

# Dimensiones del Estado Constitucional y control de convencionalidad

Manuel Vidaurri Aréchiga  
Sergio J. Cuarezma Terán

*Coordinadores*



Suprema Corte  
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios  
Constitucionales  
SCJN

**Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación**  
**Catalogación**

PO  
I058  
D553d

Dimensiones del Estado Constitucional y control de convencionalidad / coordinadores Manuel Vidaurri Aréchiga, Sergio J. Cuarezma Terán ; [esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; presentación Ministro Luis María Aguilar Morales ; prólogo Roberto Lara Chagoyán]. -- Primera edición. -- Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018.  
xxviii, 494 páginas ; 24 cm.

ISBN 978-607-630-691-8

1. Control de convencionalidad – Estado constitucional – Ensayos 2. Constitucionalismo – Teoría 3. Derecho a la seguridad jurídica – Derechos humanos 4. Derecho a la protección de la dignidad 5. Autodeterminación de los pueblos indígenas 6. Tribunal constitucional 7. Control constitucional I. Vidaurri Aréchiga, Manuel, coordinador II. Cuarezma Terán, Sergio J., coordinador III. Aguilar Morales, Luis María, 1949- , escritor de prólogo IV. Lara Chagoyán, Roberto, escritor de prólogo V. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Centro de Estudios Constitucionales

LC K2315

Primera edición: noviembre de 2018

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación  
Avenida José María Pino Suárez núm. 2  
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc  
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita del titular de los derechos.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Impreso en México  
*Printed in Mexico*

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño estuvieron al cuidado de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

# Dimensiones del Estado Constitucional y control de convencionalidad

Manuel Vidaurri Aréchiga  
Sergio J. Cuarezma Terán

*Coordinadores*



**Suprema Corte**  
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios  
Constitucionales  
SCJN



## SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Luis María Aguilar Morales  
*Presidente*

### **Primera Sala**

Ministra Norma Lucía Piña Hernández  
*Presidenta*

Ministro José Ramón Cossío Díaz  
(Hasta el 30 de noviembre de 2018)

Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena  
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo  
Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

### **Segunda Sala**

Ministro Eduardo Medina Mora Icaza  
*Presidente*

Ministro José Fernando Franco González Salas  
Ministro Javier Laynez Potisek  
Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos  
Ministro Alberto Pérez Dayán

**Centro de Estudios Constitucionales  
de la Suprema Corte de Justicia de la Nación**

Doctor Roberto Lara Chagoyán  
*Director General*



## Contenido

Presentación .....	XIX
Prólogo .....	XXIII

*Roberto Lara Chagoyán*

### **Primera parte** **Teorizando el constitucionalismo**

Los constitucionalistas y el cambio constitucional.....	3
---	---

*Diego Valadés. México*

¿Un constitucionalismo débil en modelos de revisión judicial fuerte? Algunos argumentos en defensa de la presunción fuerte en favor de la constitucionalidad de las leyes y algunos límites inherentes a la misma .....	19
---	----

*Jorge Sendra Moll. España*

**El constitucionalismo mexicano a examen: cinco desafíos teóricos y 10 preocupaciones prácticas ..... 65**

*Roberto Lara Chagoyán, México*

1. Introducción.....	65
2. ¿Constitución de los vivos o Constitución de los muertos?	67
3. ¿Formalismo o activismo judicial? .....	72
4. ¿Constitucionalismo o positivismo? .....	78
5. ¿Supremacía o soberanía? .....	91
6. ¿Objetivismo, relativismo o escepticismo morales? .....	94
7. Hacia la consolidación de una cultura constitucionalista en México: el embrión de una teoría .....	98
Fuentes .....	106
Otros .....	108

**Aspectos procesales sobre la tutela individual y colectiva de derechos humanos en Europa ..... 111**

*Luis-Andrés Cucarella Galiana, España*

1. El desafío de los derechos humanos: reconocimiento y efectiva protección individual y colectiva.....	111
1.1. El punto de partida: constitucionalización de los derechos humanos.....	111
1.2. Exposición de la sistemática .....	114
2. Reconocimiento y protección de los derechos humanos en las constituciones europeas .....	115
2.1. Introducción.....	115
2.2. Sistema de amparo otorgado solamente por la jurisdicción ordinaria.....	116
2.3. Sistema reforzado o de doble amparo.....	118



A)	Nacimiento y evolución de los sistemas de Justicia constitucional en Europa y la atribución a los tribunales constitucionales del conocimiento de las demandas de amparo .....	118
a)	Primera etapa.....	118
b)	Segunda etapa .....	120
a')	El nuevo orden político y jurídico en Europa.....	120
b')	Primeras experiencias de Justicia Constitucional en Europa .....	122
c)	Tercera etapa.....	124
B)	Algunos ejemplos de sistemas judiciales de doble amparo .....	125
3.	El proceso de amparo constitucional en España.....	127
3.1.	Introducción.....	127
3.2.	El proceso de amparo constitucional .....	128
A)	Objeto del proceso de amparo .....	129
B)	Aspectos subjetivos.....	131
C)	Tramitación de la demanda de amparo y su "especial trascendencia constitucional".....	132
D)	Resolución sobre el amparo .....	140
Fuentes.....		141

Notas sobre la noción de dignidad de la persona en el Estado constitucional.....	149
--	-----

*Manuel Vidaurri Aréchiga y Fernando Márquez Rivas. México*

1.	Introducción.....	149
2.	La dignidad de la persona humana .....	150

3. El principio personalista como premisa de la capacidad jurídica .....	151
4. La capacidad jurídica .....	152
5. La dignidad humana y la capacidad jurídica: breve síntesis histórica.....	157
6. El neoconstitucionalismo .....	162
6.1. Los valores, los principios y las reglas.....	168
6.2. La dignidad humana como valor y principio del Estado constitucional .....	169
7. Los derechos fundamentales .....	172
7.1. Interpretación de los derechos fundamentales.....	176
7.2. La capacidad jurídica como derecho fundamental de las personas.....	177
8. Conclusiones .....	179
Fuentes .....	181

Reflexiones sobre el derecho a la autonomía de los pueblos indígenas en el Estado constitucional de Derecho .....	189
---	-----

*José Jesús Soriano Flores, Celia América Nieto del Valle y  
Claudia Alejandra Verduzco Moreno. México*

1. Apunte introductorio.....	189
2. Breve nota sobre el contexto mexicano .....	191
3. Derechos indígenas como derechos colectivos.....	192
4. Interpretación constitucional del derecho a la autonomía	194
4.1. Pluralismo jurídico y político: elementos específicos de interpretación .....	195
4.2. Derecho a la libertad como parámetro de interpretación del derecho a la autonomía.....	199
4.3. Interpretación conforme y principio pro persona.....	200

5. Reflexiones finales.....	202
Fuentes.....	203
Bibliohemerografía.....	203
Otras fuentes .....	205

**Segunda parte**  
**Control de convencionalidad: retos y perspectivas**

Control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial en el Estado constitucional y convencional .....	209
--	-----

*Víctor Bazán. Argentina*

1. Introducción .....	209
2. El control de convencionalidad en foco .....	211
2.1. Aproximación conceptual.....	211
2.2. La Corte Interamericana y la gradual edificación pretoriana de la modalidad difusa del control de convencionalidad.....	212
2.3. Fundamentos y finalidad .....	216
2.4. Principio de adecuación normativa.....	220
3. Relevancia del diálogo jurisprudencial .....	222
3.1. La comunicación transjudicial .....	222
3.2. El diálogo jurisdiccional .....	225
4. Apreciaciones finales .....	230
Fuentes.....	232

Notas sobre el Control ejecutivo de convencionalidad .....	235
--	-----

*Néstor Pedro Sagüés. Argentina*

1. Introducción.....	235
2. Los roles represivos y constructivos del control de convencionalidad.....	236
3. Los sujetos convocados para practicar control de convencionalidad.....	238
4. El control ejecutivo (y administrativo en general) de convencionalidad. Dimensiones .....	240
4.1. El Poder Ejecutivo (y los entes administrativos en general) como órganos de emisión de normas .....	240
4.2. El Poder Ejecutivo (y los entes administrativos en general) como órganos de aplicación de normas .....	241
5. Recapitulación.....	244
Fuentes .....	245

¿Qué es el control de convencionalidad? Ideas introductorias en torno al control de convencionalidad .....	247
--	-----

*Rigoberto González Montenegro. Panamá*

1. Introducción.....	247
2. Un concepto del control de convencionalidad. Qué implica dicho control.....	252
3. Particularidades del control de convencionalidad.....	258
4. A manera de reflexión final.....	264
Fuentes.....	268

Estatus del cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictadas en ejercicio del control de convencionalidad contra la República de Panamá.....	271
--	-----

*Jerónimo Mejía Edward e Iris Díaz Cedeño. Panamá*

1.	A manera de introducción.....	271
2.	Ejecución de las Sentencias de la Corte Interamericana contra la República de Panamá.....	275
2.1	Caso <i>Baena Ricardo vs. Panamá</i> .....	276
2.2	Caso <i>Santander Tristán Donoso vs. Panamá</i> .....	289
2.3	Caso <i>Heliodoro Portugal vs. Panamá</i> .....	294
2.4	Caso <i>Vélez Loor vs. Panamá</i> .....	301
2.5.	Caso de los Pueblos Indígenas <i>Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá</i> .....	308
3.	Conclusión .....	317
	Fuentes.....	318
	Disposiciones Internacionales y de Derecho Interno .....	319
	Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.....	319
	Jurisprudencia de la Corte Interamericana .....	320
	Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Re- pública de Panamá .....	323
	Informes .....	324
	Otros .....	324

### Tercera parte

#### Una mirada al control constitucional en la región

Acceso jurisdiccional a la justicia constitucional y convencional .....	329
---	-----

*Silvio Antonio Grijalva Silva. Nicaragua*

1.	Introducción.....	329
2.	Sistemas de control de constitucionalidad.....	332
2.1.	Control de constitucionalidad difuso.....	333
2.2.	Control de constitucionalidad concentrado.....	334
2.3.	Sistema mixto de control de constitucionalidad .....	334

3.	Mecanismo de control constitucional en Nicaragua.....	335
3.1.	Recurso por Inconstitucionalidad de la Ley.....	337
3.1.1.	Objeto del Recurso .....	337
3.1.2.	Legitimación activa y pasiva .....	338
3.2.	Procedimiento .....	338
3.3.	Efecto de la sentencia.....	339
3.4.	Recurso de Amparo .....	340
3.4.1.	Función y objeto.....	340
3.4.2.	Naturaleza jurídica del Recurso de Amparo ....	341
3.5.	Efecto de la sentencia.....	343
4.	Recurso de inconstitucionalidad en casos concreto a través del recurso de amparo y casación.....	344
5.	Control constitucional en caso concreto, conocido y resuelto por Juez ordinario .....	345
6.	Recurso de exhibición personal.....	347
7.	Recurso de hábeas data .....	348
7.1.	Objeto del recurso .....	349
7.2.	Derechos protegidos .....	350
7.3.	Órgano competente .....	351
7.4.	Legitimación activa y pasiva.....	351
7.5.	Efectos de la sentencia .....	352
8.	Recurso de conflicto de competencia y constitucionalidad entre los poderes del Estado .....	352
8.1.	Conflicto interno en el Poder Legislativo.....	353
8.2.	Conflicto entre Poderes del Estado.....	354
8.3.	Conflicto entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo .....	356
9.	Control de convencionalidad .....	357
	 El Tribunal Constitucional y la cláusula constitucional del Estado regulador .....	 361

1.	Introducción.....	361
2.	Evolución del Estado y la Regulación como fenómeno.....	362
	2.1. Las mutaciones del Estado.....	362
	2.2. El Estado no desaparece .....	365
	2.3. El Estado garante y regulador .....	366
	2.4. La política de la regulación y el ¿retorno del Estado gestor? .....	367
	2.4.1. Crisis financiera y paradigmas regulatorios.....	367
	2.4.2. Populismo y regulación.....	371
3.	El concepto de regulación.....	374
	3.1. El fenómeno de la regulación.....	374
	3.2. El concepto jurídico de regulación .....	378
	3.2.1. Regulación en sentido estricto.....	378
	3.2.2. Regulación en sentido amplio.....	379
	3.3. La actividad administrativa regulatoria y las técnicas e instrumentos de la regulación .....	380
	3.4. Las administraciones reguladoras independientes ...	381
	3.5. Discrecionalidad regulatoria y control judicial de la regulación .....	384
4.	El rol regulador del Estado en la economía .....	385
	4.1. Fines de la regulación .....	385
	4.2. Concepto constitucional de regulación .....	387
	4.3. Organismos reguladores .....	388
	4.4. El estatus constitucional de la autorregulación .....	393
	4.5. La regulación de los servicios públicos.....	394
	4.5.1. Universalidad .....	395
	4.5.2. Accesibilidad.....	395
	4.5.3. Eficiencia .....	395
	4.5.4. Transparencia.....	396
	4.5.5. Responsabilidad .....	396
	4.5.6. Continuidad .....	396
	4.5.7. Calidad .....	397

4.5.8. Razonabilidad.....	397
4.5.9. Equidad tarifaria.....	398
4.6. El Tribunal Constitucional y el control de los actos regulatorios.....	398
4.6.1. Ampliación del objeto del control concentrado.....	398
4.6.2. Los actos administrativos como objeto del control concentrado.....	400
4.6.3. Los actos sujetos a control concentrado conforme el Tribunal Constitucional.....	401
4.6.4. Crítica a la posición del Tribunal Constitucional respecto a la exclusión de los actos administrativos del objeto del control concentrado de constitucionalidad.....	402
4.6.5. Admisión excepcional por el Tribunal Constitucional de acciones directas en inconstitucionalidad contra actos administrativos.....	409
4.6.6. Las relaciones Tribunal Constitucional y jurisdicción contencioso-administrativa.....	410
4.6.7. La distinción entre acto normativo o general y acto no normativo o individual como base de la definición conceptual del interés legítimo y jurídicamente protegido.....	413
4.7. El Tribunal Constitucional y la autonomía de los órganos extra poder y los organismos reguladores.....	420
4.7.1. El Tribunal Constitucional y los órganos extra poder.....	420
4.7.2. El Tribunal Constitucional y la autonomía constitucional del Banco Central.....	422
Fuentes.....	424



La potestad sancionadora del Estado y la doctrina de la convencionalidad en sede administrativa.....	429
--	-----

*Eduardo J. Mitre Guerra. Panamá*

1. Introducción.....	429
1.1. Planteamiento previo .....	429
1.2. Concepto de potestad sancionadora del Estado .....	432
2. Bases y límites constitucionales de la actividad administrativa sancionadora.....	434
2.1. Explicación constitucional.....	434
2.2. Explicación conforme al bloque de constitucionalidad .....	438
2.3. Explicación conforme al control de convencionalidad .....	443
2.3.1. Parámetro de aplicación conforme al principio pro persona .....	445
2.3.2. Parámetro de adecuación normativa.....	446
2.3.3. Parámetro de adecuación de las estrategias públicas .....	447
2.3.4. Parámetro de conformidad con la jurisprudencia orientadora de la Convención.....	447
2.3.5. Parámetro de aplicación conforme al objeto y fin de la Convención .....	447
2.3.6. Parámetro de inaplicación de la norma convencional.....	448
2.4. Aplicación de los parámetros convencionales al régimen jurídico sancionador.....	452
3. El debido proceso administrativo sancionador en Panamá y la jurisprudencia interamericana.....	455
3.1. El debido proceso como principio, derecho y garantía de tutela administrativa efectiva .....	455
3.2. El debido proceso en la jurisprudencia interamericana .....	459
Fuentes.....	463

El modelo del Estado y el control constitucional como garante de los derechos humanos en Nicaragua..... 467

*Edwin Castro Rivera y Sergio Javier Cuarezma Terán. Nicaragua*

1.	Introducción.....	467
2.1.	Sujeción a la legalidad: seguridad y garantía.....	471
2.2.	Desarrollo legislativo de la Constitución.....	473
2.3.	El modelo del Estado de Nicaragua .....	475
2.4.	La Administración Pública .....	479
2.5.	La administración de justicia como garante del Estado de Derecho .....	480
2.6.	Funcionamiento y confianza en el Poder Judicial .....	481
2.7.	Estado de Derecho y cultura .....	482
3.	Normativas reguladoras del control constitucional .....	484
3.1.	Modalidad de control de constitucionalidad vigente: control difuso y control concentrado.....	484
3.2.	Tipos de normas susceptibles de ser sometidas a control de constitucionalidad .....	485
3.3.	Tipos de procedimiento.....	489
3.3.1.	Control abstracto y control concreto .....	489
3.3.2.	Control previo y Control <i>a posteriori</i> .....	490
	Fuentes.....	491
	Jurisprudencia.....	493
	Sentencias Corte Suprema de Justicia de Nicaragua .....	494

## Presentación

**E**l 10 de junio de 2011, como se sabe, el Constituyente Permanente plasmó en nuestra Carta Magna una serie de mandatos dirigidos a la consolidación de un modelo de control constitucional que tenga como base, destino y fin la garantía y defensa de los derechos humanos. Este nuevo modelo de control y defensa se conjuga y fortalece con el Derecho internacional de los Derechos Humanos, dado que, merced a esa reforma, no sólo se consideran como fuentes del Derecho las normas constitucionales y legales en materia de derechos humanos, sino también aquellas que, sobre la materia, estén contenidas en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

Con estos importantísimos cambios en la infraestructura constitucional y legal, México dio un paso gigantesco en el largo proceso de integración en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, luego de haber dado otros igualmente importantes como la adhesión al Pacto de San José de Costa Rica en 1981, y el reconocimiento de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1998.

Nuevas reglas, nuevas disposiciones y nueva interpretación constitucional se han venido decantando durante los últimos años en nuestro país, de tal suerte que los que estudian Derecho en la actualidad han de abreviar en fuentes de conocimiento que a los de mi generación no nos tocó estudiar y de las cuales, sin embargo, hemos sido orgullosamente protagonistas. Las exigencias, pues, son muchas y muy variadas, y tienen origen en el más alto ordenamiento que rige nuestros destinos: la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha respondido, dentro de sus competencias constitucionales y legales, a esas altas exigencias; prueba de ello son los ya numerosos criterios en materia de interpretación constitucional, supremacía constitucional, control de convencionalidad y parámetro de regularidad constitucional, que hemos emitido desde entonces. En esta labor, sin embargo, la Corte no trabaja en forma aislada, sino que participa en un proceso constructivo complejo con los otros poderes de la Unión, la academia responsable, la abogacía y la sociedad misma.

Dentro de todo este proceso de cambio, el control de convencionalidad representa uno de los retos más relevantes. Entender su naturaleza, implementar su puesta en práctica, determinar sus limitaciones y alcances son cuestiones nada pacíficas no sólo entre creyentes sino, incluso, entre profanos. Por ello, una obra como ésta no sólo es bienvenida en la Suprema Corte, sino que la consideramos necesaria para enriquecer el debate en torno a estos temas. El Centro de Estudios Constitucionales fue creado, precisamente, para generar espacios de diálogo que, además, permanezcan en la memoria editorial de esta casa.

Por otro lado, somos conscientes de que nuestro país no trabaja de forma aislada en esta empresa, sino que camina hacia el propósito referido junto con varios países de la región, que antes o después, han venido buscando el mismo fin que nosotros: mejorar la práctica del Derecho en aras de una mejor protección de la autonomía y la dignidad de las personas. España, Panamá, Nicaragua, República Dominicana, Argentina y México están representados en esta obra

por autores nacidos respectivamente en esas naciones, lo cual constituye un auténtico mosaico de propuestas.

El lector encontrará en el libro una serie de variados estudios, que van desde lo puramente teórico hasta lo práctico, el análisis tanto de la literatura de vanguardia como de casos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que han impactado en la realidad constitucional de la región. Asimismo, encontrará estudios que retratan algunos modelos procesales de control constitucional de diferentes países, gracias a los cuales se podrán hacer comparaciones útiles de las diferencias y afinidades entre países. En suma: la obra reunida constituye un todo que, por su riqueza y variedad, sin duda, será de utilidad para los potenciales lectores que esperamos sean tanto juristas teóricos como prácticos.

Por todo lo anterior es que me complace presentar esta obra colectiva, en la que se conjugan los esfuerzos de varios autores, mexicanos y extranjeros, que han dedicado sus esfuerzos para reflexionar, analizar, estudiar, hacer propuestas y contribuir con el mejoramiento de las prácticas judiciales en materia de control de convencionalidad.

**Ministro Luis María Aguilar Morales**

*Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación  
y del Consejo de la Judicatura Federal*



## Prólogo

Roberto  
Lara Chagoyán\*

Los desafíos del llamado Estado constitucional de Derecho son, como se sabe, muchos y muy variados. Se trata, ni más ni menos, de modificar la realidad; de gestionar el conflicto social connatural y coetáneo al ser humano, pero agravado, sin duda, en nuestros tiempos, por la creciente complejidad de nuestras relaciones sociales. Ante este panorama saltan en la mente una serie de preguntas como las siguientes. ¿Por qué más derecho constitucional y convencional?, ¿el producido hasta ahora no ha sido suficiente? ¿Es el constitucionalismo un nuevo paradigma como lo fue en su momento el positivismo, con respecto al iusnaturalismo? ¿Por qué pareciera que en la medida en que contamos con mayores y mejores herramientas institucionales para garantizar los derechos humanos, estos parecen más débiles que nunca, al menos en una buena parte de las sociedades contemporáneas? ¿Qué parte de nuestras teorizaciones

---

\* Director del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

y cambios legislativos no ha funcionado adecuadamente? ¿Los problemas del mundo son problemas de derechos o de poder?

Estas y otras preguntas resuenan en la mente de investigadores de varias disciplinas, además del Derecho: en Ciencia política, Economía, Historiografía, Sociología, Antropología, etcétera. Los juristas no estamos solos en estas reflexiones, pero a menudo estamos aislados por nuestra propia voluntad. Muchos expertos del Derecho mantienen cierta obstinación de autonomía, que lo único que provoca es reducir el campo visual en el que se proyectan nuestros complejíssimos problemas sociales. Afortunadamente existen muchos otros que apuntan en sus reflexiones hacia otras áreas del conocimiento a fin de enriquecer su búsqueda y, con algo más que buena suerte, encontrar alguna propuesta de solución.

Una de las virtudes de la modernidad en la que vivimos es la rapidez de la comunicación y la proximidad de las experiencias ajenas. En el pasado la barrera con la que se enfrentaba el investigador era una barrera de tiempo y espacio: buscar información suponía a menudo viajar. Hoy, el mundo virtual nos permite acceder a ciertos textos sin tener que movernos de nuestro asiento, aunque —claro está— el talento para saber buscar, construir y proponer no se encuentra en un programa de *software*.

Conscientes de esta realidad, nos hemos dado a la tarea de reunir un total de 14 artículos de distintos autores de diferentes países de Iberoamérica que reflexionan, desde diferentes ángulos, sobre distintas aristas relacionadas con las profundas transformaciones que experimenta el constitucionalismo de nuestros días. Es importante comentar que, siete de estos artículos —de los autores Diego Valadés; Manuel Vidaurri y Fernando Márquez Rivas; Víctor Bazán; Néstor Pedro Sagüés; Jerónimo Mejía Edward e iris Díaz; Eduar Jorge Prats; Edwin Castro Rivera y Sergio J. Cuarezma Terán— fueron publicados originalmente en la obra *Estado constitucional y convencional*, dirigida por Víctor Bazán, Edwin Castro Rivera y Sergio J. Cuarezma Terán, y editada por el Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ) de Nicaragua, en 2017. No obstante, su distribución



estuvo acotada a un par de países, por lo que el Centro de Estudios Constitucionales tuvo a bien incluir esta selección del total de trabajos bajo su sello y cuidado editorial por contribuir a romper los cercos fronterizos del conocimiento —más bien connaturales a la distribución editorial en formato impreso—, y a enriquecer la cultura jurídica de nuestra región: labor que la Suprema Corte de Justicia de la Nación tiene como una de sus más importantes funciones.

Con el fin de imprimir a la obra una estructura que permita una lectura más ágil y acaso más útil, hemos agrupado las colaboraciones en tres grandes apartados, que se corresponden con tres aspectos que detectamos en ellas y que consideramos centrales: la primera tiene que ver con algunos aspectos teóricos relacionados con el constitucionalismo, la segunda con el control de convencionalidad y la tercera con el control constitucional.

Así, en la sección primera, denominada *Teorizando el constitucionalismo*, presentamos seis trabajos que tienen en común tanto su objeto de estudio como la metodología empleada por sus autores. En el primero, "Los constitucionalistas y el cambio constitucional" (Diego Valadez, México), su autor presenta un recorrido histórico de la idea misma de Constitución, al tiempo que reflexiona sobre temas tan relevantes como la laicidad del Estado, el empequeñecimiento del Estado, el constitucionalismo abusivo o el buen y mal uso del plebiscito, entre otros. En el segundo de los textos, el autor (Jorge Sendra Moll, España) hace un profundo análisis sobre la presunción de constitucionalidad; lleva por título "¿Un constitucionalismo débil en modelos de revisión judicial fuerte? Algunos argumentos en defensa de la presunción fuerte en favor de la constitucionalidad de las leyes y algunos límites inherentes a la misma". El tercer artículo se ocupa —también desde la teoría—, de la oposición existente entre el positivismo jurídico y el constitucionalismo, el objetivismo moral, el activismo judicial, entre otros; se titula "El constitucionalismo mexicano a examen: cinco desafíos teóricos y 10 preocupaciones prácticas" (Roberto Lara Chagoyán, México). En cuarto lugar presentamos "Aspectos procesales sobre la tutela individual y colectiva de derechos humanos en Europa" (Luis-Andrés Cucarella Galiana, España); en él se hace un relato sobre la historia de la justicia constitucional

européa, y se detiene con lujo de detalle en el amparo español ante el Tribunal Constitucional. Es en el quinto estudio de este primer apartado, "Notas sobre la noción de dignidad de la persona en Estado constitucional" (Manuel Vidaurri Aréchiga y Fernando Márquez Rivas, México) en el que se presenta un mapa teórico sobre las diferentes aproximaciones a ese concepto tan central para el constitucionalismo. La sección primera cierra con las "Reflexiones sobre el derecho a la autonomía de los pueblos indígenas en el Estado constitucional del Derecho" (Jesús Soriano Flores, Celia América Nieto del Valle y Claudia Alejandra Verduzco Moreno, México); un estudio dedicado a identificar las coordenadas de la autonomía de los pueblos indígenas en el entramado constitucional.

La parte segunda, denominada *Control de convencionalidad, retos y perspectivas*, agrupa cuatro trabajos dedicados a entender y dimensionar el control de convencionalidad a través de distintas experiencias en diferentes latitudes. El primero se titula: "Control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial en el Estado constitucional y convencional" (Víctor Bazán, Argentina); en él, se abunda sobre qué es el control de convencionalidad y el diálogo jurisprudencial. El segundo lleva por título "Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad" (Néstor Pedro Sagüés, Argentina); es de los pocos trabajos dedicados a explorar la idea de control de convencionalidad a cargo del Poder Ejecutivo, ya que la mayoría lo hacen con relación al Poder Judicial. El tercer artículo se denomina: "¿Qué es el control de convencionalidad? Unas ideas introductoras sobre el control de convencionalidad" (Rigoberto González Montenegro, Panamá), y aborda las ideas generales sobre el concepto, sentido y las particularidades del control de convencionalidad. Finalmente, el cuarto, trata, como su nombre lo dice, sobre "El cumplimiento de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada en el ejercicio del control de convencionalidad contra la República de Panamá" (Jerónimo Mejía Edward e Iris Díaz Cedeño, Panamá), y da cuenta de los principales casos en los que ese país ha sido condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La tercera y última parte del libro la hemos denominado: *Una mirada al control constitucional en la región*. En esta sección concentramos las últimas cuatro

participaciones que tratan diferentes temas relacionados con el control constitucional, a nivel doméstico, de Nicaragua, República Dominicana y Panamá. El primero de ellos, "Acceso jurisdiccional a la justicia constitucional y convencional" (Silvio A. Grijalva Silva, Nicaragua), trata sobre las particularidades del Derecho procesal constitucional en Nicaragua. Le sigue "El Tribunal Constitucional y la cláusula constitucional del Estado regulador" (Eduardo Jorge Prats, República Dominicana), en el que se explora uno de los aspectos más descuidados del control constitucional: el Estado regulador. El autor construye un verdadero catálogo sobre el Estado regulador y da cuenta de algunas sentencias del Tribunal Constitucional de su país. Enseguida se encuentra el trabajo titulado "La potestad sancionadora del Estado y la doctrina de la convencionalidad en sede administrativa" (Eduardo J. Mitre Guerra, Panamá), que está dedicado a analizar en fundamento constitucional de la actividad administrativa sancionadora en Panamá. Finalmente, presentamos "El modelo del Estado y el Control Constitucional de Nicaragua como garante de los Derechos humanos" (Edwin Castro Rivera y Sergio J. Cuarezma Terán, Nicaragua), en el que los autores se adentran al sistema de control constitucional nicaragüense, para mostrar al lector un rico y detallado panorama del mismo.

El lector tiene, pues, la mesa servida para encontrar distintos enfoques para los mismos problemas, y diferentes problemas tratados con los mismos enfoques. Uno de los propósitos de este Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es, precisamente, promover la deliberación sobre temas que pivotan en los contornos del fenómeno constitucional, sin constreñir el ejercicio analítico a un solo lugar. En este caso, España, Nicaragua, Panamá, México, República Dominicana y Argentina están siendo representados por algunos autores dedicados a pensar críticamente sobre lo que sucede en sus países y los desafíos actuales que enfrenta el Estado constitucional. Sirva este esfuerzo editorial para poner al alcance de los interesados estos contrastes.

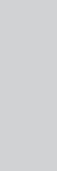
El Estado constitucional de Derecho es un ideal regulativo, y depende de varios factores que van más allá de lo meramente jurídico. Hoy en día son pocos los que tienen dudas acerca de que el control de convencionalidad podría ser un factor

a favor de aquel ideal. Con todo, sería ingenuo pensar que ese tipo de control es algo parecido a "la pieza que faltaba" para acelerar el proceso de cambio y alcanzar, decididamente, el anhelado Estado constitucional de Derecho. Somos conscientes de que los vectores jurídicos (una mejor y más equitativa regulación) de poco sirven, si los vectores de la política, la economía, la cultura judicial, la educación, la administración, las políticas públicas, etcétera, no tiran en el mismo sentido.

Ciudad de México, verano de 2018.

# Primera parte

## Teorizando el constitucionalismo





## Los constitucionalistas y el cambio constitucional

Diego Valadés\*

**E**l derecho constitucional forma parte de las ciencias de la cultura y las constituciones guardan una relación simbiótica con su entorno.

La cultura mediterránea se transformó en cultura atlántica desde el siglo XVI. El nuevo mundo que surgió entonces no fue sólo nuestro continente, sino algo más amplio y complejo que podemos identificar como Euroamérica, porque también el viejo continente experimentó profundos cambios en su política, en su economía, en sus instituciones jurídicas y hasta en su vida cotidiana.

El constitucionalismo moderno se fue fraguando en ambas orillas del Atlántico, y si bien aquí fueron acogidas las ideas y los ideales de la Ilustración y de la

---

\* Miembro del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, de El Colegio Nacional, de El Colegio de Sinaloa, de la Academia Mexicana de la Lengua; Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

Revolución, las experiencias americanas también encontraron proyección en tierra europea. El mejor símbolo de esa interacción quedó plasmado en la Constitución gaditana de 1812, cuyos autores procedían de todos los cantos del mundo hispánico; además, ellos mismos estaban familiarizados con las culturas políticas inglesa y francesa.

El *Contrato social*, publicado en 1763, ya era bien conocido en este hemisferio apenas dos décadas más tarde, gracias a su publicación en español (en Londres) merced al interés de intelectuales iberoamericanos. Entre los nacidos en estas tierras que se inspiraron en las tesis del ginebrino figuraron intelectuales como el argentino Manuel Belgrano, el boliviano Matías Terrazas y el peruano Pablo de Olavide. A ellos se sumaron los revolucionarios ilustrados como José Artigas, Simón Bolívar, Miguel Hidalgo, Antonio Nariño y tantos más a quienes debemos nuestras primeras experiencias constitucionales.

