidad de señalar este tribunal, constituye un derecho asegurado por la Constitución Política de la República, el que toda decisión de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y que el artículo 19, N° 3º, inciso quinto, confiere al legislador la misión de definir siempre las garantías de un procedimiento racional y justo. El derecho del debido proceso a lo menos lo constituye un conjunto de garantías que la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y en vigor y las leyes le entregan a las partes de la relación procesal, por medio de las cuales se procura que todos puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales, que sean escuchados, que puedan reclamar cuando no están conformes, que se respeten los procedimientos fijados en la ley, que las sentencias sean debidamente motivadas y fundadas, entre otros (Corte Suprema, Sentencia de 03 de mayo de 2010, ROL 990-2010). Séptimo.- Que, esta Corte, en relación con el debido proceso, se ha pronunciado al respecto indicando: " - el derecho al debido proceso a que se refiere el artículo 19 N° 3º, inciso quinto, de la Constitución Política de la República que condiciona la legitimidad de la decisión jurisdiccional, desde luego a la existencia de un órgano dotado de la potestad de conocer y juzgar una causa civil o criminal, en los términos del artículo 73 de la referida Carta y, en seguida, a que la sentencia sea la consecuencia de un proceso previo, que en el sentir del constituyente, esté asegurado por reglas formales que conformen un racional y justo procedimiento e investigación, cuya regulación deberá verificarse a través de la ley, que prevea una etapa indagatoria que no se aparte de las normas de actuación del ministerio público, de un oportuno conocimiento de la acción, una adecuada defensa y la producción de la prueba correspondiente en las audiencias practicadas ante el Juzgado de Garantía o ante el Tribunal del Juicio Oral en lo penal." (Corte Suprema, Sentencia de 9 de agosto de 2005, ROL 2857-2005). En el mismo sentido ROL 437-2005, de 28 de junio de 2005; ROL 2696-2010, de 23 de junio de 2010; ROL 2813-2009, de 25 de junio de 2009; ROL 2685-2010, de 05 de julio de 2010; ROL 1755-2011, de 15 de diciembre de 2011; ROL 1772-2011, de 14 de octubre de 2011; ROL 8267-2010, de 15 de abril de 2011; ROL 3617-2011, de 16 de junio de 2011; ROL 9151-2010, de 02 de junio de 2011; ROL 9402-2010, de 23 de junio de 2011; ROL 9757-2010, de 12 de julio de 2011; ROL 10071-2010, de 22 de julio de 2011; ROL 10210-2010, de 29 de julio de 2011; ROL 833-2011, de 12 de septiembre de 2011; ROL 12372-2011, de 21 de agosto de 2012; ROL 4624-2011, de 02 de diciembre de 2011; ROL 5242-2011, de 15 de diciembre de 2011; ROL 9899-2011, de 26 de enero de 2012; ROL 5929-2011, de 30 de enero de 2012; ROL 7208-2011, de 22 de febrero de 2012; ROL 7853-2011, de 27 de marzo de 2012; ROL 9819-2011, de 14 de junio de 2012; ROL 9898-2012, de 26 de junio de 2012; ROL 2227-2010, de 11 de julio de 2012; ROL 10736-2011, de 19 de julio de 2012; ROL 12457-2011, de 05 de septiembre de 2012; ROL 8793-2011, de 02 de diciembre de 2011; 8227-2012, de 09 de enero de 2013; ROL 1142-2013, de 18 de abril de 2013.”

que forman parte de él, indicándose a vía de ejemplo, “el derecho de ser oído, de presentar pruebas para demostrar las pretensiones de las partes, de que la decisión sea razonada y de recurrir en su contra, siempre que la estime agravante, de acuerdo a su contenido.”.

Se ha agregado que “constituye un derecho asegurado por la Constitución Política de la República, el que toda decisión de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y que el artículo 19, N° 3°, inciso quinto, confiere al legislador la misión de definir siempre las garantías de un procedimiento racional y justo.”.

También ha reconocido que “El derecho del debido proceso a lo menos lo constituye un conjunto de garantías que la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y en vigor y las leyes le entregan a las partes de la relación procesal,...”, lo que coincide con la posibilidad de integrar las garantías procesales reguladas en el derecho nacional con aquella del derecho internacional vigente en el país.

6. El Tribunal Constitucional de Chile⁴⁶⁹

⁴⁶⁹ “Séptimo: Que del tenor del requerimiento se desprende que el principal reproche de inconstitucionalidad se dirige respecto del inciso quinto del artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República. Ahora bien, para analizar el sentido y alcance de la referida disposición constitucional resulta necesario transcribir parte de la discusión que se produjo al interior de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución. En tal sentido, cabe recordar que en la sesión N° 101, de 9 de enero de 1975, expuso especialmente sobre la materia el profesor José Bernal P., quien se explayó sobre los elementos que conforman lo que en la tradición anglosajona se ha denominado “due process of law”, esto es, el debido proceso legal, y que se remonta desde tiempos de la Carta Magna. Así señaló textualmente el académico: “¿Cuáles son estos principios que vienen desde tiempos inmemoriales? (...) primero, noticia al demandado del procedimiento que lo afecta. Es decir, lo que en Chile se denomina notificación. Enseguida, razonable plazo para comparecer y exponer sus derechos por sí o por testigos. A continuación, presentación de éstos y de cuantos medios de prueba disponen en apoyo de su defensa. O sea, lo que en nuestro país se llama emplazamiento. Para aquellos es importante sobre todo la posibilidad de aportar la prueba, y que el tribunal la reciba en forma legal. Pero esto debe ser racional. Lo que importa a los americanos principalmente es fijar principios racionales, que se dé noticia en forma racional (...) En seguida, un tribunal constituido de tal manera que se dé una seguridad razonable de honestidad e imparcialidad (...) Después tribunales con jurisdicción, competencia adecuada (...)”. Por su parte, en la sesión 103ª, celebrada el 16 de enero de 1975, el profesor Silva Bascuñán cuestionó la redacción flexible o abierta de la norma en comento, señalando al efecto que, “Le parece más lógico que en lugar de hacer una simple mención, como garantía del proceso, a la racionalidad y a la justicia, que son términos precisamente susceptibles de ser manejados con diversos criterios, se definiera la descripción de qué se entiende sustancialmente por proceso racional o justo”. Como consecuencia de lo anterior procuró “sintetizar lo que significa un proceso que sea respetable en el orden humano, y le pareció que ello no se satisface sólo con las menciones doctrinarias de la racionalidad y la justicia, sino que es un proceso en el cual se le permita oportunamente a la persona afectada conocer la acción y reaccionar frente a ella realizando la defensa

El Tribunal Constitucional chileno, en la sentencia citada al pie de página, resume la discusión que se produjo al interior de la Comisión de Estudio de la Constitución, reproduciendo interesantes argumentos sobre el sentido y alcance del debido proceso. Sin perjuicio de recomendar su íntegra lectura, para un conocimiento adecuado de tal sentido y alcance, nos interesa destacar el planteamiento realizado por

y produciendo la prueba”. Ante lo expresado por el señor Silva Bascuñán, el Señor Ortúzar argumentó que, “le parece bastante delicado que la Constitución entre a señalar, como exigencia para el juzgamiento -porque así se interpretará-, el oportuno conocimiento de la acción, la adecuada defensa y, aun, la producción de la prueba”. Sobre este último aspecto precisó que “la producción de la prueba es, también, un hecho relativo, porque no siempre la hay dentro de un proceso”. En tanto, el señor Evans manifestó que “es muy difícil señalar en el texto constitucional cuáles son las garantías reales de un debido proceso, porque es un convencido de que ellas dependen de la naturaleza del procedimiento y de todo el contenido de los mecanismos de notificación, defensa, producción, examen y objeción de la prueba y los recursos dependen, en gran medida, de la índole del proceso, del asunto de que se trata, e insiste, de la naturaleza del procedimiento que para este último haya establecido la ley”. Más adelante, en la misma sesión, el señor Diez expresa que “de la historia de las palabras ‘racional y justo’ se desprende ya una conclusión: que la Comisión Constituyente estima que el procedimiento no es racional ni es justo si no se establece entre otras cosas, y sin que ello constituya una limitación, el oportuno conocimiento de la acción por parte del demandado; una defensa racional y adecuada, y la posibilidad de producir las pruebas cuando sea conducente, porque puede haber un proceso de derecho puro, donde no haya ninguna prueba que rendir”. “Concluyendo sobre el punto que “Evidentemente que una de las ramas en las cuales se debe progresar en este país, es en el procedimiento judicial, lo que permitirá, además, a los tribunales ir enriqueciendo el concepto de racional y justo a través de la jurisprudencia”. Sin embargo, en relación al contenido específico de la garantía, el señor Evans planteó su preferencia por “los conceptos genéricos de ‘racional y justo’ encargándole y obligándole al legislador a establecer siempre procedimientos que den garantía de racionalidad y justicia, que el de establecer normas demasiado precisas”. A su turno, el señor Silva Bascuñán contra argumentó señalando que, “se podría llegar a un acuerdo si se dispone que la sentencia debe fundarse en un procedimiento previo, racional y justo, señalado en la ley, que permita, por lo menos oportuno conocimiento de la acción, adecuada defensa y producción de la prueba”. Finalmente, como consecuencia del debate, el señor Ortúzar “declara aprobada la indicación del señor Evans, con la reserva del señor Silva Bascuñán en el sentido de que es partidario de expresar como requisitos del debido proceso los elementos que ha señalado en el curso del debate”, ante lo cual el señor Evans “propone que junto con la aprobación de texto que ha tenido la mayoría, quede constancia en actas, a título meramente ejemplar, y sin que ello constituya limitación de ninguna especie, de que son garantías de un racional y justo proceso las señaladas en el curso del debate”. De lo dicho se desprende, en primer lugar, que se estimó conveniente otorgar un mandato al legislador para establecer siempre las garantías de un proceso racional y justo, en lugar de señalar con precisión en el propio texto constitucional cuáles serían los presupuestos mínimos del debido proceso, sin perjuicio de dejar constancia que algunos de dichos elementos decían relación con el oportuno conocimiento de la acción y debido emplazamiento, bilateralidad de la audiencia, aportación de pruebas pertinentes y derecho a impugnar lo resuelto por un tribunal, imparcial e idóneo y establecido con anterioridad por el legislador; (Tribunal Constitucional, Sentencia de 4 de julio de 2006, ROL 481-2006). Séptimo.- Que, precisado lo anterior, cabe tener presente que, según la reiterada jurisprudencia de esta Magistratura, por debido proceso se entiende aquel que cumple integralmente la función constitucional de resolver conflictos de intereses de relevancia jurídica con efecto de cosa juzgada, protegiendo y resguardando, como su natural consecuencia, la organización del Estado, las garantías constitucionales y, en definitiva, la plena eficacia del Estado de Derecho. A este respecto, el debido proceso cumple una función dentro del sistema, en cuanto garantía del orden jurídico, manifestado a través de los derechos fundamentales que la Constitución les asegura a las personas. Desde esta perspectiva el imperio del derecho y la resolución de conflictos mediante el proceso son una garantía de respeto por el derecho ajeno y la paz social. En síntesis, el debido proceso, más allá de consagrar los derechos de los litigantes y el poder-deber del juez en la forma que el constituyente ha establecido para eliminar la fuerza en la solución de los conflictos, genera un medio idóneo para que cada cual pueda obtener la solución de sus conflictos a través de su desenvolvimiento; (Tribunal Constitucional, Sentencia de 07 de octubre de 2008, ROL 1130-2008).”.

uno de los intervinientes, en cuanto señala que “Evidentemente que una de las ramas en las cuales se debe progresar en este país, es en el procedimiento judicial, lo que permitirá, además, a los tribunales ir enriqueciendo el concepto de racional y justo a través de la jurisprudencia”, ya que encarga a las sentencias la posibilidad de ir configurando el diseño del debido proceso, lo que coincide con el aspecto dinámico que veremos en el punto siguiente.

7. La Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴⁷⁰

⁴⁷⁰ “Definición dada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. “El artículo 8 de la Convención Americana dispone que: Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Para la Corte, los procedimientos judiciales, independientemente del tipo de proceso que se trate, sea penal, civil, laboral, fiscal o cualquier otro, han de contar con jueces no sólo en el aspecto formal sino que cumplan con los requisitos exigidos (independencia, imparcialidad, previa determinación por la ley, con poderes y atribuciones), y ser llevados con el respeto de todas las garantías del debido proceso”. Caso Paniagua Morales y otros contra Guatemala, sentencia sobre el fondo, fundamento 94. Caso Genie Lacayo contra Nicaragua, sentencia sobre el fondo, fundamento 74. “Por otro lado la Corte considera que el artículo 8.1 reconoce el derecho de acceso a la justicia para alcanzar la protección de los derechos e intereses legítimos. Para la Corte el derecho de acceso a la justicia puede verse limitado al cumplimiento de determinados requisitos o limitaciones, siempre que no sean excesivos ni desproporcionados. En este sentido, el Estado puede establecer, por ejemplo, el pago de tasas o costes que dificulten el acceso a los tribunales, pero éstas no podrán justificarse en razonables necesidades de la propia administración de justicia, y siempre que no sean ni desproporcionadas ni excesivas. Además, dicha proporcionalidad no puede valorarse respecto de la cuantía del proceso o de lo solicitado en la demanda, sino respecto de los fines legítimos de la administración de justicia”. Caso Cantos contra Argentina, sentencia sobre el fondo, fundamento 50”. “Dentro de las garantías del debido proceso se encuentra también que una persona sólo pueda ser condenada por aquellos delitos por los que ha sido acusada y procesada, es decir por los que ha podido defenderse en un proceso judicial llevado a cabo con todas las garantías”. Caso Loayza Tamayo contra el Perú, sentencia sobre el fondo fundamento 63. Ne bis in ídem y debido proceso. “Que de las garantías del debido proceso es la de no ser procesado por segunda vez por los mismos hechos. Para determinar si, efectivamente, se trata de un segundo proceso, esta Corte considera necesaria no sólo la identidad entre los hechos, conducta o suceso a investigar, sino que también exista correspondencia entre las personas partícipes, tanto en sentido activo como pasivo.”. Caso Durand y Ugarte contra el Perú, sentencia a las excepciones preliminares, fundamento 48. Caso Loayza Tamayo contra el Perú, sentencia sobre el fondo, fundamento 70, 76 y 77. “Sin un determinado procedimiento judicial es llevado a cabo con deficiencias o vicios procesales graves, que impliquen la violación del debido proceso, se deberá invalidar todas aquellas actuaciones afectadas por tal violación y repetirlas con el cumplimiento y respecto de todas las garantías requeridas. En todo caso de deberá volver a dictar nueva sentencia”. Caso Castillo Petruzzi y otros contra el Perú, sentencia sobre el fondo, fundamentos 217 a 219. “Las garantías del debido proceso se proyectan a toda actuación del Estado que implique el ejercicio de su poder sancionador o que pueda afectar el ejercicio de los derechos. Así, pues, aun cuando el artículo 8 de la Convención tenga el rótulo de garantías judiciales, la Corte ha establecido que garantías del debido proceso no sólo vinculan a las autoridades judiciales en las diversas materias como la penal, civil, laboral o fiscal, etc., sino que alcanzan a todo tipo de procedimientos y órdenes que ejerzan funciones jurisdiccionales, sea administrativa, legislativa o judicial. Bastará entonces que una autoridad pública, aun cuando no sea judicial, dicte resoluciones que puedan afectar derechos para que se encuentre obligada a respetar las previsiones del debido proceso. Por ello, también en los procedimientos administrativos, sobre todo en aquellos de naturaleza disciplinaria o sancionadora, se

En su completa obra, Sergio García Ramírez⁴⁷¹, plantea que “...hoy en día existe un panorama renovado del debido proceso, en constante revisión y precisión, que se ha visto fuertemente influido por el Derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia proveniente de los tribunales que tienen a su cargo la interpretación y aplicación de los tratados sobre esta materia.”, agregando que “El debido proceso, bajo alguna expresión que recoge las mismas exigencias –por lo general, fair trial en la versión inglesa de los instrumentos- tiene carta de naturalización en el Derecho internacional de los derechos humanos.”, para concluir que “Algunos tratadistas consideran, por ello, que tenemos a la vista un nuevo paradigma del debido proceso y que es preciso replantear éste al amparo de las novedades que trae consigo aquella rama notable del Derecho de gentes.”.

Estas ideas de Sergio García Ramírez, que plantean el descubrimiento de una característica dinámica o evolutiva del debido proceso, nos permiten sustentar como de toda lógica, la necesidad de definir cuáles son los límites o alcances del debido proceso, considerando un enfoque comprensivo del derecho nacional como del internacional, sobre el debido proceso, es decir, avanzando hacia una integración jurídica entre ambos derechos.

En este contexto, hacen pleno sentido las conceptualizaciones de debido proceso que hemos citado al pie de página, ya que demuestran que las garantías procesales no son un número cerrado sino que, a partir de la “constante revisión” que señala García Ramírez, ellas pueden ir surgiendo o naciendo nuevas garantías procesales, lo que justifica poder agrupar en un solo concepto a todas ellas, precisamente, en el de derecho de defensa, según planteo a continuación.

8. La Frontera del Debido Proceso: El Derecho de Defensa⁴⁷²

deben respetar las garantías del debido proceso. No procede, entonces, argumentar que la Administración no es parte integrante del Poder Judicial, y que por lo tanto estaría al margen de tales previsiones de garantía, por cuanto las sanciones sean judiciales o administrativas, a estos efectos, son resultado de la acción punitiva del Estado.”.

Calderón Ana, *Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales*, Lima: Ed. San Marcos, 2009, pp. 86, pp. 62 a 64.

⁴⁷¹ GARCÍA, Sergio, *El Debido Proceso*, México, Ed. Porrúa, 2012, 359 pp., pp. 6 y 7.

⁴⁷² Artículo 19 número 3 inciso 2° de la Constitución: “Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida.”.

La pregunta natural que ya a estas alturas debemos hacernos, es qué es el derecho de defensa y cuáles son los elementos que lo componen.

Para algunos, el derecho de defensa es el derecho de acceso a la justicia, para otros, el derecho a no ser considerado culpable antes de existir sentencia ejecutoriada en contra del imputado⁴⁷³, para otros, es el derecho de ser escuchado y poder rendir pruebas que acrediten sus hechos y afirmaciones⁴⁷⁴, para otros, es el derecho a recurrir en contra de la sentencia condenatoria o desestimatoria, para otros, es el derecho a recurrir, para instar por una revisión de la sentencia, para otros, el derecho a la no autoincriminación, etc.

En rigor, casi podría considerarse como interminable la lista de derechos que componen o forman parte del derecho de defensa pero, lo importante es que todos esos derechos mencionados y otros, sí formen parte del derecho de defensa.