Germán Arciniegas, una de las cumbres literarias de nuestra América, interpretó el fresco pintado por Rafael en el Vaticano, *La Escuela de Atenas*, para concluir que el gran renacentista plasmó allí "el primer debate sobre el Nuevo Mundo".<sup>1</sup> La argumentación es convincente. En 1507, como reconocimiento a la proeza náutica y a la información de Américo Vespucio, el cosmógrafo alemán Martin Waldseemüller, publicó en Francia su *Universalis Cosmographia*, y allí apareció por vez primera el nombre del continente.

Arciniegas alude a que en el fresco de Rafael sólo figuran dos palabras escritas: *Timeo*, "en el lomo del libro que tiene bajo su brazo Platón", y *Ética*, "en manos de Aristóteles". *Timeo*, nos recuerda, es el diálogo en el que se menciona a Atlántida. La *Ética*, es posible agregar, examina los efectos de la solidaridad y del respeto incluidos en el concepto general de amistad que tanto interesó a Aristóteles. Además, agrega el erudito colombiano, Ptolomeo muestra la esfera terráquea que incluye el *Mundus Novus* de Vespucio.

---

<sup>1</sup> Germán Arciniegas, *América es otra cosa*, Círculo de Lectores, Bogotá 1992, p. 177.



Difícil ha sido la edificación del orden constitucional en nuestro hemisferio. Empero, esa actividad también ha sido portadora de un especial sentido de esperanza. La nuestra es una ciencia que registra las regularidades del acontecer individual y colectivo, nacional e internacional, y si observamos los datos que a su vez ofrece la normalidad, podremos identificar aspectos en que la norma resulta deficiente, insuficiente o disfuncional. Esto no implica que sólo el método sociológico nos permita conocer el sentido y el contenido de un ordenamiento; lo que me interesa subrayar es que con las herramientas empíricas podemos precisar, incluso mensurar, algunos fenómenos que requieren atención desde la perspectiva del diseño institucional.

Asumiendo el riesgo que implican las generalizaciones, porque con frecuencia conducen a inexactitudes o a simplificaciones, puede decirse que en amplio catálogo de problemas que corresponde atender a los constitucionalistas, sobresalen tres fundamentales, con diferentes grados de relevancia en los sistemas constitucionales a los que cada uno pertenezca. Estas tres cuestiones son la política, la jurídica y la social.

La *cuestión política* concierne a las libertades individuales y sociales, y a las responsabilidades públicas. En cuanto a las primeras, todos los sistemas constitucionales ofrecen respuestas, sólo que a veces con un carácter más nominal que normativo. Por otra parte, las libertades de tránsito, de comercio y aún de expresión se ven restringidas cuando sobrevienen fenómenos extendidos de inseguridad. La violencia afecta la integridad física y patrimonial de los gobernados en perjuicio de la calidad de la democracia. Otro tanto sucede cuando el acceso al poder tiende a ser limitado por razones de riqueza o por las redes de intereses familiares, mediáticos o económicos, como ocurre en varias democracias, incluidas las del ámbito iberoamericano. No menos preocupante es la reaparición de perseguidos y de presos por razones políticas en algunos países del área. Son prácticas que ya se consideraban superadas en nuestros sistemas.

En lo que atañe a las responsabilidades de los gobernantes, muchos diseños institucionales conservan todavía lagunas sistémicas que propician la concentración

del poder. Este fenómeno trae su propia cauda de consecuencias, entre ellas la discrecionalidad, la arbitrariedad y la corrupción, que inciden negativamente en la gobernabilidad democrática.

La *cuestión jurídica* está relacionada con la asimetría de derechos en el ordenamiento interno, incluido el de fuente internacional. En este elenco se sitúan los derechos sexuales y reproductivos; el respeto por la autonomía de la persona y por su dignidad, y la laicidad de las instituciones. El laicismo es inviable donde las normas morales que pueden adoptar las personas conforme a su libertad de profesar una fe, sean consideradas como reglas coercitivas para ellas mismas y para quienes tienen otras creencias o no tienen ninguna.

El Estado laico no debe sancionar las normas morales que corresponden al ámbito de las creencias religiosas, así sean las que profese la mayoría de los habitantes. La fusión entre la norma moral y la norma jurídica es típica de los sistemas confesionales, como la integración en un mismo conjunto de las normas jurídicas y de las convicciones políticas lo es de los sistemas totalitarios. Aunque ya se superó la expresión más radical de confesionalidad que caracterizó al constitucionalismo latinoamericano del siglo XIX, quedan residuos que no han podido ser superados.

Subsisten temas propios del laicismo que todavía no encuentran respuesta en el constitucionalismo contemporáneo y que tampoco forman parte de la normativa de fuente internacional. En los Estados nacionales del área tales asuntos son objeto de regulaciones contrastantes, y a veces eso sucede hasta en el ámbito de un mismo país.<sup>2</sup> Semejantes contradicciones ponen en entredicho el principio de igualdad ante la ley, pese a que desde hace por lo menos un par de siglos son objeto del debate constitucional en nuestro hemisferio.

---

<sup>2</sup> En México, por ejemplo, las mismas conductas que en el Distrito Federal [hoy Ciudad de México] forman parte de los derechos reproductivos de las mujeres, en el resto del país son castigadas como delito, en algunos casos con una gravedad extrema que las equipara al homicidio calificado.

El progresivo empequeñecimiento del Estado ha tenido, entre sus múltiples efectos, el diferimiento de numerosas expectativas vinculadas con el Estado de derecho y el acceso a la justicia. La solución de los conflictos a través de medios jurisdiccionales exige una mínima capacidad litigiosa de la que no dispone buena parte de los justiciables y que con frecuencia los lleva a caer en las redes de la abogacía mal entendida. Así sucede en los diferendos laborales, por ejemplo, pero también encontramos numerosos casos en los que el justiciable carece de los medios para demandar justicia administrativa, civil y comercial. La marginación procesal genera una modalidad de desigualdad que suele pasar inadvertida.

La *cuestión social* es medida a través del bienestar colectivo, de los niveles de equidad e incluso de la felicidad. Aquí es donde se presentan los mayores desafíos porque la inequidad prevaleciente en la región muestra uno de nuestros mayores rezagos. La baja calidad de la vida política y de la democracia, los exigüos niveles de la vida jurídica y los agudos cuadros de pobreza presentes en casi toda América Latina, ofrecen un panorama de tribulaciones que es indispensable e inaplazable superar.

Las cuestiones social, jurídica y política, tienen que ser atendidas no por su potencial explosividad, sino porque es nuestro deber. Los excesos del poder y las carencias de la sociedad no necesariamente conducen a desbordamientos colectivos; pero esto es irrelevante. Las tres cuestiones no son objeto de estudio por motivos de oportunidad sino porque la racionalidad del constitucionalismo democrático obliga a aportar remedios a los déficits observados, que se siguen acumulando.

Las soluciones de hoy podrían dar origen a nuevos desafíos mañana porque las instituciones no son perfectas ni los remedios, eternos. Cada vez que damos un paso adelante tenemos que estar conscientes de que pueden surgir demandas supervenientes. Nuestros problemas anteriores se cifraban en alcanzar lo elemental: gobiernos civiles, elecciones libres, respeto por los derechos fundamentales. Ahora planteamos las necesidades propias del constitucionalismo avanzado:

las garantías jurídicas y políticas que hagan converger la norma y la normalidad en el marco de la democracia.

Cuando el Estado nacional era una quimera, bastaba con prometer para el futuro una condición mejor; pero el futuro ya llegó para todos y trajo apenas porciones desiguales de lo ofrecido. Con todo, no es esto lo que importa; de ninguna manera podemos extraviarnos indagando culpas pretéritas. Los constitucionalistas, máxime si nos interesamos por los diseños institucionales, debemos ver el pasado como un laboratorio que nos permite aprender de los fracasos, que hay que reconocer, y de los aciertos, que no podemos ignorar. Ni derrotismo ni complacencia: análisis y responsabilidad científica, y más compromiso social, son los ejes de nuestra labor.

El constitucionalismo democrático es portador de esperanza porque procura soluciones viables para problemas reales. Ahí reside su razonabilidad. Cuidando de no caer en el escepticismo de que nada se puede lograr más allá de lo hasta ahora conseguido, ni en el espejismo normativo que a veces atribuye a las reglas del derecho posibilidades taumatúrgicas que inducen al engaño.

Los constitucionalistas somos sujetos públicos porque lo nuestro es estudiar los ordenamientos y promover su mejora. Lo que no podemos hacer es entrar en el torbellino del oportunismo y prestarnos a servir a quienes manipulan el derecho para obtener ventajas en la coyuntura política, adoptando normas a sabiendas de su inviabilidad técnica y, muchas veces, también económica. Es común que las expresiones normativas grandilocuentes pretendan distraer a la sociedad, pero sus autores no ignoran que una parte crecida de los compromisos jurídicos que adquieren no tienen posibilidades reales de ser financiadas.

Las disposiciones constitucionales que establecen derechos de prestación a favor de la comunidad no suelen basarse en los estudios de impacto financiero que determinen su impacto en económico. Esta omisión genera un activismo constitucional irresponsable que tiene saturadas las cartas fundamentales con normas llamadas a no ser cumplidas. Esta forma de construir las constituciones

favorece la demagogia política en la medida en que los ofrecimientos sólo tienen por límite la imaginación de los dirigentes; también propicia el escepticismo del gobernado, porque se habitúa a ver que las reformas quedan sólo en expresiones sin efectos tangibles.

Este activismo constitucional tiene diversas manifestaciones. Por ejemplo, David Landau identifica como "constitucionalismo abusivo" la tendencia de enmascarar propósitos de carácter autoritario bajo la apariencia de las reglas constitucionales. "El constitucionalismo abusivo debe definirse como el uso de mecanismos de cambio constitucional en aras de hacer a un Estado significativamente menos democrático de lo que era con anterioridad".<sup>3</sup>

Considero que, además de la intención directa a la que alude Landau, la afectación del orden democrático también puede proceder del desconocimiento de las interacciones negativas entre las instituciones incorporadas en el ordenamiento. Por ejemplo, los instrumentos de consulta directa a la ciudadanía tienen la apariencia de vehículos de la democracia; empero está demostrado que su funcionamiento depende del contexto. En Suiza los plebiscitos son una expresión de la democracia, pero en España lo fueron de la dictadura de Francisco Franco. Incluso en un mismo contexto los efectos de las mismas instituciones pueden ser diferentes. Por ejemplo, en Estados Unidos se practica intensamente el referéndum en los ámbitos locales pero no se ha aplicado nunca en el federal, para preservar la funcionalidad del sistema representativo.

Todo experto en diseños constitucionales debe conocer los pros y los contras de cada institución, pero sucede que las constituciones no siempre son elaboradas o reformadas con el concurso de esos expertos, o que a veces los llamados expertos no lo son tanto. Esto, en adición al error humano o a la carencia de instrumentos adecuados de análisis o de medición empírica del impacto normativo, conduce a que en ocasiones haya propósitos genuinos de favorecer la democracia

---

<sup>3</sup> David Landau, *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, pp. 25 y ss.

pero con resultados inversos a esos objetivos. En otras palabras, además del *constitucionalismo abusivo*, que resulta de una decisión deliberadamente adversa al constitucionalismo democrático, también hay un *constitucionalismo irresponsable*, que no contempla con rigor los potenciales efectos negativos para el ordenamiento.

Otra salvedad consiste en que no todas las acciones englobadas en ese *constitucionalismo abusivo* tienen que corresponder por necesidad al propósito de desmontar un sistema democrático previo. También pueden darse ese fenómeno y el del *constitucionalismo irresponsable* cuando se pretende salir de una situación autoritaria, pero en lugar de un cambio democrático real sólo se adoptan ficciones para perpetuar la condición preexistente.

La *nomogogia*<sup>4</sup> es la manipulación de la norma para satisfacer intereses coyunturales y en perjuicio del sistema constitucional. La *nomogogia* de los juristas es más nociva que la demagogia de los políticos, porque la hacen expertos vinculados por el juramento profesional de servir con lealtad a la comunidad. Los políticos irresponsables crean ilusiones para obtener votos. Esto es dañoso para las sociedades pues las hace perder confianza en la política; pero los juristas irresponsables forjan contradicciones y fantasías, y esto hace que una sociedad pierda confianza en sí misma al considerarse impotente para una vida de relación justa, equitativa y libre, basada en principios y en reglas razonables.

En materia de diseño constitucional el proceso más remoto, mejor documentado, fue el que condujo a la elaboración de la Ley de las Doce Tablas. Hace más de veinticinco siglos se expresó un poder constituyente en el que la norma resultó del consenso. El relato histórico de Tito Livio<sup>5</sup> permite advertir que para elaborar esa Ley se aplicaron las pautas que ahora identificamos como propias de la deliberación, la negociación y el acuerdo.

<sup>4</sup> Este neologismo está basado en *nomos*, norma, y *agogé*, conducción.

<sup>5</sup> *La fundación de Roma*, Libro III, pp. 33-35.

Para los plebeyos era esencial contar con normas escritas sustitutivas de las *mores maiorum* (costumbres de los ancestros), que los ponían en desventaja. La aceptación por parte de los patricios estuvo acompañada por la inclusión de las dos últimas leyes, que Cicerón descalificó por su iniquidad, en especial por la "inhumana" prohibición de matrimonio entre plebeyos y patricios, que luego fue "abolida por el plebiscito de Canuleyo".<sup>6</sup>

Muchos autores contemporáneos consideran esa ley como una auténtica Constitución en tanto que por siglos fue el referente para el orden normativo en Roma. Pero no sólo tuvo el carácter de una norma suprema por la aceptación de su primacía; también lo fue porque formó parte de la cultura y, como tal, se le hizo objeto de adhesión espontánea por parte de la población. Cuatro siglos después de su adopción Cicerón le recordaba a su hermano Quinto cómo siendo niños tenían que memorizar esa ley, igual que lo hacía el resto de la población.<sup>7</sup>

Esa etapa germinal del diseño constitucional corresponde a la idea clásica, grecolatina, en el sentido de que las formas de gobierno están sujetas a transformaciones naturales, *metabolei*, como les llamaba Platón,<sup>8</sup> o a ciclos, *politeion anakyklosis*, a los que aludía Polibio.<sup>9</sup> Esta idea estuvo presente en el Renacimiento, por ejemplo en Maquiavelo,<sup>10</sup> pero registró un giro pronunciado a partir de las tesis contractuales de Thomas Hobbes, John Locke y, sobre todo, de Jean Jacques Rousseau. La norma constitucional dejó de entenderse como un episodio natural o como la fase de un proceso circular, y pasó a ser el producto de una decisión reformadora específica.

El diseño constitucional moderno se basó en los grandes constructos de la soberanía popular, consecuencia del contrato social originario, y de la separación de

<sup>6</sup> *La República*, Libro II, p. 37.

<sup>7</sup> *De las leyes*, Libro II, iii, 9, y II, xxiii, p. 59.

<sup>8</sup> Platón, *Diálogos VI. República*, Editorial Gredos, Madrid, libro VIII, iii, 1986, p. 546.

<sup>9</sup> Platón, *Diálogos VI. República*, Editorial Gredos, Madrid, *Historias*, libro VI, 9, (10).

<sup>10</sup> Cfr. Nicolás Maquiavelo, *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*, Libro I, 2, e *Il Principe*, cap. IX.

poderes, respuesta racional al absolutismo que proponía distribuir el poder sin retornar a los procedimientos atomizadores del feudalismo.

El siglo XX abrió otros horizontes al diseño constitucional. El concepto de lucha de clases, de Karl Marx y Friedrich Engels, y el teorizado por Carl Schmitt, basado en la tensión amigo-enemigo<sup>11</sup> marcaron una forma de diseñar instituciones en esa centuria. Schmitt reconoció la afinidad entre ambos modelos, en especial a través de la doctrina leninista de la lucha partisana elaborada por V. I. Lenin, a cuyos apuntes *Tetradka* calificó como uno de los documentos "más grandiosos de la historia universal y de la historia de las ideas".<sup>12</sup> Se trata de un comentario a la obra de Carl von Clausewitz, *De la guerra*, cuya tesis central, "la guerra es la continuación de la política, por otros medios", fue el eje de las reflexiones leninianas y de las schmittianas.

Lenin sintetizaba su idea de cómo elaborar una constitución diciendo: "Todo intento, directo o indirecto, de plantear la cuestión de la Asamblea Constituyente desde un punto de vista jurídico formal, en los marcos de la democracia burguesa corriente, sin tener en cuenta la lucha de clases y la guerra civil, es una traición a la causa del proletariado y la adopción del punto de vista de la burguesía".<sup>13</sup>

La coincidencia de Marx, Engels, Lenin y Schmitt, encuentra un precedente lejano, probablemente conocido por los cuatro: el fragmento 53 de Heráclito, conforme al cual "Pólemos [el conflicto bélico] es el padre de todas las cosas".<sup>14</sup> El fragmento 80 ratifica la idea: "la guerra es común [a todos los seres], y la justicia es discordia". Este mismo fragmento agrega otra idea: "todas las cosas se engendran

<sup>11</sup> Cfr. Carl Schmitt, *El concepto de lo político*, Editorial Struhart & Cía., Buenos Aires, 1984, pp. 37 y ss.

<sup>12</sup> Cfr. Carl Schmitt, "Teoría del partisano", en *El concepto de lo político, op. cit.*, pp. 153 y ss. El texto de Lenin está traducido al español: "La obra de Clausewitz *De la Guerra*. Extractos y acotaciones", en Vladimir Ilich Lenin, *et al.*, *Clausewitz en el pensamiento marxista*, Cuadernos de Pasado y Presente, México, 1989, pp. 49 y ss.

<sup>13</sup> Lenin, V. I., "Tesis sobre la Asamblea Constituyente", en *Obras escogidas*, Progreso, Moscú, 1960, t. II, p. 541.

<sup>14</sup> Cfr. Rodolfo Mondolfo, *Heráclito, textos y problemas para su interpretación*, Siglo XXI, México, 1966, pp. 37 y 140 y ss.



por discordia y necesidad".<sup>15</sup> No es la ocasión para exponer los múltiples puntos de vista expresados en torno a ese par de fragmentos, pero sí es la oportunidad para subrayar que esta forma de ver y de entender la construcción constitucional ha estado presente en los procesos constituyentes contemporáneos.

Con otras herramientas analíticas, Michel Foucault retomó la tesis de Clausewitz, y la invirtió, de suerte que para él no es la guerra la continuación de la política, sino que es ésta, la política, la que continúa la guerra por otros medios.<sup>16</sup>

Este es, ahora, nuestro tema y nuestro problema. ¿El diseño de las constituciones obedece a un afán estratégico para mantener a raya al adversario? ¿Le damos la razón a Schmitt cuando asegura que "enemigo es una totalidad de hombres situada frente a otra análoga que lucha por su existencia"?<sup>17</sup>

No propongo una respuesta basada en criterios morales ni ideológicos; sugiero que aceptemos que por largo tiempo hubo pulsiones agonistas cuando la norma constitucional se construyó lo mismo para conservar privilegios que para generar reivindicaciones de clase; para afirmar o para negar dogmas religiosos; para imponer o para eximir de cargas fiscales; para asegurar la dominación por parte de un grupo, de un partido, de una corporación, de una familia o de una persona. La lista puede continuar y, en efecto, encontraremos que desde la Carta Magna, ochocientos años atrás, hasta muy cerca de nosotros, tal vez nosotros incluidos, hemos incurrido en la trama del constitucionalismo del enemigo.

Consciente o inconscientemente pudimos haber incidido en el patrón heraclíteo que tan larga escuela ha generado. No creo en las reversiones voluntaristas ni en las transformaciones metafísicas de la conducta. Considero que lo importante, ante todo, es advertir que en nuestro tiempo construimos las instituciones constitucionales para evitar los conflictos, no para perpetuarlos, pero si la razón

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 40.

<sup>16</sup> Michel Foucault, *Il faut défendre la société*, Gallimard, París, 1977, pp. 16 y ss.

<sup>17</sup> Carl Schmitt, *El concepto de lo político*, *op. cit.*, p. 39.

dialéctica nos impusiera desarrollarlas conforme al principio del *pólemos*, tengamos cuidado al menos en no equivocarnos de enemigo.

Los opuestos, en el constitucionalismo del porvenir, no deben ser los individuos, ni los grupos, ni siquiera las clases sociales; los opuestos se sitúan en el ámbito de los principios en estos pares de antinomias: el poder autónomo y arbitrario, contra el poder regulado y controlado; el ejercicio corrompido y corruptor del poder, opuesto a su desempeño razonable y responsable; la concentración frente la compartición del poder; el acaparamiento o la distribución de la riqueza nacional; la exclusión contra el acceso a la justicia; la asimetría contra la equidad social.

Si trasladamos los opuestos dialécticos que parecen guiar las decisiones políticas para dar lugar a la construcción de instituciones, hagámoslo sustituyendo las luchas hegemónicas de intereses por las diferencias democráticas y de principios. Cuando se diseñan constituciones debe verse el avance de los principios compartidos, no las ventajas de los agentes que toman la decisión.

Los constitucionalistas tenemos una grave responsabilidad para con nuestras comunidades; responsabilidad que no nos permite mentir y que tampoco nos autoriza a procrastinar el compromiso y la necesidad de soluciones razonables para las cuestiones pendientes.

La cuestión política y la cuestión jurídica cuentan con instrumentos bien explorados; lo único que conviene tener presente en todo momento es que las instituciones no se comportan de la misma forma en diferentes entornos culturales, como ha enfatizado Peter Häberle, y que un mal ensamble de instituciones diversas puede ocasionar que entre ellas se desencadenen interacciones negativas que hagan disfuncionales, cuando no contraproducentes, a instituciones que en otros espacios o conforme a otros diseños ofrecen resultados positivos.

Si se procede con cautela, se harán diseños exitosos siempre que se busque la armonización de las instituciones ente sí, y que se asuma el entorno como una

externalidad que puede propender a acentuar, condicionar o incluso inhibir los efectos de las normas.

El diseño de las instituciones aptas para atender la cuestión social presenta dificultades añadidas porque intervienen factores ideológicos y emocionales, e intereses crematísticos, que dificultan las decisiones racionales. Además, los agentes externos, que operan en la dimensión global de la economía, de las finanzas, del derecho y de la política, no suelen ingerirse en las soluciones vernáculas de la cuestión política; formulan exigencias por cuanto hace a la jurídica que, a veces, también aprovechan a la comunidad local, pero plantan resistencias críticas en lo conducente a la cuestión social.

Para esos influyentes agentes de la globalidad las instituciones de bienestar suponen costes que prefieren evitar. Cuando no lo consiguen en un mercado nacional de trabajo, presionan amenazando con emigrar a otro que les resulte más amigable. A estos intereses se suelen adherir las élites locales, a las que también les resultan ventajas competitivas cuando el universo de las prestaciones sociales se mantiene reducido.

Aquí es donde interviene el constitucionalismo democrático. Aunque el derecho es un conjunto de palabras con poder y su construcción sintáctica es una de las claves para entenderlo, en el caso de las instituciones la combinación de normas de significado opuesto no produce un nuevo sentido, como ocurre en la retórica con el oxímoron; en el caso del derecho y de las instituciones lo que se produce en semejantes casos son aporías que hacen inviables los sistemas normativos elaborados a partir de instituciones contradictorias.

Aun cuando las constituciones contengan enunciados normativos radicales por su contenido social, si el sistema, como un conjunto de instituciones, no obedece a la misma racionalidad, la preceptiva deviene en narrativa.

En todos los sistemas hay tareas por hacer. No hay ninguno que pueda considerarse último y perfecto. En nuestro caso, el constitucionalismo iberoamericano,

en especial el de este lado del Atlántico, tiene sus propios pendientes. Los que mayor urgencia plantean, hasta por razones humanitarias, son los concernidos con la equidad. Millones de personas en nuestro hemisferio están al margen del bienestar y del acceso a la vida institucional. Situados en los mínimos de subsistencia, su presencia exhibe las carencias de los sistemas político-constitucionales. En este y en otros temas se corre el riesgo de incurrir en generalidades discursivas que producen efectos de opinión pública pero que no modifican la realidad. Los constitucionalistas tenemos, en cambio, una responsabilidad con los principios y con la verdad; nuestra labor es contribuir a identificar los objetivos y los medios jurídicos para alcanzarlos.

Uno, el más apremiante, es auspiciar la distribución de la riqueza. Las condiciones de inequidad son extremas. No debe confundirse la paciencia de una mayoría sometida a condiciones de hambre, con la indiferencia. Los remedios tienen que ser adoptados no para evitar potenciales explosiones sociales sino porque es lo que se debe, si somos consecuentes con las convicciones que proclamamos.

La calidad de las constituciones tiene que ver con la calidad de la democracia, con la calidad de la justicia y con la calidad de la vida social. En buena medida tiene que ver con la calidad profesional y humana de nosotros los constitucionalistas.

## Fuentes

ARCINIEGAS, Germán, *América es otra cosa*, Círculo de Lectores, Bogotá, 1992.

FOCAULT, Michel, *Il faut défendre la société*, Gallimard, París, 1977.

LANDAU, David, *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.

LENIN, Vladímir Ilich *et al.*, *Clausewitz en el pensamiento marxista*, Cuadernos de Pasado y Presente, México, 1989.

MAQUIAVELO, Nicolás, *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*, Libro I, 2, e *Il Principe*.

MONDOLFO, Rodolfo, *Heráclito, textos y problemas para su interpretación*, Siglo XXI, México, 1966.

PLATÓN, *Diálogos VI. República*, Editorial Gredos, Madrid, 1986.

SCHMITT, Carl, *El concepto de lo político*, Editorial Struhart & Cía., Buenos Aires, 1984.



## ¿Un constitucionalismo débil en modelos de revisión judicial fuerte?

Algunos argumentos en defensa de la presunción  
fuerte en favor de la constitucionalidad de las leyes  
y algunos límites inherentes a la misma

Jorge Sendra Moll\*

### 1.

Nuestros marcos constitucionales contemporáneos se traducen en la siguiente arquitectura institucional básica:

El poder normativo del legislador democrático se encuentra sujeto a *límites materiales* cuyo contenido puede ser de lo más diverso, aunque, de entre los mismos, el más importante viene representando por los derechos y libertades fundamentales.

---

\* Investigador de la Càtedra de Cultura Jurídica de la Universitat de Girona, España. Quiero manifestar mi expreso agradecimiento por los comentarios y críticas recibidos a Ángeles Ródenas, Victoria Roca, Juan Ruíz Manero e Ilesse Torres, gracias a los cuales he podido corregir errores y falencias presentes en los primeros borradores de este trabajo.

Adicionalmente, con la intención que no se malogre este fin primordial de limitar y orientar la actividad del legislador democrático, se añaden otros dos elementos:

La *rigidez constitucional*, que no es sino, en principio, la previsión de un procedimiento de reforma constitucional más complejo que el procedimiento legislativo ordinario.<sup>1</sup>

El *control judicial de constitucionalidad de la ley*, observado en la práctica como garantía necesaria (aunque conceptualmente independiente) de la primacía constitucional sobre la ley.<sup>2</sup>

Contra esta arquitectura institucional es que se dirige la objeción contra-mayoritaria (en adelante OCM). En concreto, esta objeción se ha centrado de manera principal en cuestionar la legitimidad del control judicial de constitucionalidad. Sin embargo, también puede afirmarse, sin género de duda, que dicha objeción adquiere sentido cuando de plano se entiende que no existe carta de legitimidad para la consagración constitucional y rígida de determinadas materias que queden sustraídas a la decisión democrática. Así, la OCM puede plantearse en relación con:<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Cfr. Víctor Ferreres C., "Una defensa de la rigidez constitucional", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, pp. 29-47. En todo caso, cabe tener en consideración, como nos recuerda Laporta, que la rigidez constitucional supone una propiedad graduable, pues cuanto más fuertes sean las exigencias que se estipulen para la reforma constitucional más rígida será (pudiendo llegar a prohibirse cualquier reforma), y cuanto menos fuertes sean las exigencias que se estipulen menos rígida será (siendo su extremo el que los procedimientos de reforma constitucional no supongan ninguna agravación respecto de los procedimientos legislativos ordinarios, en cuyo caso hablaremos de Constituciones flexibles). Del mismo modo, supone una propiedad relativa, pues la rigidez puede (suele) ser diferente para las distintas partes de una misma Constitución. Véase Francisco Javier Laporta, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid, 2007.

<sup>2</sup> Juan Carlos Bayón, "Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo", en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Trotta, Madrid, 2010, p. 288.

<sup>3</sup> Sebastián Linares, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 46.



- La existencia de una "esfera de lo indecible"<sup>4</sup> o de un "coto vedado"<sup>5</sup> o fuertemente restringido frente a la deliberación y decisión democráticas.<sup>6</sup>
- La existencia de una jurisdicción constitucional (u ordinaria con capacidad de imponer sus decisiones en materia constitucional) que se sitúe en un plano preferente frente al legislador democrático a la hora de interpretar la Constitución.

Ambas objeciones descansan en la duda acerca de qué razón tenemos para imponer límites externos a las mayorías políticas democráticas, pero pueden ser sostenidas conjuntamente o de manera independiente. Esto implica —tal y como señala, por ejemplo, Salazar Ugarte—<sup>7</sup> que los autores que sostienen la

<sup>4</sup> En "Los derechos fundamentales", de Luigi Ferrajoli (en *El fundamento de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001), puede radicarse el origen de esta fórmula que ha continuado siendo utilizada recientemente por el autor, por ejemplo en Luigi Ferrajoli, "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2011, pp. 15-53; *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Trotta, Madrid, 2011; *Principia Juris. 1. Teoría del Derecho*, Tomo 1 y 2, Trotta, Madrid, 2011. "El constitucionalismo entre principios y reglas", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 35, 2012, pp. 791-817; *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Trotta, Madrid, 2014.

<sup>5</sup> En un escrito titulado "Para ir terminando", incluido en Manuel Atienza, *El Derecho como argumentación*, (Fontamara, México, 2003 p. 43), escribe Garzón Valdés: "Hace ya muchos años que vengo insistiendo en la necesidad conceptual de incluir en todo diseño democrático-representativo lo que suele llamar 'coto vedado', expresión tomada del título de una obra de J. Goytisolo, compañero de mis años madrileños a comienzos de los cincuenta del siglo pasado. Al recurrir a esta expresión me pareció que no sólo introducía una referencia literaria en el vocabulario jurídico-político sino que, además, me servía adecuadamente para denotar un campo en el que debía estar prohibido el ingreso de la política".

<sup>6</sup> Esta objeción ha sido sostenida de manera "solitaria", aunque no siempre con argumentos independientes respecto de la cuestión relativa al control judicial de constitucionalidad. Así, por ejemplo, en el contexto de una reforma constitucional en profundidad para el Reino Unido y acerca de la propuesta de "crear" (recoger) un *Bill of Rights*, Jeremy Waldron manifestó sus críticas frente a este diseño institucional de la protección constitucional de los derechos en "A Right-Based Critique of Constitutional Rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, núm. 1, 1993pp. 18-65.

<sup>7</sup> Pedro Salazar Ugarte, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, UNAM-IIIJ-FCE, México, 2006, p. 31 y ss. Del mismo modo, como por ejemplo nos recuerda S. Linares, *La (i)legitimidad democrática...*, *op. cit.*, pp. 46-47, cabe tener en consideración que una Constitución rígida no necesariamente supone consagrar un sistema de revisión judicial (como sea el caso de Holanda), ni un sistema de revisión judicial presupone una Constitución rígida (como sea el caso de Israel). En consecuencia, el problema del coto vedado y las objeciones a la revisión judicial pueden ser perfectamente diferenciadas tanto analítica cuanto fácticamente. Creo que en este punto pueden traerse igualmente a colación las reflexiones de Carlos Santiago Nino, en *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, pp. 227-229 y *La Constitución de la democracia deliberativa*,

(o algún tipo de) OCM frente a nuestros modelos constitucionales pueden mantener posiciones muy diversas.

Centrándome de manera exclusiva en la OCM dirigida frente al hecho de que los Jueces tengan la última palabra en materia de interpretación constitucional, puede afirmarse que las circunstancias específicas, producto de las cuales aparece formulada la OCM, pueden sintetizarse en las tres siguientes:<sup>8</sup>

La *menor legitimidad democrática* del Juez constitucional. Así, según señala Waldron,<sup>9</sup> con independencia de que los Jueces o Magistrados encargados de la fiscalización de la ley hayan sido designados por instituciones democráticas,<sup>10</sup> tal y como sucede en la mayor parte de los países, si comparamos a los mismos en relación con el legislador, debemos concluir que la legitimidad democrática del legislador es claramente superior, desde un punto de vista democrático y tomando en consideración el principio de la igual dignidad política de todos los ciudadanos, dado que éstos no son elegidos directamente por los ciudadanos, dado que no rinden cuentas de su gestión<sup>11</sup> y dado que son nombrados por períodos muy amplios —o incluso de por vida—.