Recurriendo a las enseñanzas de Luigi Ferrajoli⁴⁷⁵, a propósito del “Constitucionalismo del Futuro”, atreviéndome a decir que ese futuro ya es el presente,

⁴⁷³ Así, para VÉLEZ MARICONDE la defensa del imputado desde el punto de vista subjetivo “es el derecho subjetivo público individual de acreditar su inocencia o cualquier circunstancia capaz de excluir o atenuar su responsabilidad y que también constituye una actividad esencial del proceso, integrando el triángulo formal de la justicia represiva, en cuanto nadie puede ser condenado, sin ser oído y defendido”, citado en VARELA, Casimiro, *Fundamentos Constitucionales del Derecho Procesal*, Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc, 1999, 255 pp., p. 240.

⁴⁷⁴ En ese sentido MONTERO AROCA, señala que el derecho de defensa, “se concibe como un derecho de rango fundamental, atribuido a las partes de todo proceso, que consiste básicamente en la necesidad de que éstas sean oídas, en el sentido de que puedan alegar y probar para conformar la resolución judicial, y de que conozcan y puedan rebatir todos los materiales de hecho y de derecho que puedan influir en la resolución judicial” se trataría de una de las facetas del principio de contradicción, que consistiría a su vez en un “mandato dirigido al legislador ordinario para que regule el proceso, cualquier proceso, partiendo de la base de que las partes han de disponer de plenas facultades procesales para tender a conformar la resolución que debe dictar el órgano judicial” citado en HORVITZ L., María Inés/LÓPEZ, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo I*, Jurídica de Chile, 2003, p. 77.

⁴⁷⁵ “..., el constitucionalismo no sólo es una conquista y legado del pasado sino tal vez el legado más importante de nuestro siglo. Es también, y creo que ante todo, un programa para el futuro, en un doble sentido. En primer lugar, en el sentido de que los derechos fundamentales incorporados por las constituciones deben ser garantizados y satisfechos concretamente: el garantismo, bajo este aspecto es la otra cara del constitucionalismo, dirigida a establecer las técnicas de garantía idóneas y a asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos constitucionalmente reconocidos. Y también en el sentido de que el paradigma de la democracia constitucional es todavía un paradigma embrional, que puede y debe ser extendido en una triple dirección: ante todo, hacia la garantía de todos los derechos, no sólo de los derechos de libertad sino también de los derechos sociales; en segundo lugar, frente a todos los poderes, no sólo frente a los poderes públicos sino también frente a los poderes privados; en tercer lugar, a todos los niveles, no sólo en el derecho estatal sino también en el derecho internacional. Se trata de tres expansiones, todas igualmente indispensables del paradigma garantista y constitucional legado de la tradición. Este paradigma, como sabemos, ha nacido en defensa de los derechos de libertad, ha sido conjugado sólo como sistema de límites a los poderes públicos y no a los poderes económicos y privados –que la tradición liberal ha confundido con los derechos de libertad- y

propone una triple dimensión necesaria, una de las cuales la explica señalando "...hacia un constitucionalismo internacional, como complemento del constitucionalismo estatal.", lo que interpreto coincide y justifica que para determinar la frontera del debido proceso, sea necesario integrar o, complementar, en los términos del indicado autor italiano, los ordenamientos jurídicos nacionales como internacionales adoptados vía ratificación por los distintos países, sobre la materia.

A partir de la indicada enseñanza, podemos identificar con simpleza, el requerimiento y, por ende, la necesidad de compatibilizar las exigencias del derecho interno con el derecho internacional respectivo, compatibilización que necesariamente debe realizarse mediante la integración de las disposiciones de ambos estatutos jurídicos.

En este contexto y luego de la revisión de los textos analizados que han tratado de conceptualizar al debido proceso, señalando sus componentes y, de tal manera refiriéndose tangencialmente a sus límites o alcances, estimo que podemos concluir sin dificultad que no existe uniformidad ni consenso acerca de su real o verdadero significado, conceptualmente hablando, como tampoco respecto de sus límites o alcances.

Por lo anterior, es que propongo identificar a la garantía procesal denominada derecho de defensa como la frontera del debido proceso, ya que respetada que sea esa garantía, podremos coincidir que existe debido proceso y, por el contrario, desbordada que sea, no existirá y se vulnerará esta trascendental o esencial institución procesal la que, a partir de lo anterior, podemos elevar también a la categoría o nivel de principio procesal.

El contenido de esa frontera, estará dado por la sumatoria de las garantías procesales reconocidas por el derecho interno y por el derecho internacional adoptado o ratificado por cada país y ello, dentro del ámbito de cada procedimiento, donde tales garantías hayan sido concedidas o reconocidas.

ha permanecido dentro de los confines del Estado nación. El futuro del constitucionalismo jurídico, y con él el de la democracia, sólo quedará garantizado por esta triple articulación y evolución: hacia un constitucionalismo social, como complemento del constitucionalismo liberal; hacia un constitucionalismo de derecho privado, como complemento del constitucionalismo de derecho público; hacia un constitucionalismo internacional, como complemento del constitucionalismo estatal" (FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y Garantismo*, Madrid, Trotta, 2008, 373 pp., 35 y 36.

Estimo, consecuencialmente, que es el concepto de derecho de defensa, el que tiene la capacidad suficiente de integrar todos los componentes de las llamadas garantías procesales, siendo así la natural frontera del debido proceso, ya que permite visualizar integralmente a través de tales garantías, sus límites o alcances. Se estará dentro de esos límites o alcances y por tanto se podrá concluir que se está frente a un debido proceso, en un caso particular, cuando las garantías procesales han tenido posibilidad cierta de haber operado, sólo la posibilidad, ya que muchas de ellas son renunciables, por lo que no es exigible que necesariamente hayan operado en el procedimiento de que se trate y, por su parte, que cuando hayan operado o se hayan efectivizado en el procedimiento, lo hayan sido sin vulneración o cercenamiento a sus posibilidades de concreción o ejecución, salvo los derivados del incumplimiento a la natural y necesaria temporalidad para sus ejercicios, en otras palabras, que no haya operado la preclusión legal del derecho a ejercerlas oportunamente.

9. Conclusiones.

La Frontera del Debido Proceso está determinada por la concurrencia del denominado Derecho de Defensa, entendido éste como aquél que tiene toda persona, física o moral, para acceder al sistema de administración de justicia, cualquiera sea su posición procesal dentro del proceso, con plena seguridad de ejercicio y eficacia de las garantías procesales. Entendido así, el debido proceso está compuesto por los principios procesales de (i) igualdad de las partes, (ii) imparcialidad del juez, (iii) transitoriedad y (iv) eficacia del procedimiento, (v) moralidad en el debate, (vi) derecho de defensa y (vii) por todas las garantías procesales particulares de cada procedimiento.

Capítulo XII

ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO EN COLOMBIA*

Eduardo Andrés Velandia Canosa**

1. INTRODUCCIÓN

Cuando se habla de cualquiera de las acciones constitucionales, resulta imperativo remitirnos al derecho procesal constitucional, como quiera que esta disciplina estudia las garantías protectoras de los derechos constitucionales.

¿Qué es entonces el derecho procesal constitucional? Es aquella parte del ordenamiento jurídico público, que estudia científicamente los procesos que defienden la supremacía de la Constitución convencionalizada y los derechos humanos (i), la jurisdicción constitucional encargada de tramitarlos y resolverlos, cualquiera sea el sistema o modelo adoptado (ii) y el acceso a la referida jurisdicción constitucional y convencional (iii).

De tal definición extraemos los contenidos o sectores, que en nuestro concepto, comprende el derecho procesal constitucional: i) dogmática del derecho procesal constitucional; ii) derecho procesal constitucional interno, el cual comprende lo concerniente a la naturaleza objetiva y subjetiva de la jurisdicción constitucional; y, iii) derecho procesal constitucional transnacional⁴⁷⁶.

De la definición indicada y de los contenidos del derecho procesal constitucional debemos concluir, que la jurisdicción constitucional interna tiene por objeto mantener el principio de supremacía constitucional o dicho de otra manera, mantener el linaje

* La presente investigación corresponde a una versión actualizada del siguiente artículo: VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. “La Acción de Cumplimiento en Colombia”. En Manili, Pablo Luis (Director). Tratado de Derecho Procesal Constitucional. Buenos Aires (Argentina), La ley, 2010, pp. 277-313.

** Presidente de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional; miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional; profesor en la maestría en Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora (Argentina), de la especializaciones en Justicia Constitucional de la Universidad de Pisa (Italia), de Derecho Procesal y en Derecho Constitucional de la Universidad Libre (Colombia); del Curso de Alta Formación de la Escuela Superior de Estudios Jurídicos de la Universidad de Bolonia (Italia); profesor Honorífico de la UNAM (México) y tratadista en derecho procesal constitucional. presidencia@acdpc.co.

⁴⁷⁶ Para profundizar en este tema, sugerimos consultar VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, “Contenidos del Derecho Procesal Constitucional”, en *Derecho Procesal Constitucional*, Encarnación, Paraguay: HESAKÄ SRL, 2014, pp. 67-87.

constitucional en el ordenamiento jurídico interno y proteger los derechos humanos consagrados en la Constitución y en la Convención Americana de Derechos Humanos⁴⁷⁷.

Lo expuesto impone reflexionar sobre la siguiente problemática: ¿las acciones⁴⁷⁸ denominadas como constitucionales⁴⁷⁹, realmente cumplen con la exigencia antes determinada para incluirlas como parte del objeto de estudio del derecho procesal constitucional o sí simplemente son de origen o fuente constitucional por haberse incluido en la Constitución⁴⁸⁰, máxime cuando el carácter unitario del derecho de acción, no admite ninguna clase de clasificación, debido a su carácter de humano o fundamental, lo que evidencia el yerro de seguir hablando de diversas clases de acciones⁴⁸¹.

Precisamente nuestro objeto de estudio partiendo de la anterior problemática, será establecer si la acción de cumplimiento colombiana, realmente corresponde a uno de los instrumentos o garantías estudiadas dentro del derecho procesal constitucional, para lo cual analizaremos brevemente su consagración legal⁴⁸², pretendiendo concluir con una propuesta o hipótesis, que permita que la acción de cumplimiento efectivamente sirva para mantener el principio de supremacía constitucional y desterrar

⁴⁷⁷ Utilizamos esta terminología parafraseando a BROWN, Dan, *El código Da Vinci*, Planeta Colombia S.A., Bogotá, 2005. STARBIRD, Margaret, *María Magdalena y el Santo Grial*, Planeta Colombia S.A., Bogotá, 2004.

⁴⁷⁸ Debido a esta problemática, es necesario abordar un estudio serio sobre el concepto de acción constitucional, el cual determinará claramente la autonomía del derecho procesal constitucional sobre el derecho constitucional “sustancial o material”, a semejanza de los estudios presentados por la escuela alemana e italiana del derecho procesal sobre la acción. Al respecto puede consultarse a WINDSCHEID, Bernhard y MUTHER, Theodor, *Polémica sobre la “Actio”*, traducción del alemán por Tomás A. Banzahaf, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1974; CHIOVENDA, Giuseppe, *La acción en el sistema de los derechos*, traducción de Santiago Sentis Melendo, Temis, Bogotá, 1986; COUTURE, Eduardo J., *Introducción al estudio del proceso civil*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988.

⁴⁷⁹ Realmente deberíamos referirnos a procesos constitucionales, tal como lo indica una parte de la doctrina: GÓMEZ SÁNCHEZ TORREALVA, Francisco A., *Proceso de Cumplimiento*, Grijley, Lima, 2008.

⁴⁸⁰ Esta problemática también se evidencia en Perú, donde expresan: “...queda claro que sobre este proceso pesa una discusión en torno a su naturaleza, ya que una corriente mayoritaria considera que se trata de un proceso constitucionalizado debido a que no tutela derechos fundamentales en concreto, sino la eficacia en la realización de las labores de los funcionarios públicos, mientras que un sector reducido considera adecuada su inclusión en la Carta Política porque garantiza la vigencia del sistema jurídico”. En GÓMEZ SÁNCHEZ TORREALVA, Francisco A., *Proceso de Cumplimiento*, ob. Cit. p. 9.

⁴⁸¹ LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Procedimiento Civil. Parte general*, Tomo I, p. 279, novena edición, Dupré Editores, Bogotá, 2007.

⁴⁸² Un incipiente estudio epistemológico, dado el espacio del cual disponemos.

la nefasta impresión que dejó esta novedosa acción en la doctrina colombiana, que la calificó como una de las mayores decepciones de nuestro sistema contencioso constitucional, debido en nuestro concepto, a su redacción constitucional, tratamiento legislativo y jurisprudencial, pero sobre todo a su ineficacia en cuanto a la protección de la supremacía constitucional⁴⁸³.

2. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

En Colombia la acción de cumplimiento se consagró en el artículo 87 de la Constitución Política, reglamentándose en la ley 393 de 1997, la cual consta de 32 artículos. La disposición constitucional dispone:

“Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo.

En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido”.

Esta acción puede concebirse como el instrumento procesal que pretende que sea una realidad el principio sustantivo constitucional de la *efectividad*, consagrado en el artículo 2º de la Constitución Política de Colombia. De conformidad con este principio, los fines esenciales del Estado colombiano, sirven a la comunidad para promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Política. Así mismo, desarrolla el derecho fundamental a interponer las acciones públicas en defensa de la Constitución y la ley, tal como lo establece el numeral 6º del artículo 40 de la Constitución Política⁴⁸⁴, que a su vez nos sirve para fundamentar la autonomía e independencia del derecho procesal constitucional frente al derecho constitucional sustancial, toda vez que el derecho fundamental de acción, por sí mismo corresponde a un derecho autónomo y distinto al sustancial que pretende proteger.

Desde el punto de vista jurisprudencial, encontramos algunos fallos emitidos por la Corte Constitucional entre 1998 y 2001 en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, aclarando que esta corporación no es competente para conocer de los

⁴⁸³ QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando, *Derecho Constitucional Colombiano. De la carta de 1991 y sus derechos*, p. 313, Segunda Edición, Grupo Ibáñez, Bogotá, 2008.

⁴⁸⁴ QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando, *Derecho Constitucional Colombiano. Ob. Cit.*, p. 313.

procesos que desarrollan esta acción dentro de nuestro sistema de jurisdicción constitucional. Igualmente, el Consejo de Estado colombiano fue competente para conocer de estas acciones como juez de instancia, hasta cuando entraron en funcionamiento los juzgados administrativos.

En efecto, la Corte Constitucional colombiana indicó que esta acción está destinada a brindarle a los particulares la oportunidad de exigir a las autoridades la realización del deber omitido, a través de una facultad que les permita procurar la vigencia y verificación de las leyes y actos administrativos, acatándose de esta forma uno de los principios del Estado de Derecho, según el cual el mandato de la ley o de un acto administrativo no se deje a un simple deseo de la administración y tenga en cambio concreción en la realidad⁴⁸⁵.

Igualmente, la citada Corte, dio una lectura constitucional a la acción objeto de la presente investigación, al referirse a la competencia y se pronunció sobre la restricción del párrafo del artículo 9º de la ley 393 de 1997, determinando que en esta acción no es posible perseguir el cumplimiento de las normas que establezcan gastos públicos incluidos o no en el presupuesto⁴⁸⁶; en otro fallo se refirió nuevamente a la competencia y a la legitimación por activa⁴⁸⁷; en otro se pronunció sobre la subsidiariedad de esta acción⁴⁸⁸; después precisó el contenido de las normas con fuerza material de ley⁴⁸⁹; luego dispuso la imposibilidad de obtener mediante esta acción una declaratoria de responsabilidad y como consecuencia de ello obtener indemnizaciones o condenas por perjuicios⁴⁹⁰ y finalmente se precisaron los elementos dogmáticos de esta

⁴⁸⁵ Corte Constitucional colombiana: auto de diciembre 10 de 1992. M.P. Simón Rodríguez Rodríguez.

⁴⁸⁶ Corte Constitucional colombiana: Sentencia de control de constitucionalidad C-157 de 1998. M.P. Antonio Barrera Carbonell y Hernando Herrera Vergara.

⁴⁸⁷ Corte Constitucional colombiana: Sentencia de control de constitucionalidad C-158 de 1998. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁴⁸⁸ Corte Constitucional colombiana: Sentencia de control de constitucionalidad C-193 de 1998. M.P. Antonio Barrera Carbonell y Hernando Herrera Vergara.

⁴⁸⁹ Corte Constitucional colombiana: Sentencias de control de constitucionalidad C-893 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero. C-651 de 2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁴⁹⁰ Corte Constitucional colombiana: Sentencia de control de constitucionalidad C-638 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

acción, tales como inacción administrativa y el deber omitido, abordando el problema jurídico de la renuencia como requisito de procedibilidad de esta acción⁴⁹¹.

Asímismo es importante resaltar que la primera sentencia proferida en un caso concreto de acción de cumplimiento, en la que luego de presentarse un valioso análisis sobre su origen, se ordenó al Director del Instituto Penitenciario y Carcelario “INPEC”, expedir las pautas y programas de educación penitenciaria, y cumplir sus deberes en torno al sistema de tratamiento progresivo de los internos recluidos en la Penitenciaría Central de “La Picota”, previstos en la Ley 65 de 1993 o Código Nacional Penitenciario y Carcelario. Tal sentencia se profirió por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 4 de septiembre de 1997, con ponencia del entonces magistrado *ERNESTO REY CANTOR*; proceso iniciado con la demanda formulada por Ángel María Romero y otros⁴⁹² contra el Instituto Penitenciario y Carcelario “INPEC”⁴⁹³.

3. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

Se cree que la acción de cumplimiento es el derecho humano o fundamental, que tiene todo sujeto de derecho, para acudir ante la jurisdicción del Estado, mediante la interposición de una demanda encaminada a obtener el cumplimiento de la Constitución, la ley o el acto administrativo, en procura de una tutela judicial efectiva, que acoja o niegue dichas pretensiones, dentro de un plazo razonable, previo el adelantamiento de un debido proceso⁴⁹⁴.

Por lo expuesto, debemos entender que el derecho de acción no se satisface simplemente con la admisión de la demanda, sino con la obtención de una sentencia de mérito que garantice una tutela judicial efectiva dentro de un plazo razonable, acogiendo o negando las pretensiones.

⁴⁹¹ Corte Constitucional colombiana: Sentencia de control de constitucionalidad C-1194 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴⁹² Eran reclusos de la Penitenciaría “La Picota”

⁴⁹³ El contenido de esta sentencia se puede consultar en: CAMARGO, Pedro Pablo, *La Acción de Cumplimiento*, p. 187, Cuarta Edición, Leyer, Bogotá, 2004.