---

Gedisa, Barcelona, 1997, acerca del control judicial de constitucionalidad. Así, como por ejemplo sintetiza Claudina Orunesu en "Los límites de la objeción contramayoritaria al control judicial de constitucionalidad" (*Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 2, marzo-agosto 2012, pp. 31-48), según Nino, puede acontecer que la Constitución prohíba al legislador ordinario promulgar ciertas leyes, aunque no exista un cuerpo que esté autorizado a anular las leyes dictadas en violación de dicha prohibición. Y, a lo que aquí interesa, aun cuando se admitiera que cualquier obligación implica algún tipo de sanción o remedio, este no necesariamente tendría que ser el control judicial de constitucionalidad; esto es, el control judicial de constitucionalidad no sería una consecuencia lógica de asumir la supremacía de la Constitución, sino que, en todo caso, sería una característica contingente de diseño constitucional que adopte una determinada comunidad: la supremacía de la Constitución, en consecuencia, y según Nino, es compatible con diversos sistemas de control, los cuales no necesariamente tienen que tener naturaleza jurisdiccional.

<sup>8</sup> V. Ferreres, *Justicia constitucional y democracia*, op. cit., pp. 42-45; J. C. Bayón, "Democracia y derechos", art. cit.

<sup>9</sup> Cfr. Jeremy Waldron, "The Core of the Case against Judicial Review", *The Yale Law Journal*, núm. 115, 2006, pp. 1346-1406.

<sup>10</sup> Es decir, con independencia de que ostenten *legitimidad democrática de segundo grado*.

<sup>11</sup> Esto es lo que sostiene J. Waldron, ("The Core of the Case against...", art. cit.), sin embargo, en mi opinión, ello supone una constatación errónea o sesgada. Así, por citar un ejemplo, el Tribunal Constitucional español elabora con periodicidad anual una memoria o informe respecto de su actividad, con claros tintes justificativos y/o en un contexto de rendición de cuentas por sus labores. Por ello, plantear que los Jueces no están sujetos a la obligación de rendir cuentas, claramente, supone una distorsión de lo que

La retroalimentación de la *rigidez* de la Constitución. El legislador democrático no puede neutralizar fácilmente la decisión del Juez que declara inválida una ley, pues la Constitución sólo podrá ser reformada, en caso de que pueda,<sup>12</sup> por medio de procedimientos gravosos o enormemente gravosos.<sup>13</sup>

La *controvertibilidad interpretativa* de la Constitución. La interpretación de nuestros catálogos de derechos y libertades constitucionales, sostienen los valedores de la OCM, resulta problemática, no pacífica o muy difícil, dada la potencial indeterminación de su contenido; lo que produce lo que muchos han entendido como una "brecha interpretativa".<sup>14</sup>

---

acontece en la realidad. Puede que lo que Waldron quiere sostener es simplemente que la actuación de los Jueces no se encuentra sometida a una ratificación por vía electoral (en este sentido, véase por ejemplo Larry D. Kramer, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 274), pero ello dista mucho de afirmar que los Jueces no se encuentran sometidos al escrutinio y/o rendición de cuentas respecto de la opinión pública.

<sup>12</sup> Debe destacarse la existencia de ciertas constituciones que contienen cláusulas de intangibilidad respecto de algunas de sus partes, a título de ejemplo, pueden verse las constituciones de Alemania, Francia, Italia, Grecia, Portugal o Chipre.

<sup>13</sup> Véase Alfonso Ruíz Miguel, "Constitucionalismo y Democracia", *Isonomía*, núm. 21, 2004, pp. 51-85; Felipe Curcó Cobos, "Constitucionalismo y democracia: una revisión crítica del argumento epistémico", en *Isonomía*, núm. 44, 2016, pp. 63-97, o en palabras de Liborio L. Hierro, téngase en cuenta que: "la cuestión es que la democracia constitucional, a diferencia del llamado modelo de *Westminster*, implica la posibilidad de que los tribunales declaren la invalidez de una disposición legal por ser contraria a la Constitución (...) con lo que la mayoría parlamentaria queda, por así decirlo, maniatada por el carácter normativo de la Constitución. El problema es que este carácter normativo, así garantizado, se traduce, en realidad, no sólo y no tanto por estar limitado por lo que la Constitución dice, sino también en estar limitado por lo que los Jueces interpretan que la Constitución dice, y, al mismo tiempo, por la dificultad de reformar la Constitución, reforma que se hace inevitable no sólo en el supuesto de que la mayoría parlamentaria no esté de acuerdo con lo que la Constitución dice, sino en el supuesto de que simplemente no esté de acuerdo con lo que los Jueces interpretan que la Constitución dice", en Liborio L. Hierro, "Sobre la odisea constitucionalista de Luigi Ferrajoli", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2011, p. 160. En esta dirección, sostiene Marmor, que "entre más abstractamente formuladas y generales sean las disposiciones —constitucionales—, y más numerosos los derechos que enumera, mayor es el poder que los Jueces tienen para determinar el contenido real de la Constitución. Y por supuesto, el alcance del control de constitucionalidad está determinado considerablemente por la rigidez de la Constitución. Cuanto más difícil sea de enmendar la Constitución, más duradero es el poder de los Jueces para determinar su contenido", en Andrei Marmor, "¿Son legítimas las Constituciones?", en Jorge Luis Fabra Zamora y Leonardo García Jaramillo (coords.), *Filosofía del Derecho Constitucional. Cuestiones fundamentales*, UNAM-IJ, México, 2015, p. 42.

<sup>14</sup> Por citar a un autor relevante, puede decirse que la idea de que los Jueces constitucionales sólo hacen valer frente al legislador límites ya conocidos, determinados o preestablecidos, pasa por alto lo que Gargarella llama "brecha interpretativa", brecha que impide que la norma constitucional resuelva *ex ante* algunos de los problemas y desacuerdos que puedan surgir; en Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno*.

A partir de estos tres elementos pueden reconstruirse o dotarse de sentido los argumentos expuestos por citada objeción, y los mismos, a su vez, nos han de servir para poder medir la intensidad con la que puede presentarse la misma; pues, por ejemplo, puede decirse que la OCM podrá plantearse con mayor o menor fuerza en función del grado de rigidez constitucional ante el que nos encontremos<sup>15</sup> o de los mecanismos de selección de Jueces<sup>16</sup> (así como según la duración del mandato de los mismos); tomando en consideración, de manera adicional, que tampoco debe descuidarse toda otra serie de factores concurrentes que pueden calibrar, igualmente, su propia intensidad,<sup>17</sup> no siendo éste, sin embargo, el lugar oportuno para su examen.

Particularmente importante para sostener la OCM resulta el último de los elementos señalados: la controvertibilidad interpretativa que se asocia a las partes sustantivas de nuestras Constituciones.<sup>18</sup> Tal observación se sustenta sobre la

---

*Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Ariel, Barcelona, 1996, p. 59; véase F. Curcó Cobos, "Constitucionalismo y democracia, *op. cit.*

<sup>15</sup> Véase F. Laporta, *El imperio de la ley...*, *op. cit.*, pp. 224 y ss; V. Ferreres, "Una defensa de la rigidez constitucional", art. cit.; S. Linares, *La (i)legitimidad democrática del control...*, *op. cit.*, pp. 244-248.

<sup>16</sup> Por ejemplo, S. Linares, *La (i)legitimidad democrática del control...*, *op. cit.*, pp. 252-274; V. Ferreres, "Una defensa de la rigidez constitucional", art. cit., pp. 42-46, también expone "grados de intensidad" de la OCM en función de esta variante.

<sup>17</sup> Pues el peso de la misma variará en función de si el control judicial de constitucionalidad versa sobre leyes contemporáneas o no contemporáneas, de cuales sean los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad, de quienes sean los sujetos legitimados para presentar argumentos en favor de la ley impugnada, de las vías de acceso a la justicia constitucional, etc.; véase S. Linares, *La (i)legitimidad democrática del control...*, *op. cit.*, pp. 20-21.

<sup>18</sup> Si se observa con atención los elementos o circunstancias que llevan a muchos a plantear la OCM, puede decirse que la crítica frente a la menor (o ausente) legitimidad democrática del Juez constitucional se encuentra estrechamente vinculada, o es plenamente dependiente, de que se entienda o comparta la tesis de la indeterminación de nuestras constituciones. Y es que, con independencia de cuál sea el modo en el que se designa a nuestros Jueces constitucionales, si se entendiese que éstos aplican "mecánicamente" o "fiel y rectamente" la Constitución, no habría nada que criticar respecto de los mismos; sin embargo, se parte de una consideración distinta, como sea la de considerar que los Jueces, dada su potencial interminación, no aplican Constitución alguna sino que la "crean", esto es, que no desempeñan una genuina actividad cognoscitiva y/o aplicativa, sino creadora, de ahí que se cuestione que con dicha actividad puedan sustituir a la "voluntad popular". Así, como por ejemplo señala Orunesu, "el argumento de la dictadura de los Jueces postula que el control judicial de constitucionalidad sería incompatible con los ideales democráticos porque a través de la tarea interpretativa serían los Jueces los que establecerían el contenido y alcance de los derechos. (...) este argumento parece presuponer que los Jueces deciden discrecionalmente si una norma es o no compatible con la Constitución, y que las normas constitucionales de tutela de derechos fundamentales, por su formulación en términos considerablemente vagos, abstractos y con

tesis según la cual se produce, se da o existe una potencial indeterminación del contenido constitucional, al menos, en lo relativo al reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales. Pues bien, sosteniendo esta tesis es que algunos autores vienen a afirmar algo aproximado al "igual" *valor instrumental* de las decisiones en materia de interpretación constitucional llevadas a cabo tanto por nuestros Jueces cuanto por nuestros legisladores. Pues sí, en efecto, se parte de la consideración de que nuestras Constituciones en sus partes sustantivas suponen, en realidad, entidades *indeterminadas*, no nos queda otra opción que la consistente en comprender cómo ambos órganos tienen las mismas posibilidades de equivocarse y vulnerar nuestros derechos y libertades.<sup>19</sup> Incluso así, puede darse un paso más, afirmando igualmente la potencial indeterminación de nuestras constituciones en materia ius-fundamental. Algunos llegan a defender una suerte de mayor valor instrumental de la interpretación constitucional llevada a cabo por el legislador democrático, sobre el entendimiento básico de que aquellos procesos de decisión adoptados por los representantes democráticos ostentan un mayor *valor epistémico* (aunque esto, no obstante, requeriría de ulteriores matizaciones),<sup>20</sup> mayores credenciales de acierto, que las decisiones adoptadas por los Jueces en la soledad de sus despachos.<sup>21</sup> En todo caso, con

---

fuerte carga valorativa, no establecen por sí ninguna respuesta clara respecto de la constitucionalidad de una norma o acto, sino que en todos los casos ello dependería de la decisión discrecional de los Jueces. (...) esta afirmación parece comprometerse con la tesis de la indeterminación radical". C. Orunesu, "Los límites de la objeción contramayoritaria...", art. cit., pp. 37-38. En este sentido, véase también Luís Prieto Sanchís, "Constitución y Parlamento", *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm. 5, 2001, pp. 9-37. o J. C. Bayón, "Democracia y derechos...", art. cit.

<sup>19</sup> Lo que equivale a afirmar que ambos procedimientos o instituciones presentan un igual valor instrumental. Véase Mark V. Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton University Press, Princeton, 1999. Pero, con independencia de su igual valor instrumental, como por ejemplo expone Waldron, debe observarse que en caso de que nuestros representantes democráticos tomen una decisión "equivocada", y en tanto los mismos son electos y responsables de sus actos ante la ciudadanía, en primer lugar, los ciudadanos pueden "aliviarse" al entender que, pese a la equivocación de la decisión, en algún sentido la misma les pertenece y no ha sido impuesta "desde arriba" y, en segundo lugar, es en algún sentido reversible, dado que precisamente tales representantes han sido elegidos y son responsables ante la ciudadanía, por lo que el error sólo es "temporal". Estos caracteres, piensa Waldron, parecen no acompañar a los "errores judiciales". En Jeremy Waldron, *Derecho y desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 351.

<sup>20</sup> Nino vendría a sostener algo aproximado, siempre y cuando no se produzca una desviación radical respecto del procedimiento ideal de toma de decisiones por vía democrática. *Cfr.*, C. S. Nino, *Fundamentos de derecho constitucional*, op. cit.; y Carlos Santiago Nino, *La Constitución de la democracia deliberativa*, op. cit.

<sup>21</sup> Este argumento, sin embargo, resulta cuestionable en la manera en que viene a presentar la actividad o la forma en que los Jueces constitucionales alcanzan o toman sus decisiones en materia de interpretación

independencia de las consideraciones relativas a cuál sea su valor instrumental, lo que todos los autores que enarbolan la OCM vienen a sostener es que el procedimiento de adopción de decisiones sustanciado mediante los representantes democráticos ostenta comparativamente un mayor *valor intrínseco*,<sup>22</sup> dado que logra preservar, al menos en el mayor grado posible, el valor de la *igual dignidad* política de todos los ciudadanos, en definitiva, y simplificando las cosas, el ideal del *autogobierno colectivo*.

Este núcleo de argumentos (aunque viene a sostenerse desde diferentes combinaciones) sirve para sostener las demandas de la OCM en torno a un reclamo muy particular: resulta *ilegítimo* que los Jueces tengan la última palabra en relación a la Constitución. Ello, por cierto, no implica que la OCM deba, necesariamente, acompañarse de la defensa de modelos institucionales tipo *Westminster*, pues, no puede perderse de vista, como también puede sostenerse dicha objeción y, a la par, defender modelos institucionales que posibiliten una suerte de diálogo institucional entre los Jueces y el legislador, siempre y cuando, en todo caso, la "última palabra" (o la interpretación final) acerca de la Constitución no quede en mano de los mismos Jueces; ya sea afirmando que tales modelos suponen el óptimo a perseguir de manera dependiente<sup>23</sup> o independiente<sup>24</sup> a la situación contextual de cada sociedad. En síntesis, concluiré por ahora, lo que en última

---

constitucional. En este sentido, como Ferreres señala, esta visión acerca de los Jueces deliberando en la soledad de sus despachos no capta el grado de proximidad que habitualmente existe entre la deliberación pública, el debate parlamentario y la deliberación del tribunal. Víctor Ferreres, *Justicia constitucional y democracia*, op. cit., pp. 173-17. Es más, como se ha encargado de mostrar Owen Fiss, quizá puede decirse que los Jueces están en mejor posición para alcanzar decisiones correctas, respecto de la posición que ocupa el legislador, dado que ejercitan su poder en un contexto institucional en el que tan sólo pueden decidir tras haber participado en un diálogo caracterizado por los siguientes elementos: los Jueces están obligados a dar respuesta a todas las demandas que se les presentan (y solo a las demandas que se les presenten), es decir, no pueden controlar su agenda; los Jueces no pueden controlar totalmente el ámbito de personas a las que están obligados a escuchar, dada la existencia de reglas procesales que les obligan a escuchar a determinadas personas; los Jueces deben justificar sus decisiones, esto es, su deber es aducir razones que trasciendan sus propias preferencias personales, pues, no pueden dar respuesta o solución a un conflicto argumentado "prefiero que...". Cfr. Víctor Ferreres, *Justicia constitucional y democracia*, op. cit.; véase también Alon Harel, *Why Law Matters*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 192.

<sup>22</sup> Cfr., Juan Carlos Bayón, "Democracia y derechos...", art. cit.

<sup>23</sup> Por ejemplo, J. C. Bayón, "Democracia y derechos...", art. cit. Ésta parece ser también la tesis de J. Waldron en *Derecho y desacuerdos*, op. cit., o "The Core of the Case against Judicial Review", art. cit.

<sup>24</sup> Por ejemplo, Sebastián Linares, *La (i)legitimidad democrática del control...*, op. cit.

instancia plantea la adhesión a la OCM es una abierta ofensiva frente a lo que se considera una defensa cerrada de alguna suerte de "elitismo judicial" o de "híper-judicialismo" implícito al "neoconstitucionalismo",<sup>25</sup> sea lo que fuera lo que denota esta última etiqueta;<sup>26</sup> para decirlo en términos más precisos, frente al papel central y decisivo que se ha atribuido a los Jueces en nuestros sistemas de constitucionalismo fuerte o robusto.

Como se acaba de subrayar, no debe perderse de vista que el sostener la OCM no implica de manera necesaria estar en contra de la existencia de Jueces que velen por el cumplimiento de la Constitución. De hecho, cabe destacar que el debate actual acerca de la justicia constitucional ya no constituye un debate en abstracto sobre la legitimación "de principio" de los Jueces o Magistrados encargados del control constitucional (un debate sobre si "Jueces sí" o "Jueces no"), sino un debate sobre la justificación normativa de la justicia constitucional en el marco de un sistema democrático.<sup>27</sup> En particular, el debate actual opta entre lo que Tushnet ha denominado como el modelo de "revisión judicial fuerte" o el modelo de "revisión judicial débil".<sup>28</sup> Sintetizando el mismo con los términos más elementales, puede decirse que este debate gira en torno a la siguiente idea: si una vez que es asumida la necesaria, o por el momento no prescindible, presencia de algún órgano que controle la constitucionalidad de las leyes y, adicionalmente, asumiendo que el mismo debe tener naturaleza judicial o jurisdiccional,

<sup>25</sup> Por ejemplo Ana Micaela Alterio, "Constitucionalismo popular", *Eunomía. Revista en Cultura de la legalidad*, núm. 10, abril-noviembre 2016, pp. 158-165 o Roberto Niembro, "Una mirada al constitucionalismo popular", *Isonomía*, núm. 38, abril 2013.

<sup>26</sup> A título de ejemplo, Atienza ofrece un esclarecedor análisis o alegato en contra de la utilización del —confuso o erróneo— término "neoconstitucionalismo"; véase Manuel Atienza, "Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista", en Lorenzo Peña, Txetxu Ausín (coords.), *Conceptos y valores constitucionales*, Plaza y Valdés, Madrid, 2016, pp. 29-58.

<sup>27</sup> Cfr. Francisca Pou, "Justicia constitucional y protección de derechos en América Latina: el debate sobre la regionalización del activismo", en César Rodríguez Garavito (coord.), *El Derecho en América Latina*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2011, pp. 231-249.

<sup>28</sup> Cfr. Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*. Princeton University Press, Princeton, 2008 o "Revisión Judicial Dialógica", en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 14, núm. 2, 2013. Por su parte, Waldron también comparte la distinción entre control judicial fuerte y débil y, adicionalmente, sostiene que dicha distinción es diferente a la cuestión de una posible supremacía judicial. En Jeremy Waldron, *Political Political Theory*, Harvard University Press, Cambridge, 2016, pp. 159-160. En contra de esto último véase Donald E. Bello Hutt, "Against Judicial Supremacy in Constitutional Interpretation", *Revus* [Online] núm. 31, 2017.

debe o no contar a la par con la última palabra en cuanto a la interpretación de la Constitución; o si por el contrario, esta última palabra debe radicar en manos de nuestros representantes democráticos o en el global de la ciudadanía.

Apuntado lo anterior, en todo caso resulta muy fácil constatar que los sistemas de control judicial fuerte son el tipo de control constitucional que se ha popularizado en buena parte del mundo y el que parece encontrarse firmemente asentado, al menos, desde la tercera ola de democratización.<sup>29</sup> Así, aun cuando en contextos diferentes al nuestro se estén consolidando otras alternativas institucionales,<sup>30</sup> puede concluirse que este tipo de control ha ido ganando el centro de lo que se considera el ideal del gobierno limitado, arrinconando definitivamente al paradigma de la soberanía parlamentaria.<sup>31</sup>

<sup>29</sup> Cfr. Marian Ahumada Ruíz, "¿Hay alternativas a la Judicial Review?", en Vega Gómez, J.; Corzo Sosa, E., *Instrumentos de tutela y justicia constitucional*. UNAM, México, 2002; S. Linares, *La (i)legitimidad democrática del control...*, op. cit.; Rodolfo Vázquez, "Justicia constitucional, derechos humanos y argumento contramayoritario", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 44, 2010, pp. 249-264. Con la tercera ola de democratización asistimos al asentamiento de Tribunales o Cortes Constitucionales en multitud de países: Portugal (1976), España (1978), Perú (1979), Chile (1980), Bélgica (1980), Polonia (1982), Guatemala (1985), Hungría (1989), Croacia (1990), Colombia, Rumanía, Bulgaria y Eslovenia (1991), Albania, Eslovaquia, Estonia, Lituania, Macedonia, República Checa y Bielorrusia (1993), Bolivia (1994), Ecuador (1996 y 1998), etc. Igualmente, en algunos países se han instituido Salas Constitucionales dentro de las Cortes Supremas: Costa Rica (1989), El Salvador (1991), Paraguay (1992), Nicaragua (1995), Venezuela (1999), Honduras (2000), etc. Por su parte, algunos países, que no instituyeron Tribunales o Salas Constitucionales, han atribuido al pleno de la Corte o Tribunal Supremo facultades análogas: Panamá (1982), Brasil (1988), México, República Dominicana (1994), etc. Referencia extraída de S. Linares, *La (i)legitimidad democrática del control*, op. cit., nota núm. 1, p. 17 y pp. 167-168.

<sup>30</sup> En este sentido, puede señalarse el llamado "nuevo modelo constitucional del *Commonwealth*". Este nuevo modelo hace referencia a las reformas que se extendieron en diversos países de citada tradición, Canadá (1982), Nueva Zelanda (1990), Reino Unido (1998), Australia (2004) y el Estado de Victoria (2006). Este modelo se diferenciaría del de Estados Unidos y del viejo modelo *Commonwealth*, de supremacía legislativa y sin un *Bill of Rights* codificado. Lo novedoso de este nuevo modelo, en palabras de Gargarella, es que "combina elementos tradicionales en el *Common Law* del *Commonwealth*, con novedosas declaraciones de derechos". Así, deben destacarse dos novedades importantes en la protección de derechos: un primer mecanismo está relacionado con el involucramiento que se requiere a los poderes legislativos en la revisión de la constitucionalidad de las normas antes de que se conviertan en leyes vigentes (una suerte de "revisión política de constitucionalidad"); mientras que un segundo mecanismo está relacionado con formas "débiles" de control judicial; formas que implican técnicas de revisión constitucional que no dan a los Jueces la "última palabra"; Véase Roberto Gargarella, "El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de frenos y contrapesos", *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 14, núm. 2, diciembre 2013.

<sup>31</sup> Cfr. Francisca Pou, "Justicia constitucional y protección de derechos...", op. cit.



Resulta importante tener en mente este dato, pues es el que a su vez nos permite comprender el motivo de la tácita adhesión de tantos autores contemporáneos hacia algún tipo de constitucionalismo débil; buscando con ello superar el panorama recién expuesto. En particular, la tesis básica que subyace a esta adhesión por parte de tantos, es la de que este tipo de constitucionalismo es el único que trae a un primer plano la inevitable tensión que existe dentro del constitucionalismo democrático entre su compromiso con el autogobierno popular y su compromiso con el establecimiento de limitaciones sobre las mayorías populares, resolviéndolo del modo más óptimo posible. Y, a diferencia de ello, nos dirían sus detractores, los sistemas de revisión judicial fuerte<sup>32</sup> resuelven esta tensión reforzando de modo significativo el componente de la "limitación al poder popular", postulando así la OCM, al no resolver satisfactoriamente la tensión apuntada, por no lograr un balance adecuado entre los elementos en liza.<sup>33</sup>

Sin ignorar el calado de las demandas que sustentan la adhesión hacia modelos de constitucionalismo débil,<sup>34</sup> o precisamente por ello, la opción que abordaré

<sup>32</sup> Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, *op. cit.*

<sup>33</sup> Mark Tushnet, "Revisión Judicial Dialógica", *art. cit.*

<sup>34</sup> A título de ejemplo: J. C. Bayón, "Democracia y derechos: problemas de fundamentación...", *art. cit.*; Kent Roach, "Dialogic Judicial Review and its Critics", *Supreme Court Law Review*, núm. 23, 2004, pp. 49-104; Roberto Niembro, "Las respuestas legislativas a las declaraciones de inconstitucionalidad como formas de diálogo constitucional", *Revista española de Derecho constitucional*, año 32, núm. 95, 2012, pp. 139-168 o "Una mirada al constitucionalismo popular", *art. cit.*; A. Ruíz Miguel, "Constitucionalismo y Democracia", *art. cit.*; A. Marmor, "¿Son legítimas las Constituciones?", *art. cit.*; a su manera, Barry Friedman en "Dialogue and Judicial Review", *Michigan Law Review*, vol. 91, núm. 4, 1993, pp. 577-682 o "Mediated Popular Constitutionalism", *Michigan Law Review*, vol. 101, 2003 (para una crítica respecto de Friedman, véase Michael E. Solimine y James L. Walker, "The Supreme Court, Judicial Review, and the Public: Leadership versus Dialogue", *Constitutional Commentary*, vol. 11, 1994-1995, Roberto Gargarella, "El nuevo constitucionalismo dialógico...", *art. cit.*; o R. Niembro, "Una mirada al constitucionalismo popular", *art. cit.*); o, también a su manera, V. Ferreres, *Justicia constitucional y democracia... op. cit.*, y "Una defensa de la rigidez constitucional", *art. cit.* (que da "carta de legitimidad" a las respuestas legislativas frente a las decisiones constitucionales adoptadas por nuestros Jueces y que, en tal sentido, puede observarse como una suerte de vía de naturaleza dialéctica para fomentar el diálogo entre nuestros Jueces y legisladores — véase S. Linares, "Justicia Dialógica Interinstitucional: de *lege ferenda* y de *lege data*", *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 14, núm. 2, 2013. o R. Niembro, "Las respuestas legislativas a las declaraciones...", *art. cit.*). Para un estudio acerca de una suerte de "estado de la cuestión", en lengua española, puede acudir a la *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 14, núm. 2, donde pueden encontrarse los siguientes artículos: R. Gargarella, "El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema...", *art. cit.*; S. Linares, "Justicia Dialógica Interinstitucional...", *art. cit.*; Horacio Spector, "Un Sistema democrático de control constitucional", *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 14, núm. 2, 2013, Peter W. Hogg y Allison A. Bushell,

aquí consistirá en explorar si es posible abrazar en algún grado una forma débil de constitucionalismo en un contexto en el cual, como señala de Lora,<sup>35</sup> las piezas están pulidas para componer un modelo de constitucionalismo fuerte, tal y como acontece en nuestros actuales modelos constitucionales. En particular, según señala acertadamente el propio de Lora, ello nos puede acercar a analizar una versión estricta del principio de la presunción de constitucionalidad de las leyes, tal y como puede derivarse de la conocida regla de Thayer. Es decir, a explorar la posibilidad de si los tribunales o Cortes Constitucionales sólo deberían proceder a la declaración de inconstitucionalidad de una ley cuando todos sus miembros estuvieran de acuerdo con ello (existiendo al respecto consenso unánime).<sup>36</sup> Ésta, para muchos, podría parecer *a priori* una buena estrategia para tratar de armonizar las tensiones inherentes a nuestros modelos de constitucionalismo fuerte y con base en las cuales se postula la OCM. Sin embargo, como trataré de argumentar, con independencia de su potencial atractivo, esta alternativa debe ser sensiblemente matizada para que no opere vacía de sentido alguno. Por ello, a la exposición de la misma y sus matices se dedicarán las siguientes páginas.

## 2.

Resulta evidente que nuestras Constituciones, en lo referente a las declaraciones de derechos, se encuentran saturadas de lo que podemos denominar *conceptos jurídicos indeterminados*.<sup>37</sup> La principal característica de tales conceptos es que vendrían a aducir problemas de indeterminación que no se deberían sólo por una dificultad estrictamente semántica, sino a genuinos conflictos valorativos. Así, como señalaran Atienza y Ruíz Manero, a lo que los juristas denominan

---

"El Diálogo de la Carta Entre Tribunales y las Legislaturas", *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 14, núm. 2, 2013; M. Tushnet, "Revisión Judicial Dialógica", art. cit. (entre otros); sobre todo explorando la vía del recién llamado "constitucionalismo dialógico".

<sup>35</sup> Cfr. Pablo de Lora, "La posibilidad del constitucional thayeriano", *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 23, 2000.

<sup>36</sup> *Ibidem*.

<sup>37</sup> Ángeles Ródenas, *Los intersticios del derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 30 y ss.

conceptos jurídicos indeterminados es a conceptos que califican valorativamente a cierta conducta o estados de cosas sin determinar, en términos de propiedades descriptivas, cuales sean sus condiciones de aplicación; razón por la cual su aplicabilidad resulta controvertible en numerosos casos.<sup>38</sup> Más en particular ha resultado imperante la visión que observa tales conceptos del mismo modo que Gallie hizo con los que denominó *essentially contested concepts*, lo que se ha venido a traducir en conceptos esencialmente controvertidos (en adelante CEC) o, incluso, con clara inspiración en el mismo, como lo que Dworkin rotuló como conceptos interpretativos. Así, según Gallie pueden ser definidos como conceptos evaluativos referidos a bienes complejos que pueden ser descritos de diferentes formas,<sup>39</sup> mientras que según Dworkin pueden ser definidos como aquellos conceptos que no requieren de una suerte de criterios previos, es decir, que no requieren de acuerdos claros o convergencias subyacentes, ya sea en los criterios para identificarlos, ya sea en sus instancias de uso.<sup>40</sup> Esto explica el que usualmente se denominen o se entiendan como CEC aquellos conceptos valorativos que aparecen expresados en nuestras Constituciones:<sup>41</sup> "libertad", "igualdad", "trato inhumano o degradante", etcétera.

<sup>38</sup> Cfr. Manuel Atienza y Juan Ruíz Manero, *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Trotta, Madrid, 2006. La presencia de este tipo de conceptos valorativos no supone una nota absolutamente novedosa de los actuales Estados constitucionales, pues conceptos de la misma naturaleza ya estaban insertos en los Ordenamientos jurídicos anteriores a los mismos ("buena fe", "mala fe", "diligencia del buen padre de familia", etc.) —A. Ródenas, *Los intersticios del derecho*, op. cit. Sin embargo, su introducción en el texto constitucional los sitúa en un plano diferente al que se situaban los conceptos valorativos anteriores, pues ahora los mismos "impregnan" al Ordenamiento jurídico en su totalidad y no únicamente a algún sector, subsector o institución del mismo y, además, no resultan disponibles por el legislador.

<sup>39</sup> Cfr. Walter Bryce Gallie, "Essentially Contested Concepts", *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, vol. 56 (1955-1956), pp. 167-198.

<sup>40</sup> Ronald Dworkin, *La justicia con toga*, Marisa Iglesias (trad.) Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 244.

<sup>41</sup> En este sentido ver, por ejemplo, J. C. Bayón, "Democracia y derechos: problemas de fundamentación...", art. cit.; Marisa Iglesias, "Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional", *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 23, 2000, pp. 77-104; Joseph Aguiló, "Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la Constitución", en Miguel Carbonell, Miguel y Leonardo García Jaramillo, (eds.), *El canon neoconstitucional*, Trotta, Madrid, pp. 247-263; Juan Ruíz Manero, "Una tipología de las normas constitucionales", en Joseph Aguiló, Manuel Atienza y Juan Ruíz Manero, *Fragmentos para una Teoría de la Constitución*, Iustel, Madrid, 2007; o Josep-Joan Moreso, "Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, 2000, pp. 105-118.

Sin ser este el lugar oportuno para llevar a cabo un análisis con cierto detalle acerca de los CEC, partiré, no obstante, de la caracterización efectuada por Waldron.<sup>42</sup> Así, según este autor, un concepto es un CEC cuando presenta las siguientes notas: i) la disputa acerca del significado del concepto no se reduce sólo a los casos marginales, sino que se traslada a los propios casos centrales

<sup>42</sup> Jeremy Waldron, "Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues", *California Law Review*, vol. 82, núm. 3, 1994, pp. 509-540.