⁴⁹⁴ Según nuestra propuesta, la Acción de Cumplimiento también debe ser el instrumento procesal idóneo para la efectividad de Constitución, frente a las omisiones del Poder Legislativo o frente al Poder Ejecutivo. El profesor Eduardo Ferrer Mac-Gregor, considera que el *writ of mandamus* norteamericano (origen de la acción de cumplimiento es un “recurso legal cuya finalidad es compeler a la autoridad omisiva a la realización de alguna conducta que constitucional o legalmente le corresponde”: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo “La inconstitucionalidad por omisión”, en MANILI, Pablo Luis (Coordinador), *Marbury vs Madison*, México, Porrúa, 2011, p. 84.

Por su parte, la jurisprudencia ha dicho que la acción de cumplimiento “es el derecho que se le confiere a toda persona (...) para poner en movimiento la actividad jurisdiccional del Estado, mediante la formulación de una pretensión dirigida a obtener el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo que ha impuesto ciertos deberes u obligaciones a una autoridad, la cual se muestra renuente a cumplirlos”⁴⁹⁵.

La doctrina especializada ha dicho que corresponde a una “acción constitucional que faculta a toda persona para exigir, por conducto de la rama judicial, que las autoridades de la República cumplan las obligaciones y deberes, contenidos en normas con fuerza material de ley o en actos administrativos, con el objeto de que verifique una verdadera eficacia y materialidad del sistema normativo dentro del Estado social de derecho”⁴⁹⁶, tesis acogida por el profesor Manuel Fernando Quinche, quien la complementa diciendo que tal definición hace radicar “el sentido de la acción, en los principios de eficacia y de efectividad del artículo 2 de la Constitución”⁴⁹⁷.

La argumentación dada a nuestra definición, desde el punto de vista del derecho procesal constitucional, como debe ser, y no desde el punto de vista constitucional sustantivo, es la siguiente:

a) En primer lugar debemos tener presente que el derecho de acción, entendido como el derecho a la jurisdicción, es humano o fundamental⁴⁹⁸, por lo que es uno solo y no excluye a ninguna de las maneras de manifestarse, tal como la acción de cumplimiento. Es humano, por así haberlo consagrado el numeral 1º del artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1969, al decir:

“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”⁴⁹⁹.

⁴⁹⁵ Corte Constitucional colombiana: Sentencia C-157 de 1998. M.P. Antonio Barrera Carbonell y Hernando Herrera Vergara.

⁴⁹⁶ URREGO, Franky, *La Acción de Cumplimiento*, p. 17, ABC Editores y Universidad Agraria, Bogotá, 2001.

⁴⁹⁷ QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando, *Derecho Constitucional Colombiano*, ob. cit., p. 314.

⁴⁹⁸ Numeral 6º del artículo 40 de la Constitución Política de Colombia.

⁴⁹⁹ En el derecho internacional de los derechos humanos, cuando se hace referencia a los derechos inalienables de un ser humano, no se utiliza la expresión derecho fundamental, sino derecho humano.

b) Empero, en el derecho interno colombiano, el numeral 6° del artículo 40 de la Constitución Política, lo clasifica como derecho fundamental, al establecer que para hacer efectivo el derecho a participar en el ejercicio del poder político, todo ciudadano puede “Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley”, dentro de las que debemos incluir la acción de cumplimiento, pero su desarrollo procesal corresponde a la ley 393 de 1997, la cual puede calificarse como su parte procesal. Por esta razón es que se califica al derecho procesal constitucional, como una disciplina jurídica de naturaleza mixta.

c) Pueden acudir a esta acción, cualquier sujeto titular de derechos y obligaciones, dentro de los que debemos incluir a las personas físicas o naturales, a las personas jurídicas y a los patrimonios autónomos⁵⁰⁰.

d) El derecho a obrar o del cual se es titular, radica en poder acudir ante la jurisdicción constitucional del Estado, lo que de contera nos enseña, que una cosa es el derecho procesal (de acción) y otra cosa es el derecho sustancial (recibir de una sentencia a favor que reconozca el derecho sustancial invocado). En efecto, queremos reiterar, que cuando se habla del derecho de acción, nos referimos única y exclusivamente a la posibilidad de acudir a la administración de justicia, por ello el derecho procesal constitucional es autónomo frente al derecho constitucional sustantivo, ya que si eventualmente se niega la posibilidad de adelantar el proceso establecido para la acción de cumplimiento, por considerarse que no se tiene el derecho para ello, tal ciudadano podría interponer una acción de tutela (art. 86 constitucional), en procura de la protección de su derecho de acceso constitucional a la justicia previsto en el artículo 229 de la Constitución Política y si ello no es posible, en defensa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, acudir ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (y ésta ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos) en procura de la defensa de las garantías judiciales establecidas en el artículo 8° de dicha convención.

⁵⁰⁰ Sobre patrimonios autónomos pueden consultarse a: QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio, *Teoría general del derecho procesal*, p. 478 y ss., cuarta edición, Temis, Bogotá, 2008. LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Procedimiento Civil. Parte general*, Tomo I, p. 294, novena edición, Dupré Editores, Bogotá, 2007.

Por ello, creemos que cuando la doctrina indica que esta acción “faculta a toda persona para exigir, por conducto de la rama judicial, que las autoridades de la República cumplan las obligaciones y deberes, contenidos en normas con fuerza material de ley o en actos administrativos, con el objeto de que verifique una verdadera eficacia y materialidad del sistema normativo dentro del Estado Social de Derecho”⁵⁰¹, está confundiendo el concepto de acción (que es procesal), con el del cumplimiento de los presupuestos para obtener una sentencia a favor del demandante (que son sustanciales), toda vez que tal definición parte del supuesto que el actor siempre cumple con tales exigencias y por lo mismo la sentencia siempre acogería las pretensiones, evento en el cual nos encontraríamos frente a situaciones cumplidas, que no requerirían de proceso.

Sin embargo, esto no es cierto, ya que precisamente el objeto de la acción, es darle la posibilidad al ciudadano de acreditar el cumplimiento de los presupuestos sustanciales y sí logra probarlo, ahí sí obtiene una sentencia a favor que desarrolle los “principios de eficacia y de efectividad del artículo 2 de la Constitución”⁵⁰², como quiera que aún sin tener la razón el demandante, debe otorgarse el derecho procesal de acción de cumplimiento y tramitarse el proceso.

Este derecho de acción de cumplimiento, se materializa con la interposición de una demanda, que cumpla con los requisitos formales exigidos por la ley 393 de 1997, que naturalmente debe contener una pretensión acorde con el objeto de esta acción.

En Colombia esta acción está encaminada a obtener el cumplimiento de la ley o de un acto administrativo, lo cual aparte de hacer efectivos los principios de eficacia y de efectividad del artículo 2o de la Constitución Política, que cumplen todas las acciones, dista mucho de la realización del principio de supremacía constitucional, a menos que aceptemos que esta acción protege la vulneración de la Constitución por omisión. Consideramos que una acción de tal naturaleza no puede considerarse como parte del derecho procesal constitucional, sino del derecho procesal administrativo, por estar dirigida a controlar la actividad de la administración.

En efecto, pretender que por incluirse una acción en la Constitución, o dicho de otra manera, por ser de origen constitucional la consideremos parte del derecho procesal

⁵⁰¹ URREGO, Franky, *La Acción de Cumplimiento*, ob. Cit., p. 17.

⁵⁰² QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando, ob. Cit., p. 314.

constitucional, llegaríamos al absurdo de incluir dentro de esta rama a la acción de reparación directa⁵⁰³ o de repetición simplemente por haberse incluido en el artículo 90 de la Constitución Política. Igual argumento presentamos frente a la acción de pérdida de investidura, la cual únicamente tiene por objeto la realización de un juicio político a un congresista, pero no pretende proteger el principio de supremacía constitucional que tiene efectos generales, a pesar de que se diga que se actúa en nombre de la sociedad⁵⁰⁴.

Sin embargo, no queda ninguna duda que se viene incumpliendo la Constitución por omisión (incumplimiento del deber de legislar por el legislador: la omisión legislativa)⁵⁰⁵. Simplemente para citar dos ejemplos, baste observar los artículos 53 (inciso primero)⁵⁰⁶ y 88 (inciso tercero)⁵⁰⁷ de la Constitución Política, en los cuales se ordena al legislador expedir sendas leyes, lo cual no se ha cumplido y los ciudadanos no podemos hacer nada al respecto, lo cual justifica una vez más la autonomía e importancia del derecho procesal constitucional, toda vez que mientras no se cree el instrumento procesal, no existe la posibilidad de hacer cumplir la Constitución frente a la negligencia, pereza legislativa o su incumplimiento por omisión absoluta.

Igualmente los Tribunales y Cortes Constitucionales poco a poco vienen convirtiéndose en legisladores positivos. En Colombia por ejemplo, la Corte Constitucional acudiendo a la acción de tutela⁵⁰⁸, viene controlando los estados de cosas inconstitucional, argumentando que si la realización de los derechos constitucionales vulnerados depende de la disponibilidad de recursos, ello no significa que el Estado pueda sin ninguna limitación adoptar medidas que en la práctica implican un retroceso en algunos aspectos de la política diseñada bajo el Estado Social de Derecho y

⁵⁰³ Esta acción en Colombia está regulada por el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo y es la pertinente para obtener la responsabilidad extracontractual y patrimonial del Estado (a través de cualquiera de sus entidades) y como consecuencia la indemnización de los perjuicios causados.

⁵⁰⁴ ¿Entonces, también la acción penal sería del procesal constitucional?

⁵⁰⁵ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “El control de las omisiones legislativas por el *Bundesverfassungsgericht*”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n° 10, México: Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2009, pág. 84 y ss.

⁵⁰⁶ “El Congreso expedirá el estatuto del trabajo...”

⁵⁰⁷ “... Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos”.

⁵⁰⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-025 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Caso del desplazamiento forzado en Colombia.

legalmente instrumentalizada, a pesar de que ésta continúe en el papel siendo la misma⁵⁰⁹.

Nótese que acudiéndose a la acción de tutela se está concretando la intención de cumplimiento constitucional ideado por el constituyente de 1991, pero sin aplicar las restricciones impuestas a la acción de cumplimiento. Podría decirse, que se trata de un nuevo tipo de inconstitucionalidad por omisión, frente a la negativa a implementar políticas públicas por parte del Poder Ejecutivo.

En conclusión, creemos que jurisprudencialmente se ha creado una nueva modalidad procesal de cumplimiento constitucional, que impide la inconstitucionalidad por omisión ante la negativa a implementar políticas públicas, pero sin un debido proceso previo y acudiendo a otro tipo de proceso constitucional como es la acción de tutela. Por ello consideramos que la acción de cumplimiento que sirva para hacer efectivas las normas de rango constitucional, hace parte del derecho procesal constitucional, mientras que la que sirva para hacer efectiva únicamente la ley o un acto administrativo, innegablemente será del derecho procesal administrativo.

Creemos que la solución a este problema y a la judicialización de los derechos económicos sociales y culturales mediante la implementación de políticas públicas, tal como se indicó en la exposición de motivos de la ley 393 de 1997⁵¹⁰, es reformar el artículo 87 de la Constitución Política, donde amplíemos la competencia a la acción de cumplimiento, en el sentido de permitirle ser el instrumento procesal constitucional aplicable en los eventos de violación a la Constitución por omisión absoluta (donde el sujeto pasivo sea el Congreso de la República) y frente a los estados de cosas inconstitucional por la inacción frente a la implementación de políticas públicas (donde el sujeto pasivo podrá ser el legislador o el ejecutivo, cuando la omisión se ubique en la facultad reglamentaria) y no quedarnos únicamente en una especie de control de

⁵⁰⁹ Cfr. FONSECA PÉREZ, Camilo Ernesto, “Acción de tutela integral para el goce efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales de la población rural colombiana”, en VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (Editor Académico), *Anuario de Derecho Procesal Constitucional*, N° 1, Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda. y Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, 2010, pp. 235-265. CÁRDENAS, Blanca Raquel, *Contornos jurídico-fácticos del estado de cosas inconstitucional*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

⁵¹⁰ Cfr. OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. “Acción de Cumplimiento en Colombia y Perú”, en PALOMINO MANCHEGO, José F. (coordinador). *El derecho procesal constitucional peruano. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaunde*. Tomo I. Lima: Editor Jurídica GRIJLEY, 2006, pág. 688.

legalidad, lo cual resulta intrascendente, ya que esta es la finalidad de todo el ordenamiento jurídico⁵¹¹.

En efecto, debe crearse un debido proceso donde la parte pasiva pueda defenderse y acreditar o bien su cumplimiento constitucional o que no es la entidad obligada, etc., se puedan practicar pruebas y se profiera sentencia, dónde de accederse a las pretensiones, se ordene dentro del término razonable (por ejemplo cumpliendo las etapas legislativas) el cumplimiento constitucional y, si en tal término no se cumple la orden de la sentencia, se profiera una sentencia complementaria cuyo objeto sea expedir la ley o el decreto reglamentario que controle el estado de cosas inconstitucional.

Ahora, sea cual fuere el objeto de la acción de cumplimiento, no puede olvidarse jamás que ello se logra con una tutela judicial efectiva, es decir, deberá proferirse una sentencia definitiva que acoja o niegue las pretensiones, proscribiendo las sentencias inhibitorias⁵¹².

Esta sentencia deberá proferirse dentro de un periodo razonable de tiempo, pero sin olvidar que previamente debe adelantarse un debido proceso. Por lo expuesto, debemos entender que el derecho de acción no se satisface simplemente con la admisión de la demanda, sino con la obtención de una sentencia de fondo que garantice una tutela judicial efectiva dentro de un plazo razonable⁵¹³. Por lo expuesto debemos examinar detenidamente la novedosa acción incluida en el artículo 5º párrafo LXXI de la Constitución brasileña de 1988, bajo el nombre *Mandado de Injuncao*⁵¹⁴.

4. REFERENCIA HISTÓRICA

⁵¹¹ Cfr. OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. “Acción de Cumplimiento en Colombia y Perú”, ob. cit., pág. 688.

⁵¹² Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, p. 94, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009.

⁵¹³ Cfr. PASTOR, Daniel R., *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*, Konrad-Adenauer-Stiftung y Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002.

⁵¹⁴ Cfr. ROZO ACUÑA, Eduardo, *Las garantías constitucionales en el derecho público de América Latina*, p. 341 y ss., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.

Su origen lo encontramos en el derecho anglosajón⁵¹⁵, particularmente en la institución del *writ of mandamus* que en resumen consistía en la solicitud o petición que se presentaba ante un tribunal, con el fin que expidiera un mandamiento que ordenara a una autoridad remisa que cumpliera con una obligación constitucional o legal⁵¹⁶.

Igualmente, la Corte Constitucional colombiana⁵¹⁷, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (también en Colombia)⁵¹⁸ y la doctrina colombiana⁵¹⁹, citando a *William Blackstone* entienden al *writ of mandamus*, como "una orden que se da en nombre del rey por parte de un tribunal del reino y que se dirige a cualquier persona, corporación o tribunal inferior dentro de la jurisdicción real, requiriéndoles el hacer alguna cosa en particular que corresponda a su oficina y atribuciones y que el tribunal del reino haya determinado previamente, o al menos suponga, de ser conforme a la justicia y al derecho"⁵²⁰.

Por su parte el profesor Ernesto Rey Cantor, indica que "el *mandamus* resulta en esenia un remedio excepcional ante la inacción de una autoridad pública obligada a una conducta precisada por la Constitución, ley, ordenanza, decreto o resolución, entendiéndose que el *mandamus* tiene como finalidad la obtención de una orden a un funcionario o corporación para que cumpla un deber específico correspondiente a su cargo"⁵²¹, concepto que además puede emplearse como definición.

Otra parte de la doctrina identifica esta acción con la garantía constitucional creada por el derecho brasileño y consagrado en el artículo 5º parágrafo LXXI de la

⁵¹⁵ Cfr. Corte Constitucional colombiana: Sentencia de control de constitucionalidad C-157 de 1998. M.P. Antonio Barrera Carbonell y Hernando Herrera Vergara. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera: A.C. 9366, septiembre 4 de 1997. M.P. Ernesto Rey Cantor.

⁵¹⁶ Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Los Derechos Humanos y su protección internacional*, p. 22, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional y Grijley, Lima, 2009 y a FERRER MAC-GREGOR, Eduardo "La inconstitucionalidad por omisión", en MANILI, Pablo Luis (Coordinador), *Marbury vs Madison*, ob. cit., p. 84.

⁵¹⁷ Cfr. Sentencia de control de constitucionalidad C-157 de 1998.

⁵¹⁸ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera: A.C. 9366 de 1997. M.P. Ernesto Rey Cantor.

⁵¹⁹ CAMARGO, Pedro Pablo, *La Acción de Cumplimiento*, ob. Cit. p. 27.

⁵²⁰ BLACKSTONE, William, *Commentaries on the Law of England*, p. 72, vol. I, edition Príncipe de 1765, 1769, The University of Chicago Press, Chicago, 1979.

⁵²¹ REY CANTOR, Ernesto, *Acción de Cumplimiento y Derechos Humanos*, p. 45, Temis, Bogotá, 1998.

Constitución brasileña de 1988, bajo el nombre *Mandado de Injuncao*⁵²², dada la similitud en su finalidad, sin embargo también reconoce que esta institución encuentra su origen en el *writ of mandamus* del derecho anglosajón⁵²³.

En Colombia encontramos su primer antecedente en la ley 99 de 1993, al consagrar en el inciso tercero del artículo 2º esta acción para asuntos ambientales, la cual fue expresamente derogada por la ley 393 de 1997, que es la que rige a la fecha. Así mismo, el artículo 3º y 116 de la ley 388 de 1997 contempló una acción de cumplimiento especial⁵²⁴.

5. OBJETO Y FINALIDAD

Según la doctrina, esta acción tiene como núcleo esencial la efectividad⁵²⁵ o la materialización del principio constitucional de la efectividad de los derechos⁵²⁶, por ser inherente al Estado Social de Derecho consagrado en el artículo 1º de la Constitución Política.

No puede confundirse la finalidad de esta acción con que la sentencias siempre acoja las pretensiones y menos de cualquier manera, toda vez que el actor es quien tiene la carga de probar los presupuestos materiales para obtener una sentencia favorable. En efecto, debe procurarse que la demanda y el debido proceso que desarrolle esta acción no correspondan a un mero cumplimiento formal de actos procesales, sino que en desarrollo del artículo 228 de la Constitución Política prevalezca el cumplimiento del derecho sustancial, que para el presente evento es la efectividad del ordenamiento jurídico⁵²⁷, o el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos⁵²⁸.