Aunque para cualquiera que se adentre en su análisis resulta parada obligatoria acudir a la reconstrucción que, partiendo esencialmente de Gallie, realiza M. Iglesias, "Los conceptos esencialmente controvertidos...", art. cit. Así, según citada autora, los CEC se definen por los siguientes cuatro elementos fundamentales:

- i. Los CEC presentan siempre una *dimensión valorativa* porque se refieren siempre a un valor o a algo, una acción o estado de cosas, que valoramos positiva o negativamente. Por tanto, nos encontramos ante una categoría de términos con un significado evaluativo.
- ii. Los CEC se refieren a estándares y bienes sociales a los que les atribuimos un *carácter o estructura compleja*. Y es que, a pesar de que consideramos y valoramos el bien en su conjunto, el mismo tiene diversos aspectos que pueden ser relacionados entre sí de diferente manera. Ello no sólo implica que su caracterización requiere la enunciación de un conjunto de propiedades que los ponen en contacto con otros conceptos, sino que, además, su uso exige de la formulación de teorías que definan relaciones de prioridad entre dichas propiedades. Tales conceptos no son aplicables al margen de estas concepciones. Esta complejidad abre la posibilidad de que se presenten diferentes caracterizaciones que, pese a que se refieran al mismo estándar, ordenen de forma distinta sus diferentes aspectos. Y es que, las diferentes explicaciones subrayan uno u otro rasgo esencial del concepto en cuestión, dejando otros muchos sin mencionar o detallar. Esta complejidad es, en definitiva, la que provoca los diferentes criterios de aplicación y explicación del concepto.
- iii. Los CEC deben ser vistos como *conceptos argumentativos*, es decir, como conceptos que están envueltos en una controversia permanente. Lo importante es observar como esta controversia que los envuelve no parece concretarse en un mero conflicto de intereses y actitudes, sino en un debate acerca del uso adecuado de los términos que se utilizan. Ello se deriva de lo anterior, pues si son conceptos cuya operatividad depende de su concepción, su aplicación exige desplegar una actividad argumentativa destinada a persuadir de la corrección en el uso del concepto.
- iv. Por último, los CEC deben ser vistos como *conceptos funcionales*, puesto que son conceptos usados para canalizar aquellas disputas acerca de las cuestiones sociales más relevantes, operando como la arena, el foro o el cuadrilátero donde se resuelven aquellas disputas de mayor trascendencia social. Por ello, como señala Joseph Aguiló, "de mismo modo que en el *ring* no cabe un resultado pactado, las disputas en torno a estos conceptos no pueden resolverse jamás mediante una simple estipulación convencional de significado". En efecto, uno de los caracteres de los CEC es que los mismos garantizan que se producirán determinados debates en torno a ellos. Además, tales debates o controversias pivotan en muchas ocasiones sobre casos centrales de su aplicación. Es desde esta perspectiva desde la que podríamos presentar a los CEC como un tipo específico de conceptos funcionales. Así, podrían ser entendidos como conceptos que se refieren a estándares cuya existencia va siempre unida a la función dialéctica que cumplen; teniendo en consideración que se trata de conceptos respecto de los cuales ninguna persona con aspiraciones de incidir sobre la realidad social de una comunidad puede permitirse renunciar a su uso. Se trata, como de nuevo señala Aguiló, "de entrar en el *ring* y usar el concepto con el fin de ganar una disputa político-social, y ello desemboca siempre en la formulación de concepciones del concepto en cuestión". (Joseph Aguiló, "Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo...", art. cit., p. 256).

o paradigmáticos. Y es que, existiendo una discrepancia profunda acerca de estos conceptos, las distintas concepciones presentarán distintos casos paradigmáticos de aplicación del concepto. Por ejemplo, el concepto de democracia vendría a constituir (según esta visión) un CEC, por ello, para determinadas concepciones la democracia directa constituye un caso o ejemplo paradigmático de qué es la democracia, en tanto que la democracia representativa constituye un caso dudoso, y mientras que para otras concepciones, la democracia representativa constituye un caso paradigmático y la democracia directa un caso dudoso. *ii)* Esta *controvertibilidad* forma parte de la esencia del concepto, y quién no se dé cuenta de ello no ha comprendido la manera en que se utiliza la expresión en cuestión. *iii)* El desacuerdo en la aplicación del concepto es indispensable para que el mismo sea útil, pues el debate acerca de la definición del concepto enriquece el debate más general en el que se hace uso del mismo. Por ejemplo, nuestras discusiones acerca del concepto de "arte" enriquecen nuestras comprensiones o entendimiento acerca del arte. Así, Waldron estimaría —pienso— que los CEC, entre otro tipo de conceptos, que aparecen en nuestros textos constitucionales vienen a desempeñar una función dialéctica, garantizando que tendrán lugar determinados debates en torno a los mismos. Además, Waldron consideraría que esto resulta positivo<sup>43</sup> pues, como él mismo indica, "en nuestra sociedad no estamos de acuerdo en muchas cosas, pero seguramente podemos ponernos de acuerdo en esto: somos una sociedad mejor por seguir discutiendo acerca de determinadas cuestiones de lo que seríamos si estas discusiones concluyeran artificial o estipulativamente."<sup>44</sup>

Sin entrar a valorar los distintos aspectos de la teorización de Waldron, hay una importante objeción que sin embargo se le puede dirigir a la misma: que existan diversas concepciones en torno al concepto no significa que cada una de ellas

<sup>43</sup> En este instante estoy obviando la crítica que el propio Waldron mantiene (o mantenía) respecto de la constitucionalización de nuestros derechos y libertades fundamentales, al entender que —dada la rigidez verbal que él considera que se produce al insertarlos en un texto— esto lleva a las discusiones acerca de su significado lejos de la discusión moral abierta; pues, las puede conducir a discusiones escolásticas sobre el significado de determinados textos. *Cfr.* J. Waldron, "A Right-Based Critique of Constitutional Rights", art. cit. y *Political Political Theory*, *op. cit.*, pp. 28-29.

<sup>44</sup> *Cfr.* Jeremy Waldron, "Vagueness in Law and Language...", art. cit.

presente siempre, en exclusividad, sus propios casos paradigmáticos; por el contrario, existen casos paradigmáticos que son compartidos, si bien quizá no por todas, sí por la mayoría de concepciones existentes (aquellas que podemos rotular como plausibles). En caso contrario, es decir, en caso de que el concepto no presentara casos paradigmáticos de aplicación (aceptados por las diversas concepciones existentes) no podríamos ni tan siquiera afirmar la existencia del concepto.<sup>45</sup> Y es que, en mi opinión, existen determinados casos paradigmáticos que acotan la plausibilidad de las afirmaciones relativas a tales conceptos.<sup>46</sup> Por ejemplo, supongamos que en torno al concepto de "trato inhumano o degradante" existen diversas concepciones (como, de hecho, así ocurre). Pues bien, la plausibilidad de las mismas en el seno de un discurso intersubjetivo, creo entender, vendría sometida de un modo necesario a admitir que determinados casos (claros, no discutidos o paradigmáticos) constituyen una instancia

<sup>45</sup> Josep-Joan Moreso, "En defensa el positivismo jurídico inclusivo", en María Cristina Redondo y Pablo Eugenio Navarro López (comp.), *La relevancia del derecho: ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Gedisa, Madrid, 2002, pp. 93-116.

<sup>46</sup> Considero que pueden enumerarse cuatro posibles modos de adscribir significado a los conceptos, o a los términos que los refieren; cuatro tesis semánticas al respecto. Las tesis son las siguientes:

- i) Aquella tesis que considera que el significado de los términos se reduce a un conjunto de paradigmas compartidos.
- ii) Aquella tesis que entiende que los criterios explícitos que se comparten dentro de una comunidad lingüística determinan el uso correcto de las palabras (lo que Dworkin rotuló como "semántica criteriológica").
- iii) Aquella tesis que cree que el significado de los términos depende de los criterios compartidos, pero que estos no son siempre explícitos o transparentes para los usuarios (aquello que se conoce por "convencionalismo profundo").
- iv) Aquella tesis que afirma que el mejor significado de un término depende de la(s) mejor(es) teoría(s) o concepción(es) del concepto compartido.

Cada una de estas tesis permitirían, a mi juicio, desterrar la idea, sostenida desde un (radical) escepticismo interpretativo en sede constitucional, de que nuestras Constituciones, al menos en sus declaraciones de derechos o partes sustantivas, se encuentran absolutamente indeterminadas. Estas tesis pueden ser ordenadas, según entiendo, de un grado menor a mayor en cuanto a la capacidad que tenemos de atribuir significado a los conceptos valorativos constitucionales, desde la tesis (i) que entiende que el único significado de conceptos como "igualdad", "libertad", "honor", etc., se reduce a unos pocos (o muchos) paradigmas compartidos, es decir, de casos claros y no discutidos de aplicación de los mismos, hasta la tesis (iv), que nos podría llevar hasta a abrazar la idea de que siempre podemos atribuir a cada uno de estos conceptos un único significado correcto. No pretendo adentrarme aquí en la complejísima y controvertida discusión acerca de cuál de esta tesis resulta más adecuada, correcta, etc., de hecho, no necesito hacerlo para lograr el objetivo que aquí me he marcado. Por ello, aquí simplemente haré referencia a la tesis (i), la más modesta a la hora de comprender cuales son las posibilidades de las que disponemos a la hora de atribuir un significado a referidos conceptos. Véase Marisa Iglesias, "Los conceptos esencialmente controvertidos...", art. cit.

de un "trato inhumano o degradante": quien no considere que ciertos actos que llevaron a cabo los soldados estadounidenses en la prisión de Abu Ghraib, en Irak, constituyen casos paradigmáticos de tratos degradantes (amenazar a los detenidos con una violación, colocar un collar y una correa de perro a un detenido desnudo y "pasearlo", amontonar a los prisioneros desnudos y saltar sobre ellos, etc.)<sup>47</sup> simple y llanamente estará haciendo uso de otro concepto (no existiría un desacuerdo genuino respecto del mismo, sino un desacuerdo conceptual). En otros términos, para poder entender que existen diferentes concepciones de un concepto es necesario, como mínimo, que existan casos paradigmáticos de aplicación del concepto que no resulten cuestionados; y ese vendría a ser, quizá, el punto de unión (consenso superpuesto) entre las diversas concepciones existentes. Ahora bien, como resulta evidente, la existencia de supuestos no discutidos de aplicación no elimina la incertidumbre respecto a si resulta adecuada la aplicación del concepto para todos y cada uno de los casos en los que éste sea de potencial aplicación. En muchos casos, en efecto, las diversas concepciones ofrecerán diversas respuestas; y de ahí su carácter controvertido. En otras palabras, no son pocas las ocasiones en las que existen dudas en la aplicación de los conceptos de este tipo (queramos llamarlo CEC o, simplemente, concepto jurídico indeterminado) a un caso individual. Un ejemplo al azar, el hecho de privar de cigarrillos a los reclusos u obligarles a permanecer *X* horas diarias dentro de la celda, ¿constituye un trato inhumano o degradante? Pues bien, las diversas concepciones del concepto de trato inhumano o degradante producirán soluciones distintas sobre este caso individual, y todas ellas se encuentran en controversia; puesto que su propia aplicabilidad exige la formulación de un juicio de valor que será, en muchos casos, controvertido.<sup>48</sup>

### 3.

Considero que el planteamiento recién expuesto acerca de los CEC —que se incorporan en nuestras constituciones— subyace, en cierto sentido, al principio

<sup>47</sup> Como sabemos, el programa *60 minutos* de la CBS y un artículo de Seymour M. Hersh en la revista *The New Yorker* destaparon la historia.

<sup>48</sup> Víctor Ferreres, *Justicia constitucional y democracia*, op. cit., pp. 26-27.

de presunción de constitucionalidad de las leyes que encierra la regla de Thayer; al menos, si se me permite interpretar el mismo con cierta libertad.

Así, como plantea en términos adecuados de Lora, esta presunción vendría a exigir lo siguiente, que el Tribunal Constitucional:

entienda que la legislación es conforme con la Constitución y que al Tribunal Constitucional le corresponde llevar hasta sus últimas consecuencias el papel de intérprete definitivo sólo en casos extremos: cuando la vulneración de la Constitución ha sido demostrada de *manera indubitada*.<sup>49</sup>

Esta exigencia la podemos asociar a una suerte de *thayerianismo*, porque es en un artículo de Thayer donde reside la fórmula de deferencia hacia el legislador.<sup>50</sup> En particular, me parece especialmente atractiva la "variante fuerte" del thayerianismo expuesta y defendida por el propio de Lora, consistente en la ya aludida presunción de constitucionalidad de las normas. La misma vendría a consistir, a fin de cuentas, en presumir la constitucionalidad de la ley salvo que la vulneración constitucional sea "indubitada",<sup>51</sup> lo cual, empleando los

<sup>49</sup> Cfr. P. De Lora, "La posibilidad del constitucional thayeriano", art. cit. Las cursivas son añadidos míos.

<sup>50</sup> Pues, según él mismo, los Jueces constitucionales procederán a declarar la inconstitucionalidad de la ley si los legisladores: "no han comedido un mero error sino un error muy claro, tan claro que no está sujeto a inquisición racional (...). Esta regla reconoce que, tomando en consideración las grandes, complejas y nunca del todo claras exigencias del gobierno, mucho de lo que sería inconstitucional para un hombre, o colectivo, puede razonablemente no serlo para otros; que la Constitución frecuentemente admite distintas interpretaciones; que hay frecuentemente un margen de elección y juicio; que en tales casos la Constitución no impone sobre el legislador una opinión específica, pero deja abierto ese margen de opción; que cualquier alternativa racional es por tanto constitucional". James B. Thayer, "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law", *Harvard Law Review*, vol. 7, núm. 3, 1983, citado por la traducción de De Lora, "La posibilidad del constitucional..." art. cit.

<sup>51</sup> El propio de Lora se da cuenta de "los peligros", no obstante, que pueden acontecer al convertir la máxima *in dubio pro legislatore*, en la máxima de *en desacuerdo pro legislatore*. Por ello, matiza su posición del siguiente modo: no cabe "confundir la duda de cualquiera con cualquier duda. Por ese he venido insistiendo en que nos debemos encontrar ante una duda razonable. Y ello quiere decir la exposición de las razones por las cuales no son concluyentes los argumentos aducidos en favor de la inconstitucionalidad. Y digo 'exposición' deliberadamente, porque al fin de evitar (...) la actuación desleal o arbitraria o meramente caprichosa del disidente, pudiera pensarse en que él o ella o a la minoría que propugna la constitucionalidad de la norma, les habría de corresponder la redacción de la sentencia desestimatoria de la inconstitucionalidad, para así poner a prueba la razonabilidad de su disidencia y someter a la opinión pública y a la comunidad de los juristas su defensa del Parlamento", De Lora, "La posibilidad del constitucional..." art. cit.



términos anteriores, puede a su vez traducirse en la presunción de constitucionalidad de la ley, salvo cuando con la misma se *afecte indebidamente a una instancia paradigmática* de nuestros derechos fundamentales y, por ello, debamos decretar la vulneración indubitada de las exigencias constitucionales. Creo, de hecho, que esta es la línea que viene a defender Moreso cuando señala lo siguiente:

el debate que existe (...) acerca del significado de las cláusulas constitucionales que autorizan al legislador a desarrollar los derechos fundamentales con el límite del respeto a su *contenido esencial* tal vez pueda ser comprendido así: el legislador puede desarrollar legislativamente el contenido de un derecho siempre que dicha regulación no excluya del ejercicio del derecho los casos considerados como paradigmáticos.<sup>52</sup>

Así, asumir este enfoque nos puede hacer ver cómo los Jueces constitucionales deben operar en un marco general de deferencia hacia el legislador en la regulación de las cuestiones ius-fundamentales, salvo, en principio, cuando el mismo vulnere el contenido esencial —así comprendido— de nuestros derechos y libertades fundamentales; escenario en el cual tiene pleno sentido observar a nuestros Jueces como necesarios órganos de control en aras de materializar la propia normatividad constitucional. En buena medida, esta suerte de armonización entre la libertad o discrecionalidad legislativa y el papel de necesario control que deben ejercer nuestros Jueces, en última instancia, nos puede servir para justificar, en términos normativos y democráticos, el papel que hayan de desempeñar los Jueces en nuestros sistemas constitucionales. Por ello, quizá, la justificación de un "control judicial fuerte", en el marco de un sistema democrático, puede darse en tanto nuestros Jueces, en principio, sólo "rompan" esa deferencia frente al legislador en el trasfondo de casos reconducibles a instancias paradigmáticas de nuestros derechos y libertades que hayan sido indebidamente afectados por la regulación legislativa. Con ello, en definitiva, parece

<sup>52</sup> Josep Joan Moreso, *La Constitución: modelo para armar*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 329.

quedar atenuado el gran temor que generan tantas adhesiones a la OCM, pues, en gran medida, desaparece el riesgo de que, siendo así las cosas, acabemos siendo rehenes de una despótica e irrestricta voluntad de los Jueces o no se respete, en la mayor parte de los escenarios, la propia voluntad democrática expresada a través de la regla de la mayoría. Regla que adopta aquellas decisiones directa o indirectamente relacionadas con nuestros derechos y libertades constitucionales, en un marco en el que se da la existencia de diversas concepciones plausibles respecto de la propia determinación de los mismos, encontrándose muchas veces en controversia, dada la necesidad de la emisión previa de juicios de valor que pueden resultar controvertidos.

Por lo tanto, ante este panorama de controversia generalizada, quizá, hacer respetar o velar por el principio democrático exigirá un notable grado de deferencia hacia la especificación de nuestros derechos efectuada por el legislador democrático, siempre y cuando, repito, en la misma, no se haya visto indebidamente afectada una instancia paradigmática de nuestros derechos o libertades constitucionales.

#### 4.

¿Cómo debe operar esta presunción de constitucionalidad de la ley? Pues bien, de nuevo me parece interesante parafrasear a de Lora, cuando, a mi juicio, señala acertadamente que defender el principio *in dubio pro legislatore* implica que al que alega la inconstitucionalidad le corresponde la carga de la prueba y ante la falta de elementos de peso suficiente para contrastarla se utiliza la presunción como manera de salir del *impasse*. Por ello, resulta importante comprender cómo la presunción de constitucionalidad opera *ex post*, pues, una vez constatado que la "prueba de cargo" no es suficiente para destruir la presunción de constitucionalidad de la ley: "el Tribunal presume que la ley es constitucional (aunque

"de hecho" pueda no serlo) una vez que le quedan dudas al respecto";<sup>53</sup> y dichas dudas, en la versión que defiende de Lora, se ponen de manifiesto en caso de no existir consenso unánime entre los Magistrados respecto de la decisión a adoptar. La máxima *in dubio pro legislatore* debería transformarse, así, en la máxima *en desacuerdo pro legislatore*.

## 5.

Llegados a este punto, cabe destacar que son abundantes los argumentos que pueden darse a favor de la presunción de constitucionalidad de la ley (en aquellos supuestos en los cuales la interpretación constitucional resulte controvertida).<sup>54</sup> A mi juicio, entre nuestros autores, es Ferreres quién ha realizado una mejor síntesis de tales argumentos, por ello, su enfoque adquiere en este punto un especial valor.<sup>55</sup> Me parece, pues, interesante examinar, con cierta libertad, los argumentos que pone sobre la mesa:

- a) El *argumento epistémico*: que implica que debe presumirse la constitucionalidad de la ley porque, en la medida en que la misma haya sido aprobada por nuestros representantes democráticos, tras la oportuna deliberación, escuchando y reflexionando sobre todos los puntos de vista implicados y de los afectados, etc., la solución que el legislador haya alcanzado, dando solución al conflicto que la subyace, tendrá

<sup>53</sup> De Lora, "La posibilidad del constitucional thayeriano", art. cit.

<sup>54</sup> Las dudas, conviene aclarar, pueden suscitarse respecto de la adecuada interpretación de la ley o de la Constitución, por ello, cabe diferenciar entre: a) los casos en los que no queda claro que norma expresa la ley, si N1, que se reputa como constitucionalmente admisible, o N2, que se reputa como constitucionalmente inadmisibles, para los cuales, en vistas de citada presunción, entra a operar la doctrina de la "interpretación conforme de la ley con la Constitución" (escogiendo N1 en detrimento de N2); y b) los casos en los que existen dudas acerca de qué norma expresa el texto constitucional, si N1, atendiendo a la cual la ley se reputa como constitucional, o N2, atendiendo a la cual la ley se reputa como inconstitucional. Pues bien, para tales supuestos controvertidos, lo que la presunción de constitucionalidad estará exigiendo del Juez es que escoja la norma N1, esto es, aquella que no repute como inconstitucional a la ley emanada del legislador democrático.

<sup>55</sup> Cfr. Víctor Ferreres, *Justicia constitucional y democracia*, op. cit., en esp. capítulo V.

una mayor probabilidad de ser correcta<sup>56</sup> que la solución que pueda alcanzar el Juez en la "soledad" de su despacho.<sup>57</sup>

- b) El argumento de la *corregibilidad de los errores*:<sup>58</sup> este argumento nos lleva a concluir que resulta adecuado presuponer la constitucionalidad de la ley en casos controvertidos, en tanto que, en el marco de sistemas de justicia constitucional de control abstracto y/o concentrado, si el Juez constitucional declarara constitucional (válida) una ley que en realidad, según posteriormente se manifiesta mediante argumentos ulteriores, es inconstitucional, existe la posibilidad de invalidarla en momentos posteriores;<sup>59</sup> pero el hecho inverso provoca consecuencias más drásticas, esto es, si se declara inconstitucional una ley que posteriormente se demostró que era constitucional, dicha declaración tiene efectos prácticos irreversibles, en tanto habrá supuesto la "expulsión" de la norma del Ordenamiento Jurídico.

<sup>56</sup> Sin embargo, para que la democracia pueda cumplir este mayor valor epistémico se requieren de ciertos derechos *a priori* (C. S. Nino, *Fundamentos de derecho constitucional*, op. cit., p. 209). El primer problema que deriva de esto es cómo deslindar la extensión de los derechos *a priori* respecto de los derechos *a posteriori*. Nino considera que el control judicial de constitucionalidad es un caso claro de elitismo epistémico, y va en contra de su visión, el constructivismo epistémico. Por ello sostiene que los Jueces deberían deferir su juicio al juicio colectivo expresado por la decisión democrática. Ahora bien, en caso de que no se respeten los derechos *a priori*, los Jueces no tienen por qué restar deferencia a las decisiones legislativas a la hora de interpretar los principios contenidos en la Constitución. Ésta es la primera excepción que Nino admite respecto del control judicial de constitucionalidad. Pero Nino establece también una segunda excepción, el legislador no puede imponer una ética perfeccionista (*Ibidem*, pp. 697-701) y una tercera excepción, que está relacionada con la necesidad de asegurar la continuidad de la práctica constitucional, pues esta continuidad es condición para la eficacia y operatividad del proceso democrático (*Idem*, p. 702).

<sup>57</sup> Este argumento o tesis de que los Jueces toman sus decisiones en la "soledad de sus despachos", absolutamente absortos de la realidad social y política en la que se insertan, me parece, sin embargo, sensiblemente débil, más bien, notoriamente errado.

<sup>58</sup> Aunque como atinadamente me señaló Ángeles Ródenas, en realidad, el principal motivo "institucional" en favor de la presunción de constitucionalidad de las leyes en nuestros sistemas jurídicos tiene que ver con razones propias para la eficacia de tales sistemas. Sin embargo, en este trabajo he optado por ceñirme, por su gran capacidad de síntesis y por cuestiones de espacio, a los argumentos analizados originariamente por Ferreres; aunque, no obstante, en línea de lo que me sugiere Ródenas, se requeriría del estudio de ulteriores argumentos para analizar plenamente el fundamento de la propia presunción de constitucionalidad de las leyes.

<sup>59</sup> Víctor Ferreres, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Marcial Pons, Barcelona, 2011, p. 36.

- c) El argumento de la igual *dignidad política*: por el que se vendría a exigir la presunción de constitucionalidad de la ley apelando al valor de la igualdad y/o de la autonomía política de todos los miembros del cuerpo político. En efecto, tal y como por ejemplo insiste Bovero,<sup>60</sup> a la hora de analizar el *fundamento* y la *naturaleza* de la democracia debe acudir a dos nociones primarias, como son el respeto o consagración de la igualdad y la libertad de todos los ciudadanos. En particular, de la igualdad entre todos los destinatarios de las decisiones políticas en el derecho-poder de contribuir a la formación de las decisiones mismas. Igualdad que, conviene apuntar, se fundamenta en el principio de igual consideración y respeto, según el cual debemos tratar a las personas como iguales en su capacidad para formar y revisar concepciones de la justicia que indiquen cómo deben ser resueltos los conflictos intersubjetivos.<sup>61</sup> Y de la libertad individual entendida como capacidad (subjética) y oportunidad (objetiva) de la decisión racional autónoma del ciudadano en materia política; una libertad como autonomía (política), esto es, como capacidad individual de selección y decisión políticas, que subsiste cuando el ciudadano no sufre condicionamientos tales que determinen desde el exterior su voluntad, volviéndola heterónoma. Pues bien, puede decirse que la mejor manera de consagrar o garantizar el respeto por tales valores es que las decisiones políticas de la comunidad sean adoptadas por los representantes democráticos mediante la regla de la mayoría y, en este sentido, la misma parece susceptible de una

<sup>60</sup> Cfr. Michelangelo Bovero, "Democracia y derechos fundamentales", *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 16, abril 2002, pp. 21-38.

<sup>61</sup> Como señala Bovero: la igualdad democrática consiste en "la igual distribución de poder de decisión colectiva entre todos los individuos miembros de la colectividad a los que las decisiones se encuentran dirigidas, justificada por el reconocimiento (o presuposición) de que todos los individuos son iguales en la capacidad de juicio político". En Michelangelo Bovero, "Prefacio", en Pedro Salazar Ugarte, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, IJ-UNAM- FCE, México, 2006, p. 127). Del mismo modo, por citar otro autor relevante, Rawls también parte de la consideración de que la participación de los ciudadanos en el proceso democrático se fundamenta en su doble condición como titulares de intereses y como sujetos morales con capacidad para desarrollar un sentido de la justicia. Véase John Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, Nueva York, 1993, pp. 334-340.

genuina fundamentación axiológica —por cierto, contrariamente a lo que sostiene el propio Bovero—. <sup>62</sup>

Sin embargo, a esto último se le pueden oponer otros argumentos. De hecho, el propio Ferreres <sup>63</sup> da cuenta de un argumento potencialmente esgrimible para desacreditar este punto en favor de la presunción de constitucionalidad de la ley. En este sentido, cabe destacar cómo algunos apelan a que nuestros represen-

<sup>62</sup> Michelangelo Bovero, "Prefacio", art. cit. o 2008 —entre otros trabajos— considera, al igual que BOBBIO, que la regla de la mayoría debe considerarse como un puro o simple instrumento técnico, mejor que o preferible que la regla de unanimidad, simplemente por ser más útil para determinar cuál es la voluntad colectiva. Véase Norberto Bobbio, *Teoría General de la política*, Einaudi, Italia, 1999, p. 391, O, al menos, como sostiene Bovero, entienden que si no completamente desprovista de una fundamentación axiológica, los argumentos técnicos, para justificar la regla de la mayoría, "prueban más que los axiológicos". Michelangelo Bovero, "Qué no es decidible: cinco regiones del coto vedado", art. cit. Sobre este punto, debo confesar, no termino de comprender el sentido de esta visión. Si comprendemos la regla de la mayoría como un instrumento cuya justificación última descansa en argumentos técnicos, no se me ocurre manera de entender por qué debe estar más justificada que otros instrumentos que permitirían adoptar una decisión colectiva en escenarios en los que la unanimidad no es posible; instrumentos tales como lanzar una moneda al aire para ver qué decisión se toma —instrumentos que quizá sean más efectivos para agilizar la propia toma de decisiones u otros objetivos—. En este sentido, considero, la única manera que tenemos para justificar como un instrumento "mejor" o "más adecuado" a la regla de la mayoría frente a otros instrumentos de decisión, no puede descansar sino en una fundamentación axiológica. En esta dirección se pronunciaba Kelsen para quién la regla de la mayoría consiste en la mejor aproximación posible a un régimen de perfecta autonomía. Así, según la visión de Kelsen, si reivindicamos el valor de la autonomía política, pero a la par reconocemos que la autodeterminación extrema es incompatible con el ordenamiento social, puesto que si todos nos autogobernásemos plenamente llegaríamos a una situación anárquica, debemos aceptar que la autonomía o libertad política se limite mediante la regla de la mayoría. (Hans Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, Labor, Barcelona-Buenos Aires, 1934). Por ello, para Kelsen, esta regla tiene el —difícil— objetivo de lograr limitar la autodeterminación individual (para no llegar a la anarquía) pero asegurando el mayor grado de libertad política posible. Por citar otro autor que ofrece una justificación axiológica a la regla de la mayoría, aunque enfatizando el valor de la igualdad política —y no tanto, como en Kelsen, el valor de la máxima autonomía alcanzable— puede traerse a colación la visión de Jeremy Waldron, cuando señala que "mejor que cualquier otra regla, la decisión mayoritaria es neutral entre los resultados disputados, trata a los participantes por igual, y otorga a cada opinión expresada el mayor peso posible compatible con el dar igual peso a todas las opiniones. Cuando discrepamos acerca del resultado deseado, cuando no queremos parcializar el asunto, y cuando cada uno de los participantes tiene la demanda moral a ser tratado como igual en el proceso, entonces la decisión mayoritaria —o algo similar— es el principio a utilizar". (En "The Core of the Case against Judicial Review", art. cit., o *Political Political Theory*, op. cit., p. 197). En ideas parecidas, Francisco Javier Laporta, (en *El imperio de la ley. Una visión actual*, op. cit., pp. 224 y ss.) nos recuerda cómo la regla de la mayoría tiene dos implicaciones importantes en todo procedimiento de decisión democrática: a) todos los votantes son tratados como iguales por medio de la atribución del igual valor de los votos; b) todas las opciones que se someten al procedimiento de decisión se someten en pie de igualdad a la consideración de los votantes; por lo tanto, estas implicaciones parecen justificar el atribuir una fundamentación axiológica a la aludida regla de la mayoría.

<sup>63</sup> Víctor Ferreres, *Justicia constitucional y democracia*, op. cit., pp. 191 y ss.

tantes democráticos, en realidad, constituyen una minoría respecto a los representados, esto es, respecto al conjunto de la ciudadanía. Por ello, si se entiende que no lesiona el principio de la igual dignidad política de toda la ciudadanía el hecho de que la opinión de unas decenas o centenas de representantes prevalezca sobre la de millones de representados, a la hora de legislar o de apodarar las decisiones políticas, tampoco debería entenderse lesionado este principio por el hecho de que la opinión de otra minoría —la de los Jueces constitucionales— prevalezca frente a la opinión de representantes y representados. Sin embargo, este argumento, como el mismo Ferreres apunta, parece débil por lo siguiente

esta división del trabajo entre representantes y representados es aceptable desde el momento en que la participación en el debate público genera importantes costes de oportunidad que la inmensa mayoría de los ciudadanos no están dispuestos a asumir.<sup>64</sup>

No obstante, cabe matizar, para que esta división del trabajo entre representantes y representados ostente algún grado de legitimidad, es necesario, entre otros extremos, que el pluralismo social tenga su reflejo en el pluralismo de los grupos políticos,<sup>65</sup> y que todos los votos valgan igual, tanto en las elecciones como

<sup>64</sup> O, tal y como nos recuerda Nino, debe tenerse en consideración que "la intermediación del representante puede ser inevitable, ya que a las personas directamente involucradas les puede faltar el tiempo, la experiencia y el poder para hacer que sus voces sean escuchadas". (Carlos Santiago Nino, *La Constitución de la democracia deliberativa*, op. cit., p. 183).