⁵²² Cfr. VELASQUEZ TURBAY, Camilo, *Derecho constitucional*, p. 419, 2ª edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

⁵²³ Cfr. ROZO ACUÑA, Eduardo, *Las garantías constitucionales en el derecho público de América Latina*, p. 343, ob. cit.

⁵²⁴ Cfr. OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. “Acción de Cumplimiento en Colombia y Perú”, ob. cit., pág. 689.

⁵²⁵ Cfr. OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. Ob. cit., pág. 686.

⁵²⁶ Cfr. URREGO, Franky, *La Acción de Cumplimiento*, ob. Cit., p. 102.

⁵²⁷ Cfr. URREGO, ob. Cit., p. 103.

⁵²⁸ Cfr. Artículo 1º de la Ley 393 de 1997.

Concretamente, esta acción tiene como finalidad otorgar a todo sujeto de derecho la posibilidad de acudir ante la jurisdicción del Estado, para exigir la realización, efectividad o cumplimiento del deber omitido que surja de la ley o de un acto administrativo⁵²⁹, por ello con razón la doctrina especializada lo califica “como una especie de control de legalidad, sin tener en presente que de acuerdo con el artículo 89 Superior, todo el sistema judicial está orientado en el sentido de garantizar el respeto a la ley”⁵³⁰, que ratifica nuestra inquietud acerca de su naturaleza jurídica: ¿está acción tiene por objeto la protección del principio de supremacía constitucional o si su objeto es la realización del control de legalidad? Por ello en este escrito presentamos una propuesta que permita que esta acción también corresponda a un control de constitucionalidad.

No obstante lo anterior, el profesor Jacobo Pérez Escobar opina que “además encontramos una especie de acción de cumplimiento en lo preceptuado en el inciso 2º del artículo 44 de la Carta, que dispone que ‘la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de proteger y asistir al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores’”⁵³¹.

Igualmente, la ley 388 de 1997 consagró una especie de acción de cumplimiento, al decir en el inciso tercero de su artículo 4º que “la participación ciudadana podrá desarrollarse mediante el derecho de petición, la celebración de audiencias públicas, **el ejercicio de la acción de cumplimiento...**”⁵³², regulando su procedimiento en el artículo 16⁵³³.

⁵²⁹ Cfr. Corte Constitucional colombiana: Sentencia de control de constitucionalidad C-157 de 1998. M.P. Antonio Barrera Carbonell y Hernando Herrera Vergara.

⁵³⁰ Cfr. OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. “Acción de Cumplimiento en Colombia y Perú”, ob. cit., pág. 688.

⁵³¹ PÉREZ ESCOBAR, Jacobo, *Derecho Constitucional Colombiano*, p. 289, quinta Edición, Temis, Bogotá, 1997.

⁵³² OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. “Acción de Cumplimiento en Colombia y Perú”, ob. cit., pág. 689-691.

⁵³³ “Toda persona, directamente o a través de un apoderado, podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o acto administrativo relacionado con la aplicación de los instrumentos previstos en la Ley 9 de 1989 y la presente Ley.

La acción de cumplimiento se dirigirá contra la autoridad administrativa que presuntamente no esté aplicando la ley o el acto administrativo. Si su no aplicación se debe a órdenes o instrucciones impartidas por un superior, la acción se entenderá dirigida contra ambos aunque podrá incoarse directamente contra el jefe o Director de la entidad pública a la que pertenezca el funcionario

6. PRINCIPIOS

Ha previsto nuestro legislador que el debido proceso que desarrolla la acción de cumplimiento, debe adelantarse con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad, eficacia y gratuidad⁵³⁴.

6.1 Principio de Publicidad

Inicialmente debemos resaltar que este principio corresponde a la manera como los jueces dan a conocer sus decisiones, lo cual indudablemente se refiere a las notificaciones. En virtud de lo expuesto, ninguna decisión tomada por el juez de primera

renuente. Esta acción se podrá ejercitar sin perjuicio de las demás acciones que la ley permita y se deberá surtir el siguiente trámite:

1. El interesado o su apoderado presentará la demanda ante el juez civil del circuito la cual contendrá, además de los requisitos generales previstos en el Código de Procedimiento Civil, la especificación de la ley o acto administrativo que considera no se ha cumplido o se ha cumplido parcialmente, la identificación de la autoridad que, según el demandante debe hacer efectivo el cumplimiento de la ley o acto administrativo y la prueba de que el demandante requirió a la autoridad para que diera cumplimiento a la ley o acto administrativo.
2. El juez a quien le corresponda el conocimiento, verificará que la demanda se ajuste a los requisitos legales y en caso de no ser así, no la admitirá y le indicará al interesado los defectos de que adolece para que los subsane en un término de cinco (5) días hábiles. Si el demandante no los corrigiere, la rechazará.
3. Admitida la demanda, el juez dispondrá de un término de diez (10) días hábiles para practicar las pruebas que considera necesarias.
4. Vencido el plazo previsto en el numeral anterior, el juzgado dará traslado de lo actuado a las partes para que en un término de cinco (5) días presenten sus alegaciones.
5. Vencido el término para alegar, el juez dispondrá de diez (10) días hábiles para dictar sentencia. Cuando se compruebe durante el proceso que la autoridad demandada no dio cumplimiento a una ley o acto administrativo, la sentencia ordenará a la autoridad renuente iniciar su cumplimiento en un plazo no mayor de treinta (30) días hábiles, término dentro del cual deberá remitir al juzgado copia del acto mediante el cual ejecuta el mandato previsto en la ley o acto administrativo.
6. En caso de que la autoridad requerida para el cumplimiento de su deber, mediante sentencia no cumpla con la orden judicial en el término establecido en el numeral anterior, se incurrirá en la sanción prevista en los artículos 150 y 184 del Código Penal, para lo cual se remitirá copia de lo actuado a la autoridad judicial competente.
7. La sentencia que se dicte como resultado de la acción de cumplimiento será susceptible de los recursos de reposición y apelación, en los términos previstos en el Código de Procedimiento Civil.
8. Sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar, cuando se compruebe que el demandante ha actuado con temeridad o mala fe, responderá por los perjuicios que con sus actuaciones cause al demandado, a terceros y a la administración de justicia. Si en el proceso o actuación aparece prueba de tal conducta, el juez impondrá la correspondiente condena en la sentencia.

Parágrafo.- La solicitud de acción de cumplimiento substanciará con prelación posponiendo cualquier otro asunto con excepción de las acciones de tutela”.

⁵³⁴ Cfr. Artículo 2º de la Ley 393 de 1997.

o segunda instancia, produce efectos jurídico-procesales antes de notificarse, lo que indica que si se olvida la notificación de una providencia, en aplicación de este principio deberá notificarse, so pena de afectarse de nulidad toda la actuación subsiguiente. Igualmente, creemos que en aplicación de este principio, si no se cumple satisfactoriamente tal exigencia, es decir, si las notificaciones no se realizan de la manera indicada por la ley 393 de 1997, será imperativo declarar la nulidad de la misma.

Por otra parte este principio también indica, que en este tipo de procesos no existe reserva sumarial, lo que significa que el expediente podrá ser consultado por cualquier persona, así no sea parte dentro del proceso, debido a la naturaleza de los intereses objeto del mismo⁵³⁵.

La filosofía de este principio no puede ser otra diferente a la de la efectividad del principio de contradicción y de impugnación, en virtud de los cuales las partes y los terceros pueden ejercer el derecho de defensa y de controvertir las decisiones tomadas por el juez⁵³⁶.

6.2 Principio de eficacia y de prevalencia del derecho sustancial

Lo primero que nos debemos preguntar es ¿prevalencia sobre qué? La ley y alguna parte de la doctrina ha dicho que la prevalencia es frente al derecho procesal⁵³⁷, lo cual no podemos compartir, ya que eso no indica la Constitución Política de Colombia y además porque el derecho procesal, corresponde a la concreción de la garantía humana o fundamental al debido proceso, la cual no puede ser inferior a derechos de rango o categoría legal, que sobra decirlo son inferiores a tal derecho que es de rango constitucional.

⁵³⁵ Cfr. SUAREZ HERNÁNDEZ, Daniel, “La acción de cumplimiento”, ob. Cit. p. 578.

⁵³⁶ Cfr. MURCIA FÉNIX, Jaime Hernando, “La acción de cumplimiento y su desarrollo procesal”, p. 611, en *Memorial del XIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 1998.

⁵³⁷ Cfr. MURCIA FÉNIX, Jaime Hernando, “La acción de cumplimiento y su desarrollo procesal”, ob. Cit., p. 611.

Lo que sí consideramos y así lo ha consagrado el artículo 228 de la Constitución Política, es que tal prevalencia es sobre las formalidades insulsas o que no sirven para nada, lo cual no es equivalente al derecho procesal⁵³⁸.

Ahora, la prevalencia del derecho sustancial constitucional, no puede implicar otra cosa que la eficacia o efectividad de este mecanismo constitucional de protección de los derechos reglamentarios, legales y constitucionales; claros si la acción es viable, lo cual lo declarará la sentencia. Por lo expuesto creemos que para este efecto es aplicable lo indicado por el artículo 4º del Código de Procedimiento Civil Colombiano⁵³⁹.

De conformidad con lo expuesto, en aplicación de este principio, debe tenerse en cuenta que la acción de cumplimiento tiene sentido si es efectiva la Constitución, la ley o los actos administrativos (claro, siempre que se den los presupuestos sustanciales para ello) y no que por formalismos inocuos se sacrifique el derecho objeto de esta acción.

6.3 Principios de economía y de celeridad

Estos principios pueden considerarse como sinónimos o complementarios, los cuales apuntan a la implementación de un proceso sumario⁵⁴⁰, es decir, rápido en el trámite de la instancia, o dicho de otra manera su filosofía radica en la adecuada utilización de las normas de procedimiento para agilizar las decisiones, es decir, que el proceso se adelante en el menor tiempo posible y con la menor cantidad de gastos, donde prime la presunción de autenticidad de los documentos.

No obstante compartimos la opinión de quienes piensan que lo expuesto anteriormente, no puede implicar la inobservancia de elementales principios que informan cualquier procedimiento jurisdiccional, tal como el debido proceso, que

⁵³⁸ “La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo” (subrayado fuera de texto).

⁵³⁹ “**Interpretación de las normas procesales.** Al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente código, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumpla la garantía constitucional del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes”.

⁵⁴⁰ Cfr. SUAREZ HERNÁNDEZ, Daniel, “La acción de cumplimiento”, ob. Cit. p. 579.

probatoriamente donde se debe garantizar el principio de contradicción probatoria, ya que de lo contrario podríamos sacrificar derechos constitucionales por aplicar derechos legales o reglamentarios⁵⁴¹.

6.4 Principio de gratuidad

No debe olvidarse que el derecho de acción es fundamental o humano y se ejerce frente al Estado para la prestación del servicio público de administración de justicia, o dicho de otra manera, es el derecho a la jurisdicción, el cual no puede tener ningún tipo de impuesto, arancel, porcentaje por el éxito de la pretensión, pago de estampilla, etc.

No obstante, es posible que un proceso genere gastos, tales como las expensas, costos judiciales y, las agencias en derecho, lo cual regula la institución de las costas judiciales, según la cual la parte que “pierda” el proceso será condenada a pagarlas a la parte que lo “gane”. Podemos afirmar en cuanto a los gastos, que se trata de un daño emergente procesal, es decir, correspondiente al dinero invertido en el desarrollo del proceso; no sucede lo mismo con las agencias en derecho, ya que no se devuelve lo cancelado a un abogado, sino se regula por el Consejo Superior de la Judicatura, el monto de las mismas.

Este principio también se plasmó en el artículo 6° de la ley 270 de 1996 o Estatutaria de la administración de justicia, tal como fue reformado por el art. 2° de la ley 1285 de 2009⁵⁴².

Sin embargo consagró una excepción para los procesos que resuelven litigios de carácter económico tales como los procesos contenciosos administrativos, comerciales y civiles de cuantía superior a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, ya que en estos se cobrará al demandante un arancel judicial hasta del 2% del valor de las condenas o cuantías ejecutadas en virtud de la intervención judicial, siempre que el proceso se falle dentro de los términos de ley. Por los términos de ley debe entenderse los días de duración del proceso que no hayan excedido en el número de días previsto por la ley para fallarlo. Sí el incumplimiento de los términos de ley para proferir

⁵⁴¹ *Cfr.* Ibidem, p. 579.

⁵⁴² “La administración de justicia será gratuita y su funcionamiento estará a cargo del Estado, sin perjuicio de las agencias en derecho, costas, expensas y aranceles judiciales que se fijen de conformidad con la ley”.

sentencia ejecutoriada sea imputable a algunas partes, la que resulte responsable pagará el mismo arancel.

A pesar de lo expuesto, la misma norma indicó que “no podrá cobrarse arancel en los procedimientos de carácter penal, laboral, contencioso-laboral, de familia, de menores, ni en los juicios de control constitucional o derivados del ejercicio de la tutela y demás acciones constitucionales”.

Empero en el proceso de cumplimiento colombiano, el numeral 7º del artículo 21 de la ley 393 de 1997, indica que solamente puede haber condena en costas si hubiere lugar a ellas, lo que quiere decir que la actuación es gratuita, pero puede haber condena en costas, siempre que se prueben.

7. PRESUPUESTOS PROCESALES

Se pretende analizar en este punto los presupuestos que deben cumplirse para el inicio, desarrollo y culminación de la acción de cumplimiento, tales como el poder de decisión jurisdiccional, la capacidad para ser parte y para comparecer al proceso, la caducidad y el cumplimiento de formalidades, para luego establecer las reglas técnicas procesales y los principios establecidos por el legislador. Se analizarán independientemente cada uno de dichos presupuestos y se presentarán o diferenciarán de los denominados presupuestos sustanciales.

7.1 Jurisdicción y Competencia

La clasificación colombiana de las jurisdicciones, se consagró en el Título VIII de la Constitución Política de 1991 y se reglamentado o concretó en el artículo 11 de la ley 270 de 1996, tal como fue reformado por el art. 4º de la ley 1285 de 2009, de la siguiente manera:

a. Jurisdicción Ordinaria

- i. Corte Suprema de Justicia
- ii. Tribunales Superiores de Distrito Judicial
- iii. Juzgados civiles, laborales, penales, penales para adolescentes, de familia, de ejecución de penas, de pequeñas causas y de competencia

múltiple, y los demás especializados y promiscuos que se creen conforme a la ley

b. Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo

- i. Consejo de Estado
- ii. Tribunales Administrativos
- iii. Juzgados Administrativos

c. Jurisdicción Constitucional

- i. Corte Constitucional
- ii. Todos los jueces

d. Jurisdicción de Paz.

- i. Jueces de Paz.

e. Jurisdicción de las Comunidades Indígenas.

- i. Autoridades de los territorios indígenas.

Nótese que a pesar de existir jurisdicción constitucional, las denominadas acciones constitucionales o estudiadas por el derecho procesal constitucional, no son competencia de la jurisdicción constitucional, entendida como Corte Constitucional, excepto la acción de tutela, pero en una revisión eventual. Ahora, todos los jueces en tema de excepción de inconstitucionalidad, acción de tutela y *habeas corpus*, integran la jurisdicción constitucional en un modelo híbrido de justicia constitucional.

Lo expuesto significa que las acciones de control concreto de constitucionalidad en Colombia no son decididas por jueces de una jurisdicción constitucional especializada, lo que implica, que al no existir competencia funcional en materia constitucional, los jueces de la jurisdicción ordinaria o de lo contencioso administrativo no siguen los lineamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional, sino los de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado.

Lo anterior nos ha llevado a proponer la implementación para Colombia de una jurisdicción constitucional especializada, donde de conformidad con nuestra cultura jurisdiccional, implementemos además de la Corte Constitucional, tribunales constitucionales y jueces constitucionales, que ejerciendo como guardianes de la supremacía constitucional y de la garantía de los derechos humanos, conozcan en su

integridad de las acciones encaminadas a ejercer el control abstracto y concreto de constitucionalidad⁵⁴³.

Por lo expuesto, en el caso específico de la acción de cumplimiento, su conocimiento no corresponde a la jurisdicción constitucional, sino a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, lo cual consideramos adecuado, hasta tanto se eleve tal acción al cumplimiento constitucional. Empero, en las condiciones actuales, no correspondería a una acción constitucional sino administrativa.

Concretando su conocimiento, en primera instancia conocen los jueces administrativos con competencia en el domicilio del accionante o demandante. En segunda instancia el competente es el Tribunal Contencioso Administrativo del Distrito Judicial al cual pertenezca el juzgado administrativo. El Consejo de Estado conoció de estas acciones en segunda instancia hasta que entraron en funcionamiento los juzgados administrativos, ya que hasta entonces, el tribunal administrativo era la primera instancia⁵⁴⁴.

7.2 De la Capacidad Sustantiva y Procesal

7.2.1 Por activa

Ha establecido el constituyente y el legislador que ***toda persona*** podrá acudir ante la autoridad judicial competente, para hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos⁵⁴⁵.

Sin embargo, debemos precisar que en estas acciones tienen capacidad para ser parte, las personas naturales o físicas, que corresponden a todos los individuos de la especie humana, nacionales o extranjeros; las personas jurídicas de derecho público o privado, correspondientes a abstracciones creadas por la Constitución, la ley o mediante un acto jurídico, pero que necesitan ser reconocidas por la autoridad competente; también están legitimados los patrimonios autónomos, así la ley no se refiera a ellos especialmente.

⁵⁴³ Cfr. VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, *Teoría Constitucional del Proceso. Derecho Procesal Constitucional*, ob. cit. p. 75.

⁵⁴⁴ Así lo determinó el parágrafo transitorio del artículo 6° de la ley 393 de 1997.

⁵⁴⁵ Cfr. Artículo 1° y 4° de la Ley 393 de 1997.

Por patrimonios autónomos debemos entender aquellas entidades que sin ser personas jurídicas, se ven en la necesidad de iniciar una acción de cumplimiento o eventualmente se encuentren involucradas en el proceso. En efecto, se trata de cuasisujetos autónomos e independientes a las personas naturales y a las jurídicas. La doctrina los denomina como masas de bienes cuyo titular (persona natural o jurídica) circunstancial y temporalmente desaparece de la vida jurídica, queda menguado en sus facultades a tal punto que incluso que resulta equivalente a una suspensión de dicha personalidad, tal como ocurre en la fiducia, en la liquidación o con la masa de bienes del ausente, de la herencia yacente, etc.⁵⁴⁶.

Con respeto a la comparecencia al proceso debemos precisar que cuando se trata de personas jurídicas de derecho público (entidades) o de derecho privado, deberán comparecer al proceso por intermedio de su representante legal, cuando se trata de patrimonios autónomos será por intermedio del gestor autónomo y autodeliberante⁵⁴⁷, tal como lo definió *Redenti*⁵⁴⁸, y cuando se trate de una persona incapaz absoluta o relativa, deberá hacerlo por intermedio de su representante legal, aportando la prueba de su representación⁵⁴⁹, toda vez que estos últimos tienen capacidad para ser parte, pero en todo caso deberán actuar por intermedio de sus representantes.

El profesor Urrego opina que “...no debe quedar duda alguna, que los menores de edad también son titulares de la Acción de Cumplimiento y ellos pueden formularla verbalmente”⁵⁵⁰; sin embargo, debemos precisar siguiendo al profesor Quinche, que de todas maneras los incapaces deben actuar por intermedio de su representante legal, con el fin de garantizárseles los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad.

El artículo 4º de la ley 393 de 1997 ha previsto una legitimación especial, que no se refiere a ninguna entidad pública, es decir, no se la otorga a la persona jurídica, ni a la persona natural, sino a quienes en ese momento ejerzan funciones de Ministerio Público y que por supuesto actúen como servidores públicos. Ellos son:

⁵⁴⁶ Cfr. QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio, *Teoría general del derecho procesal*, p. 478 y ss., cuarta edición, Temis, Bogotá, 2008.

⁵⁴⁷ Cfr. LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*, p. 202, sexta edición, ABC, Bogotá, 1993.

⁵⁴⁸ Cfr. REDENTI, Enrico, *Derecho Procesal Civil*, p. 166, Traducción de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra, Ediciones Jurídicas Europa América “EJEA”, Buenos Aires, 1957.

⁵⁴⁹ Cfr. QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando, ob. Cit., p. 316.

⁵⁵⁰ URREGO, Franky, ob. cit., p. 168.

El Procurador General de la Nación. Los procuradores delegados, regionales y provinciales. El Defensor del Pueblo y sus delegados. Los personeros municipales. El Contralor General de la República, los contralores departamentales, distritales y municipales.

Nótese que de conformidad con el artículo 118 de la Constitución Política, el Ministerio Público se ejerce por el Procurador General de la Nación, por el Defensor del Pueblo, por los procuradores delegados y los agentes del Ministerio Público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los personeros municipales y por los funcionarios que determine la ley, a quienes se les asignó la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas. Igualmente, el artículo 119 de la Constitución atribuyó a la Contraloría General de la República la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la administración.

¿La pregunta que nos surge es sí la iniciación de la acción de cumplimiento para ellos es optativa u obligatoria? En nuestro concepto, hoy es obligatorio para estos funcionarios iniciar esta acción, cuando resulte evidente la inaplicación de la ley o de un acto administrativo dentro del marco establecido en la ley 393 de 1997.

Igualmente, se le confirió capacidad procesal por activa a las organizaciones sociales, las cuales debemos aclarar, hacen parte de las personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro, por la que sobra la aclaración, tales como asociaciones de profesionales, cívicas, políticas, sindicales, comunitarias, juveniles benéficas, juntas de acción comunal, veedurías ciudadanas, entre otras⁵⁵¹, así mismo, las organizaciones no gubernamentales.

Es importante resaltar, tal como lo señala el profesor Olano, que es más amplia en la acción de cumplimiento la posibilidad de actuar de tales servidores públicos, toda vez que en la acción de tutela, el Ministerio Público solo puede actuar como agente oficioso; el Defensor del Pueblo únicamente puede actuar cuando se solicita su mediación en procura de la protección de algún derecho que se encontrase es estado de subordinación e indefensión⁵⁵² o cuando se le insinúe su intervención para solicitar la revisión de un fallo de tutela por la Corte Constitucional.

⁵⁵¹ Cfr. Ibidem. p. 174.

⁵⁵² Cfr. OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. “Acción de Cumplimiento en Colombia y Perú”, ob. cit., pág. 695.

7.2.2 *Por pasiva*

a) Autoridades públicas

Ha establecido nuestro legislador⁵⁵³ que la acción de cumplimiento puede dirigirse contra la autoridad pública a la que corresponda el cumplimiento de la norma con fuerza material de ley o acto administrativo.

La norma original se refería a una autoridad administrativa, pero la Corte Constitucional declaró la inexecutable de la expresión “administrativa”, al considerar que el constituyente no le atribuyó tal especialidad a la autoridad, por lo que mal podría hacerlo el legislador⁵⁵⁴, lo que según la doctrina significa, que también podrá formularse una acción de cumplimiento en contra un juez⁵⁵⁵.

b) ¿Qué sucede si la parte demandada no tiene capacidad sustantiva o procesal?

Si la acción de cumplimiento se formula contra una autoridad que no es la obligada a cumplir con la ley o el acto administrativo, se considera que al contestar la demanda deberá informarlo así al juez del conocimiento, indicando la autoridad a quien corresponde su cumplimiento, evento en el cual deberá notificarse tal decisión a esta nueva autoridad, donde se pueden presentar las siguientes hipótesis:

(A) Que la entidad citada comparezca y acepte ser la entidad obligada, caso en el cual se tendrá como parte procesal en lugar de la demandada inicial, la cual quedará fuera del proceso, es decir, opera el fenómeno de la sustitución procesal⁵⁵⁶. En este evento el juez debe otorgarle a la nueva autoridad demandada, la oportunidad de ejercer su derecho de contradicción, como quiera que en estos procesos también deba cumplirse con el debido proceso en general y el derecho de defensa en particular.

(B) Si la autoridad señalada como obligada y debidamente citada, no comparece al proceso o niega su condición de obligada, el proceso debe continuar con la entidad

⁵⁵³ Cfr. Artículo 5º de la Ley 393 de 1997.

⁵⁵⁴ Cfr. Corte Constitucional colombiana: Sentencia de control de constitucionalidad C-157 de 1998. M.P. Antonio Barrera Carbonell y Hernando Herrera Vergara. Consideraciones del tercer cargo.

⁵⁵⁵ Cfr. QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando, ob. cit., p. 317.

⁵⁵⁶ En Colombia se regula una situación similar en el inciso segundo del artículo 59 del Código de Procedimiento Civil.

inicialmente demandada, pero la sentencia surtirá efectos respecto de la parte inicialmente demandada y de la entidad señalada posteriormente y notificada como obligada. Por ello la norma indica que “en caso de duda, el proceso continuará también con las autoridades respecto de las cuales se ejercita la acción hasta su terminación. En todo caso, el juez de cumplimiento deberá notificar a la autoridad que conforme al ordenamiento jurídico, tenga competencia para cumplir con el deber omitido”.

Finalmente, consideramos que cuando aparezca en el expediente prueba de que la verdadera entidad o persona obligada, es una diferente a la inicialmente demandada, el juez deberá ordenar su citación de oficio, para que ejerza su derecho de defensa, so pena de vulnerársele el debido proceso procesal.

c) Particulares

Esta acción procede contra particulares, cuando actúen o deban actuar en ejercicio de funciones públicas (no prestación de un servicio público), siempre que implique el incumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo, pero sólo para el cumplimiento de las mismas⁵⁵⁷.

Para el Consejo de Estado, según citas efectuadas por los profesores Urrego y Quinche⁵⁵⁸, “la función pública participa en todo caso de la función del Estado, y que es de carácter siempre jurídico, mientras que el servicio público es de carácter material y técnico y en muchas de sus manifestaciones no puede utilizar el poder político”⁵⁵⁹.

7.2.3 ¿Se requiere cumplir con el derecho de postulación?

Por derecho de postulación debe entenderse, la obligación legal de comparecer al proceso por intermedio o conducto de abogado titulado e inscrito⁵⁶⁰. En la acción que nos ocupa esto no es obligatorio, sin embargo, ello no obsta para que el actor pueda contratar a un abogado para que en su nombre instaure la demanda, hipótesis en la cual

⁵⁵⁷ Cfr. Artículo 6 de la ley 393 de 1997.

⁵⁵⁸ Cfr. QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando, ob. cit., p. 317.

⁵⁵⁹ Consejo de Estado Colombiano: ACU 798.

⁵⁶⁰ En Colombia el derecho de postulación se regula en el artículo 63 del Código de Procedimiento Civil.

el demandante no sería el abogado, sino la parte a quién él representa. En conclusión, no se requiere actuar por intermedio de abogado.

También puede ocurrir que el ejercicio del derecho de acción (derecho a la jurisdicción), se ejerza por intermedio de un bufete de abogados. Esto no significa que se incumpla con el carácter popular de esta acción.

7.3 Interés para obrar

En nuestro concepto, el interés para obrar en la acción de cumplimiento, corresponde al interés sustancial que tiene el accionante para obtener una sentencia de mérito que acoja las pretensiones, al no cumplirse con la ley o un acto administrativo⁵⁶¹.

Este presupuesto sustancial, corresponde a la causa privada y subjetiva que tiene el demandante para utilizar la acción de cumplimiento⁵⁶². Empero, en esta acción constitucional, no se requiere acreditar la vulneración de un derecho constitucional o legal, toda vez que la misma puede instaurarse simplemente en defensa de la efectividad del ordenamiento jurídico inaplicado.

Por ello con acierto, el profesor Urrego afirma que “para ejercer la Acción de Cumplimiento no se requiere un interés jurídico especial, es decir, no se exige que el actor demuestre que con la conducta del ente estatal se le esté causando un perjuicio, basta simplemente que la obligación contenida en una norma con fuerza material de ley o acto administrativo no se esté acatando por quien tiene el deber jurídico de hacerlo, para que toda persona pueda solicitar que se cumpla”⁵⁶³.

De conformidad con lo expuesto, la doctrina se pregunta si una persona jurídica de derecho público o un ente territorial o administrativo, puede acudiendo a la acción de cumplimiento demandar a otra entidad pública⁵⁶⁴. Consideramos que la respuesta es afirmativa, toda vez que la instauración de esta acción, corresponde a la colaboración

⁵⁶¹ Según nuestro criterio, también de la Constitución.

⁵⁶² Sobre el particular puede consultarse a DEVIS HECHANDÍA, Hernando, *Compendio de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso*, tomo I., p. 226 y ss., sexta edición, ABC, Bogotá, 1978. También en *Teoría General del Proceso*, p. 244 y ss., tercera edición, Universidad, Buenos Aires, 2004. QUINTERO Beatriz y PRIETO, Eugenio, *Teoría General del Proceso*, tomo II., p. 83 y ss., Temis, Bogotá, 1995. También en *Teoría General del Derecho Procesal*, cuarta edición., p. 473, Temis, Bogotá, 2008.

⁵⁶³ URREGO, Franky, *La Acción de Cumplimiento*, ob. cit., p. 169.

⁵⁶⁴ Cfr. OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. “Acción de Cumplimiento en Colombia y Perú”, ob. cit., pág. 695.

armónica que debe imperar entre los Poderes o Ramas del Poder Político del Estado, necesario para la realización de sus fines⁵⁶⁵. No obstante, el artículo 8º de la ley 393 de 1997, establece unos eventos especiales, donde se debe demostrar un interés para obrar o un interés jurídico legítimo. Tales casos son:

Cuando con el propósito de constituir la renuencia, la procedencia de la acción requerirá que el accionante previamente haya reclamado el cumplimiento del deber legal o administrativo y la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no contestado dentro de los diez días siguientes a la presentación de la solicitud. Empero, por excepción podrá prescindirse de este presupuesto, cuando cumplirlo a cabalidad genere el inminente peligro de sufrir un perjuicio irremediable, caso en el cual deberá ser sustentado en la demanda.

Por lo expuesto, creemos que existe un verdadero interés para obrar en los procesos constitucionales, cuando la pretensión es adecuada al proceso y derecho constitucional reclamado, lo que evidencia el interés del actor para obtener una sentencia que acoja sus pretensiones; lo que significa que no existe interés para obrar, cuando se formula una demanda simplemente para obtener un pronunciamiento interpretativo del juez o con fines académicos, derivados de los trabajos que algunos profesores imponen a sus alumnos, ya que tal demanda en estos casos carece de necesidad jurisdiccional.

7.4 Caducidad

Ya se ha consolidado este concepto, según del cual hay caducidad cuando establecido por el legislador un término para ejercer el derecho de acción, se hace uso del mismo cuando ya ha precluido la oportunidad.

En el tema que nos ocupa el legislador colombiano indicó que por regla general, esta acción podrá ejercitarse en cualquier tiempo, cuando el deber omitido es de aquellos en los cuales la facultad de la autoridad renuente se agota con la ejecución del primer acto.

No obstante lo anterior, es importante tener en cuenta que para predicar la caducidad de la acción de cumplimiento sobre actos administrativos, los mismos

⁵⁶⁵ Cfr. Artículo 113 de la Constitución Política.

deberán encontrarse vigentes⁵⁶⁶. Existe fuerza ejecutoria en los actos administrativos, es decir, son obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo, pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos⁵⁶⁷:

1. Por suspensión provisional.
2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.
3. Cuando al cabo de cinco años de estar en firme, la administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.
4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.
5. Cuando pierdan su vigencia.

7.5 Reglas Técnicas del Proceso

También definidas por la doctrina como sub principios o principios técnicos⁵⁶⁸, las cuales tienen por objeto integrar técnica y estructuralmente las actividades que realicen los sujetos procesales, es decir, determinan la dinámica de la iniciación e impulso del proceso⁵⁶⁹.

Teniendo en cuenta que estos procesos dependen de la presentación de una demanda, debemos concluir que para el ejercicio del derecho de acción se aplica la regla técnica dispositiva, lo cual significa que los procesos derivados de la acción de cumplimiento nunca pueden iniciarse de oficio.

Sin embargo, una vez presentada la demanda se aplica la regla técnica inquisitiva, según la cual el proceso debe adelantarse de oficio, tal como lo regula el artículo segundo de la ley 393 de 1997. Alguna parte de la doctrina, se refiere a esta regla como principio de oficiosidad, pero resaltando lo dicho, “ya que implica para el juez del conocimiento el adelantamiento de todo el trámite mediante la impulsión

⁵⁶⁶ Cfr. MURCIA FÉNIX, Jaime Hernando, “La acción de cumplimiento y su desarrollo procesal”, p. 621.

⁵⁶⁷ Artículo 66 del Código contencioso Administrativo colombiano.

⁵⁶⁸ Cfr. LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Procedimiento Civil. Parte general*, Tomo I, p. 84.

⁵⁶⁹ Cfr. QUINTERO Beatriz y PRIETO, Eugenio, *Teoría General del Derecho Procesal*, ob. cit., p. 176.

procesal y probatoria”, sin desconocer que para ciertos actos procesales, es indispensable la actividad y colaboración de las partes⁵⁷⁰.

8. IMPROCEDIBILIDAD

No procede esta acción para proteger derechos fundamentales, es decir, no sirve para la protección de los derechos que puedan ser garantizados mediante la acción de tutela o cuya pretensión sea esta. Sin embargo, el artículo 9º de la ley 393 de 1997, dispone que en estos casos, el juez le dará a la solicitud el trámite correspondiente al derecho de tutela. Nótese como este artículo prevé un mecanismo de tutela judicial diferenciada de los derechos fundamentales⁵⁷¹.

También se instauró la improcedencia de la acción, cuando el actor tenga o haya tenido otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del acto administrativo, lo cual es lógico, ya que si los derechos pueden hacerse efectivos no debe acudir a esta acción⁵⁷². Sin embargo, comúnmente esto no ocurre y debe acudir a este mecanismo. No obstante lo expuesto, debe tramitarse, cuando de no proceder el juez, se cause un perjuicio grave e inminente para el accionante⁵⁷³.

Igualmente, se establece que la acción regulada en la ley 393 de 1997 no podrá perseguir el cumplimiento de normas que establezcan gastos⁵⁷⁴. Consideramos inconstitucional⁵⁷⁵ e inconveniente esta norma, ya que el artículo 87 superior no estableció esta limitante y es bien conocido el aforismo según el cual, “excepción que no hace el constituyente, no es dable hacerla al legislador”.

9. REPARTO Y TRÁMITE PREFERENCIAL

⁵⁷⁰ Cfr. SUAREZ HERNÁNDEZ, Daniel, “La acción de cumplimiento”, p. 578, en *Memorial del XIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 1998.

⁵⁷¹ Cfr. BERIZONCE, Roberto O., “Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas”, p. 795, en *Memorial del XXX Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá: Universidad Libre e Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2009.

⁵⁷² No indicamos afectado, toda vez que ello solamente lo determina la sentencia,

⁵⁷³ Cfr. Corte Constitucional colombiana: Sentencia de control de constitucionalidad C-193 de 1998. M.P. Antonio Barrera Carbonell y Hernando Herrera Vergara.

⁵⁷⁴ Específicamente el parágrafo del artículo 9º.

⁵⁷⁵ Cfr. MURCIA FÉNIX, Jaime Hernando, “La acción de cumplimiento y su desarrollo procesal”, p. 611.

Por reparto debe entenderse en mecanismo de competencia interna, según el cual la tramitación de esta acción estará a cargo del juez que rigurosamente se encuentre en turno, por ello, cuando en el municipio o localidad donde se presente la demanda funcionen varios despachos judiciales de la misma jerarquía y especialidad de aquél ante el cual se ejerció, la misma se someterá a reparto que se realizará el mismo día y a la mayor brevedad. Una vez realizado el reparto de la solicitud de cumplimiento se remitirá inmediatamente al funcionario competente.

La sustanciación se efectuará por el juez competente, con prelación a cualquier otro proceso, excepto el de acción de tutela, para lo cual pospondrá cualquier asunto de naturaleza diferente.

Precisamente esta es la razón que esgrimen los jueces para justificar la mora judicial, argumento adicional para proponer la implementación en Colombia de una jurisdicción constitucional integral y concentrada⁵⁷⁶, ya que si uno de los derechos que se pretende proteger es el de la tutela judicial efectiva en un plazo razonable, no es comprensible como el mismo instrumento proporcionalmente genera mora judicial.

En esta acción o proceso, los términos son perentorios e improrrogables.

10. ACTOS PROCESALES

10.1 Demanda

Corresponde al acto que le da inicio al proceso, denominado en la ley como solicitud y no como demanda, sin embargo debemos recalcar que se trata de términos idénticos⁵⁷⁷, precisándose que la misma deberá contener:

1. El nombre, identificación y lugar de residencia del accionante.
2. La determinación de la norma con fuerza material de ley o acto administrativo incumplido.
3. Una narración de los hechos constitutivos del incumplimiento.
4. Determinación de la autoridad o particular incumplido.

⁵⁷⁶ Cfr. VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, *Teoría Constitucional del Proceso. Derecho Procesal Constitucional*, p. 75.

⁵⁷⁷ Cfr. Artículo 10 de la ley 393 de 1997.