<sup>65</sup> Sobre este aspecto vino a insistir el propio Kelsen, en "El problema del parlamentarismo", en Juan Ruíz Manero (selección y presentación), *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Debate, Madrid, 1988. Así, para el jurista austriaco, los partidos políticos deben representar en el Parlamento los plurales intereses que componen la sociedad (encaminándolos al momento de la mediación). Esta representación, del mismo modo, debe ser absolutamente proporcional, es decir, cada grupo político presente en el Parlamento debe estarlo en proporción con el consenso o adhesión del que efectivamente goce en la sociedad, a la cantidad de intereses y/o de necesidades que haya logrado materializar en el plano político según resulte de la verificación electoral. Si no fuera así, como bien nos recuerda Fiorivanti (*Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid, 2001, pp. 156-157), para Kelsen, las fuerzas políticas y/o grupos sociales excluidos de la representación parlamentaria se encontrarían en una posición de extrañeza y, probablemente, en tendente oposición respecto de la ley emanada del Parlamento, fallando así la Constitución en la función principal de la misma —según la visión del propio Kelsen—, la cual no es otra que la integración, para una pacífica y razonable coexistencia, de la pluralidad de las fuerzas sociales y políticas. Ello, pues, enlaza este punto directamente con la propia concepción kelseniana acerca de lo que sea una Constitución democrática, la cual, según la síntesis de esta visión expuesta por el propio Fiorivanti, entiende que una Constitución es democrática "porque rechaza toda 'unidad' preconstituida y porque permite desplegar

en la asamblea legislativa. De este modo, apelando a las ventajas de la división del trabajo, y dándose estas condiciones, se puede justificar la prevalencia de la opinión de los representantes, que constituyen una minoría, sobre la opinión de la mayoría de los representados. Sin embargo, este argumento, por muy diversos motivos, no puede extenderse fácilmente al caso del control judicial de la ley. Básicamente, me limito a señalar aquí, el Tribunal Constitucional no es ni un órgano representativo de los ciudadanos, ni un microcosmos de la sociedad, pues los Magistrados que lo componen se reclutan entre un grupo de personas socialmente reducido, y no son elegidos por el electorado ni responden de un modo directo de su actuación ante él (aunque esto no significa que no se encuentren sujetos a grado alguno de rendición de cuentas). Por lo tanto, esta crítica, que trata de proyectar las objeciones contra la revisión judicial a los representantes democráticos, no parece poder ir mucho más lejos en su intención de desacreditar las decisiones adoptadas por estos últimos.

## 6.

Los argumentos recién expuestos operan como razones en favor de la presunción de constitucionalidad de la ley, a lo que aquí interesa, cuando la interpretación de la Constitución da lugar a controversias razonables. Apuntado esto, me parece,

---

completamente el mismo pluralismo, con los partidos en el Parlamento y con el ejercicio de la justicia constitucional —vista como un mecanismo de garantía dirigido contra todo intento de romper el equilibrio entre las fuerzas políticas y sociales, de reducir la ley a la pura voluntad de la mayoría—. (En Maurizio Fiorivanti, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días, op. cit.*, pp. 159-160). No estoy queriendo afirmar, no obstante, que todo lo anterior nos deba hacer abrazar la conceptualización kelseniana acerca de lo que sea una Constitución democrática, pues, como sabemos, en Kelsen se produce una inclinación evidente a asociar democracia y relativismo, al considerar como buenas todas las soluciones legislativas adoptadas respetando las reglas generales del compromiso y/o del recíproco reconocimiento pacífico entre todas las fuerzas sociales y políticas, y/o del respeto a las minorías. Es por ello por lo que Fiorivanti señala que: "en el fondo, la democracia kelseniana (...) continuaba (...) siendo una democracia legislativa o parlamentaria. Y, por el contrario, (...) (ha sido) muy fuerte la tendencia, con las nuevas Cartas constitucionales, a concebir la Constitución como el lugar en el que se enuncian los principios fundamentales y las grandes decisiones que caracterizan el tipo de democracia que se intentaba construir, colocando los unos y las otras, en su objetividad, en una zona anterior a la asociación política y a su ley positiva, casi reproduciendo el modelo iusnaturalista que el mismo Kelsen siempre había rechazado coherentemente". (En Maurizio Fiorivanti, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Neira Martínez (trad.), Trotta, Madrid, 2001, p. 161).



no obstante, que resulta necesario deslindar el "valor" o el "peso" de estos tres argumentos en dos categorías: i) la primera, aquella que de un modo directo relaciona los mismos con los principios que operan en una tipificación ideal de la democracia, como sean el argumento epistémico y el argumento de la igual dignidad política de todos los ciudadanos; ii) la segunda, aquella que, aún con repercusiones en lo relativo a las decisiones adoptadas democráticamente, no se encuentra relacionada de un modo directo con los principios inherentes a una tipificación ideal de la democracia: el argumento de la corregibilidad de los errores. Dicho en los términos más sencillos, considero que en aquellas situaciones en las cuales se puede considerar potencialmente afectado el valor epistémico del procedimiento democrático, así como el principio de la igual dignidad política de todos los ciudadanos, la defensa de la constitucionalidad de la ley sobre el argumento de la "corregibilidad de los errores" no adquiere suficiente peso. Por ello, considero que el argumento epistémico y el de la igual dignidad política son argumentos que ostentan un mayor peso a la hora de defender la presunción de constitucionalidad de la ley y, a lo que ahora interesa, también a la hora de poder entender derrotada o invertida la misma, con independencia de que pueda llegar a considerarse como "drástico" el acabar expulsando a la ley del Ordenamiento Jurídico. Trataré de explicarme.

¿Cuándo puede entenderse derrotado el argumento epistémico, en favor de la presunción de la constitucionalidad de la ley? En respuesta a este interrogante, considero que es necesario acudir a la síntesis que expone el propio Bovero acerca de las acciones típicas que configuran el *funcionamiento* de la democracia, materializadas en cuatro verbos: *elegir, representar, deliberar, decidir*. Estas acciones, sostiene, representan los momentos en los cuales se articula la vida pública de una colectividad democrática.<sup>66</sup> De entre ellas, soslayo ahora la

<sup>66</sup> Ahora bien, cada una de las acciones correspondientes a estos cuatro verbos asume un significado propiamente democrático sólo bajo ciertas condiciones, que cabe calificar como condiciones y precondiciones de la democracia. Véase Michelangelo Bovero: "Il concetto di democrazia. Per una ridefinizione radicale", *Il Ponte*, LIX, núm. 2, 2003, pp. 68-86; "Ma la democrazia ha un futuro? Uno sguardo dall'Italia", *Ragion pratica*, núm. 25, 2005, pp. 419-438; "Qué no es decidible: cinco regiones del coto vedado", *art. cit.*, o *Las condiciones de la democracia. Una teoría neo-bobbiana*. Conferencia dictada el 08 de noviembre de 2011 en la Universidad Diego Portales, 2011.

importancia que tiene la actividad de la deliberación, de la cual deriva la exigencia de "garantizar iguales oportunidades para la valoración de todas las tesis y todos los puntos de vista e iguales posibilidades de persuasión recíproca entre todos los participantes".<sup>67</sup> Por ello, comparto con Bovero, la deliberación constituye el momento esencial que confiere calidad democrática al juego político. En efecto, la esencia del juego democrático no puede ser más que la institucionalización del enfrentamiento público equitativo y equilibrado entre todas las opiniones y en todos los niveles. Pues, cabe entender, sólo mediante discusión pública las opiniones y las preferencias individuales pueden corregirse, remodelarse o convergir, de tal forma que constituyan la base de *decisiones ponderadas*.<sup>68</sup>

<sup>67</sup> Michelangelo Bovero, "Prefacio", art. cit.

<sup>68</sup> La visión "opuesta" a la expresada en el cuerpo del texto, a título de ejemplo, es caracterizada por Carlos Santiago Nino, en *La Constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, pp. 101 y ss. Así, señala el teórico argentino, existen concepciones de la democracia que parten de la visión pesimista de la naturaleza humana, así como de la posibilidad de cambiar las inclinaciones autointeresadas de las personas. Adicionalmente, tales concepciones afirman que la democracia sirve para mejorar al máximo esas inclinaciones autointeresadas. Por ello, estas concepciones presuponen una concepción de las "facciones" como autointeresadas y como una seria amenaza contra los derechos de los individuos. Ahora bien, como el propio Nino matiza, al menos, consideran que lo anterior se atempera por la creencia de que la democracia es capaz de neutralizar —que no disolver— el poder de tales facciones por medio de una serie de mecanismos que generan resultados respetuosos de los derechos individuales. En todo caso, tales concepciones presuponen que la virtud del proceso democrático radica en que el mismo opera de forma tal que nadie puede descalificar las preferencias de ningún otro individuo como inmorales y en que el sistema busca acomodar las preferencias de todos sin juzgar acerca de su contenido moral. Sin embargo, como continúa ilustrando Nino, existe una segunda familia de concepciones o de teorías para justificar la democracia, que parte de un enfoque radicalmente opuesto respecto de su capacidad para transformar las preferencias y las inclinaciones de las personas, y de este modo inserta el proceso democrático dentro del "dominio de la moral". Así, para este segundo enfoque, "la virtud de la democracia yace precisamente en la incorporación de mecanismos que transforman las preferencias autointeresadas originarias de las personas en otras más altruistas e imparciales", en Carlos Santiago Nino, *La Constitución de la democracia...*, op. cit., p. 102. De este modo, esta segunda familia de justificaciones de la democracia cree que existe la posibilidad de "dar razones objetivas respecto de la moralidad de ciertos resultados y que el proceso democrático mismo ayuda a determinar el resultado moralmente correcto" —*Ibidem*, p. 103—. En particular (*Idem*, pp. 142 y ss) destaca las virtudes de los enfoques dialógicos, así, expresamente sostiene que "las cualidades morales del diálogo o de la deliberación justifica [aquellas] concepciones de [la] democracia que presuponen la transformación de las preferencias de la gente. A pesar de existir diferentes versiones que corresponden a esta perspectiva general, todas ellas encuentran en el diálogo un medio para contener los intereses egoístas y el poder de las facciones que se basan en ellas. Este límite se logra gracias a la característica del diálogo de excluir aquellas posiciones que no pueden ser defendidas desde un punto de vista imparcial" (*Idem*, p. 180). Expresamente señala: "la capacidad epistémica de la discusión colectiva y de la decisión mayoritaria para detectar soluciones moralmente correctas no es absoluta, sino que varía de acuerdo con el grado de satisfacción de las condiciones que subyacen al proceso.

Es así que debemos entender que en el momento en que el proceso deliberativo —así comprendido— se encuentre ausente o presente graves déficits, debemos concluir que resulta, cuanto menos, muy dudoso o controvertido calificar a una decisión como genuinamente democrática, pues la simple imposición de la voluntad de una mayoría no convierte a una decisión en democrática.<sup>69</sup> Junto a estas consideraciones, y a lo que aquí interesa en relación con el argumento epistémico, en ausencia de una fase o proceso deliberativo de una mínima calidad, defender que nuestros representantes democráticos están en mejor posición para alcanzar la respuesta materialmente correcta en lo relativo a la interpretación constitucional (es decir, defender el mayor *valor instrumental* del procedimiento democrático sobre el judicial), parece poco plausible. En otros términos, sin una auténtica presencia y consideración de los puntos de vista del conjunto de nuestros representantes democráticos (que han de reflejar una

---

Estas condiciones son: que todas las partes interesadas participen en la discusión y decisión; que participen de una base razonable de igualdad y sin ninguna coerción; que puedan expresar sus intereses y justificarlos con argumentos genuinos; que el grupo tenga una dimensión apropiada que maximice la probabilidad de un resultado correcto; que no haya ninguna minoría aislada, pero que la composición de las mayorías y minorías cambie con las diferentes materias; que los individuos no se encuentren sujetos a emociones extraordinarias. Cuando las condiciones para promover el valor epistémico de la democracia no son satisfechas, ésta no logra su valor" (*Idem*, p. 180).

<sup>69</sup> Cfr. Michelangelo Bovero, "Democracia y derechos fundamentales", art. cit. Sobre esta última afirmación lanzada en el cuerpo del texto, me parece interesante no perder de vista la reconstrucción que Fiorivanti realiza en torno al pensamiento de Kelsen respecto de la teórica tensión entre el control judicial de constitucionalidad y el propio ideal democrático. (En Maurizio Fioravanti, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, op. cit., p. 157). Así, para Kelsen, si comprendemos adecuadamente el principio o la fundamentación del ideal democrático, la ley emanada del Parlamento no es "inatacable" porque en realidad no contiene —a través de la representación— la mitificada "voluntad general" o la teórica voluntad del "pueblo soberano" —tal y como se conceptualizó en tiempos de la Revolución francesa—. Por el contrario, la ley "vale" sólo en cuanto realice en sí el ideal democrático, el cual, rectamente entendido, no es otro sino el ideal de la pacífica convivencia entre la pluralidad de las fuerzas e intereses que operan en toda sociedad. Por ello, entre una Constitución democrática —como las actuales— que contiene y garantiza este último ideal y una ley que se aparta de él, tendiendo a proponerse como un puro acto de imposición de la mayoría, en nombre del propio ideal democrático, no se debe dudar en preferir la primera y sancionar la segunda con la invalidez a través del pronunciamiento del Tribunal Constitucional. Es por ello por lo que el Tribunal Constitucional es para Kelsen un instrumento necesario para garantizar la pacífica convivencia o coexistencia en nuestras sociedades, en definitiva, un instrumento necesario en salvaguarda del propio ideal democrático, evitando el incorrecto uso de la ley como instrumento para la dominación de la mayoría sobre la minoría; véase Hans Kelsen, "La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)", en Juan Ruíz Manero (selección y presentación), *Escritos sobre la democracia y el socialismo*. Debate, Madrid, 1998.

suerte de microcosmos de la sociedad de referencia),<sup>70</sup> parece poco prometedora sostener el hipotético valor epistémico y/o instrumental de la toma de decisiones llevada a cabo en un Parlamento. Esto, en definitiva, nos debe hacer ver cómo en tal escenario resulta poco fructífero sostener, con pretensión de fundamento, el argumento epistémico en favor de la constitucionalidad de la ley.

Quizá este punto se entienda adecuadamente a través de algún ejemplo. Así, a lo largo de los últimos años, en España se ha venido consolidando una práctica reiterada consistente en huir de los debates o de la deliberación parlamentaria; siendo que esta práctica ha venido a "naturalizarse" por vía de la utilización indiscriminada del "procedimiento exprés" del "Decreto-Ley" (desvirtuando plenamente la finalidad o justificación de este instrumento).<sup>71</sup> Dada la reiteración de la misma, puede decirse, la calidad deliberativa que ha de presuponerse a cualquier norma emanada de nuestros representantes democráticos ha quedado sensiblemente atenuada, des-potenciada. Pues bien, creo que este tipo de prácticas o de realidades pueden, al menos, hacernos albergar dudas razonables acerca de si realmente la intervención del Juez constitucional es anti-democrática cuando procede a enjuiciar la constitucionalidad de una ley promulgada en ausencia de un proceso deliberativo de una mínima calidad. En tales escenarios, quizá, y en la medida en que el procedimiento que se sustancia ante la Corte o Tribunal Constitucional pueda operar como marco en el que es posible dar cabida o atender a los argumentos de las partes implicadas o afectadas por la ley (argumentos que fueron desoídos o ignorados en la promulgación de la misma), lejos de todo, dicho procedimiento pueda verse como contribuyente a

<sup>70</sup> Hans Kelsen, "El problema del parlamentarismo", en Juan Ruíz Manero (selección y presentación), *Escritos sobre la democracia y el socialismo*. Debate, Madrid, 1998.

<sup>71</sup> En España, en el lapso correspondiente del 2011 al 2015, fueron aprobados 73 Decretos-Ley sobre un total de 143 proyectos legislativos, es decir, más de un 50% de las leyes aprobadas por el legislador se hicieron por medio de un instrumento, al menos teóricamente, "excepcional". Elsa García de Blas, "El Gobierno de Rajoy bate el record de legislar por decreto", *El País*, España, 21 de agosto de 2015. Online: [http://politica.elpais.com/politica/2015/08/19/actualidad/1440011805\\_580128.html](http://politica.elpais.com/politica/2015/08/19/actualidad/1440011805_580128.html)  
En principio, según preceptúa el artículo 86.1 de la Constitución española, con el Decreto-Ley no puede afectarse a los derechos y libertades fundamentales reconocidos por la propia Constitución (recogidos en el Título I), aunque, en la *praxis*, dada la vocación irradiante ius-fundamental, sea muy complicado que esto sea así.

la obtención o consecución de una mayor calidad deliberativa y/o democrática y, quizá también, pueda afirmarse que el procedimiento sustanciado ante el Juez constitucional viene a presentar un mayor valor epistémico —o instrumental—<sup>72</sup> que el del propio proceso legislativo "deficiente".

Pues bien, abstrayéndome de muchos de los problemas de "detalle", me daré aquí por satisfecho si con lo recién expuesto he logrado, al menos, plantear el siguiente punto: el argumento epistémico —o del presunto mayor valor instrumental— en favor de la constitucionalidad de la ley no nos debe hacer abrazar esta presunción de un modo absolutamente rígido o deontológico; sino que, por el contrario, cabe admitir la existencia de situaciones en las cuales la misma debe entenderse como sensiblemente atenuada o, incluso, notoriamente derrotada. En tales escenarios, pues, defender la "variante fuerte" del thayerianismo consistente en exigir la unanimidad entre los Magistrados del Tribunal Constitucional de manera previa a la declaración de inconstitucionalidad de la ley, no parece poder fundamentarse, no al menos en suficiente grado, en el expuesto argumento epistémico.

A su vez, por lo que se refiere específicamente a la posibilidad de rebatir el argumento —en favor de la constitucionalidad de la ley— de la igual dignidad política de todos los ciudadanos, debo, en primer lugar, señalar cómo un examen pormenorizado de esta posibilidad exigiría de un análisis específico sensiblemente amplio (en extensión) y profundo (en cuanto a sus detalles). No dispongo aquí del espacio para ello. Por este motivo, me contentaré aquí con presentar de un modo sintético esta posibilidad.

---

<sup>72</sup> Incluso, tal y como parece querer señalar Francisca Pou, podría llegar a afirmarse que el proceso judicial siempre ostenta un mayor valor instrumental que el proceso legislativo dado que: "la intervención de la justicia constitucional contribuye (...) a materializar la vertiente deliberativa (en oposición a la electoral) del proceso por el cual los ciudadanos ponderan las implicaciones de imaginarse como titulares iguales de derechos (...), dado que los Jueces atienden y responden individualmente a los intereses de las personas según sus méritos —no por el dinero, el poder o los votos que las respalden— (...) lo cual abre vías relevantes de reconocimiento e inclusión". Francisca Pou, "Justicia constitucional y protección de derechos...", art. cit.

Si aceptamos como un "argumento de autoridad" la visión de Bobbio acerca de lo que supone la democracia, debe hacerse referencia al hecho de que existen una serie de "reglas del juego" que constituyen los rasgos de una conceptualización ideal de la democracia, y aceptarse que las mismas operan como un genuino criterio o examen de "democraticidad". En este sentido, sintetiza Bovero: "son las reglas que fijan y establecen, precisamente, las condiciones de la igualdad y de la libertad democráticas".<sup>73</sup> Por no reproducir en el cuerpo del texto todas ellas,<sup>74</sup> diré que entre las mismas adquieren un papel esencial aquellas relativas al reconocimiento de los derechos de participación política de todos y cada uno de los ciudadanos. Del mismo modo, para poder dotar de sentido al conjunto de las reglas del juego democrático y, de manera especial, a los propios derechos de participación política, resulta necesario garantizar determinados derechos —de libertad y sociales— que operan como genuinas precondiciones de toda democracia: las que Bobbio entendió por las cuatro grandes libertades de los modernos (libertad personal, de imprenta, de opinión y de pensamiento, de reunión y de asociación),<sup>75</sup> que suponen el vehículo necesario para poder ejercer la propia autonomía política, y el grueso de los derechos sociales que aparecen habitualmente reconocidos en nuestros marcos constitucionales, para evitar que la misma quede reducida al patrimonio exclusivo de unos pocos privilegiados.<sup>76</sup>

<sup>73</sup> Michelangelo Bovero, "Prefacio", art. cit., p. 33.

<sup>74</sup> Bobbio realizó a lo largo de su obra numerosas formulaciones relativas a tales reglas del juego. Así, en *Teoria generale della politica*, estableció el siguiente elenco: 1) Todos los ciudadanos que hayan alcanzado la mayoría de edad, sin distinción de raza, de religión, de condición económica o de sexo, deben disfrutar de los derechos políticos, es decir, cada uno debe disfrutar del derecho a expresar la propia opinión o de elegir a quien la exprese por él. 2) El voto de todos los ciudadanos debe tener igual peso. 3) Todos aquellos que disfrutan de derechos políticos deben ser libres de poder votar según la propia opinión formada lo más libremente que sea posible. 4) Tienen que ser libres también en el sentido de que deben encontrarse en condiciones de elegir entre soluciones diversas, es decir, entre partidos que tengan programas distintos y alternativos. 5) Tanto para las elecciones como para las decisiones colectivas debe valer la regla de la mayoría numérica, en el sentido de que se considere elegido al candidato o se considere válida la decisión que obtenga el mayor número de votos. 6) Ninguna decisión por mayoría debe limitar los derechos de la minoría, particularmente el derecho a convertirse a su vez en mayoría en igualdad de condiciones.

<sup>75</sup> Puede verse un análisis de las mismas en Michelangelo Bovero, *Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores*, Lorenzo Córdova Vianello (trad.), Trotta, Madrid, 2002, pp. 90 y ss.

<sup>76</sup> Tal y como se señala en Bovero, "(...) se puede sostener (...) que a la democracia debería relacionársela también (...) con el adjetivo 'socialista' (o 'social'), porque sin una distribución equitativa de los recursos esenciales (de los 'bienes primarios'), es decir, sin la satisfacción de los *derechos sociales* fundamentales

A consecuencia de ello, podría alegarse, cualquier ley emanada del legislador que afecte a tales condiciones o precondiciones de la democracia debería ser sometida a un exhaustivo control para determinar si erosiona el valor de la igualdad y de la autonomía política de todos los miembros del cuerpo político. A mi parecer, se abre así una vía para entender como *potencialmente* justificada la actuación del Juez constitucional sobre este extremo y, cabe insistir en ello, por no concurrir una de las condiciones para presumir su constitucionalidad.

Como he señalado, el examen detallado de lo anterior exigiría de un análisis con un notable nivel de profundidad; este no es, sin embargo, el lugar correspondiente para ello. No obstante, y ciñéndome a los derechos de participación política que vienen a operar como genuinas condiciones de todo régimen que merezca el calificativo de democrático, creo que resulta preceptiva una breve referencia acerca de cuándo puede entenderse como (potencialmente) justificada la intervención del Juez constitucional en este punto, en particular, de cuándo podemos entender como vencida o derrotada a la presunción de constitucionalidad de la ley o la deferencia hacia el legislador, aún situándonos ante conflictos constitucionales de difícil o muy difícil solución.

En tal dirección, me parece importante no perder de vista una conclusión sostenida por el mismo Ferreres, así, escribe:

me parece que debemos rechazar la idea según la cual la sola circunstancia de que una ley restrinja un derecho de participación política es razón suficiente para que el Juez la examine con sospecha. Sólo cuando existan razones para pensar que la mayoría tiene un interés en la causa (...) el Juez debe presumir la inconstitucionalidad de la ley y, por tanto, escuchar con sospecha las razones

---

que han sido reivindicados por los movimientos socialistas, las libertades individuales quedan vacías, los derechos fundamentales de libertad se transforman, de hecho, en privilegios para unos pocos, y su garantía pierde de esta manera el valor de precondición de la democracia". *Ibidem*, p. 50.

que aduce el legislador, pues éstas pueden ser meras racionalizaciones del *interés de la mayoría en mantenerse en el poder*.<sup>77</sup>

¿Qué podemos extraer de esta conclusión? Pues bien, retomando la formulación bobbiana acerca de las reglas del "juego democrático", traigo a colación una de ellas —la sexta— que constituye la "regla de clausura" o la "meta-regla" de todo régimen democrático: ninguna mayoría debe limitar los derechos de la minoría, particularmente el derecho a convertirse a su vez en mayoría en igualdad de condiciones; o se respeta esta regla o no puede seguir "jugándose" al "juego democrático". Pues bien, cabe destacar cómo, en este punto, el propio Bovero construye una interpretación extensiva, proponiendo entender que esta regla impone para la democracia una condición "no simple" de salvaguarda, sino articulada en cinco puntos, puntos que propone entender como las "*cinco regiones del coto vedado*".<sup>78</sup> No siendo este el lugar para examinar todas ellas,<sup>79</sup> en lo que a este instante interesa, puede concluirse, esta meta-regla prohíbe cualquier decisión política adoptada, aún por la mayoría, que afecte, restrinja o

<sup>77</sup> Víctor Ferreres, *Justicia constitucional y democracia*, *op. cit.*, p. 275. Las cursivas son añadidos míos.

<sup>78</sup> En referencia a la nomenclatura puesta en éxito por Garzón Valdés; véase Michelangelo Bovero, "Qué no es decidible: cinco regiones del coto vedado", art. cit.

<sup>79</sup> Para un análisis más detallado: Michelangelo Bovero, "Qué no es decidible: cinco regiones del coto vedado", *op. cit.* Aquí, simplemente, me contentaré en expresar aludidas regiones, este elenco de imperativos específicos de las condiciones ya no formales sino sustanciales de salvaguarda o supervivencia de la democracia, de un modo esquemático:

- I. En primer lugar, se prohíbe cualquier decisión que esté orientada a alterar o abolir las otras reglas del juego, esto es, las condiciones formales de la democracia, aun cuando una decisión de este tipo haya sido tomada de acuerdo con las mismas.
- II. En segundo lugar, se prohíbe volver vacías o inútiles las otras reglas del juego, limitando o aboliendo aquellos derechos fundamentales de libertad que constituyen las precondiciones liberales de la democracia. III. En tercer lugar, se impone a los poderes públicos de una democracia la obligación de volver efectivo el goce universal de estas mismas libertades, mediante la garantía de ciertos derechos fundamentales ulteriores que representan, para Bovero, las precondiciones sociales de las precondiciones liberales de la democracia. IV. En cuarto lugar, se prohíbe violar las precondiciones constitucionales de la democracia, específicamente los principios de separación y equilibrio de los poderes del Estado. El objetivo ulterior de esta prohibición radica en asegurar las técnicas jurídicas idóneas para prevenir el despotismo, incluyendo al de la mayoría. V. En quinto lugar, se prohíbe todo tipo de concentración de aquellos que Bobbio llamaba los tres poderes sociales: el poder político, fundado en última instancia en el control de los métodos de coacción; el poder económico, basado en el control de los bienes y los recursos materiales; y el poder ideológico, que se funda en el control de las ideas, de las conciencias, es decir, los medios de información y de persuasión.



suprima a los propios derechos de participación política del conjunto o de una parte de los miembros del cuerpo político. Ahora bien, como creo que resulta fácilmente apreciable en el extracto de Ferreres recién citado, más bien, deberíamos reconsiderar o matizar ésta exigencia, para entender que lo que realmente la misma estará vetando es la posibilidad de adoptar cualquier decisión que afecte a los propios derechos de participación política siempre y cuando, siendo esto lo relevante, haya sido adoptada por la mayoría desde una posición de *parcialidad* (tal vez, cómo el propio Bobbio sugería, explicada la misma desde la ambición ulterior de perpetuarse en la posición de poder político).

Así, imaginemos por hipótesis, parecería extraño pensar que esta regla vetaría la posibilidad de que, por ejemplo, se restringiera el derecho de sufragio pasivo a aquellas personas que, habiendo ostentando con anterioridad cargos de responsabilidad pública, hayan incurrido en supuestos de corrupción o malversación de recursos públicos, acreditados fehacientemente mediante oportuno proceso judicial. Ahora bien, esta meta-regla democrática sí parece que debe vetar la posibilidad, pongamos por caso, de que se restrinja el derecho de sufragio pasivo y/o activo a aquellos que ostenten nacionalidad adquirida y no de origen,<sup>80</sup> a aquellos que tengan rentas inferiores a *X* cantidades, a aquellos que no practiquen una determinada religión o a aquellos que pertenezcan a minorías étnicas identificadas. Pues bien, planteando estos últimos ejemplos, simplemente, quiero evidenciar posibles situaciones —aún por muy rocambolescas que pudieran llegar a parecer, aunque no por ello imposibles— en las cuales el argumento de la igual dignidad política de todos los ciudadanos no sólo no nos permite justificar la presunción de constitucionalidad de la ley o la debida deferencia hacia el legislador, sino más bien lo contrario, es decir, nos "obliga" a justificar su debilitamiento e incluso, la propia inversión de la misma; o sea, nos

---

<sup>80</sup> Pensemos en el supuesto de que se viniera a promulgar una ley en base a la cual se estableciera que sólo puede accederse al cargo de presidente (poco importan si regional, estatal, etc.) en caso de ostentar nacionalidad de origen o por nacimiento. En este sentido, a mi parecer, por citar un ejemplo real, el artículo 82 de la vigente Constitución mexicana, por el que se establece como uno de los requisitos para llegar a ser presidente del país el ser mexicano de nacimiento o de origen, vulnera de manera más o menos notoria la exigencia de la sexta regla del juego democrático según la idealización efectuada por Bobbio.

obliga a no considerar como irracional la posibilidad de que, en tales escenarios, sea el propio legislador quién deba asumir las cargas de la argumentación tendentes a sostener o defender la propia constitucionalidad de la ley. En definitiva, en escenarios tales y, no se olvide esto, en nombre de las propias exigencias de la igual dignidad política de todos los ciudadanos y/o democráticas, aun cuando pudieran llegar a existir desacuerdos razonables acerca de qué es lo que viene a exigir en particular la Constitución sobre estos extremos, parece que contamos con buenos argumentos para rechazar la "variante fuerte" del thayerianismo, consistente en exigir la unanimidad entre los Magistrados del Tribunal Constitucional de manera previa a la declaración de inconstitucionalidad de la ley.

## 7.

En conclusión, sostendré que abrazar la "variante fuerte" del thayerianismo y, en consecuencia, una presunción "fuerte" de la constitucionalidad de la ley o una notable deferencia hacia el legislador, puede parecer *a priori*, en escenarios de controversias razonables en torno a la determinación de nuestros derechos y libertades constitucionales, una buena estrategia para tratar de mitigar las tensiones inherentes a todo modelo de control judicial —de constitucionalidad— fuertemente insertado en el marco de un sistema democrático. Pues, en definitiva, creo que lo anterior podría suponer para muchos un instrumento eficaz o legítimo para abrazar una suerte de constitucionalismo débil en modelos cuyas piezas están engranadas para conformar un modelo de constitucionalismo fuerte.

Apuntado esto, sin embargo, y como he tratado de argumentar, debe señalarse como en todo caso contamos con buenas razones para no defender, con independencia de su potencial atractivo, la entrada en escena de aludida presunción o deferencia de un modo absolutamente rígido o deontológico. Pues sí, a fin de cuentas, tomarse en serio las exigencias subyacentes al constitucionalismo débil reside, en última instancia, en tomarse en serio la defensa del propio ideal democrático, debe aceptarse el que no existe mejor defensa del mismo que la consistente en asegurar la garantía de su correcto funcionamiento, de manera especial,

que la consistente en asegurar que el momento de la deliberación —aquel que confiere calidad al juego democrático— no esté ausente, y que garantizar aquellas condiciones básicas —las reglas del juego— que posibilitan el propio desarrollo democrático; así como, cabría añadir, que garantizar aquellos derechos y libertades fundamentales que operan al modo de precondiciones que dotan de sentido a todo gobierno democrático y que evitan, en gran medida, que el mismo acabe entrando en el baldío terreno de una democracia aparente. Estas razones, pues, son las mismas que nos deben servir para aceptar, en nombre del propio ideal democrático, que la presunción fuerte en favor de la constitucionalidad de la ley no debe resultar operativa para cualquier ley y, por ello, que, en tales escenarios, la regla de la mayoría (y no la unanimidad) dentro del Tribunal o Corte Constitucional puede ser, también, un instrumento válido para decretar la inconstitucionalidad de aquellas leyes que, de un modo directo o indirecto, afecten a los propios elementos esenciales para un correcto funcionamiento democrático o a aquellos principios que operan en su propio fundamento.

## Fuentes

AGUILÓ, Joseph, "Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la Constitución", en CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Trotta, Madrid, pp. 247-263.

AHUMADA RUÍZ, Marian, "¿Hay alternativas a la Judicial Review?", en VEGA GÓMEZ, Juan y CORZO SOSA, Edgar, *Instrumentos de tutela y justicia constitucional*, UNAM, México, 2002.

ALTEIRO, Ana Micaela, "Constitucionalismo popular", *Eunomía. Revista en Cultura de la legalidad*, núm. 10, abril-noviembre 2016, pp. 158-165.

ATIENZA, Manuel, *El Derecho como argumentación*, Fontamara, México, 2003.

\_\_\_\_\_, "Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista", en PEÑA, Lorenzo y AUSÍN, Txetxu (coords.), *Conceptos y valores constitucionales*, Plaza y Valdés, Madrid, 2016, pp. 29-58.

ATIENZA, Manuel y RUÍZ MANERO, Juan, *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Trotta, Madrid, 2006.

BAYÓN, Juan Carlos, "Derechos, Democracia y Constitución", *Discusiones*, núm. 1, 2000, pp. 65-94.

\_\_\_\_\_, "Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo", en CARBONELL, Miguel, GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Trotta, Madrid, 2010, pp. 285-355.

BELLO HUTT, Donald E., "Against Judicial Supremacy in Constitutional Interpretation", *Revus [Online]*, núm. 31, 2017.

BOBBIO, Norberto, *Teoría Generale della politica*, Einaudi, Italia, 1999.

BOVERO, Michelangelo, *Contro il governo dei peggiori. Una grammatica della democrazia*, Laterza, Sagittari Laterza, 2000.

\_\_\_\_\_, "Democracia y derechos fundamentales", *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 16, abril 2002, pp. 21-38.

\_\_\_\_\_, *Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores*, CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo (trad.), Trotta, Madrid, 2002.

\_\_\_\_\_, "Il concetto di democrazia. Per una ridefinizione radicale", *Il Ponte*, LIX, núm. 2, 2003, pp. 68-86.

\_\_\_\_\_, "Ma la democrazia ha un futuro? Uno sguardo dall'Italia", *Ragion pratica*, núm. 25, 2005, pp. 419-438.

\_\_\_\_\_, "Prefacio", en SALAZAR Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, IJJ-UNAM-FCE, México, 2006.

\_\_\_\_\_, "Qué no es decidible: cinco regiones del coto vedado", *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 31, 2008, pp. 217-225.

\_\_\_\_\_, *Las condiciones de la democracia. Una teoría neo-bobbiana*. Conferencia dictada el 08 de noviembre de 2011 en la Universidad Diego Portales, 2011.

CURCÓ COBOS, Felipe, "Constitucionalismo y democracia: una revisión crítica del argumento epistémico", *Isonomía*, núm. 44, 2016, pp. 63-97.

DE LORA, Pablo, "La posibilidad del constitucional thayeriano", *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 23, 2000.

DWORKIN, Ronald, *La justicia con toga*, Marisa Iglesias (trad.) Marcial Pons, Madrid, 2007.

ELY, John Hart, *Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional*, Siglo del hombre editores, Bogotá, 2001.

FERRAJOLI, Luigi, *El fundamento de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001.

\_\_\_\_\_, "Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2011, pp. 15-53.

- \_\_\_\_\_, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Trotta, Madrid, 2011.
- \_\_\_\_\_, *Principia iuris. 1. Teoría del Derecho*, Tomo 1 y 2, Trotta, Madrid, 2011.
- \_\_\_\_\_, "El constitucionalismo entre principios y reglas", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 35, 2012, pp. 791-817.
- \_\_\_\_\_, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Trotta, Madrid, 2014.
- FERRERES, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- \_\_\_\_\_, "Una defensa de la rigidez constitucional", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, 2000, pp. 29-47.
- \_\_\_\_\_, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Marcial Pons, Barcelona, 2011.
- FIORIVANTI, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Neira Martínez (trad.), Trotta, Madrid, 2001.
- FISS, Owen M., "The Supreme Court 1978 Term. Foreword: The Forms of Justice", *Harvard Law Review*, vol. 93, núm. 1, noviembre 1979.
- FRIEDMAN, Barry, "Dialogue and Judicial Review", *Michigan Law Review*, vol. 91, núm. 4, 1993, pp. 577-682.
- \_\_\_\_\_, "Mediated Popular Constitutionalism", *Michigan Law Review*, vol. 101, 2003.

GALLIE, Walter Bryce, "Essentially Contested Concepts", *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, vol. 56 (1955-1956), pp. 167-198.

GARCÍA DE BLAS, Elsa, "El Gobierno de Rajoy bate el record de legislar por decreto", *El País*, España, 21 de agosto de 2015. Online:[http://politica.elpais.com/politica/2015/08/19/actualidad/1440011805\\_580128.html](http://politica.elpais.com/politica/2015/08/19/actualidad/1440011805_580128.html)

GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Ariel, Barcelona, 1996.

\_\_\_\_\_, "El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de frenos y contrapesos", *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 14, núm. 2, diciembre 2013.

HAREL, Alon, *Why Law Matters*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

HIERRO, Liborio L., "Sobre la odisea constitucionalista de Luigi Ferrajoli", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2011, pp. 153-166.

HOGG, Peter W. y BUSHELL, Allison A., "El Diálogo de la Carta Entre Tribunales y las Legislaturas", *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 14, núm. 2, 2013.

HÜBNER MENDES, C.,: "Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra", en GARGARELLA, Roberto (comp.), *Por una Justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2014.

IGLESIAS, Marisa, "Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional", *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 23, 2000, pp. 77-104.

KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, Labor, Barcelona-Buenos Aires, 1934.

\_\_\_\_\_, "La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)", en RUÍZ MANERO, Juan, (selección y presentación), *Escritos sobre la democracia y el socialismo*. Debate, Madrid, 1998.

\_\_\_\_\_, "El problema del parlamentarismo", en RUÍZ MANERO, Juan, (selección y presentación), *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Debate, Madrid, 1988.

KRAMER, Larry D., *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, Oxford, 2005.

LAPORTA, Francisco Javier, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid, 2007.

LINARES, Sebastián, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

\_\_\_\_\_, "Justicia Dialógica Interinstitucional: de *lege ferenda* y de *lege data*", *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 14, núm. 2, 2013.

MARMOR, Andrei, "¿Son legítimas las Constituciones?", en FABRA ZAMORA, Jorge Luis, GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (coords.), *Filosofía del Derecho Constitucional. Cuestiones fundamentales*, UNAM, IJ, México, 2015, pp. 37-72.

MARTÍ, José Luis, *La república deliberativa: una teoría de la democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2006.



MORESO, Josep-Joan, "Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, 2000, pp. 105-118.

\_\_\_\_\_, "En defensa el positivismo jurídico inclusivo", en REDONDO, María Cristina, NAVARRO LÓPEZ, Pablo Eugenio (comp.), *La relevancia del derecho: ensayos de filosofía jurídica, moral y política*. Gedisa, Madrid, 2002, pp. 93-116.

\_\_\_\_\_, *La Constitución: modelo para armar*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

NIEMBRO, Roberto, "Las respuestas legislativas a las declaraciones de inconstitucionalidad como formas de diálogo constitucional", *Revista española de Derecho constitucional*, año 32, núm. 95, 2012, pp. 139-168.

\_\_\_\_\_, "Una mirada al constitucionalismo popular", *Isonomía*, núm. 38, abril 2013.

NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992.

\_\_\_\_\_, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997.

ORUNESU, Claudina, "Los límites de la objeción contramayoritaria al control judicial de constitucionalidad", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 2, marzo-agosto 2012, pp. 31-48.

POU, Francisca, "Justicia constitucional y protección de derechos en América Latina: el debate sobre la regionalización del activismo", en César Rodríguez Garavito (coord.), *El Derecho en América Latina*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2011, pp. 231-249.

- PRIETO SANCHÍS, Luis, "Constitución y Parlamento", *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm. 5, 2001, pp. 9-37.
- RAWLS, John, *Political Liberalism*, Columbia University Press, Nueva York, 1993.
- ROACH, Kent, "Dialogic Judicial Review and its Critics", *Supreme Court Law Review*, núm. 23, 2004, pp. 49-104.
- RÓDENAS, Ángeles, *Los intersticios del derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- RUÍZ MANERO, Juan, "Una tipología de las normas constitucionales", en AGUILÓ, Joseph; ATIENZA, Manuel; RUÍZ MANERO, Juan, *Fragmentos para una Teoría de la Constitución*, Iustel, Madrid, 2007.
- RUÍZ MIGUEL, Alfonso, "Constitucionalismo y Democracia", *Isonomía*, núm. 21, 2004, pp. 51-85.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, UNAM-IIJ-FCE, México, 2006.
- SOLIMINE, Michael E., y WALKER, James L., "The Supreme Court, Judicial Review, and the Public: Leadership versus dialogue", *Constitutional Commentary*, vol. 11, 1994-1995.
- SPECTOR, Horacio, "Un Sistema Democrático de Control Constitucional", *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 14, núm. 2, 2013.
- THAYER, James Bradley, "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law", *Harvard Law Review*, vol. 7, núm. 3, 1983, pp. 129-156.

TUSHNET, Mark V., *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton University Press, Princeton, 1999.

\_\_\_\_\_, *Weak Courts, Strong Rights*, Princeton University Press, Princeton, 2008.

\_\_\_\_\_, "Revisión Judicial Dialógica", *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 14, núm. 2, 2013.

VÁZQUEZ, Rodolfo, "Justicia constitucional, derechos humanos y argumento contramayoritario", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 44, 2010, pp. 249-264.

WALDRON, Jeremy, "A Right-Based Critique of Constitutional Rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, núm. 1, 1993, pp. 18-65.

\_\_\_\_\_, "Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues", *California Law Review*, vol. 82, núm. 3, 1994, pp. 509-540.

\_\_\_\_\_, *Derecho y desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

\_\_\_\_\_, "The Core of the Case against Judicial Review", *The Yale Law Journal*, núm. 115, 2006, pp. 1346-1406. [Edición en español: "El control de la argumentación contra el control judicial de la legislación", en FABRA ZAMORA, J.L.; GARCÍA JARAMILLO, L. (coord.), *Filosofía del Derecho Constitucional. Cuestiones fundamentales*. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México].

\_\_\_\_\_, *Political Political Theory*, Harvard University Press, Cambridge, 2016.



# El constitucionalismo mexicano a examen: cinco desafíos teóricos y 10 preocupaciones prácticas

Roberto  
Lara Chagoyán\*

## 1. Introducción

El fenómeno de la "constitucionalización", como modelo de organización jurídico-política en el que la dimensión regulativa de Constitución ocupa la escena central, es impostergable, pero enfrenta desafíos tanto teóricos como prácticos cuando los académicos o, más importante aún, los operadores jurídicos reaccionan frente a él. Algunos de estos desafíos provienen de la teoría constitucional y otros más de la teoría del Derecho. En este trabajo abordo algunos de los más conocidos, en pares de elementos que, a mi juicio, se encuentran en constante tensión entre sí; a saber: 1) la Constitución de los muertos contra la Constitución de los vivos; 2) el formalismo contra el activismo (o hiperactivismo) judicial; 3) positivismo jurídico contra constitucionalismo;

---

\* Profesor de posgrado en la Universidad de Guanajuato y de la licenciatura en Ciencia Forense de la UNAM. Director General del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México.

4) supremacía contra soberanía; y 5) objetivismo contra no-objetivismo (o escepticismo) moral.

¿Por qué he elegido éstas y no otras tensiones o contradicciones? Por dos razones: la primera, porque, sin pretensiones de exhaustividad, considero que son una muestra representativa de los desacuerdos existentes tanto en la teoría como en la práctica del Derecho constitucional en México; y la segunda, porque las mismas, al ser puestas en práctica en casos concretos, ponen a prueba algunos postulados teóricos que parecen incuestionables en principio.

He considerado que, reflexionar sobre estos desafíos es importante porque la transición hacia el Estado constitucional de Derecho es un proceso complejo que no se limita a los cambios legislativos o constitucionales, sino que demanda otro tipo de actitudes, modos de ser y de pensar de los operadores jurídicos. Esos cambios en las personas debieran pasar por reflexiones de carácter político, social, económico y jurídico. El cambio va, pues, más allá de las etiquetas teóricas que, muchas veces, se asumen sin la toma de conciencia debida. Las "modas" teóricas suelen asumirse irreflexivamente, sin entenderlas, evaluarlas y criticarlas, por quienes se dejan seducir por una narrativa del prestigio —que suele venir del extranjero, y si es anglosajona, mejor—. Advierto que no pretendo agotar todas las discusiones relacionadas con la constitucionalización, sino que, con mucha mayor modestia, busco poner al alcance de un jurista promedio los extremos de las contradicciones o problemas, a fin de despertar esa conciencia a la que me refería. Mi pretensión es, sencillamente, orientar a aquellos lectores que podrían verse extraviados en el mar de las etiquetas conceptuales. Con la mayor claridad posible, pretendo mostrar de qué se tratan las discusiones para que cada uno actúe en consecuencia.

En el último apartado presentaré 10 preocupaciones prácticas —o tareas pendientes— derivadas de cierta manera de los cinco desafíos teóricos anteriores. Presento, como salida, un panorama general de nuestro contexto. Las tareas preocupantes o pendientes son:

1. Implementar cambios necesarios en la infraestructura normativa de nuestro sistema jurídico.
2. Implementar un *certiorari* para la selección de los asuntos realmente relevantes, que fortalezca a la Corte Suprema.
3. Replantear el sistema de precedentes.
4. Entender mejor la idea de parámetro de regularidad constitucional, mejor conocido como "bloque de constitucionalidad", y todas sus implicaciones prácticas.
5. Resolver la disputa entre legalidad *versus* constitucionalidad, que es como una "tierra de nadie" del constitucionalismo mexicano.
6. Regular de una mejor manera la abogacía.
7. Implementar cambios en los sistemas educativos y planes de estudio en la carrera de Derecho.
8. Enfatizar la necesidad de la interdisciplinariedad en la enseñanza y en la práctica jurídica.
9. Mejorar la capacitación de los operadores judiciales y sus equipos.
10. Promover un federalismo judicial efectivo.

Considero que entre los desafíos y las preocupaciones, los juristas mexicanos tenemos un enorme trabajo por hacer. Este sencillo ejercicio no es más que un mapeo general sobre estas cuestiones.

## **2. ¿Constitución de los vivos o Constitución de los muertos?**

¿Qué Constitución debe regirnos: la de los muertos o la de los vivos? La frase encierra una tensión siempre presente en la teoría constitucional. La preocupación se atribuye a Thomas Paine, uno de los padres fundadores de los Estados Unidos a finales del siglo XVIII, quien resolvió la pregunta en el sentido de que debía prevalecer el "derecho de los vivos" sobre "la autoridad de los muertos", ya que —a su juicio—, "cada generación tiene los mismos derechos que las generaciones que las precedieron, del mismo modo en que cada individuo tiene los

mismos derechos que cualquiera de sus contemporáneos".<sup>1</sup> Thomas Jefferson —otro padre fundador— sostuvo algo parecido, en 1789 afirmaba que "la tierra pertenece a los vivos", en clara referencia a la voluntad contingente que expresan las leyes constitucionales realmente;<sup>2</sup> y, por lo tanto, no resulta aceptable que tengamos que ceñirnos absolutamente a las condiciones dictadas por los muertos.

No obstante, en ese mismo tiempo, Edmund Burke sostenía exactamente lo contrario: las tradiciones de la comunidad —decía— guardan mayor valor que las ambiciones de cualquier generación particular.<sup>3</sup> Ante este debate, Jefferson propuso, en sus "Notas para el Estado de Virginia", que cada generación debía tener el derecho de rehacer su Constitución en un período aproximado de 20 años.<sup>4</sup>

La teoría constitucional explica esta contradicción de la siguiente manera: si se piensa en la Constitución de los muertos y en la de los vivos como si fueran dos extremos, entonces un mayor grado de rigidez constitucional apuntaría al primero, mientras que un mayor grado de flexibilidad apuntaría al segundo. Por rigidez y flexibilidad naturalmente nos referimos a la mayor o menor dificultad legal (y política) para introducir cambios en el texto constitucional. Josep Aguiló, de la escuela alicantina, lo dice con las siguientes palabras

Si la legislación es el instrumento ordinario para el cambio en un sistema jurídico-político, la rigidez de una constitución regulativa parece enredar al constitucionalismo en un dilema. Por un lado, si una constitución es rígida, entonces se rompe la igualdad democrática y se somete a los vivos a la voluntad de los muertos. Se instaura el gobierno de los muertos. En el constitucionalismo rígido todo ello es más patente por dos cosas: Una, por el carácter plenamente "decisional" (deliberada o intencional)

<sup>1</sup> Thomas Paine, *The Political and Miscellaneous Works of Thomas Paine*, R. Carlile (ed.), vol. 1, Londres, 1819, pp. 8-9.

<sup>2</sup> Michel Troper, "Jefferson y la interpretación de la declaración de los derechos del hombre de 1798", en *Derechos y libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 8, 2000, p. 559.

<sup>3</sup> Roberto Gargarella, "Constitucionalismo vs. democracia", *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 3, p. 1992.

<sup>4</sup> *Ibidem*.



que tiene una constitución rígida. Por definición, en una comunidad que se ha dado una constitución rígida hay, por decirlo de algún modo, un momento 0, una decisión. Y dos, por el presupuesto de la modernidad de que la acción política racional es acción orientada al futuro, no acción anclada en el pasado (legitimación tradicional).<sup>5</sup> Pero, por otro lado, si una constitución no es rígida, es decir, si los derechos no están sustraídos al juego de las mayorías, entonces —suele decirse— los derechos no están garantizados, es decir, no hay Constitución.<sup>6</sup>

Pues bien, esa contradicción se ha mantenido hasta nuestros días entre quienes consideran que los textos constitucionales tienen una vocación de cambio generacional y quienes niegan esa posibilidad. Así, en México, no son pocas las personas que ven a la Constitución de 1917, y al Derecho legislado en general, como un baluarte que debe preservarse ante todo y ante todos, so pena de perder la esencia de nuestro ser como nación. Y para complicarlo todavía más, estas voces señalan —no sin razón— que cada reforma constitucional implica una peligrosa ruptura con el pasado. Es decir, la ruptura no obedece a un solo momento, sino que es dinámica, ya que cada uno de los cambios va desdibujando poco a poco la imagen original que nos dio el Constituyente originario. Y en contrapartida, existen voces que estiman que no es posible sostener un texto constitucional que lleva cerca de 642 reformas,<sup>7</sup> en sus casi 100 años de existencia, y que quizás sea tiempo de preguntarse por un cambio integral.

En esta misma línea, quienes estamos vivos tenemos derecho a cuestionar los contenidos del texto constitucional que heredamos de los muertos; sin embargo, ese derecho debiera tener algún límite (material, de contenido), ya que tampoco podríamos desatender en absoluto algún tipo de herencia constitucional, especialmente en lo que se refiere a los valores y derechos que nadie cuestiona, y

<sup>5</sup> Max Weber, *Economía y sociedad*, 2a. ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1993, p. 20.

<sup>6</sup> Josep Agulló Regla, "Tener una Constitución", 'Darse una Constitución' y 'Vivir en Constitución', *Isonomía. Cuadernos de filosofía y teoría del Derecho*, núm. 28, México, abril de 2008, pp. 75 y 76.

<sup>7</sup> Héctor Fix-Fierro y Héctor Valadés (coords.), "Hacia la reordenación y consolidación del texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917". Estudio introductorio. Estudio académico elaborado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la LXII Legislatura de la Cámara de Diputados. Consultable en: <http://www2.juridicas.unam.mx/constitucion-reordenada-consolidada/estudio-introductorio>

que han significado auténticos triunfos de la democracia, tales como la laicidad del Estado, el voto de las mujeres, las conquistas de los derechos de las comunidades indígenas, los avances en materia de no discriminación, por mencionar sólo algunos. Pero, naturalmente, estas preocupaciones debemos discutirlos entre nosotros, los vivos, ya que los muertos lógicamente nada pueden aportar a la discusión.

Es cierto que nosotros no estuvimos presentes en 1917 como tampoco en una buena parte de ese siglo XX, ni participamos en los debates ni en cada una de las reformas constitucionales ni como pueblo, ni como parte de la estructura política y, sin embargo, seguimos viendo al Texto constitucional no sólo como la Máxima norma que nos rige, sino sobre todo como el valor por excelencia de nuestra vida democrática y nuestro Estado de Derecho. Pero ello no supone que dejemos de preocuparnos por la enorme deuda constitucional, es decir, por la Constitución incumplida, que se refleja en todos y cada uno de los atrasos y promesas cumplidas a medias o sólo para algunos. La Constitución pendiente, esa que falta por cumplirse, se conforma por nuestros actuales deseos y anhelos: el auténtico respeto y garantía de los derechos fundamentales; el desarrollo económico transversal; el avance de una cultura política en la que las elecciones dejen de ser un mero negocio; el combate a una corrupción rampante en los sectores público y privado; la construcción de una auténtica cultura de igualdad y no discriminación; la erradicación de todas las formas de tortura; una educación de calidad y, en fin, la consecución de un auténtico Estado constitucional de Derecho.

Si se miran bien, estos deseos incumplidos no parecen distintos a los que tuvo el Constituyente de 1917, pero podemos decir que, claramente, la estructura diseñada por los muertos no ha funcionado de una manera igualitaria a lo largo de todo este tiempo.

La tensión, insisto, parece a veces insalvable porque si nos comprometemos fuertemente con la rigidez, no habría manera de reformar la Constitución jamás, con lo cual nos situaríamos en una verdadera petrificación constitucional. Sin

embargo, tampoco podemos —creo— dinamitar de un plumazo toda la Constitución y hacer una reforma integral, convocando a un nuevo Constituyente sin mayores reflexiones. Y es que, desde mi punto de vista, no viene mal mantener cierto grado de rigidez en ciertas partes del texto constitucional. Por lo demás, no debemos soslayar el que, aun cuando decidiéramos darnos un nuevo texto constitucional, serían las mismas fuerzas vivas de hoy (los factores reales del poder) las que protagonizarían (patrocinarían, influirían, decidirían) esa refundación, lo que podría sugerirnos que no habría profundos y verdaderos cambios.<sup>8</sup>

¿Cómo resolvemos, entonces, esta contradicción entre la Constitución de los vivos y la de los muertos? La respuesta está, según lo veo, en lo que la propia teoría constitucional nos sugiere mediante el diálogo racional. Deberá tratarse de una construcción inteligente, democrática, tanto en el ámbito estrictamente político como en el jurídico, mediante la cual podamos hacer los puentes y las conexiones indispensables entre los valores de una Constitución existente (la de los muertos) y los valores de la Constitución contingente (la de los vivos). Se trata de hacer cambios necesarios sin alterar los pilares fundamentales.

Pareciera, pues, que un mínimo de rigidez constitucional es imprescindible para preservar la esencia, y para que así, los cambios que se hagan al texto estén pensados y dirigidos hacia una continuidad y evolución más que a una ruptura. Es importante que sea más difícil reformar las constituciones, que éstas no se parezcan a las leyes; que no caigan en manos del legislador ordinario, sino que tengan que pasar por un proceso más riguroso de análisis, de contraste, de deliberación democrática. Esta rigidez, entonces, termina viéndose siempre como algo positivo, como algo que trata de preservar nuestra continuidad institucional; que trata de preservar esos valores, esos principios, esos pilares fundamentales que nos hemos dado en cada momento de reforma constitucional, y que

---

<sup>8</sup> Este tema, por cierto, polémico, nos recuerda a Ferdinand Lassalle, quien sugerentemente señalaba en 1862 que, son los factores reales del poder los que hacen la Constitución. Me refiero al famoso discurso que pronunciara en Berlín, en abril de ese año. *Cfr.* Ferdinand Lasalle, *¿Qué es una Constitución?*, Prólogo de Eliseo Aja, Epílogo de Alejandro Nieto, Ariel, Barcelona, 2012.

desde luego nos dimos como sociedad en 1917, cuando inició esta aventura constitucional. En palabras de Aguiló Regla

De nuevo, y sin extenderme mucho, en mi opinión, esta tensión entre quienes "se dieron una constitución" (los muertos) y quienes "tienen una constitución" (los vivos) tampoco es susceptible de recibir una respuesta estructural o definitiva. La síntesis armónica entre unos y otros sólo puede expresarse mediante nociones inestables y dialécticas como la de "continuidad de una práctica" que permita eliminar los términos indeseables, por un lado, de sometimiento al pasado y, por otro, de ausencia de garantía de los derechos (de estabilización de las expectativas relativas a los derechos). Nuevamente (...) la solución hay que buscarla apuntando hacia las exigencias deliberativas y argumentativas y el desarrollo de las actitudes adecuadas.<sup>9</sup>

En suma, y utilizando un ejemplo de Michel Troper,<sup>10</sup> si consideramos que la Constitución es una construcción humana comparada con una máquina, entonces necesita que se le hagan ajustes con el paso del tiempo; puesto que no podemos pensar en una máquina eterna o intocable, pues las de ese tipo sólo sirven para los museos. Tampoco podemos inventar una máquina nueva sin utilizar la estructura o la base fundamental de la que ya tenemos, pues a final de cuentas, la Constitución formal no es otra cosa que el reflejo en papel de nuestras prácticas democráticas, en lo político, y argumentativas con un criterio de corrección, en lo jurídico.

### 3. ¿Formalismo o activismo judicial?

Manuel Atienza distingue entre dos tipos de formalismo: uno saludable y uno dañino. El primero de ellos consiste en que, para los juristas de nuestra cultura, las razones para la acción que nos suministra el Derecho son, en su mayoría, razones de tipo excluyente o perentorio. Se trata —agrega Atienza— de lo que Max Weber llamó "racionalidad formal". En este sentido, ser formalista no tiene nada de particular, pues se trata sencillamente de aceptar, prima facie, que el

<sup>9</sup> Josep Aguiló Regla, "Tener una Constitución'...", *op. cit.*, pp. 75 y 76.

<sup>10</sup> Michel Troper, "Jefferson y la interpretación...", *op. cit.*, p. 559.

Derecho legislado constituye la mejor opción —aunque no la única— para ordenar la convivencia y resolver conflictos que de ella emanan.

Por otro lado, Atienza entiende al formalismo como algo dañino para el Estado de Derecho, porque constituye "una dirección o desviación" del positivismo jurídico, mediante la acentuación de algunos de sus componentes básicos. Las notas características (o vicios) de esta segunda forma de entender al formalismo —siempre de acuerdo con el autor referido— se basan en los siguientes falsos supuestos: 1) completitud y coherencia de los sistemas jurídicos; 2) creación del Derecho sólo por los legisladores, como consecuencia de la doctrina de la división de poderes; 3) el carácter esencialmente estático; 4) el "verdadero Derecho" o derecho válido consiste en reglas generales; 5) el Derecho es tanto más perfecto cuanto mayor es su grado de generalidad y abstracción; 6) los conceptos jurídicos poseen una "lógica interna" que permite deducir de ellos soluciones sin necesidad de recurrir para ello a elementos extrajurídicos; 7) la justificación deductiva (silogismo subjuntivo) como única posibilidad; 8) la certeza y la predecibilidad (la seguridad jurídica) son los máximos ideales jurídicos; 9) la interpretación consiste solamente en describir el significado objetivo de un texto o la voluntad subjetiva de su autor, de manera que no queda espacio alguno para la discrecionalidad del intérprete; 10) Inadecuación del Derecho a una sociedad en transformación; 11) el Derecho es un fin en sí mismo; es algo sagrado en el que se ensalzan valores internos al mismo, como el orden y la seguridad; éste prescinde de sus funciones sociales; se pretende aislado de la política y excluyente de la posibilidad de la crítica moral.<sup>11</sup>

Esta segunda vertiente —que es la que ha marcado la práctica judicial mexicana—, para mí, implica una visión casi religiosa de la norma escrita, y está basada en una deferencia prácticamente ciega al legislador, de acuerdo con la cual el

<sup>11</sup> Manuel Atienza, *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, pp. 276 y 277; asimismo, la distinción aparece en dos obras del mismo autor: *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006, pp. 24-27; y *Curso de Argumentación Jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, pp. 22 y 23.

Juez debe limitarse a resolver los casos al "tenor literal de la ley", exclusivamente mediante la subsunción.

La contracara del formalismo es el activismo judicial (más adelante aclararé por qué prefiero adoptar el término "hiperactivismo"). Manuel Atienza coloca al activismo judicial en el otro extremo del formalismo y lo considera igualmente dañino

El formalismo y el activismo judicial podrían considerarse como el Escila y el Caribdis que deben evitar los Jueces. El Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial [...] se refiere (implícitamente) a esas dos actitudes, que considera condenables. Al activismo, al señalar que la independencia judicial supone la obligación de los Jueces de utilizar únicamente razones jurídicas. Y al formalismo, al indicar —a propósito de la equidad— que la vinculación de los Jueces no es sólo al tenor literal de las normas.<sup>12</sup>

Esta otra actitud consiste en que los Jueces no resuelven los casos ni desde, ni por el Derecho mismo, sino en representación de intereses ajenos a éste; intereses de algún sector (político, religioso, económico o moral) que representan y que les lleva a construir una agenda, pasando por alto los deberes de independencia e imparcialidad judiciales.<sup>13</sup> De hecho, volviendo a Manuel Atienza, el activismo judicial, de acuerdo con el artículo 2o. del Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, constituye una violación al deber de independencia judicial, porque supone que el juzgador se ha dejado influir por factores ajenos al Derecho mismo.<sup>14</sup>

En el caso mexicano, abrazar el formalismo jurídico tiene varios inconvenientes, ya que, como es de todos sabido, por un lado, el lenguaje del Derecho legislado no está exento de conceptos vagos, oscuros, esencialmente controvertidos, además

<sup>12</sup> Manuel Atienza, *Curso de Argumentación Jurídica, op. cit.*, 2013, p. 51.

<sup>13</sup> Cfr. Josep Aguiló Regla, "Independencia e imparcialidad de los Jueces y argumentación jurídica", *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, número 6, abril de 1997, pp. 75-77.

<sup>14</sup> Artículo 2o. El Juez independiente es aquel que determina desde el Derecho vigente la decisión justa, sin dejarse influir real o aparentemente por factores ajenos al Derecho mismo.

de términos ambiguos e imprecisos; y, por otro lado, el "método jurídico" con el que suele operarse en la práctica (que se refleja en la cultura del "machote" (plantilla); el uso de un lenguaje oscuro y barroco; las sentencias enormes, etcétera), no es algo de lo que, por desgracia, podamos presumir en México.

El otro extremo a evitar, como señalo *supra*, es el activismo judicial o, mejor dicho, el "hiperactivismo judicial". Esta aclaración no es cosa menor, ya que no es lo mismo ser un Juez activista, que un Juez hiperactivo. El activismo judicial bien entendido se puede predicar de un Juez que, sin dejar de ser independiente, apuesta seriamente por la salvaguarda de los derechos fundamentales, especialmente de las minorías, consagrados en la Constitución.<sup>15</sup> Desde mi punto de vista, los Jueces activistas, en el buen sentido de la expresión, son quienes entienden que el Derecho es una empresa interpretativa que permite, razonablemente y dentro de los márgenes legales, desplegar su trabajo con un mayor grado de creatividad, en aras de salvaguardar en condiciones de igualdad los valores constitucionales. Alejandro Marianello señala que los Jueces activistas se caracterizan por: a) ampliar garantías procesales; b) crear derechos no reconocidos nominalmente en la ley, mediante las sentencias interpretativas; c) dialogar con el Congreso, también mediante sus fallos, con relación a la necesidad de las reformas legales necesarias; d) establecer sentencias o precedentes que constituyan verdaderos modelos a seguir por los ciudadanos y el Estado.<sup>16</sup> Se trata, pues, de Jueces constructivistas que persiguen en cada una de sus resoluciones el ideal dworkiniano de ver al Derecho bajo su mejor luz. Con esa actitud, se oponen a los Jueces autorestringidos (literalistas o formalistas) que, por naturaleza, son "inactivos".

<sup>15</sup> De acuerdo con Alejandro Marianello, la frase "activismo judicial" fue usada por primera vez por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en 1954, cuando se autoproclamó "activista", bajo la presidencia del Juez Earl Warren, especialmente una vez que se resolvió el famoso Caso *Brown vs. Board of Education*, el 17 de mayo de 1954, en el que se declaró, por unanimidad, la inconstitucionalidad de la segregación racial en las escuelas. Cfr. Patricio Alejandro Maraniello, "El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional", en *Pensar en Derecho* (s.d.), p. 125.

<sup>16</sup> *Ibidem*, pp. 129 y 130.