5. Solicitud de pruebas y enunciación de las que pretendan hacer valer:
- a. Si la acción recae sobre acto administrativo, deberá adjuntarse como prueba copia del mismo.
 - b. Tratándose de acto administrativo verbal, deberá anexarse prueba siquiera sumaria de su existencia. Se exige tal prueba, toda vez que las únicas normas exentas de prueba son la Constitución y la ley, por ser de carácter nacional, lo cual no sucede con los actos administrativos.
 - c. De la renuencia, salvo lo contemplado en la excepción del inciso segundo del artículo 8° de la ley 393 de 1997, que consistirá en la demostración de haberle pedido directamente su cumplimiento a la autoridad respectiva⁵⁷⁸.
6. La manifestación, que se entiende presentada bajo gravedad del juramento, de no haber presentado otra solicitud respecto a los mismos hechos o derechos ante ninguna otra autoridad.

Esta solicitud también podrá ser presentada en forma verbal cuando el solicitante no sepa leer ni escribir, sea menor de edad o se encuentre en situación de extrema urgencia.

10.2 Primera providencia

Como en todos los procesos, el primer auto que puede proferir el juez del conocimiento puede corresponder a uno de los siguientes: i) el que admite la demanda, ii) el que la inadmite o, iii) el que la rechaza, para lo cual se le otorga un término de tres días, los cuales deben contarse a partir de la radicación de la demanda ante el juzgado y no desde su presentación como lo indica la ley, toda vez que entre la presentación de la misma y la radicación en el juzgado pueden presentarse eventualidades que incluso podrían superar los mencionados tres días.

En efecto, si la solicitud cumple con los requisitos formales, el juez deberá admitir la demanda, de lo contrario podrá ser inadmitida por el juez, tal como lo resalta

⁵⁷⁸ Consejo de Estado Colombiano. Sección Tercera. Exp. ACQ-099. M.P. Luis Fernando Olarte Olarte.

el artículo 12 de la comentada ley, evento en el cual deberá prevenirse al accionante para que los corrija dentro del término improrrogable de dos días, contados a partir de la notificación por estado del referido auto. Si tales defectos no se corrigen, se corrigen mal o luego de haber precluido el citado término, el juez deberá rechazar la demanda, y dispondrá su entrega junto con los anexos al actor, sin necesidad de desglose.

Igualmente, se ha previsto un rechazo de plano de la demanda, en los casos en los que no se allegue prueba que acredite el cumplimiento del requisito de procedibilidad establecido por el inciso segundo del artículo octavo de la ley 393 citada, a menos que se trata de la excepción allí establecida. Igualmente deberá rechazarse la demanda, si se refiere a temas diferentes, toda vez que en Colombia no aplica el principio de la tutela judicial diferenciada.

a) ***Contenido del auto admisorio***

De conformidad con el artículo 13 de la ley 393 de 1997, dentro del término antes mencionado y contado de la manera explicada, si se admite la solicitud, el juez debe ordenar en el auto admisorio lo siguiente:

- a. La notificación personal del auto al demandado
- b. La entrega de una copia de la demanda y sus anexos dentro de los tres días siguientes a la notificación.

Igualmente, el auto debe informar que:

- a. La decisión será proferida dentro de los veinte días siguientes a la admisión de la demanda.
- b. El demandado tiene derecho a hacerse parte en el proceso y a allegar pruebas o solicitar su práctica, dentro de los tres días siguientes a la notificación.

10.3 Notificaciones

El auto admisorio debe notificarse personalmente. Ahora, si no fuere posible, el juez podrá recurrir a la comunicación telegráfica o a cualquier otro medio que garantice el derecho de defensa.

Los demás autos se notificarán por estado, el cual se fijará al día siguiente de proferirse y se comunicarán por vía telegráfica, salvo lo prescrito en los artículos 13 y 22 de la ley 393 de 1997.

11. Derecho de contradicción

La parte demandada podrá en uso del derecho de contradicción, formular las excepciones de fondo y solicitando las pruebas conducentes pertinentes y útiles, dentro del término improrrogable de 3 días.

En efecto, según el artículo 20 de la ley que reglamento la acción de cumplimiento, el demandado podrá formular entre otras la excepción de inconstitucionalidad, cuando el incumplimiento de norma con fuerza de ley o acto administrativo sea proveniente del ejercicio de tal figura, asunto que deberá resolver el juez en la sentencia.

Sin embargo, es importante resaltar, que el demandado no podrá alegar la excepción de inconstitucionalidad sobre normas que hayan sido objeto de análisis de exequibilidad por el Consejo de Estado o por la Corte Constitucional.

12. Pruebas

El juez deberá decretar las pruebas mediante auto que tendrá recurso de reposición, únicamente si se niega una de las pruebas solicitadas. En efecto, deberá decir cuáles de las aportadas se tienen en cuenta y cuáles no. Así mismo deberá decretar las solicitadas y negar o rechazar las que no sean conducentes, pertinentes o superfluas.

Adicionalmente, el juez podrá solicitar informes al particular o a la autoridad pública demandada, los que se consideran rendidos bajo la gravedad del juramento y, en tratándose de actuaciones administrativas podrá pedir el expediente o la documentación donde consten los antecedentes del asunto. La omisión injustificada en el envío de esas pruebas al juez acarreará responsabilidad disciplinaria⁵⁷⁹.

⁵⁷⁹ Cfr. Artículo 17 de la ley 393 de 1997.

El plazo para informar será hasta de cinco días, y se fijará según sea la índole del asunto, la distancia y la rapidez de los medios de comunicación.

El auto que rechace pruebas, admite el recurso de reposición que deberá ser interpuesto al día siguiente de la notificación por estado y resuelto a más tardar al día siguiente.

13. Terminación anticipada del proceso

El artículo 15 de la ley objeto de análisis, incorporó una figura denominada **cumplimiento inmediato**, en virtud de la cual, el juez podrá ordenar el cumplimiento del deber omitido, prescindiendo de cualquier consideración formal, siempre que la sentencia se fundamente en un medio de prueba del cual se pueda deducir una grave o inminente violación de un derecho por el demandado del deber contenido en la ley o acto administrativo, a menos que se haya hecho uso del derecho de contradicción y se hayan solicitado pruebas.

Igualmente, el artículo 19 de la citada ley, regula el tema de la **terminación anticipada del proceso** propiamente tal, cuando el demandado realice la conducta requerida por la ley o el acto administrativo, evento en el cual se dará por terminado el trámite de la acción mediante auto en el que se declarará tal circunstancia y se condenará en costas a la parte pasiva, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 24 de la ley 393 de 1997⁵⁸⁰.

Solamente debemos agregar, que estos autos producen los mismos efectos del follo o sentencia.

14. La sentencia

Inicialmente debemos resaltar que en este proceso no existe etapa procesal para presentar alegatos de conclusión, lo que significa que una vez concluida la etapa probatoria (si la hubiere), deberá proferirse la providencia que le ponga fin al proceso.

14.1 Contenido

⁵⁸⁰ Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-600 de Octubre 21 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

1. La identificación del solicitante.
2. La determinación de la obligación incumplida.
3. La identificación de la autoridad de quien provenga el incumplimiento.
4. La orden a la autoridad renuente de cumplir el deber omitido.
5. Plazo perentorio para el cumplimiento de lo resuelto, que no podrá exceder de diez días hábiles, contados a partir de la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia. En los casos donde sea necesario un término adicional, el juez lo definirá previa sustentación en la parte motiva.
6. Orden a la autoridad de control pertinente de adelantar la investigación del caso para efectos de responsabilidades penales o disciplinarias, cuando la conducta del incumplido así lo exija.
7. Condena en costas, si a ello hubiere lugar.

Si no prosperan las pretensiones, se negará la pretensión, advirtiendo que no podrá instaurarse nueva acción con la misma finalidad, en los términos del artículo 7° de la ley 393 de 1997, por hacer transito a cosa juzgada. Esta norma demuestra nuestra tesis procesal, según la cual el derecho de acción es independiente al derecho sustancial y objeto de la pretensión.

14.2 Notificación

La sentencia se notificará a las partes en la forma indicada por el artículo 323 del Código de Procedimiento Civil, según el cual la sentencia debe notificarse personalmente dentro del término de tres días, contados a partir del día siguiente a aquel en que se haya proferido; de no ser posible, se fijará un edicto dentro de los tres días siguientes, quedando notificada la sentencia al momento de la desfijación del referido edicto, a partir del cual comenzará a correr el término de ejecutoria, que es de tres días, según el siguiente esquema:

Sentencia	Notificación personal			Fijación del edicto			Término de ejecutoria		
Lunes 1°	Martes 2	Miércoles 3	Jueves 4	Viernes 5	Lunes 8	Martes 9	Miércoles 10	Jueves 11	Viernes 12

14.3 Cumplimiento

Una vez en firme la sentencia que ordena el cumplimiento del deber omitido, la autoridad renuente deberá cumplirlo de inmediato, excepto cuando se conceda un plazo justificado en la parte considerativa.

En el evento de no cumplirse dentro del plazo definido en la sentencia, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. Si pasados cinco días, no se acata la orden, el juez ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y deberá adoptar directamente todas las medidas para su cumplimiento. Por tal desacato, el juez podrá sancionar al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia.

Igualmente, el juez establecerá los demás efectos de la sentencia para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que cese el incumplimiento.

14.4 Desacato

Incurre en desacato, quien incumpla la orden judicial consignada en la sentencia, proferida con base en la ley 393 de 1997 y será sancionado por el mismo juez previo trámite de un incidente, sin perjuicio de las sanciones disciplinarias o penales a que hubiere lugar.

Ahora, si no se apela la decisión que impone la sanción, se consultará con el superior funcional, quien decidirá dentro de los tres días siguientes si revoca o confirma la sanción. La apelación o la consulta se surtirán en el efecto suspensivo.

15. Recursos

Estableció el legislador⁵⁸¹ que las providencias que se dicten en el trámite del proceso de cumplimiento, carecerán de recurso alguno, salvo que se trate del auto que deniegue la práctica de pruebas, el cual admite el recurso de reposición, pero agregó: **“con excepción de la sentencia”**, lo que significa que sí procede recurso. El de

⁵⁸¹ Cfr. Artículo 16 de la ley 393 de 1997.

apelación, tal como lo ha sostenido la doctrina⁵⁸² y por supuesto el de queja en el evento de no concederse el de alzada.

El único auto susceptible de recurso, es el que deniegue la práctica de pruebas, tal como se explicó, el cual admite el de reposición que deberá ser interpuesto al día siguiente de la notificación por estado y resuelto a más tardar al día siguiente.

En efecto, el artículo 26 de la ley objeto del presente ensayo, prevé que dentro de los tres días siguientes al de su notificación, la sentencia podrá ser impugnada por el accionante, por la autoridad renuente o por el representante de la entidad a la que éste pertenezca y por el defensor del pueblo.

La impugnación o apelación, se concederá en el efecto suspensivo, salvo que la suspensión de cumplimiento del fallo genere un perjuicio irremediable del demandante. Cuando se varí el efecto del recurso de alzada, deberá sustentarse en la parte considerativa de la sentencia.

15.1 Trámite de la impugnación

Debe presentarse ante el juez que profirió la sentencia, quien observando que se ajusta a derecho, deberá conceder el recurso y ordenar la inmediata remisión del expediente al superior funcional, a más tardar al día siguiente.

El juez de segunda instancia una vez estudiado el contenido del recurso, deberá cotejarlo con el acervo probatorio y con el fallo. Dentro de su competencia y poderes podrá solicitar informes y ordenar la práctica de pruebas de oficio. En todo caso, deberá proferir el fallo de segunda instancia dentro de los diez días siguientes a la recepción del expediente. Si a su juicio el fallo carece de fundamento, procederá a revocarlo comunicándolo de inmediato; si lo encuentra ajustado a derecho, confirmará la decisión de primera instancia.

15.2 COSA JUZGADA

La sentencia que ponga fin al proceso de cumplimiento, así como los autos relacionados con la terminación anticipada del proceso, hace tránsito a cosa juzgada.

⁵⁸² Cfr. MURCIA FÉNIX, Jaime Hernando, “La acción de cumplimiento y su desarrollo procesal”, p. 632.

Ahora, si el deber omitido es de aquellos cuyo cumplimiento puede demandarse simultáneamente ante varias autoridades o en diferentes oportunidades en el tiempo, podrá volver a intentarse la acción, sin limitación alguna, es decir, para estos casos no puede alegarse cosa juzgada. Empero, sí habrá cosa juzgada, cuando se trate de los mismos hechos ya decididos y en el ámbito de competencia de la misma autoridad⁵⁸³.

15.3 SUSPENSIÓN DEL PROCESO

Si la pretensión está encaminada al cumplimiento de un acto administrativo, pero se encuentra en trámite un proceso de nulidad sobre el mismo acto administrativo, dentro del cual se ha decretado la suspensión provisional del mismo, el trámite procesal de cumplimiento deberá suspenderse hasta la sentencia definitiva dentro del proceso administrativo⁵⁸⁴.

Nótese que en realidad se trata de una prejudicialidad de proceso administrativo a constitucional; suspensión que de no decretarse, acarreará la nulidad de la sentencia de cumplimiento, siguiendo los lineamientos establecidos en el Código de Procedimiento Civil.

15.4 ACTUACIÓN TEMERARIA

El legislador ha previsto que si la misma acción se presenta sin motivo justificado, por la misma persona, ante varios jueces, se rechazarán o negarán todas ellas si hubieren sido admitidas⁵⁸⁵.

Nos parece equivocada esta norma⁵⁸⁶, toda vez que con ello se vulnera el derecho fundamental de acción. Creemos que lo que deben es establecerse sanciones de carácter disciplinario y pecuniario por la temeridad o mala fe, pero de todas maneras deberá tramitarse el proceso, en aplicación de la tutela judicial efectiva y menos cuando se han incorporada drásticas sanciones.

⁵⁸³ Cfr. Artículo 7º de la ley 393 de 1997.

⁵⁸⁴ Cfr. Artículo 18 de la ley 393 de 1997.

⁵⁸⁵ Cfr. MURCIA FÉNIX, Jaime Hernando, “La acción de cumplimiento y su desarrollo procesal”, p. 635.

⁵⁸⁶ Cfr. Artículo 28 de la ley 393 de 1997

Por el contrario compartimos el inciso segundo de tal artículo, ya que un abogado que presente varias acciones de cumplimiento respecto de los mismos hechos y normas, debe ser sancionado por la autoridad competente con la suspensión de la tarjeta profesional al menos de dos años. En caso de reincidencia, la suspensión será por cinco años, sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar⁵⁸⁷.

16. CONCLUSIONES

1. (i) Esta acción corresponde a un verdadero proceso jurisdiccional.
2. (ii) Como consecuencia de la conclusión anterior, la acción de cumplimiento corresponde a uno de los procesos que deben estudiarse en el derecho procesal constitucional, así no prevea expresamente el cumplimiento de la Constitución.
3. (iii) La acción de cumplimiento constitucional, debe ser el mecanismo idóneo para lograr el cumplimiento de la Constitución, cuándo ella sea vulnerada por la omisión absoluta del legislador o por la omisión del ejecutivo en la implementación de políticas públicas, protegiendo con ello un permanente estado de cosas inconstitucional. Ahora, como la inconstitucionalidad por la omisión relativa del legislado, se puede corregir mediante las sentencias que declaran una constitucionalidad condicionada o las que exhortan al legislador, para ello no debe utilizarse la acción de cumplimiento, sino la acción abstracta de inexequibilidad, en el caso colombiano.
4. (iv) El conocimiento de esta acción, al menos en el caso colombiano, debe corresponder a una jurisdicción constitucional especializada, fundamentalmente con dos factores que determinen la competencia: el subjetivo y el territorial. Es esta medida, si la parte pasiva corresponde a una autoridad del orden municipal o un particular, el competente en primera instancia será el juez constitucional del lugar de la eventual vulneración del derecho constitucional y en segunda instancia el tribunal constitucional; si la violación es producto a una autoridad departamental, la primera instancia deberá conocerla el tribunal constitucional del respectivo departamento y la segunda instancia una sala de la Corte Constitucional y si en la demanda se plantea la violación del derecho por una autoridad del orden nacional, la primera instancia la conocerá una sala de la Corte Constitucional y la segunda la sala plena de tal corporación.

⁵⁸⁷ *Cfr.* Corte Constitucional colombiana: Sentencia de control de constitucionalidad C-870 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

5. (v) Esta acción no debe regularse aisladamente como sucede en Colombia, por el contrario deberá seguirse la experiencia peruana y boliviana, en el sentido de regularse en un código procesal constitucional, como uno de los procesos que deberá conocer la jurisdicción constitucional.

Capítulo XIII

EL DERECHO HUMANO A UN MEDIO AMBIENTE SANO Y EL AMPARO COMO MEDIO PARA SU PROTECCIÓN EN MÉXICO

Por Manuel de Jesús CORADO DE PAZ*

*“La tierra no es una herencia de nuestros padres,
sino un préstamo de nuestros hijos”
Proverbio indio.*

1. NOTA INTRODUCTORIA.

Las relaciones entre el ser humano y la naturaleza se han soportado en un paradigma que se sustenta en tres pilares, a saber: dominio, transformación y aprovechamiento, sin embargo, la concienciación progresiva sobre la degradación del entorno a causa de la actividad humana desplegada en el proceso de industrialización constituye un toque de atención sobre el modelo de relación entre seres humanos y naturaleza⁵⁸⁸.

El hecho es que la metafóricamente llamada “venganza de la naturaleza”, que llegó a mencionar Federico Engels en su artículo “El papel del trabajo en el proceso de transformación del mono en hombre”, escrito hacia 1876, ha colocado al hombre moderno en la ineludible necesidad de establecer un sistema de protección jurídica de las condiciones que hacen posible la vida, sistema cuya complejidad corre a pareja con la complejidad que asume la relación sociedad – naturaleza, hasta donde ella es conocida hoy en día⁵⁸⁹.

Esta necesidad de protección ha hecho posible que la tutela del derecho humano a un medio ambiente sano en México transite por nuevos estadios, debido al

* Doctor en Derecho Público. Secretario Académico de la Facultad de Derecho, Campus III, de la Universidad Autónoma de Chiapas. Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Miembro del Sistema Estatal de Investigadores en la categoría III. Investigador Nivel I. Correo electrónico: coradodepaz.manuel@gmail.com

⁵⁸⁸ Jaria I Manzano, Jordi, Vernet I Llobet, Jaume, “El derecho ambiental en un contexto de cambio de paradigma del discurso jurídico”, en Quintero Olivares, Gonzalo, Morales Prats, Fermín (coords.), *Estudios de derecho ambiental. Libro en homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*, Universitat Rovira I Virgili, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 402.