En cambio, el Juez hiperactivista busca "cumplir una agenda" que no es la del Derecho, esto es, que toma decisiones que no le corresponde tomar porque, sencillamente, no tiene competencia para ello. Un Juez hiperactivo no es independiente, porque utiliza algo más que razones jurídicas para resolver conflictos cuando, por ejemplo, al dictar una política pública, toma decisiones presupuestarias o diseña una política legislativa en toda regla.<sup>17</sup> El hiperactivismo, así entendido, se traduce en una clara violación del principio de división de poderes, porque desconoce los límites de las competencias constitucionales propias. Alejandro Marianello se refiere al hiperactivismo como "activismo irrazonable o injusto", y sostiene que quienes lo practican "van a contramano de los preceptos axiológicos de justicia", porque buscan allanar los caminos procesales para facilitar y homologar el accionar del gobierno, a través de un salto de instancias; convalidan normas de emergencia restrictivas de los derechos fundamentales; y también convalidan excesos del poder en general.<sup>18</sup>

La clave para entender la diferencia entre activismo e hiperactivismo —a mi juicio— está en el *deber* de independencia de los Jueces. Al respecto, Josep Aguiló distingue a los Jueces de otras autoridades **centralmente las políticas**. Estas últimas —dice— actúan legítimamente en *representación* de ciertos grupos; en cambio, las autoridades jurisdiccionales no pueden actuar en representación de nadie sino en cumplimiento de un auténtico *deber de independencia*, en la medida en que sus decisiones no pueden portar intereses o fines ajenos al Derecho. En sus palabras:

Este es el sentido en el que me parece que una buena concepción de la independencia debe mostrar la oposición entre ésta y la representación; y, de este modo, poder concluir que el deber de independencia trata, entre otras cosas pero muy centralmente, de preservar las decisiones judiciales de las influencias extrañas al Derecho

<sup>17</sup> Un ejemplo de este "hiperactivismo judicial" es la sentencia correspondiente al amparo en revisión 159/2013, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la sesión celebrada el 16 de octubre de 2013, por mayoría de cuatro votos. Véase, con respecto a esa sentencia, Roberto Lara Chagoyán, "Estado de interdicción, modelos de discapacidad e interpretación conforme: un caso víctima", en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 42, abril de 2011, pp. 171-196.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 130.



provenientes del sistema social. Si ello es así, invirtiendo algo los términos, puede extraerse el siguiente corolario: el deber de independencia de los Jueces tiene como correlato el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el Derecho y no desde parámetros extrajurídicos provenientes del sistema social. Así, independientes es el Juez que aplica el Derecho (actúa en correspondencia con el deber) y que lo hace movido por las razones que el Derecho le suministra (actúa movido por el deber).<sup>19</sup>

Por otra parte, no niego que los Jueces tengan, de hecho, alguna agenda moral, política o religiosa, ya que sería imposible que no la tuvieran puesto que no son autómatas. Sin embargo, esa agenda debe conducirse con el respeto irrestricto al deber de independencia al que me he referido. Es decir, la agenda personal puede o no coincidir con la de la Constitución; pero, en todo caso, es ésta la que debe prevalecer, en caso de conflicto, con la de carácter personal del juzgador.

En suma, un Juez activista no puede adoptar una actitud pasiva ante la letra de la ley, como si ésta pudiera ser interpretada exclusivamente a través del método literal; por el contrario, el Juez activista es consciente de que la interpretación de los materiales jurídicos debe orientarse hacia un propósito (pero no a cualquier propósito): los mandatos constitucionales y las razones subyacentes a ellos: la democracia, los valores de igualdad, dignidad, libertad y seguridad. A mi juicio, sólo un Juez activista, en el sentido apuntado, podría estar a la altura de las exigencias del párrafo segundo del artículo 1o. constitucional, en donde se prescribe que la interpretación de las normas relativas a los derechos humanos *deberá* llevarse a cabo de conformidad con la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y con los tratados internacionales en la materia favoreciendo en todo momento la protección más amplia para las personas. Si se mira bien, ni un Juez formalista ni uno hiperactivista podrían ajustarse cabalmente a este mandato: en el primer caso, porque el principio constitucional *pro persona* constituye un verdadero antídoto contra el formalismo; y en el segundo, porque el

<sup>19</sup> Josep Aguiló Regla, "Independencia e imparcialidad de los Jueces", en *Sobre Derecho y argumentación*, edit. Leonard Muntaner, Palma de Mallorca, 2008, p. 38.

hiperactivismo sencillamente no es compatible con el deber de independencia judicial.

#### 4. ¿Constitucionalismo o positivismo?

En este aspecto quiero referirme a una cuestión relacionada con el tipo de filosofía del Derecho que naturalmente profesamos todos los juristas, aunque no siempre y en todos los casos, de manera consciente. Simplificando quizás demasiado las cosas, podemos sostener que actualmente el debate gravita en torno a dos grupos de concepciones que ven la centralidad de la Constitución con distinto énfasis: el positivismo y el constitucionalismo.

Empecemos por el positivismo. Es ya clásica, la triple caracterización que el gran Norberto Bobbio hiciera de la concepción positivista: como "metodología", como "teoría" y como "ideología". En el primer caso, el positivismo jurídico "asume frente al derecho una actitud a-valorativa u objetiva o éticamente neutral; es decir, que acepta como criterio para distinguir una regla jurídica de una no jurídica la derivación de hechos verificables... y no la mayor o menor correspondencia con cierto sistema de valores".<sup>20</sup> Como "teoría", el positivismo se caracterizaría, de acuerdo con Bobbio, por las siguientes características: a) el derecho es coactivo, es decir, se trata de un sistema de normas que se aplican aun en contra de la voluntad de destinatario; b) las normas jurídicas son imperativas, es decir, deben entenderse como mandatos; c) la ley tiene supremacía sobre las otras fuentes del Derecho; d) el ordenamiento jurídico se caracteriza, a su vez, por la plenitud (ausencia de lagunas) y por la coherencia (ausencia de antinomias); y e) el único criterio admisible para la aplicación del Derecho es la subsunción.<sup>21</sup> Finalmente, como ideología, el positivismo se identifica con una serie de valores que se derivan de la existencia misma del Derecho. De acuerdo con Bobbio, un positivista podría hacer coincidir el juicio de justicia o injusticia de las leyes con el juicio sobre su validez o invalidez; o bien, podría mostrar que la sola existencia

<sup>20</sup> Norberto Bobbio, *El problema del positivismo jurídico*, Fontamara, México, 1991 (1965), p. 42.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 45.

del Derecho, independientemente del valor moral de sus reglas, sirve para la obtención de ciertos fines deseables como el orden, la paz, la certeza o la justicia legal.<sup>22</sup>

Pues bien, para quienes abrazan el positivismo en su más estricta concepción (dejo fuera a formas de positivismo incluyente) existe una serie de consecuencias teóricas que podrían no empatar con el nuevo paradigma constitucionalista, a saber: *a*) las proposiciones normativas del texto constitucional constituyen reglas (y no principios); *b*) como consecuencia de lo anterior, la interpretación de esas reglas debe ser estricta (no extensiva, ni analizada de acuerdo con fines, propósitos y políticas públicas); *c*) las llamadas razones subyacentes de las reglas no tienen cabida en la argumentación, porque son subjetivas y sólo representan la agenda personal del Juez; y *d*) no hay lugar a un criterio de corrección o ideal regulativo que no se derive de las reglas objetivas de orden jurídico. Para este sector, los problemas que se dieron antes de la generación del texto constitucional ya están resueltos, mal o bien, pero resueltos; su aval es la fuerza de la representación democrática. Por ello, el operador jurídico —el Juez— no necesita sino la justificación interna, es decir, debe argumentar exclusivamente a partir de lo ordenado de manera expresa en la letra de la Constitución y en la letra de la ley, sin apelar a la llamada justificación externa. Esta es la idea del positivismo normativista más extremo. Para este sector, la Constitución es necesaria y finita: nada que no se encuentre dentro de ella puede ser reconocido como Derecho.

En cambio, hay otros que hablan de la Constitución contingente. Y aquí podemos ver todavía dos vertientes: la formalista y la que llamamos la Constitución del Estado constitucional. La vertiente formalista, muy próxima al normativismo positivista, se refiere a la Constitución como texto, como forma, sin atender demasiado a su contenido. La Constitución se identifica con una serie de razones perentorias, razones últimas a las que hay que apelar, sin preguntarse demasiado el contenido, sin sopesarlo, sin hacer una visión crítica de las razones subya-

---

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 47.

centes de ese contenido, donde la única razón de peso es que se trata de la Constitución. En suma, se trata de identificar los valores constitucionales con el texto constitucional.

En contrapartida, la Constitución del Estado constitucional que defiende el constitucionalismo,<sup>23</sup> concibe al texto fundamental como un invasor que impregna todo el ordenamiento, como lo diría un gran crítico del constitucionalismo, Ricardo Guastini, quien señaló:

Más bien, acogiendo una sugerencia de Louis Favoreau, por "constitucionalización del ordenamiento jurídico" propongo entender un proceso de transformación de un ordenamiento jurídico al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente "impregnado" por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> Conviene hacer alguna referencia a las expresiones "constitucionalismo" y "neo-constitucionalismo". Para Manuel Atienza, ambos términos fueron acuñados por algunos representantes de la escuela genovesa, "...con un propósito manifiestamente crítico y descalificador; para referirse a una concepción del Derecho contraria al positivismo jurídico que ellos profesaban y profesan: digamos, al iuspositivismo metodológico o conceptual (...). Probablemente ese origen polémico tenga que ver con el uso tan confuso al que la expresión ha dado lugar". Cfr. Manuel Atienza, "Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo. Una defensa del constitucionalismo postpositivista", *Revista argentina de filosofía jurídica*, Universidad Torcuato di Tella, vol. 15, núm. 1, diciembre 2014, p. 1.

Para este autor, la palabra "constitucionalismo" puede referirse a dos tipos de cuestiones: a) un modelo de organización jurídico-política caracterizado por ciertos cambios que han tenido lugar en los sistemas jurídicos en los últimos tiempos: la existencia de constituciones con ciertas características y que desempeñan un papel especialmente relevante en el conjunto del ordenamiento jurídico; y b) a la conceptualización de ese fenómeno: el neoconstitucionalismo como teoría del Derecho. *Ibidem*, p. 2.

Por lo que respecta al término "neo-constitucionalismo", Atienza argumenta, por mayoría de razón, que si el "constitucionalismo" no existe como teoría, entonces el "neoconstitucionalismo" simplemente está de más. En sus palabras: "De manera que el "neo", simplemente, está de más, y uno está tentado a pensar que el éxito que ha conocido pudiera deberse a razones semejantes a las que hacen que se prefiera hablar de "influir" en lugar de "influir", de "concretizar" en lugar de "concretar" o de "dirigir" en lugar de "dirigir". O sea, una corrupción de la lengua basada en la falsa impresión de que alargar una palabra es una forma de agregarle sofisticación, profundidad, a su significado". *Ibidem*, p. 2. Con todo, fue Susana Pozzolo quien introdujo el término, en un artículo de 1998: "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional", en *Doxa* 21, vol. II, 1998, pp. 339-354.

<sup>24</sup> Riccardo Guastini, "La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, p. 49.

Lo anterior significa, bien entendido, que no se trata solamente de tener una Constitución, sino de vivir bajo una Constitución, y que todos, absolutamente todos, empezando por el poder político, nos sometamos a los mandatos y a los principios constitucionales. Naturalmente, lo que subyace a esta afirmación es que los derechos humanos han venido a ocupar la escena central del fenómeno social y jurídico.

Otro autor, Luis Prieto Sanchís, se refiere a este fenómeno con las siguientes palabras

Los derechos fundamentales, quizás porque incorporan la moral pública de la modernidad que ya no flota sobre el Derecho positivo, sino que ha emigrado resueltamente al interior de sus fronteras [palabras de Habermas] exhiben una extraordinaria fuerza expansiva que inunda, impregna o irradia sobre el conjunto del sistema; ya no disciplinan únicamente determinadas esferas públicas de relación entre el individuo y el poder, sino que se hacen operativos en todo tipo de relaciones jurídicas, de manera que bien puede decirse que no hay un problema medianamente serio que no encuentre respuesta o, cuando menos, orientación de sentido en la Constitución y en sus derechos. Detrás de cada precepto legal se adivina siempre a una norma constitucional que lo confirma o lo contradice; si puede expresarse así, el sistema queda saturado por los principios y derechos.<sup>25</sup>

Como sea, este fenómeno de constitucionalización es gradual y pasa, retomando a Guastini, por las siguientes condiciones: 1) una Constitución rígida; 2) la garantía constitucional de la Constitución; 3) la fuerza vinculante de la Constitución; 4) la "sobreinterpretación" de la Constitución; 5) la aplicación directa de las normas constitucionales; 6) la interpretación conforme de las leyes; y 7) la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas. El autor afirma que las condiciones 1 y 2 son necesarias para la constitucionalización, mientras que cada una de las restantes son suficientes. Veamos con algo más de detalle estas características.

<sup>25</sup> Luis Prieto Sanchís, "El constitucionalismo de los derechos", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 24. núm. 71, mayo-agosto 2004, p. 51.

4.1. **Una Constitución rígida** es aquella que no puede derogarse, modificarse y abrogarse si no es mediante un procedimiento más complejo que el utilizado normalmente para reformar las leyes.<sup>26</sup> Para el constitucionalismo representa, en términos generales, una garantía de estabilidad en dos aspectos: primero, para la parte orgánica de la Constitución, la rigidez garantiza el mantenimiento de una infraestructura clara de las competencias constitucionales de los órganos del Estado a través del tiempo; dicho de otro modo: se garantiza un elevado grado de institucionalidad; y segundo, para la parte dogmática, la rigidez, acompañada de un grado importante de abstracción de las disposiciones jurídicas (el empleo de términos no específicos a la hora de enunciar derechos y la admisión de excepciones implícitas al ejercicio de los mismos, en función de otros derechos y bienes que hay que ponderar), permite a los Jueces constitucionales unir, mediante la interpretación, a las diversas generaciones de una nación bajo el mismo principio de justicia.<sup>27</sup>

Si no hay rigidez y abstracción se corre el riesgo de "amarrar" a los Jueces constitucionales al texto específico de la Constitución, dificultando enormemente las interpretaciones progresivas o expansivas de los derechos y contribuyendo a la preservación del formalismo judicial. El principio *pro persona*, tan comentado y alabado últimamente por haberse añadido al artículo 1o. constitucional en 2011, se conjuga mejor con un sistema rígido y abstracto (como el que pregona Ferreres Comella), que con uno flexible y concreto que hace de la Constitución un mero código lleno de detalles y minucias normativas, y en el que la interpretación no juega un papel protagónico.

Ligada a la de rigidez está la idea de irreformabilidad o inmutabilidad de ciertos contenidos explícitos (cláusulas de intangibilidad) o implícitos, que algunas constituciones poseen. La idea de estas limitaciones implícitas o explícitas no es

<sup>26</sup> "[U]na Constitución es 'rígida' —afirma Víctor Ferreres— si su modificación exige un procedimiento más complejo que el procedimiento legislativo ordinario, frente a lo que ocurre con una Constitución 'flexible'. En Víctor Ferreres Comella, "Una defensa de la rigidez constitucional", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, Universidad de Alicante, 2000, p. 30.

<sup>27</sup> *Ibidem*, pp. 34-35.

muy diferente a la que persigue la rigidez: busca, al menos parcialmente, la preservación y la estabilidad del sistema de ciertas competencias y derechos constitucionales a través de diferentes generaciones.<sup>28</sup>

4.2. En cuanto a la **garantía constitucional de la Constitución**, la condición es que un tribunal garantice la vigencia del texto y de los valores que representa. Nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación es nuestro Tribunal Constitucional que, aunque viene de antaño, lo hemos afianzado a partir de la reforma del presidente Zedillo de diciembre de 1994. Este Tribunal está llamado a defender la regularidad constitucional y los valores constitucionales mediante medios de control como el juicio de amparo, la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad. En este rubro es posible advertir uno de los principales rasgos del constitucionalismo: el poder contramayoritario razonable, fuerte y que se legitima sólo mediante su argumentación y el cumplimiento del deber de independencia; sólo mediante sus decisiones correctas, adecuadas, justas o aceptables.<sup>29</sup>

Los grandes modelos de control constitucional pueden ser clasificados en tres grupos.<sup>30</sup> a) El control *a posteriori* (por vía de excepción) e *in concreto*, como en los Estados Unidos. En este sistema es posible que existan leyes inconstitucionales por largo tiempo hasta que la Corte Suprema se pronuncie en un caso concreto y declare que la norma es inconstitucional; los efectos, sin embargo, no son generales. b) El control *a priori* (por vía de acción) e *in abstracto*, como ocurre en Francia, en donde aparentemente se impide que una norma inconstitucional entre en vigor. Y c) el control *a posteriori* (por vía de excepción) e *in concreto*, como ocurre en países como Alemania, Italia o España, en donde, a diferencia de los Estados Unidos, los efectos de la invalidez de una ley, declarada por el Tribunal Constitucional, son *erga omnes*.

<sup>28</sup> Sobre el tema de las cláusulas de intangibilidad, véase, por todos, Pedro De Vega, *La Reforma Constitucional y el Poder Constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 222 y ss.

<sup>29</sup> Esta postura es la que esencialmente defiende Rodolfo Vázquez, cuando afirma que es necesario "atrincherar" determinadas cuestiones para impedir que puedan ser modificadas por la regla de la mayoría; a saber: no sólo los derechos civiles y políticos, sino también los derechos sociales. *Supra*, nota 9.

<sup>30</sup> R. Guastini, "La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico...", *op. cit.*, pp. 51-52.

Asimismo, existen modelos de control concentrado, de control difuso o modelos mixtos, como el que nuestra Suprema Corte adoptó, al resolver el Expediente Varios 912/2010, derivado de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso *12.511 Rosendo Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos*, emitida el 23 de noviembre de 2009.

4.3. La **fuerza vinculante de la Constitución** se refiere a que ésta ha dejado de ser un mero manifiesto político, cuya concretización es tarea exclusiva del legislador y no del Juez. En la era de la constitucionalización es posible concebir a la Constitución como una norma jurídica directamente vinculante, que no necesita de un desarrollo legislativo secundario para ser aplicada. El viejo modelo consideraba que determinados principios o valores constitucionales, así como los derechos sociales, no podían tener consecuencias normativas de manera directa, es decir, no podían ser utilizados por los Jueces a la hora de resolver casos concretos, sino que era necesario esperar a que el legislador se hiciera cargo de la regulación específica y concreta; se trataba de una concepción constitutiva de la Constitución. En el modelo del constitucionalismo, la concepción de la Constitución es regulativa, porque impone deberes y obligaciones a todos sus destinatarios, por lo que perfectamente puede ser interpretada y aplicada en los casos concretos.<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> Al evaluar las distintas concepciones de la Constitución surge una disyuntiva: o bien abrazar una concepción de la Constitución que sea mecánica, política, procedimentalista y de "fuente de fuentes" del Derecho, es decir, una argumentación histórica conservadora; o bien, abrazar una concepción de la Constitución que sea normativa, jurídica, sustantiva y como fuente (directa) del Derecho, lo que se correspondería con una argumentación histórica progresiva. Claramente, la segunda opción, y no la primera, es la que prefieren los defensores del llamado Estado constitucional, puesto que ven a la Constitución no sólo como un documento de carácter político, sino como una norma jurídica vinculante; no simplemente como una "fuente de las fuentes del Derecho", sino "fuente del Derecho" en sí misma considerada; no como una Constitución simplemente "constitutiva" (que se limite a establecer las instituciones y órganos que materializarán los poderes del Estado y les atribuya ámbitos de competencia), sino también como una Constitución "regulativa" (que declara cuáles son los fines y valores que dan sentido a las formas y procedimientos de acción política y los convierte en prohibiciones y deberes, en estándares sustantivos que aquellos deben respetar. Para ahondar sobre estos "pares" de concepciones de la Constitución, véase: Josep Aguiló Regla, *La Constitución del Estado constitucional*, Palestra-Temis, Perú-Bogotá, 2005, pp. 63 y ss.



4.4. La "**sobreinterpretación**" de la **Constitución** se refiere a la postura que adopta el operador jurídico frente a la interpretación constitucional. Existen básicamente dos posturas: una restrictiva y otra extensiva. El intérprete que opta por la primera de las posturas adopta la interpretación literal y ve al ordenamiento jurídico como una obra acabada, en la que sólo cabe aplicar el texto a los casos concretos de manera mecánica. El argumento interpretativo más utilizado es el argumento *a contrario*, en el que simplemente se determina si el hecho de que trata se subsume o no en el supuesto de hecho de la norma, para determinar si se aplica o no la consecuencia jurídica; la actitud es formalista por antonomasia, y el intérprete se concibe como alguien que no está facultado para colmar una laguna o realizar operaciones argumentativas que permitan hacer derivaciones del texto interpretado, tales como inferencias, ponderaciones, etcétera. Este tipo de intérprete prefiere no hacer nada ante una laguna; piensa que se trata de un problema del legislador y no de él.

La postura contraria es la que se inclina por la interpretación extensiva (sobreinterpretación), que busca que no queden vacíos legales o lagunas. El argumento interpretativo más utilizado es el denominado *a pari* o *a simili*, en el que es posible derivar o importar soluciones normativas dadas en el texto a casos no regulados expresamente. Este tipo de intérprete no se limita a ver el texto de la ley, sino que su mirada penetra a las llamadas *razones subyacentes* que están detrás del texto legal, y que permiten advertir casos de *infra* y *supra* inclusión. Como dice Francisco Laporta en un sugerente ejemplo sobre las tesis de F. Schauer, la norma que prohíbe ingresar a un restaurante con perros no fue pensada, naturalmente, para impedir que un ciego entre con su perro lazarillo (esa no es la razón subyacente), sino para asegurar la tranquilidad de los comensales (ésta es la razón subyacente). Por otro lado, un caso no regulado por esa norma, por ejemplo, una pareja que lleva a un bebé que escandaliza con su llanto, podría ser resuelto no con el texto de la norma, pero sí mediante la aplicación de la razón subyacente. En el caso del perro lazarillo, estamos frente a un caso de

sobre-inclusión (*over-inclusion*, para Schauer), mientras que el caso del bebé escandaloso sería de infra inclusión (*under-inclusion*).<sup>32</sup>

A nivel constitucional, nuestro artículo 1o., a través del llamado principio *pro persona*, posibilita la sobreinterpretación, ya que el Juez, ante un conflicto interpretativo, debe elegir la interpretación del texto que más proteja a las personas, que más respete a sus derechos humanos; es decir, que ante una disyuntiva entre la dimensión de la autoridad y los valores, deberá elegir estos últimos, aunque ello implique algún tipo de infidelidad con el texto constitucional, en el entendido de que atenderá a las razones subyacentes del texto mismo.

Por eso, los críticos consideran que esta actividad no se traduce en interpretar, sino "sobreinterpretar", es decir, "más que interpretar". Para los formalistas u originalistas (como los positivistas clásicos), esto constituye una auténtica herejía; sin embargo, para los constructivistas (como Ronald Dworkin), la sobreinterpretación es la forma más adecuada para resolver los casos concretos que lo ameriten. Los primeros defienden la idea de "encontrar" el significado, mientras que los segundos defienden la idea de "atribuir" o "asignar" el significado. La tensión también parece irresoluble, ya que para los originalistas si siempre hay que descubrir el significado, entonces lo que se encuentra puede ser falso o verdadero, por lo tanto, el intérprete o se equivoca o no se equivoca; para los constructivistas, la actividad interpretativa consiste más bien en construir el significado.

**4.5. La aplicación directa de las normas constitucionales.** Este tipo de normas, con su fuerza vinculante, pueden ser concebidas para limitar el poder político (postura clásica) o también para regular las relaciones jurídicas entre particulares (postura del constitucionalismo). Esta segunda alternativa permite que los Jueces resuelvan problemas relacionados con la violación de derechos humanos entre particulares, mientras que la primera no. El constitucionalismo de

<sup>32</sup> Francisco Laporta, "Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas", en Francisco J. Laporta, Juan Ruiz Manero y Miguel Ángel Rodilla (eds.), *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 81-83.

nuestros días concibe a la Constitución como una serie de normas omnipresentes y transversales de las relaciones sociales con un auténtico espíritu regulativo, como hemos señalado, y no meramente constitutivo, por lo que resulta imperativo que las normas constitucionales sean aplicadas de forma directa en ese tipo de casos.

4.6. **La interpretación conforme de las leyes** se refiere a que la luz con la que el intérprete busca o asigna el significado de alguna ley proviene de la Constitución, y no al revés. Anteriormente, la operación era la inversa: si uno quería saber cuál era el contenido del texto constitucional, debía acudir a la ley orgánica o a la ley reglamentaria, pues, como he señalado, anteriormente no se consideraba que la Constitución fuera una fuente directa del Derecho, sino la fuente de fuentes.

El principio de interpretación conforme, ha escrito Héctor Fix Zamudio, se estableció originalmente en la doctrina y la jurisprudencia alemanas con el nombre *verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen* ("interpretación de las leyes de acuerdo con la Constitución"), y ha cobrado notable importancia en la justicia constitucional contemporánea, porque con él se puede evitar la conmoción jurídica que puede llegar a producir la declaratoria general de inconstitucionalidad; a juicio del maestro mexicano, cuando se genera la invalidación general de una norma se hace necesario llenar el vacío que se crea, el cual no siempre es posible sustituirlo por la legislación anterior y requiere la intervención del legislador para subsanar las infracciones a la Constitución.<sup>33</sup>

<sup>33</sup> Héctor Fix Zamudio, "La declaración general de inconstitucionalidad, la interpretación conforme y el juicio de amparo mexicano", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, número 8, 2001, p. 136. El insigne autor remite a la siguiente fuente: Volker, Haak, *Normenkontrolle und verfassungskonforme Gesetzesauslegung des Richters* (Control normativo e interpretación judicial de la conformidad constitucional), Bonn, Ludwig Röhrscheid Verlag, 1963, pp.184-213; Hesse, Konrad, *Grundzüge des Vefassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland* (Elementos de Derecho Constitucional de la República Federal de Alemania), 16a. ed., Heidelberg, C.F. Müller Juristische Verlag, 1988, pp. 29-32; id. *Escritos de derecho constitucional* (Selección), trad. de Pedro Cruz Villalón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 53-57.

Para llevar a cabo una genuina interpretación conforme, es necesario cumplir con tres condiciones:<sup>34</sup> la primera, que el enunciado a interpretar tenga un significado dudoso, ya que sólo se justifica interpretar cuando el texto permite al operador decantarse por una de las posibilidades interpretativas; en la terminología de Guastini, debe tratarse de una *interpretación-decisión* y no de una *interpretación-conocimiento*, ya que los Jueces deben *escoger* un determinado significado con preferencia sobre otros, y deben *usarlo* para calificar el hecho que han de resolver.<sup>35</sup> La segunda, es necesario demostrar que en el caso concreto no se haya podido derrotar el principio de presunción de constitucionalidad<sup>36</sup> del que gozan todas las normas jurídicas, es decir, el operador debe demostrar que, al menos, una de las posibilidades interpretativas del enunciado a explicar es compatible con la Constitución u otros valores constitucionalmente reconocidos. De este modo, la premisa o el embrión del reconocimiento de la validez lo da la propia disposición, lo cual hace suponer que la posibilidad de validez es una condición necesaria, aunque no suficiente, para la interpretación conforme. Por ello, el desarrollo argumentativo que acompaña un ejercicio de ese tipo debe servirse de la vocación de validez que posee el enunciado a interpretar. Y la tercera, no olvidar que en los casos difíciles o trágicos, el intérprete ha de buscar la primacía de los valores o principios del Derecho sobre los aspectos autoritativos de éste; con lo cual se ubica en la perspectiva de ver al Derecho más como una práctica social que como un mero conjunto de textos.

4.7. Finalmente, la última condición es la **influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas**. Esta condición del constitucionalismo se refiere a que las relaciones políticas no están exentas de la regulación constitucional. Como he

<sup>34</sup> He desarrollado estas condiciones en Roberto Lara Chagoyán, "Estado de interdicción, modelos de discapacidad e interpretación conforme..." art. cit., p. 171.

<sup>35</sup> Cfr. Ricardo Guastini, *Distinguiendo. Estudio de teoría y metateoría del Derecho*, Geddisa, Barcelona, 1999, pp. 202-203. [Título original: *Distinguiendo. Studi di teoria e metateoria del diritto, collana Analisi e diritto*, Serie Teorica, Giappichelli, Torino, 1996].

<sup>36</sup> Para Eduardo García de Enterría, la interpretación conforme tiene su origen en dos principios establecidos por la jurisprudencia norteamericana: el primero, con todas las normas generales deben interpretarse en "harmony with the Constitution"; y el segundo, la presunción de constitucionalidad de las leyes. Cfr. Eduardo García Enterría, *La Constitución como norma*, Madrid, Civitas, 1981, pp. 95-103.

venido repitiendo, una concepción regulativa (más jurídica que política) de la Constitución permite que los tribunales constitucionales resuelvan diferentes tipos de desacuerdos entre diferentes actores políticos. En México contamos con la controversia constitucional, diseñada para resolver conflictos puramente políticos: los relacionados con la posible invasión de las esferas competenciales de determinados órganos del Estado; asimismo, contamos con la acción de inconstitucionalidad, como medio de control abstracto de constitucionalidad de leyes generales, y con todo un sistema de control constitucional en materia de justicia electoral. Y, por último, tenemos una serie de organismos constitucionales autónomos que regulan otro tipo de relaciones políticas. Entre ellos destacan el Instituto Nacional Electoral (INE), el Banco de México, la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) o el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI).

\* \* \*

Para cerrar este apartado, conviene hacernos un par de preguntas: ¿un Juez mexicano debería plantearse seriamente el abandono del positivismo tradicional?, y si el positivismo jurídico —en cualquiera de sus variantes: metodológico o conceptual, o realista— ¿ha dejado de ser una opción para pensar el Derecho? A mi juicio, la primera pregunta debería responderse en forma afirmativa, pues, en efecto, la horma del positivismo tradicional es incompatible con las exigencias, alcances e ideales del nuevo paradigma constitucionalista. Por lo que hace a la segunda, quizá las nuevas formas de entender el positivismo, tales como el neo-positivismo de Ferrajoli o el post-positivismo que defiende Atienza o, en general, las distintas corrientes de pensamiento que se identifican con el constitucionalismo, sean las opciones a elegir para los operadores jurídicos del siglo XXI.

Todo ello, sin duda, tiene que ver con un tema de consciencia: muchos operadores jurídicos se dicen positivistas o constitucionalistas, sin más, sin tener en cuenta con mediana claridad el significado de esa autoadscripción. Por lo que he podido ver en la práctica, muchos operadores jurídicos —especialmente

Jueces— que se dicen positivistas, estarían dispuestos a admitir más de alguna de las condiciones del fenómeno de la "constitucionalización" que acaban de ser descriptas.

Por lo demás, la discusión que subyace a las etiquetas es la que realmente debe importarnos: el tipo de enfoque que se da a los problemas prácticos tiene mucho que ver con las convicciones del operador. La actitud de los juristas ante los casos concretos está directamente relacionada con el tipo de concepción del derecho que estos asuman. Insisto: no se trata solamente de la etiqueta, sino de lo que significa enfrentar un caso desde una determinada convicción de lo que el Derecho es.

Más de una vez he escuchado a Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación admitir que el caso *X* no *debería* ser resuelto de la manera *Y*, pero que, desgraciadamente *no puede* ser resuelto de otro modo porque "esa otra solución" no está expresamente prevista en la ley, aunque parezca más razonable, correcta y justa. A veces se trata de algo más que cinismo profesional: existen operadores genuinamente convencidos de que en casos como ese "hacen lo jurídicamente correcto", aunque ello no coincida con lo "genuinamente correcto". El problema de estos juristas, según creo, es que no acaban de aceptar mínimamente la unidad de la razón práctica, es decir, una identificación entre la corrección jurídica y la corrección moral (*Supra* § 5).

Por lo anterior, considero que algunas nociones tales como "ideal regulativo", "criterio de corrección", "punto de vista interno" o "razones subyacentes", que no están en el 'ADN' del positivismo tradicional, pero sí en el del post-positivismo, ayudan a resolver casos difíciles de una forma más acorde a los valores constitucionales. Consecuentemente, es importante insistir en la (buena) capacitación de los Jueces y en la educación de las nuevas generaciones de juristas en materia de teoría y filosofía del Derecho. Entender las discrepancias teóricas entre las diversas concepciones del Derecho supone mucho más que interiorizar clasificaciones y membresías: la diferencia lleva al jurista práctico a desarrollar

su trabajo con una mejor o una peor orientación de cara a los valores del Estado constitucional.

## 5. ¿Supremacía o soberanía?

Estos dos principios de rango constitucional se oponen cuando se plantea la pregunta sobre si un Tribunal Constitucional puede o no analizar la validez de un acto de reforma constitucional. A lo que conviene preguntarse ¿cuál es el carácter del Poder Constituyente permanente, revisor o reformador de la Constitución?