⁵⁸⁹ Brañes, Raúl, *Manual de derecho ambiental mexicano*, segunda edición, México, Fundación Mexicana para la Educación Ambiental, Fondo de Cultura Económica, 2010, p. 39.

surgimiento de figuras jurídicas que han venido a consolidar y complementar estos escenarios que antaño resultaban ineficaces, y que limitaban este derecho a una simple declaración de buenas intenciones, con un carácter teórico y sin vigencia efectiva.

2. LOS DERECHOS HUMANOS Y LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011

Miguel Carbonell⁵⁹⁰ refiere que los conceptos de “derechos fundamentales”, “garantías individuales y sociales” y “derechos humanos” no son equivalentes, ni se pueden utilizar indistintamente. La garantía es el medio, como su nombre lo indica, para garantizar algo, hacerlo eficaz o devolverlo a su estado original en caso de que haya sido tergiversado, violado, no respetado; los derechos humanos muchas veces son referidos como expectativas que no están previstas de forma clara en alguna norma jurídica, con el objeto de reclamar lo que a algunas personas les puede parecer una actuación indebida de las autoridades; y los derechos fundamentales son los que están previstos en el texto constitucional y en los tratados internacionales.

Carlos F. Quintana Roldán y Norma D. Sabido Peniche⁵⁹¹ entienden por derechos humanos al conjunto de atributos propios de todos los seres humanos que salvaguardan su existencia, su dignidad y sus potencialidades por el mero hecho de pertenecer a la especie humana, que deben ser integrados y garantizados por los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales para evitar que el poder público y la sociedad los vulneren o violenten, por tener la calidad de derechos fundamentales.

Sobre el particular, Margarita Herrera Ortiz⁵⁹² estructura un concepto descriptivo, de carácter local, sobre los derechos humanos, y señala que son el conjunto de filosofías sociales, políticas, económicas, culturales, religiosas, aspiraciones éticas, de justicia, de seguridad, de equidad, juicios de valor, etc., que se encuentran consagrados en la Constitución Federal, y en los Tratados, Convenios, Convenciones etc., internacionales, que México ha incorporado a su derecho interno. Conforme al artículo 133 constitucional, con que cuentan los gobernados, para vivir y convivir con la

⁵⁹⁰ Cfr. Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, cuarta edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Porrúa, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2011, pp. 6 – 8.

⁵⁹¹ Quintana Roldán, Carlos F., Sabido Peniche, Norma D., *Derechos humanos*, tercera edición, México, Porrúa, 2004, p. 21

⁵⁹² Herrera Ortiz, Margarita, *Manual de derechos humanos*, quinta edición, México, Porrúa, 2011, pp. 23 y 24.

dignidad que les corresponde como seres humanos, por lo que su disfrute se encuentra debidamente garantizado contra las violaciones de autoridades estatales, por el juicio de amparo, así como por diversos instrumentos procesales constitucionales.

De esta manera, los derechos humanos pueden entenderse como el conjunto de prerrogativas que todo ser humano posee por el simple hecho de serlo, que encuentran su fundamento en la dignidad humana, y que deben incorporarse y garantizarse en el seno de cada Estado, partiendo de su Constitución, así como por la comunidad internacional, a través de los Tratados que al efecto se suscriban, para coadyuvar a su eficacia.

En este tenor, en el Estado mexicano, el 10 de junio de 2011, satisfechos los requisitos que establece el artículo 135 constitucional⁵⁹³, fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que se modificó la denominación del Capítulo I del Título Primero y se reformaron diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo que implicó, además de la modificación a la denominación del Capítulo Primero del Título Primero, cambios en el primero y quinto párrafos del artículo 1o.; el segundo párrafo del artículo 3o.; el primer párrafo del artículo 11; el artículo 15; el segundo párrafo del artículo 18; el primer párrafo del artículo 29; el primer párrafo del artículo 33; la fracción décima del artículo 89; el segundo párrafo del artículo 97; el segundo y tercer párrafos del apartado B del artículo 102; y el inciso g) de la fracción segunda del artículo 105; la adición de dos nuevos párrafos, segundo y tercero, al artículo 1o., recorriéndose los actuales en ese momento en su orden; un nuevo párrafo segundo al artículo 11, los párrafos segundo, tercero, cuarto y quinto al artículo 29; un nuevo párrafo segundo al artículo 33, recorriéndose el actual en esa época en su orden y los nuevos párrafos quinto, octavo y décimo primero, recorriéndose los actuales en ese entonces en su orden, al artículo 102 del Apartado B; todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos⁵⁹⁴.

⁵⁹³ Dicho numeral dispone que la Constitución puede ser adicionada o reformada, sin embargo, para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados.

⁵⁹⁴ Cfr. *Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, consultado el 30 de marzo de 2015, en http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5194486&fecha=10/06/2011

Dicha reforma, para efectos de nuestro estudio y siguiendo la clasificación realizada por Jorge Ulises Carmona Tinoco⁵⁹⁵, trajo grandes cambios, a saber:

Cambios sustantivos o al sector material	Cambios operativos o al sector de garantía
Éstos derivan básicamente de la armonización constitucional con el derecho internacional de los derechos humanos	Éstos inciden en las posibilidades procesales de hacer valer los derechos ante los operadores jurídicos
a) La modificación a la denominación misma del capítulo que agrupa a los derechos básicos. b) El otorgamiento de rango constitucional a los tratados internacionales en materia de derechos humanos. c) La educación en materia de derechos humanos. d) Los derechos humanos como principio de la política exterior mexicana.	a) La interpretación conforme. b) El principio pro persona. c) Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; las obligaciones de prevención, investigación, sanción y reparación de violaciones a los derechos humanos. d) La prohibición de celebrar tratados que alteren o menoscaben los derechos humanos, tanto los previstos en la Constitución como en otros instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados.

3. EL CONCEPTO DE AMBIENTE

Ramón Martín Mateo⁵⁹⁶ refiere que los términos ambiente y medio se manejan como equivalentes, pero no los de medio ambiente o medioambiental, pese a que el primero ha sido recibido por la Academia de la Lengua Española y por la propia Constitución, estimándolos reiterativos y redundantes.

⁵⁹⁵ Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales”, en Carbonell, Miguel, Salazar, Pedro (coordinadores), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, p. 40.

⁵⁹⁶ Martín Mateo, Ramón, *Manual de derecho ambiental*, segunda edición, Madrid, Trivium, 1998, p. 21.

De acuerdo con Raúl Brañes⁵⁹⁷, el ambiente debe ser entendido como un sistema, vale decir, como un conjunto de elementos que interactúan entre sí, pero con la precisión de que estas interacciones provocan la aparición de nuevas propiedades globales, no inherentes a los elementos aislados, que constituyen el sistema. Esto implica, por otra parte, que el ambiente debe ser considerado como un todo, o como también suele decirse “holísticamente” (del griego *holos*, todo), pero teniendo claro que ese “todo” no es “el resto del Universo”, pues algo formará parte del ambiente sólo en la medida en que pertenezca al sistema ambiental de que se trate.

De esta manera, la palabra ambiente se utiliza para designar genéricamente todos los sistemas posibles dentro de los cuales se integran los organismos vivos. Estos organismos, a su vez, se presentan como sistemas. En consecuencia, la palabra “ambiente” no se emplea sólo para designar el ambiente “humano” – o más exactamente el ambiente del “sistema humano” –, sino también todos los ambientes posibles de los sistemas de los organismos vivos en general⁵⁹⁸.

Sobre el particular, la ley marco en materia ambiental en México⁵⁹⁹ dispone que debemos entender por ambiente “el conjunto de elementos naturales y artificiales o inducidos por el hombre que hacen posible la existencia y desarrollo de los seres humanos y demás organismos vivos que interactúan en un espacio y tiempo determinados”.

Es subrayable en este concepto legal la idea de conjunción entre lo natural y lo artificial, como condición de posibilidad para que los seres vivos existan y se desarrollen. El medio ambiente, se reconoce, es un sistema en el que destacan desde luego los organismos vivos (hombres, animales, plantas), pero no de forma exclusiva, pues también son participantes del discurso natural los entes inanimados (agua, aire, tierra, minerales, rocas, etcétera). También se desprende de esta noción que dichos participantes se relacionan unos con otros a partir de la interacción espacial y temporal; dicho en otras palabras, los seres humanos y los organismos, se entienden en armonía y

⁵⁹⁷ Brañes, Raúl, *Op. Cit.*, p. 20.

⁵⁹⁸ *Ibíd.*, p. 21.

⁵⁹⁹ Véase artículo 3º, fracción I, de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, última reforma publicada el 09 de enero de 2015, consultado el 30 de marzo de 2015, en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/148_090115.pdf

con una unidad de propósito, que es la supervivencia de todos y la conservación de los elementos tanto naturales como artificiales⁶⁰⁰.

4. EL AMPARO DESPUÉS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 6 DE JUNIO DE 2011

El 6 de junio de 2011 se publicó el Decreto por el que se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 Y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo que constituyó un cambio trascendental en materia de amparo, de lo cual llama la atención, por su trascendencia, en el tema que nos ocupa, la modificación del artículo 107, fracción I⁶⁰¹, que incorporó el interés legítimo individual o colectivo, que refiere una situación jurídica activa que se ostenta por relación a la actuación de un tercero y que no supone, a diferencia del derecho subjetivo, una obligación correlativa de dar, hacer o no hacer exigible de otra persona, pero sí comporta la facultad del interesado de exigir el respeto del ordenamiento jurídico y, en su caso, de exigir una reparación de los perjuicios antijurídicos que de esa actuación le deriven⁶⁰².

Lo anterior vino a extender el concepto de interés de parte agraviada bajo el que se definía el interés jurídico para promover dicha garantía constitucional, aquel que suele identificarse con el derecho subjetivo en su concepción clásica, al que la doctrina le otorga dos elementos constitutivos, a saber: la posibilidad de hacer o querer (elemento interno) y la posibilidad de exigir de otros el respeto (elemento externo)⁶⁰³, permitiendo que ahora proceda contra actos que violan derechos reconocidos por la

⁶⁰⁰ Arroyo Cisneros, Edgar Alán, *El derecho fundamental al medio ambiente*, México, Porrúa, 2012, pp. 166 y 167.

⁶⁰¹ “Artículo 107. Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes:

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

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

⁶⁰² Sánchez Morón, M., citado por Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Amparo colectivo en México: Hacia una reforma constitucional y legal*, consultado el 29 de junio de 2014, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3047/6.pdf>

⁶⁰³ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Amparo colectivo en México: Hacia una reforma constitucional y legal*, consultado el 29 de junio de 2014, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3047/6.pdf>

Constitución, con los que se afecta la esfera jurídica de su titular, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico, siempre que no se trate de actos emanados de autoridades jurisdiccionales⁶⁰⁴.

Cabe señalar que el “interés legítimo” siempre estuvo ligado a la protección de los llamados intereses “difusos”, aquellos que consignados de alguna manera en el derecho positivo, reportaban algún provecho a los integrantes de amplios sectores de la sociedad, de una manera compartida por todos y sin la “exclusividad” e índole “directa” que son notas distintivas del “interés jurídico”⁶⁰⁵, los cuales, siguiendo la doctrina brasileña e italiana, son los que pertenecen idénticamente a una pluralidad de sujetos, en cuanto a integrantes de grupos, clases o categorías de personas – ligadas en virtud de la pretensión de goce, por parte de cada una de ellas, de una misma prerrogativa. De forma tal que la satisfacción de fragmento o porción de interés que atañe a cada individuo, se extiende por naturaleza a todos; del mismo modo que la lesión a cada uno afecta simultánea y globalmente, a los integrantes del conjunto comunitario⁶⁰⁶.

5. EL DERECHO HUMANO A UN MEDIO AMBIENTE SANO

El vínculo entre derechos humanos y medio ambiente es relativamente reciente y hasta la fecha no ha dejado de ser polémico, ya que algunos consideran que el medio ambiente debe ser protegido *per se* y que el humano no debería interponerse en las interacciones ecológicas (visión restringida), en tanto que otros consideran que el medio ambiente debe ser protegido para no afectar la salud humana, comprendiendo éste (el medio ambiente) aguas, suelos, aire, bellezas escénicas naturales, el paisaje, la biodiversidad y hasta el patrimonio cultural (visión extensiva)⁶⁰⁷.

El derecho a un medio ambiente sano, dice Augusto Morello⁶⁰⁸, está considerado como un derecho humano de tercera generación, es decir, como un derecho humano de

⁶⁰⁴ En estos casos permanece la exigencia de la afectación a un derecho subjetivo (interés jurídico) de manera personal y directa.

⁶⁰⁵ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Sánchez Gil, Rubén, *El nuevo juicio de amparo. Guía de la reforma constitucional y la nueva ley de amparo*, segunda edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013, p. 43.

⁶⁰⁶ Stiglitz, Gabriel A., citado por Cafferata, Néstor A., “Interés legítimo, derechos difusos y amparo colectivo”, en *Encuentro Internacional de Derecho Ambiental. Memorias. Tercero - 2004, Cuarto - 2005, Quinto - 2006*, México, Fondo Consultivo Científico y Tecnológico, A.C., 2007, p. 112.

⁶⁰⁷ García López, Tania, *Derecho ambiental mexicano. Introducción y principios*, México, Bosch, 2013, p. 300.

⁶⁰⁸ Morello, Augusto M., citado por García López, Tania, *Derecho ambiental mexicano. Introducción y principios*, México, Bosch, 2013, p. 303.

solidaridad. Pero a su vez este derecho establece un vínculo a los derechos de cuarta generación ya que conlleva un deber actual exigible de conservación o preservación de los recursos naturales a favor de un tercer sujeto de derecho, constituido por un grupo igualmente protegido: las generaciones futuras⁶⁰⁹.

En los instrumentos que conforman el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, los derechos relacionados con el medio ambiente se encuentran escasa o nulumamente consagrados, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 no hace referencia al medio ambiente, sin embargo, toda vez que el nacimiento del derecho ambiental data de 1972, resulta lógica la omisión, pese a ello esta Declaración sí contempla diversos derechos que se relacionan con el medio ambiente, desde los cuales se ha procurado su protección.

Tratándose de la Convención Americana, es hasta el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como "Protocolo de San Salvador" por haber sido adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimoctavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General; que los Estados Partes convinieron que toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano⁶¹⁰ y a contar con servicios públicos básicos; y que los Estados partes promoverían la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente⁶¹¹.

En el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 26 de febrero de 1997, en su sesión 1333a. durante su 95º Período Ordinario de Sesiones⁶¹², su artículo XIII denominado Derecho a la protección del medio ambiente, establece que:

⁶⁰⁹ Ídem.

⁶¹⁰ En el caso mexicano el término "medio ambiente sano" se adoptó en 2012, mediante una reforma al párrafo quinto del artículo cuarto constitucional. Antes de dicha reforma dicho texto señalaba que "toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar", referencia adoptada en 1999, año en que se reconoció la autonomía del derecho ambiental, desprendiéndolo del derecho a la salud que lo albergó desde su nacimiento.

⁶¹¹ Organización de Estados Americanos, *Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador"*, adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimoctavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General, consultado el 31 de diciembre de 2014, en <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos4.htm>

⁶¹² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, aprobado el 26 de febrero de 1997, en su sesión 1333a. durante su 95º Período Ordinario de Sesiones, consultado el 30 de diciembre de 2014, en <http://www.cidh.org/Indigenas/Cap.2g.htm>

“1. Los pueblos indígenas tienen derecho a un medioambiente seguro y sano, condición esencial para el goce del derecho a la vida y el bienestar colectivo.

2. Los pueblos indígenas tienen derecho a ser informados de medidas que puedan afectar su medioambiente, incluyendo información que asegure su efectiva participación en acciones y decisiones de política que puedan afectarlo.

3. Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar, restaurar y proteger su medioambiente, y la capacidad productiva de sus tierras, territorios y recursos.

4. Los pueblos indígenas tienen derecho de participar plenamente en la formulación, planeamiento, ordenación y aplicación de programas gubernamentales para la conservación de sus tierras, territorios y recursos.

5. Los pueblos indígenas tendrán derecho a asistencia de sus Estados con el propósito de proteger el medioambiente, y podrán recibir asistencia de organizaciones internacionales.

6. Los Estados prohibirán y castigarán, e impedirán en conjunto con las autoridades indígenas, la introducción, abandono, o depósito de materiales o residuos radioactivos, sustancias y residuos tóxicos, en contravención de disposiciones legales vigentes; así como la producción, introducción, tránsito, posesión o uso de armas químicas, biológicas o nucleares, en áreas indígenas.

7. Cuando el Estado declare que un territorio indígena debe ser área protegida, y en el caso de tierras y territorios bajo reclamo potencial o actual por pueblos indígenas, y de tierras sujetas a condiciones de reserva de vida natural, las áreas de conservación no deben ser sujetas a ningún desarrollo de recursos naturales sin el consentimiento informado y la participación de los pueblos interesados”.

Finalmente, en la Carta Democrática Interamericana, aprobada en la primera sesión plenaria, celebrada el 11 de septiembre de 2001⁶¹³, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos reconoció que un medio ambiente sano es indispensable para el desarrollo integral del ser humano, lo que contribuye a la democracia y la estabilidad política y, en su artículo 15 dispuso que: “El ejercicio de la democracia facilita la preservación y el manejo adecuado del medio ambiente. Es esencial 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”.

Por su parte, en el ámbito interno de los Estados, su constitucionalización es una tendencia reciente, pero muy firme, de los procesos de reforma constitucional de muchos países. Se encuentra en más de 60 textos constitucionales. Toda Constitución

⁶¹³ Organización de Estados Americanos, *Carta Democrática Interamericana*, aprobada en la primera sesión plenaria, celebrada el 11 de septiembre de 2001, consultado el 30 de diciembre de 2014, en <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos15.htm>

que ha sido expedida o reformada desde 1970 ha incorporado alguna mención al medio ambiente⁶¹⁴.

En este tenor, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 4, párrafo quinto⁶¹⁵, dispone: “Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley”⁶¹⁶.

Así, el derecho a un medio ambiente sano para el desarrollo y bienestar de las personas, que como derecho fundamental consagra el artículo 4o., párrafo quinto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desarrolla en dos aspectos: a) en un poder de exigencia y un deber de respeto *erga omnes* a preservar la sustentabilidad del entorno ambiental, que implica la no afectación ni lesión a éste (eficacia horizontal de los derechos fundamentales); y b) en la obligación correlativa de

⁶¹⁴ Bosselmann, Klaus, citado por Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, cuarta edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Porrúa, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2011, p. 910.

⁶¹⁵ Véase artículo 4º, párrafo quinto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, última reforma publicada el 07 de julio de 2014, consultado el 30 de marzo de 2015, en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_07jul14.pdf

⁶¹⁶ Sobre el particular, el Cuarto Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito, emitió el criterio siguiente: MEDIO AMBIENTE ADECUADO PARA EL DESARROLLO Y BIENESTAR. SU RELACIÓN CON OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE INTERVIENEN EN SU PROTECCIÓN. El artículo 4o., párrafo quinto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagra el derecho que tiene todo individuo a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar, por lo que la preservación y restauración del equilibrio ecológico, así como la protección al medio ambiente en el territorio nacional están reguladas directamente en la propia Constitución, por la relevancia que tiene esta materia. En este contexto, la protección del medio ambiente y los recursos naturales son de tal importancia que significan el "interés social" e implican y justifican, en cuanto resulten indispensables, restricciones estrictamente necesarias y conducentes a preservar y mantener ese interés, sin pasar por alto lo que prevé el artículo 25, párrafos primero, segundo y sexto, constitucional, referente a que el desarrollo sustentable es de interés general, lo que determina la conexión funcional y dinámica con el marco de libertades constitucionales. Bajo estos presupuestos, los derechos fundamentales como el mencionado y los de libertad de trabajo y seguridad jurídica que prevé la propia Carta Magna, deben concebirse actuando y funcionando de modo complementario, en una relación de sinergia, con equilibrio y armonía, pues el orden jurídico es uno solo con la pretensión de ser hermenéutico; de ahí los principios de interpretación y aplicación sistemática, que se orientan a conseguir la unidad, coherencia, plenitud, eficacia y coexistencia inter-sistémica de los varios bienes jurídicos tutelados, reconociendo la interpretación de los derechos humanos conforme a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, previstos en el artículo 1o. de la Constitución Federal. Fuente: Tesis I.4o.A.811 A (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 2, p. 1807, registro no. 160000.

las autoridades de vigilancia, conservación y garantía de que sean atendidas las regulaciones pertinentes (eficacia vertical)⁶¹⁷.

Por su parte, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, en su artículo 1, fracción I⁶¹⁸, establece: “La presente Ley es reglamentaria de las disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que se refieren a la preservación y restauración del equilibrio ecológico, así como a la protección al ambiente, en el territorio nacional y las zonas sobre las que la nación ejerce su soberanía y jurisdicción. Sus disposiciones son de orden público e interés social y tienen por objeto propiciar el desarrollo sustentable y establecer las bases para: I.- Garantizar el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente sano para su desarrollo, salud y bienestar.”

De esta manera, respecto a los ámbitos de protección de este derecho humano fundamental, el Primer Tribunal Colegiado en materias administrativas y de trabajo del Décimo Primer Circuito⁶¹⁹ refirió que de los artículos 1 y 4 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", así como el 4o., quinto párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que la protección al medio ambiente es de tal importancia al interés social que implica y justifica, en cuanto resulten disponibles, restricciones para preservar y mantener ese interés en las leyes que establecen el orden público. Por tanto, el derecho particular debe ceder al interés de la sociedad a tener un medio ambiente adecuado para el desarrollo y bienestar de las personas, que como derecho fundamental las autoridades deben velar, para que cualquier infracción, conducta u omisión que atente contra dicho derecho sea sancionada.

6. EL AMPARO COMO MEDIO DE TUTELA DEL DERECHO HUMANO A UN MEDIO AMBIENTE SANO EN MÉXICO

⁶¹⁷ Tesis I.4o.A. J/2 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 3, p. 1627, registro no. 2004684.

⁶¹⁸ Véase artículo 1º, fracción I, de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, última reforma publicada el 09 de enero de 2015, consultado el 30 de marzo de 2015, en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/148_090115.pdf

⁶¹⁹ Tesis XI.1o.A.T.4 A (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 3, p. 1925, registro no. 2001686.

Antes de la reforma constitucional de 06 de junio de 2011, el juicio de amparo era insuficiente para garantizar el acceso a la justicia de quienes pudieran llegar a resentir un daño derivado de leyes o actos de autoridad que violaran los principios fundamentales en materia ambiental, pues era criterio que para que éste procediera debía acreditarse el interés jurídico⁶²⁰.

Ya en 2009, Eduardo Ferrer Mac-Gregor⁶²¹ señalaba que el juicio de amparo mexicano podía representar un eficaz instrumento para la protección jurisdiccional de los derechos o intereses difusos y colectivos cuando la afectación derive de un acto de autoridad (o incluso de particulares, como sucede en varios países).

Sin embargo, a partir de esta reforma, principalmente con la incorporación del interés legítimo individual o colectivo, se ha permitido que el juicio de amparo se constituya en un medio de protección jurisdiccional del derecho humano a un medio ambiente sano, el cual fue reconocido constitucionalmente, de manera primigenia (bajo la denominación de medio ambiente adecuado), a partir del año 1999, en el artículo cuarto, de nuestro máximo ordenamiento, pero cuya protección se había visto limitada debido a la ausencia de instrumentos procesales que permitieran su tutela efectiva, confinando su protección al derecho administrativo⁶²².

Posteriormente, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo segundo transitorio del decreto publicado el 6 de junio de 2011⁶²³, el 2 de abril de 2013 se publicó la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la cual dispone en su artículo 5º, fracción I, que el quejoso, como parte en el juicio de amparo, es aquél que aduce ser titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que la norma, acto u omisión reclamados violan los derechos reconocidos por la Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte; y con

⁶²⁰ Cfr. Góngora Pimentel, Genaro David, *¿El juicio de amparo vs. el derecho a un medio ambiente adecuado?*, consultado el 30 de marzo de 2015, en http://www.ceja.org.mx/IMG/pdf/ARTICULO_MINISTRO_GONGORA_PIMENTAL.pdf

⁶²¹ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Amparo colectivo en México: Hacia una reforma constitucional y legal*, consultado el 29 de junio de 2014, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3047/6.pdf>

⁶²² Corado de Paz, Manuel de Jesús, “El amparo como un medio de protección jurisdiccional del derecho humano a un medio ambiente adecuado en México”, en Barrios González, Boris, Barrios Chávez, Lurís, *El constitucionalismo de los derechos*, Panamá, Librería y Barrios y Barrios, 2014, p. 491.

⁶²³ Cabe señalar que, de acuerdo con el numeral referido, el Congreso de la Unión debió expedir las reformas legales correspondientes dentro de los 120 días posteriores a la publicación de dicho Decreto.

ello se produzca una afectación real y actual a su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

En virtud de lo anterior, el juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo. Luego, a partir de la multicitada reforma, 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 colectivo⁶²⁴.

7. CONCLUSIONES

El derecho a un medio ambiente sano, ubicado generalmente en la tercera generación de los derechos humanos, correspondiente a los derechos de solidaridad y vinculada con los intereses y derechos difusos y colectivos, estriba en disfrutar de un ambiente que sea benéfico para la salud, que no genere riesgos a ésta. Sin que lo anterior sea óbice para nuestro desarrollo o para la satisfacción de nuestras necesidades, pero con la firme convicción de un carácter sustentable en tales objetivos.

Sin embargo, este derecho, hasta hace poco tiempo, simplemente constituía una declaración de buenas intenciones, un derecho más a la lista de aquellos que si bien están referidos en nuestra Constitución o en instrumentos internacionales no tienen una eficacia en el mundo fáctico, empero, nuevas herramientas de acceso a la justicia han estructurado, desde la parte formal, vías para hacerlo efectivo, para exigir su protección.

Actualmente, el derecho humano a un medio ambiente sano puede ser protegido a través de nuestro máximo medio de control, el juicio de amparo, dado que la legitimación activa se ha ampliado, dando paso al interés legítimo, sea este individual o colectivo, lo que conlleva el hecho de ya no requerir una afectación directa a nuestra esfera jurídica, situación que antaño limitaba el ejercicio de la acción de amparo en cuestiones ambientales, dado que el interés jurídico que se requería se vinculaba directamente con el derecho subjetivo.

⁶²⁴ Tesis XXVII.10.(VIII Región) J/4 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XIX, abril de 2013, t. 3, p. 1807, registro no. 2003293.

Así las cosas, el sistema jurídico mexicano se ha fortalecido con la implementación de mecanismos que garantizan el ejercicio de los diversos derechos referidos en nuestra Constitución y en los Tratados internacionales que el Estado Mexicano ha suscrito, toca el turno a los justiciables, quienes deberán poner a prueba estas nuevas herramientas que el legislador ha dispuesto en nuestro ordenamiento, coadyuvando así a su perfeccionamiento, a través del análisis casuístico.

INDICE GENERAL

PRESENTACIÓN

CAPÍTULO I CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN ARGENTINA ¿SISTEMA O CAOS?

1. Introducción; 2. Interpretación constitucional; 3. El precedente y su vinculación con otros fallos; 4. Formas de vinculación; 5. La cuestión en Argentina; 6. Conclusiones y cierre.

AUTOR: José María Salgado (Argentina)

CAPÍTULO II LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES FRENTE A LAS CONFUSIONES DE LOS “OBITER DICTUM” Y LA “RATIO DECIDENDI” RESPECTO A SU VINCULATORIEDAD

1. Generalidades. Los problemas “generales” en la Constitución de toda sentencia; 2. Antecedentes sobre el estado de la cuestión; 3. Ya en temas de justicia constitucional y sus vicisitudes; 4. Nuestra propuesta (Conclusiones).

AUTOR: Luis A. Petit Guerra (Venezuela)

CAPÍTULO III INCONSTITUCIONALIDAD POR VETUSTEZ DE LA LEY 48

1. Introducción; 2. Antecedentes; 3. Incoherencia de base; 4. La Ley 48; 5. La Ley 17.454; 6. Las etapas de la extrema discrecionalidad; 7. La Acordada 4/2007 CS; 8. El control actual de la constitucionalidad; 9. Debido proceso.

AUTOR: Osvaldo A. Gozáini (Argentina)

CAPÍTULO IV DEMOCRACIA. MINORÍA POLÍTICA Y EQUILIBRIO CONSTITUCIONAL

1. Mayorías y Minorías en la Democracia; 2. El rol institucional de la Minoría Política en la Democracia Constitucional; 3. Minoría política y oposición; 4. La Minoría Política como garantía institucionalizada: el modelo inglés y el portugués; 5. Diagnóstico institucional Argentino; 6. Propuestas institucionales en defensa de la Minoría Política; 7. Democracia y control de constitucionalidad: A) Legitimación activa de la Minoría Política para interponer una acción de inconstitucionalidad de leyes o de normas de carácter general en competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; B) Legitimación activa de los partidos políticos, del Defensor del Pueblo y de ONG's para interponer una acción de inconstitucionalidad de leyes o de normas de carácter general en competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; C) Carácter obligatorio de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; 8. Conclusión.

AUTOR: Jorge Alejandro Amaya (Argentina)

CAPÍTULO V

EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO, LA ARGUMENTACIÓN Y LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE VENEZUELA

1. Introducción; 2. Desarrollo. 2.1 Algunas reflexiones acerca del nuevo constitucionalismo. 2.2 Constitución y argumentación. 2.3 El neoconstitucionalismo o nuevo constitucionalismo en la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. 3. Conclusiones.

AUTOR: Gonzalo Federico Pérez Salazar

CAPÍTULO VI DERECHO PROCESAL CONVENCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. Introducción; 2. Derecho Procesal Constitucional; 3. Tribunales de control constitucional; 4. Constitución; 5. Supremacía constitucional; 6. Constituciones inconvencionales; 7. Convergencia entre el derecho constitucional sustantivo y el derecho convencional sustantivo; 8. Derecho sustantivo convencional y derecho procesal convencional, 8.1 Autonomía del derecho procesal convencional, 8.2 Sistemas regionales de protección de los Derechos Humanos, 8.3 Los jueces de los Estados parte; 9. Conclusión.

AUTORES: Alfonso Jaime Martínez Lazcano y Jaime Alfonso Cubides Cárdenas (México)

CAPÍTULO VII AJUSTES DE CONVENCIONALIDAD: LAS NUEVAS COORDENADAS

1. Preliminares. 2. Ideas sobre el control de convencionalidad. 2.1. Origen. 2.2. Conceptualización. 2.3. Etimología. 3. Formas de Ejercer el control de convencionalidad. 3.1. Control concentrado de convencionalidad. 3.2. Control difuso de convencionalidad. 4. Quienes ejercen el control de convencionalidad. 5. Momentos fundamentales del control de convencionalidad. 6. Particularidades del control de convencionalidad. 6.1. Corpus iuris convencional. 6.2. No inmiscusión en la soberanía de los Estados. 6.3. Antinconvencionalidad. 6.4. Involucramiento de todos los poderes del Estado. 7. Factores que inciden para una eficaz asimilación del control de convencionalidad. 8. Aspectos relevantes que giran en torno al control de convencionalidad. 8.1. Fusión de una trilogía normativa. 8.2. Obligación de los Estados de adecuarse al Sistema Interamericano de Derechos Humanos. 8.2.1. Obligación de respetar derechos. 8.2.2. Obligación de organizar las estructuras del poder público. 8.2.3. Otras consideraciones de relevancia. 9. Repercusión en los fallos de la Corte IDH. 9.1. Repercusión interna. 9.2. Repercusión externa. 10. La trascendencia del caso Gelman: su incidencia en el cuanto al control de convencionalidad. 10.1. Carácter vinculante. 10.2. Todas las autoridades obligadas a aplicar el control de convencionalidad. 10.3. Manifestaciones del control de convencionalidad con efecto *erga omnes*. 10.4. Principio de subsidiariedad. 10.5. Alcance *obiter dicta* y *ratio decidendi*. 11. La aplicabilidad: prolegómenos. 12. El devenir del control de convencionalidad.

AUTOR: Pablo Darío Villalba Bernie (Paraguay)

CAPÍTULO VIII EL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD EN MÉXICO. ACEPTACIÓN Y DESENVOLVIMIENTO

1. Introducción. 2. El escenario previo. 3. La aceptación del control difuso de convencionalidad. 3.1 La introducción del control difuso de convencionalidad. 3.2. El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 4. El parámetro para el ejercicio del control difuso de convencionalidad. 4.1. El nuevo bloque de regularidad constitucional para el ejercicio del control difuso de convencionalidad. 4.2. Nuevamente sobre el valor de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: a). Del valor orientador a la fuerza vinculante. b). Jurisprudencia Nacional y Jurisprudencia Interamericana; 4.3. El carácter vinculante de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 5. La Jurisprudencia Nacional como objeto de control difuso de convencionalidad. 6. Sobre el carácter *ex officio* del control de difuso de convencionalidad. 7. El control de convencionalidad por parte de las autoridades administrativas. 8. Conclusiones.

AUTOR: Juan Manuel Acuña (México)

CAPÍTULO IX LA INCONVENCIONALIDAD POR OMISIÓN: UNA APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

1. Breve introito epistémico. 2. La creación del concepto “control de convencionalidad” en la versión del Conseil Constitutionnel francés. 3. El control de convencionalidad desde la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 4. Hacia una aproximación conceptual del control de convencionalidad. 5. Clases de control de convencionalidad: vertical y horizontal. 5.1. Control de convencionalidad vertical. 5.2. Control de convencionalidad horizontal. 6. La inconventionalidad por omisión. 7. El aporte del Tribunal Constitucional peruano en delinear implícitamente la inconventionalidad por omisión. 8. Epílogo.

AUTOR: Gerardo Eto Cruz (Perú).

CAPÍTULO X EL CONTROL CONVENCIONAL DE LA LIBERTAD PERSONAL (LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE IDH PARA EL ANÁLISIS DE CASOS EN LA JUSTICIA NACIONAL)

1. Introducción; 2. El contexto jurídico e ideológico de la libertad; 3. La detención como excepción de libertad desde el modelo sistémico de los Derechos Humanos; 3.1 El control convencional difuso de la libertad personal; Desde la regulación general y específica del artículo 7 de la Convención. 3.2. El alcance de la libertad personal establecida en la Convención y en la jurisprudencia vinculante de la Corte IDH; 3.3. La función de la CORIDH en la protección internacional del derecho a la libertad personal. 4. La detención, 4.1. Generalidades. 4.2 La detención ilegal. Los aspectos fundamentales de la detención ilegal para el análisis de casos, según la jurisprudencia vinculante de la Corte IDH. 5. En la jurisdicción nacional, únicamente a través de la reserva de ley se puede afectar el derecho a la libertad personal; 6. Conclusiones.

AUTOR: Boris Barrios González (Panamá)

CAPÍTULO XI LA FRONTERA DEL DEBIDO PROCESO

1. Presentación; 2. Introducción. Principios, Subprincipios y Reglas Técnicas; 3. La Carta Magna; 4. La Constitución de los Estados Unidos; 5. La Corte Suprema de Chile; 6. El Tribunal Constitucional de Chile; 7. La Corte Interamericana de Derechos Humanos; 8. La Frontera del Debido Proceso: El Derecho de Defensa; 9. Conclusiones.

AUTOR: Hugo Botto Oakley (Chile)

CAPÍTULO XII ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO EN COLOMBIA

1. Introducción; 2. Marco normativo y jurisprudencial; 3. Concepto y naturaleza jurídica; 4. Referencia histórica; 5. Objeto y finalidad; 6. Principios, 6.1 Principio de publicidad, 6.2 Principio de eficacia y prevalencia del derecho sustancial, 6.3 Principios de economía y de celeridad, 6.4 Principio de gratuidad; 7. Presupuestos procesales, 7.1 Jurisdicción y competencia, 7.2 De la capacidad sustantiva y procesal, 7.3 Interés para obrar, 7.4 Caducidad, 7.5 Reglas técnicas del proceso; 8. Improcedibilidad; 9. Reparto y trámite preferencial; 10. Actos procesales, 10.1 Demanda; 10.2 Primera providencia; 11. Derecho de contradicción; 12. Pruebas; 13. Terminación anticipada del proceso; 14. La sentencia, 14.1 Contenido, 14.2 Notificación, 14.3 Cumplimiento, 14.4 Desacato; 15. Recursos, 15.1 Trámite de la impugnación, 15.2 Cosa juzgada, 15.3 Suspensión del proceso, 15.4 Actuación temeraria; 16. Conclusiones.

AUTOR: Eduardo Andrés Velandia Canosa (Colombia)

CAPÍTULO XIII EL DERECHO HUMANO A UN MEDIO AMBIENTE SANO Y EL AMPARO COMO MEDIO PARA SU PROTECCIÓN EN MÉXICO

1. Nota introductoria. 2. Los derechos humanos y la reforma constitucional de 10 de junio de 2011. 3. El concepto de ambiente. 4. El amparo después de la reforma constitucional de 6 de junio de 2011. 5. El derecho humano a un medio ambiente sano. 6. El amparo como medio de tutela del derecho humano a un medio ambiente sano en México. V7. Conclusiones.

AUTOR: Manuel de Jesús Corado de Paz (México)