Existen dos posibilidades, la primera, admitir que el poder de reforma de la Constitución es **limitado**, en concordancia con el principio jurídico de supremacía constitucional; o, la segunda, admitir que ese poder es **ilimitado**, al cobijo del principio político de soberanía popular.<sup>37</sup>

Entre los límites reconocidos por la doctrina destacan: los **explícitos** (o cláusulas de intangibilidad), que se encuentran en el propio texto constitucional; y los **implícitos**, cuya existencia sólo puede ser deducida indirectamente, ya sea como una consecuencia lógica de los presupuestos en que descansa el sistema constitucional en su conjunto, o bien como correlato de ciertos significados contenidos en determinados preceptos de la Constitución.<sup>38</sup> En el caso mexicano, la Constitución general establece límites relacionados con los requisitos formales que requiere una reforma constitucional, pero no son realmente cláusulas de intangibilidad, a saber, los que contiene el artículo 135 constitucional,<sup>39</sup>

<sup>37</sup> La identificación del principio de soberanía popular ha sido sostenida, entre otros, por Kelsen y Krabbe. La distinción de los tipos de poderes constituye ya un lugar común. Véase, por todos, Pedro De Vega, *La Reforma Constitucional ...*, *op. cit.*, pp. 222 y ss.

<sup>38</sup> Para ahondar en la definición de los tipos de límites, véase, *Ibidem*, pp. 240 y ss.

<sup>39</sup> "Artículo 135. La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. 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. El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, harán el cómputo de los votos de las Legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas".

referido al procedimiento de reforma: 1) que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerde las reformas o adiciones; y 2) que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de las entidades federativas. Podría discutirse si implícitamente existen límites derivados de la parte dogmática o de la parte orgánica de nuestra Constitución o si puede extraerse de los límites formales una suerte de *ratio*, tema que escapa a los alcances de este trabajo.

Con todo, considero que *no es posible identificar el poder reformador con el poder constituyente o soberano*, porque entonces quedaría en entredicho el principio jurídico de supremacía constitucional, dando prevalencia al principio político de soberanía popular. Con ello se produciría una confusión que en nada beneficia al Estado constitucional, pues tales principios pueden coexistir siempre que se asocien adecuadamente con los momentos históricos y con el tipo de ejercicio de que se trate. En efecto, el Poder Constituyente, soberano, ilimitado del pueblo, no puede quedar encerrado dentro del ordenamiento constitucional. La historia ha demostrado —ya se dijo— que cada intento de organización jurídica del Poder Constituyente, en el mejor de los casos, ha servido sólo para privar al pueblo de sus facultades soberanas, a favor de otras instancias u otros órganos estatales.<sup>40</sup> Por ello, considero que ese poder ilimitado se ejerce, de acuerdo con su propia naturaleza, como fuerza externa al sistema, por lo que siempre y en todo momento podrá reformar la Constitución existente o establecer una nueva, **pero su actuación no podrá explicarse en términos jurídicos, sino por las vías de hecho**, esto es, mediante un proceso revolucionario.<sup>41</sup>

En cambio, ningún poder constituido —como se entiende aquí al poder de reforma— puede extraerse de la órbita de competencias que le otorga la propia Constitución, ya que ello equivaldría a hacer del poder de revisión un auténtico

<sup>40</sup> Pedro de Vega, *La reforma Constitucional...*, *op. cit.*, p. 235.

<sup>41</sup> *Ibidem*, pp. 238-239. Incluso, hay quienes, como Sieyés, sostienen que el Poder Constituyente es "un poder independiente de toda forma constitucional... que puede querer como desee... al margen de todo derecho positivo...". *Ibidem*, p. 237.



y soberano Poder Constituyente. Aun cuando se acepte que la competencia para reformar la Constitución no es una competencia normal, sino una facultad **extraordinaria** o, si se quiere, una "**competencia de competencias**", ello no implica (o no puede implicar) que se identifique, sin más, la facultad extraordinaria con el **poder soberano**. Claramente se trata de conceptos que no son idénticos ni intercambiables, pues el poder de revisión nunca podrá tener otro fundamento que no sea la propia Constitución; en cambio, el Poder Constituyente, como poder soberano, es previo e independiente del ordenamiento.

En resumen, las posibilidades de actuación del poder reformador de la Constitución son solamente las que el ordenamiento constitucional le confiere. Asimismo, lo son sus posibilidades materiales en la modificación de los contenidos de la Constitución. Esto último, porque el poder de reforma tiene la competencia para modificar la Constitución, pero no para destruirla.<sup>42</sup> Por lo anterior concluyo que, solamente considerando al poder reformador como un poder constituido y limitado, la estructura de la organización constitucional democrática mantiene su coherencia y, de esta forma, cobra sentido el principio jurídico de **supremacía constitucional**, ya que así ningún poder organizado y regulado por la Constitución puede ubicarse encima de ella.

En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación tuvo la oportunidad de enfrentar un planteamiento como éste al resolver el amparo en revisión 186/2008, resuelto el 29 de septiembre de 2008, que fue difundido por la prensa como el "amparo de los intelectuales". En esta resolución, la Suprema Corte determinó

---

<sup>42</sup> Es ya clásica la afirmación de Marbury: "the power to amend the Constitution was not intended to include the power to destroy it". Anota Pedro de Vega: "La explicación [de que el poder reformador es limitado] es muy simple, y se basa en un viejo argumento empleado ya por Vattel en su *Derecho de Gentes*. Si el título y la autoridad del poder de reforma descansa en la Constitución, ¿podría ese poder destruir aquellos supuestos constitucionales que son su propio fundamento y razón de ser? Nada tiene de particular, por lo tanto, que mientras el Poder Constituyente se presenta como un poder, por definición, absoluto e ilimitado, la doctrina más consciente entienda que el poder de reforma es, en esencia, en cuanto poder constituido, un poder limitado. Sus posibilidades materiales de actuación terminan donde la modificación constitucional implique la destrucción de su legitimidad como poder de revisión". *Ibidem*, p. 237.

que el juicio de amparo contra un acto de reforma constitucional era *prima facie* procedente, por lo cual revocó un desechamiento por "notoria improcedencia" que había dictado un Juez de Distrito.<sup>43</sup> Sin embargo, el 28 de marzo de 2011 la Corte cambió radicalmente esta determinación al resolver el amparo en revisión número 2021/2009, con lo que volvió a la improcedencia, mediante la causal relacionada con la imposibilidad de los efectos del amparo.<sup>44</sup>

## 6. ¿Objetivismo, relativismo o escepticismo morales?

En términos muy generales, un objetivista moral (cognoscitivista) es aquél que admite que las razones en las que basa sus juicios morales tienen un carácter objetivo, es decir, que no dependen de sus preferencias personales ni tampoco de las de algún grupo de personas determinado; para el objetivismo, ciertas acciones, conductas, opciones políticas, etcétera, son moralmente correctas por sí mismas, y no porque a alguien más le "parezcan" correctas. Un extremo del objetivismo —digamos que llevado hasta sus últimas consecuencias— es el realismo moral, según el cual existen entidades morales semejantes a los objetos

<sup>43</sup> Véase la tesis aislada P. LXXVI/2009, de rubro "PROCEDIMIENTO DE REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. NO ES MANIFIESTA NI INDUDABLE LA IMPROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO PROMOVIDO EN SU CONTRA", emitida por el Tribunal Pleno, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXX, diciembre de 2009, pág. 15. Amparo en revisión 186/2008. Centro Empresarial de Jalisco, Sindicato Patronal. 29 de septiembre de 2008. Mayoría de seis votos. Ausente: Mariano Azuela Güitrón. Disidentes: Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, José de Jesús Gudiño Pelayo y Sergio A. Valls Hernández. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Roberto Lara Chagoyán. Asimismo, véase la tesis aislada P. LXXVI/2009, de rubro "PODER REFORMADOR DE LA CONSTITUCIÓN. EL PROCEDIMIENTO REFORMATARIO RELATIVO EMANADO DE ESTE ÓRGANO CON FACULTADES LIMITADAS, ES SUSCEPTIBLE DE CONTROL CONSTITUCIONAL", emitida por el Tribunal Pleno, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXX, diciembre de 2009, pág. 14. Amparo en revisión 186/2008. Centro Empresarial de Jalisco, Sindicato Patronal. 29 de septiembre de 2008. Mayoría de seis votos. Disidentes: Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, José de Jesús Gudiño Pelayo y Sergio A. Valls Hernández. Ausente: Mariano Azuela Güitrón. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Roberto Lara Chagoyán.

<sup>44</sup> La resolución se tomó por mayoría de siete votos de los Ministros Aguirre Anguiano, Luna Ramos, Franco González Salas, Pardo Rebolledo, Aguilar Morales, Valls Hernández y Ortiz Mayagoitia. Los Ministros Cossío Díaz, Zaldívar Lelo de Larrea y Sánchez Cordero de García Villegas y Presidente Silva Meza votaron en contra y, excepto el Ministro Presidente Silva Meza, reservaron su derecho para formular, en su caso, voto particular o de minoría. Los Ministros Aguirre Anguiano, Aguilar Morales, Franco González Salas y Luna Ramos reservaron su derecho para formular votos concurrentes.

o a las propiedades del mundo físico, es decir, empíricamente verificables. Y, por otro lado, el extremo opuesto del objetivismo es el escepticismo moral, según el cual las entidades morales no tienen referente empírico y, consecuentemente, no es posible predicar la verdad o la falsedad de los juicios morales; para los escépticos, cualquier apelación al objetivismo moral es una muestra de irracionalidad, ya sea por apelar a las emociones o por perseguir meras ilusiones. Por otra parte, está el relativismo moral, que puede ser individual o cultural. Los relativistas apelan a que los juicios morales siempre se hacen desde las preferencias de los sujetos, ya sea de uno solo o de un grupo (comunidad, sociedad, etcétera). Para ellos, la corrección moral no depende de los propios objetos (acciones, conductas), sino de las valoraciones que de los objetos hacen los sujetos.

La pregunta relevante en este trabajo es si para el avance del proceso de constitucionalización en México es necesario que los Jueces adopten o no una postura objetivista en materia moral. Dicho de otro modo, ¿el razonamiento jurídico tiene (o debiera tener) algún componente moral? Para algunos Jueces y académicos sí, y para otros, no. En efecto, para algunos —los defensores del positivismo— la corrección jurídica no tiene nada que ver con la corrección moral, mientras que para otros —positivistas críticos o post-positivistas—, algunos aspectos centrales de la práctica jurídica serían difícilmente comprensibles sin el componente moral.

Esta tensión, quizá, es la que más divide a los juristas tanto teóricos como prácticos, por ser una de las más sensibles en la historia de la teoría y la filosofía del Derecho. Para el caso de los Jueces, también se observa la división que se hace patente cuando se preguntan si deben o no incluir en sus deliberaciones algún punto de vista moral. Para los no objetivistas (escépticos o relativistas) las deliberaciones morales se dan en el seno del legislador democrático y no en la sede jurisdiccional. En cambio, para los objetivistas resulta imposible no incluir a la moral en las deliberaciones, porque sin el ingrediente valorativo la idea de *Estado de Derecho* simplemente quedaría incompleta.

¿Cómo resolver esta tensión? La clave de la cuestión, a mi juicio, puede encontrarse apelando a un concepto fuerte de *Estado de Derecho*. En otras palabras, si se toma en serio el alcance de este concepto, entonces se vuelve muy difícil no aceptar la tesis del objetivismo moral. Para tratar de argumentar a favor de esta posición, voy a recurrir a la conocida tesis de Elías Díaz, quien considera que no todo Estado *con* Derecho es un Estado *de* Derecho, sólo algunos: aquéllos que cumplen con las siguientes notas características:

a) *Imperio de la ley* [...]; b) *División de poderes* [...]; c) *Fiscalización de la Administración* [...]; y d) *Derechos y libertades fundamentales, garantías jurídicas* (penales, procesales y de todo tipo) así como efectiva realización material de las exigencias éticas y políticas, públicas y privadas, que, especificadas y ampliadas en el tiempo con *derechos económicos, sociales y culturales* y de otra especie, constituyen la base para una real dignidad y progresiva igualdad entre todos los seres humanos.<sup>45</sup>

Manuel Atienza ha evaluado estos cuatro pilares del Estado de Derecho de Elías Díaz y distingue dos: **la dimensión de la autoridad** y **la dimensión de los valores**. En la primera ubica al imperio de la Ley y a la división de poderes, mientras que en la segunda, a la fiscalización de la administración y a la garantía de los derechos fundamentales. Por lo demás, el autor la lleva a cabo esta evaluación pensando en la fase más visible de la actividad práctica del Juez: la interpretación. En sus propias palabras

La tesis es que el Estado de Derecho contiene en sí mismo —en sus características ideales— los polos de una tensión que explica por qué la interpretación es tan importante en el Derecho y justifica —según como se resuelva esa tensión— de qué manera ha de proceder el intérprete. El primero de esos polos es **la dimensión de autoridad** y está representado, diría que fundamentalmente, por las dos primeras notas del Estado de Derecho: **la del imperio de la ley y la de la división de poderes**. Como lo ha señalado Raz (1996), la importancia de la autoridad en el Derecho es lo que hace que la interpretación juegue en este campo un papel esencial, a diferencia de lo que

<sup>45</sup> Elías Díaz, "Estado de Derecho y Derechos Humanos", *Ensayos jurídicos en memoria de José María Cajica C.*, vol. 1, Editorial Cajica, Puebla, 2002, p. 222.

ocurre, por ejemplo, con el de la moral. El otro polo lo constituye lo que podríamos llamar **la dimensión de los valores**, el contenido de justicia que implica la noción de Estado de Derecho —fundamentalmente, diría—, a través de las dos características de **la interdicción de la arbitrariedad y de la garantía de los derechos y libertades fundamentales**. La necesidad de hacer justicia, de lograr el cumplimiento de ciertos valores respetando lo establecido por la autoridad es, cabe decir, la razón de ser de la interpretación jurídica. Si sólo hubiese autoridad o sólo hubiera la necesidad de hacer justicia, entonces no sería necesaria —o apenas sería necesaria— la interpretación<sup>46</sup> (énfasis añadido).

Pues bien, los operadores jurídicos que interpretan el Derecho pueden hacerlo desde el no objetivismo o desde el objetivismo moral. Los primeros —identificados con la corriente interpretativa clásica, que sostiene que interpretar es, simplemente, *descubrir* significados— abrazan la dimensión de la autoridad, por lo que ponen el acento en la división estricta de poderes (solamente debe ser la boca de la ley) y, por supuesto, en el imperio de la ley. En cambio, los Jueces que asumen el objetivismo moral —identificados con la vertiente interpretativa que sostiene que interpretar también es *asignar* o *atribuir* significados— apoyan con más vehemencia la dimensión de los valores: el respeto irrestricto a los derechos humanos, y el sometimiento del poder público a la legalidad y a los valores constitucionales.

En realidad no se trata de excluir alguna de las dos dimensiones; se trata, otra vez, de poner el acento en alguna de ellas, especialmente si se está ante un caso difícil o trágico. Así pues, si la dimensión valorativa es una condición de la construcción del Estado constitucional de Derecho, entonces parece difícil no admitir un mínimo de objetivismo moral, que no es otra cosa que la defensa y protección de los derechos humanos.

Así las cosas, cabe preguntarnos: ¿qué tipo de Juez constitucional queremos? ¿Qué tipo de filosofía constitucional esperamos en ese Juez? Dicho de otro modo:

<sup>46</sup> Manuel Atienza, "Estado de Derecho, argumentación e interpretación", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XIV, 1997, p. 482.

cuando se trata de resolver un caso de los denominados difíciles, en los que se pone en juego cuestiones valorativas que dividen opiniones expertas y profanas ¿qué tipo de Juez necesitamos: uno que, en un determinado caso (difícil o trágico) defienda la dimensión de la autoridad u otro que defienda la dimensión valorativa? Y con la reforma de derechos humanos de junio de 2011, ¿será necesario que nuestros Jueces constitucionales sean conscientes de cuál dimensión —si la de la autoridad o la de los valores— es la más compatible con el mandato constitucional?

A mi juicio, la dimensión valorativa es necesaria en el Estado constitucional moderno, y no supone en modo alguno abrir la puerta al absolutismo de la moral, ni tampoco al reino de la arbitrariedad; supone, más bien, un abandono de formalismo y de algún tipo de positivismo. Considero que la dimensión valorativa del Estado de Derecho, acorde con un objetivismo moral mínimo (es decir, que no se confunda con el realismo moral), puede ser compatible con posturas cercanas al *post positivismo*, o con un positivismo incluyente, abierto, democrático y plural.

Considero entonces que tanto en la clase política como en el ámbito jurisdiccional, es necesario replantearnos qué filosofía de la Constitución tenemos y queremos para las futuras generaciones.

## **7. Hacia la consolidación de una cultura constitucionalista en México: el embrión de una teoría**

Al inicio de este trabajo señalé que mi objetivo era poner al alcance de un jurista promedio los extremos de cinco desafíos teórico-prácticos relacionados con el proceso de constitucionalización que experimenta nuestro sistema jurídico, con la finalidad de despertar cierta conciencia, especialmente en los operadores jurídicos dedicados a la jurisdicción. Una vez explicitados estos problemas, cabe preguntarnos: ¿Cómo y de qué manera impactan en la realidad cotidiana estos cinco desafíos? ¿Qué panorama se vislumbra en el futuro inmediato? ¿Cuáles de los extremos, en cada uno de los rubros comentados, terminará por

asentarse en México? Estas preguntas requieren investigación empírica y el concurso de otras disciplinas sociales, como la ciencia política, la sociología o la historia. Con todo, me voy a permitir proponer algunos fragmentos de una teoría local acerca de la consolidación del constitucionalismo mexicano. Los siguientes, son problemas apenas descritos y planteados genéricamente que he detectado en mi experiencia como letrado en la Corte Suprema de México, y como académico. Se trata de diez inquietudes relacionadas con el funcionamiento de nuestro sistema de justicia, derivadas precisamente de las cinco tensiones analizadas en el cuerpo del trabajo. Cada uno de estos diez problemas o tesis tendría que ser desarrollado por separado, y tal vez, integrarlo en una teoría del cambio de paradigma en México. Veamos.

PRIMERO. Cambios necesarios en la infraestructura normativa de nuestro sistema jurídico. Algunas de las tensiones relatadas en este trabajo (formalismo *versus* activismo judiciales; positivismo *versus* constitucionalismo; objetivismo *versus* no objetivismo moral; y supremacía *versus* soberanía) tienen su origen en nuestro actual sistema de control constitucional. El centro de gravedad de nuestro sistema de control relacionado con los derechos fundamentales es el juicio de amparo. Se trata de una institución que, a pesar de sus más recientes reformas (2013) no ha perdido su tufo decimonónico. El juicio de amparo arrastra restricciones de otra época que lo hacen difícilmente compatible con el artículo 1o. constitucional actual: la relatividad de las sentencias de amparo (la llamada "Fórmula Otero"), a pesar de la (tímida) declaratoria general de inconstitucionalidad; la exigencia de reiteración de cinco ejecutorias para formar jurisprudencia; los efectos limitados de la concesión del amparo (la falta de una reparación integral); las causales de improcedencia, entre otras. Otro importante y necesario cambio tiene que ver con la adaptación entre los nuevos sistemas de litigación oral (pena, civil, mercantil, laboral, etc.) con el juicio de amparo. Y, finalmente, la posibilidad de modificar el funcionamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a fin de hacer posible su consolidación como Tribunal Constitucional propiamente dicho, o bien la creación de un Tribunal Constitucional autónomo.

SEGUNDO. La necesidad de un *certiorari*. Derivado de lo anterior, ya sea con un modelo consolidado de Corte Suprema y Tribunal Constitucional (como el que funciona en la actualidad), o ya sea con un modelo dual en el que coexistan la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, es necesario que en la última sede de interpretación constitucional se resuelvan menos (y a la vez más paradigmáticos) asuntos. La Corte mexicana resuelve una cantidad ingente de asuntos: entre 2009 y 2016, el número de asuntos resueltos pasó de 4 000 a 16 139; es decir, el número se multiplicó por cuatro.<sup>47</sup> Con esta cantidad enorme de asuntos se antoja muy complicado el proceso de constitucionalización del que vengo hablando, por varias causas: a) se dificulta la coherencia del Tribunal; b) los asuntos paradigmáticos, candidatos a formar auténticos precedentes o líneas jurisprudenciales, se pierden en el mar de asuntos rutinarios; c) el desechamiento de asuntos se convierte en un incentivo, porque es una forma de abatir el rezago; d) los Ministros y sus equipos de trabajo se ven obligados a resolver los asuntos a partir de la solución más obvia, perdiéndose valiosas oportunidades para profundizar; e) se reduce el incentivo de solicitar a *amicus curiae* a instituciones científicas y/o técnicas, que podrían fortalecer la justificación de las decisiones, entre otras. Una posible solución a este problema es el establecimiento de un mecanismo de selección de asuntos relevantes a cargo de la propia Corte, a manera del *certiorari* que funciona en la Suprema Corte de los Estados Unidos, o en tribunales constitucionales como el español, el argentino o el colombiano. Con ello, la Corte mexicana se dedicaría en exclusiva a generar una doctrina constitucional propiamente dicha, lo cual traería beneficios incuestionables, como: la disminución del formalismo, la consolidación de la supremacía constitucional, el fortalecimiento del sistema de precedentes, el aumento de la coherencia en sus decisiones, el crecimiento de la certeza y la seguridad jurídica y, en general, una mejor defensa de los valores constitucionales (y por qué no, quizá un paso hacia el objetivismo moral).

<sup>47</sup> Datos tomados del SCJN, Informe Anual de Labores presentado por el Ministro Presidente, Luis María Aguilar Morales, México, diciembre de 2016, pp. 12-13, de la versión ejecutiva. Disponible en: [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/informe\\_labores\\_transparencia/version/2016-12/INFORME%20MINISTRO%20PRESIDENTE%202016.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/informe_labores_transparencia/version/2016-12/INFORME%20MINISTRO%20PRESIDENTE%202016.pdf)



TERCERO. Replantear el sistema de precedentes. Hoy en día, nuestro sistema de precedentes es identificado a partir de la emisión de las conocidas "tesis de jurisprudencia" y "tesis aisladas", con los consabidos modelos de integración (reiteración y contradicción) altamente formalizados por las reglas del juicio de amparo. La obligatoriedad de las tesis, su vigencia, su posible retroactividad, su formulación y hasta su misma morfología (un *abstract* que funciona a veces como una regla interpretativa; a veces como un diccionario jurídico y, muchas otras, como un mero vaciado de los contenidos de las leyes) son características que, pienso, no están a la altura de constitucionalismo. Lo que considero que requiere un país como el nuestro, especialmente después de la reforma constitucional de derechos humanos de 2011, es un sistema en el que la doctrina constitucional sea fácilmente identificable; para lo cual, sería indispensable evolucionar del "sistema de tesis" a un auténtico "sistema de precedentes", es decir, a un sistema en el que la triada *regla interpretativa-caso-resultado* quedara bien delimitada, fuera perfectamente identificable y generara un auténtico incentivo de uso para los propios integrantes de la Corte, en primer lugar y, en segundo, para el resto de los Jueces del país. Una de las deudas más delicadas de nuestro actual sistema de tesis frente al constitucionalismo es, precisamente, la ausencia de hechos o casos concretos. Hemos construido un sistema enorme de reglas interpretativas desconectadas del caso que resolvieron, lo cual dificulta sobremanera llevar a cabo los argumentos por analogía propios de un sistema riguroso de precedentes.

CUARTO. Entender mejor la idea de Parámetro de Regularidad Constitucional, mejor conocido como "bloque de constitucionalidad", y todas sus implicaciones. Está claro que en México no hemos logrado entender a cabalidad cómo el bloque de constitucionalidad puede ayudarnos a consolidar nuestro proceso de constitucionalización. La curva de aprendizaje sobre cómo llevar a cabo un control *ex officio* de constitucionalidad y/o convencionalidad en un sistema mixto (difuso y concentrado) no ha sido trazada en su totalidad. Entre los múltiples factores que pueden explicar esta situación se encuentra cierta actitud de parte de algunos operadores jurídicos que oscila de forma pendular de una deferencia casi absoluta hacia una desconfianza casi ciega, con relación a la jurisprudencia

interamericana. Quienes toman la primera actitud han sacralizado la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la han tomado como la última e incuestionable palabra en la resolución de los conflictos, como si lo dicho en Costa Rica fuera garantía de corrección, por su aparente superioridad epistémica, mientras que para quienes están el otro extremo hacen lo propio con respecto a la jurisprudencia nacional. En este aspecto, la tensión entre supremacía y soberanía se hace presente y demanda ciertos ajustes, con el objeto de entender en su justa dimensión la función del "parámetro".

QUINTO. Legalidad *versus* constitucionalidad: la tierra de nadie. La Suprema Corte de Justicia de la Nación no ha terminado de consolidarse como un genuino Tribunal Constitucional porque, entre otras cosas, se ve obligada cada día a mover discrecionalmente la frontera entre legalidad y constitucionalidad, lo cual impide que se consolide la función propia y exclusiva de un tribunal de su tipo. Como señalé en los puntos primero y segundo de esta sección, el diseño del actual juicio de amparo provoca que un gran número de asuntos alcancen un turno en la Suprema Corte, la mayoría de los cuales no ameritan ser atendidos en esta sede, por tratarse de asuntos de mera legalidad (de ahí que exista un elevado número de desechamientos). Pero, por otro lado, también se desecha un buen número de casos que muy probablemente sí deberían ser resueltos por la Corte (por ejemplo, el reciente caso de desaparición forzada). Lo preocupante de este problema es que la Corte ha mostrado un comportamiento un tanto esquizofrénico al contar al mismo tiempo con criterios muy abiertos y otros muy cerrados con relación a la procedencia de la revisión del juicio de amparo, especialmente en la vía directa. El resultado es una frontera móvil entre legalidad y constitucionalidad, que no abona a la consolidación de un sistema de control constitucional robusto, generador de auténticos (y pocos) precedentes que fortalezcan la idea de supremacía constitucional.

SEXTO. Mejorar la regulación de la abogacía. En el otro lado de los estrados de la Corte, los abogados contribuyen también con la ralentización del proceso de constitucionalización, por varias razones, de las cuales sólo mencionaré tres: 1) la expedición de cédulas profesionales se ha convertido en un mero trámite

que no garantiza la destreza técnica de un abogado. 2) Las escuelas y facultades de Derecho se han multiplicado de forma irresponsable, debido a que las autoridades educativas, apoyándose en una legislación magra, no exigen el cumplimiento de estándares mínimos de calidad para expedir un permiso o licencia para montar una escuela; lo más preocupante es la falta de docentes verdaderamente preparados para enseñar tanto en pregrado como en posgrado: el círculo vicioso se cierra entre malos profesores, malos estudiantes y malos abogados. 3) Las barras y colegios de abogados no han llevado a cabo un auténtico esfuerzo para exigir a las autoridades una actuación más responsable con relación a la expedición de cédulas y al otorgamiento de permisos para montar escuelas, lo cual debilita al gremio. Una de las funciones de los colegios es proteger, precisamente, al gremio. Existen voces que proponen una colegiación obligatoria, con la que yo podría estar de acuerdo, siempre que se trabajara en varios frentes: disminución de escuelas, control efectivo de la docencia, regulación de los propios colegios de abogados y, sobre todo, rigor y honorabilidad en el cumplimiento de todas esas reglas.

SÉPTIMO. Cambios en los sistemas educativos y planes de estudio. No es un secreto que en México, la enseñanza del Derecho se ha convertido en un auténtico negocio. Una escuela o facultad de derecho se monta fácilmente en el garaje de una casa, porque, como señalé en el punto anterior, la legislación es demasiado laxa para el otorgamiento de permisos, ello aunado a los altos niveles de corrupción. Igual de preocupante es la nula exigencia de varias escuelas y facultades para reclutar profesores. La clave de una buena enseñanza está en la calidad docente, ligada a la calidad (y actualidad) de los planes de estudio. Por desgracia, son realmente pocos los centros educativos en México que se preocupan realmente por ese tema; y por desgracia también, suelen ser entes privados sólo alcanzables para las élites. De este modo, el universo de profesionales del Derecho, en cuanto a la calidad, es homogéneo: un gran número de litigantes, Jueces, funcionarios, docentes e investigadores, de muy diferente nivel se mezclan en el funcionamiento del sistema jurídico, que marcha más bien a tropezones. Otro tanto habría que decir sobre los sistemas de enseñanza que se han quedado anclados en un modelo educativo anacrónico basado en la memo-

rización de los códigos sustantivos y procesales, y alejado del razonamiento, la interpretación y, en general, de la enseñanza práctica.

OCTAVO. Interdisciplinariedad en la enseñanza y en la práctica. Derivado de lo anterior, la profesión jurídica ha sido practicada en México de forma más o menos alejada de otras disciplinas y áreas del conocimiento. Muy probablemente, lo anterior sea un eco lejano de aquella cruzada kelseniana pensada para evitar el sincretismo metodológico, en el intento de crear una "ciencia jurídica pura". Hoy en día es prácticamente incuestionable que una mejor administración de justicia demanda el concurso de las ciencias sociales y las ciencias exactas para administrar mejor el conflicto social. Los problemas que resuelven los Jueces son problemas sociales de diverso tipo codificados en clave jurídica. Pero esa codificación no significa (no puede significar) dar la espalda a otras fuentes de conocimiento. Algunas de estas fuentes serían: *a*) epistemología judicial (argumentación en materia de hechos); *b*) ciencias sociales aplicadas al fenómeno jurídico (comportamiento de los Jueces, estudios de ciencia política sobre tribunales, poder de los Jueces, etnografía sobre procesos legislativos, efectos de las sentencias, análisis cualitativos sobre los poderes judiciales y, en general, estudios empíricos sobre determinados fenómenos: la desaparición forzada de personas, feminicidio, migración, corrupción, etcétera); *c*) estudios sobre las conexiones entre el Derecho y la cultura (literatura, cine, artes plásticas, etcétera); y *d*) las múltiples relaciones entre el Derecho y la ciencia.

NOVENO. Capacitación de los operadores judiciales y sus equipos. La capacitación judicial se ha convertido en una aliada de la carrera judicial; sin embargo, en México seguimos sin dar con la fórmula adecuada que nos permita terminar de formar (porque se supone que provienen de una licenciatura en Derecho) a nuestros funcionarios judiciales. Hay muchas preguntas que no tienen una respuesta obvia: ¿El modelo de capacitación judicial tiene que ser el mismo que un posgrado? ¿Realmente necesitamos maestros, doctores e investigadores como Jueces? ¿Será mejor un modelo de capacitación técnica? ¿Una especialización basada en la práctica? ¿Los profesores han de ser otros Jueces o académicos de carrera? ¿Existirá un modelo intermedio entre academia y práctica judicial?

¿Quizá, ex funcionarios judiciales con bases académico-docentes? Como sea, podemos afirmar que la capacitación judicial propia del paradigma constitucionalista implica una orientación muy distinta a la de los programas tradicionales de formación jurídica basados exclusivamente en la memorización de textos y procedimientos. Considero que la mera importación de autores, metodologías y estrategias provenientes de Europa y los Estados Unidos tampoco es una solución. A los académicos y a los Jueces mexicanos nos toca encontrar nuestro modelo, a partir de nuestro contexto y nuestros problemas. Necesitamos desarrollar nuestra propia teoría adecuando las estrategias y los modelos que han tenido éxito en otras latitudes sin perder de vista nuestra realidad.

DÉCIMO. Federalismo judicial efectivo. El último de los lastres que dificulta el proceso de constitucionalización en México, que me gustaría apuntar aquí, está relacionado con el crecimiento exponencial de los órganos de impartición de justicia en el Poder Judicial de la Federación. Entre las razones que explican ese crecimiento desbordado es fácil detectar una en particular: la federalización de la justicia. En efecto, a pesar de que en México tenemos un sistema federal, en el que cada entidad federativa, y la propia federación, cuenta con su propio sistema de justicia, provisto de sus fuentes y órganos de procuración y administración, los conflictos que les son planteados terminan muy frecuentemente en el juicio de amparo. ¿Qué sentido tiene contar con tribunales superiores o supremos en los Estados, si realmente no tienen la última palabra en la mayoría de los conflictos que resuelven? ¿Dónde está lo supremo de esos órganos? Naturalmente, no intento afirmar que en ningún supuesto los casos pudieran alcanzar las instancias federales, lo que sostengo es que esa debería ser la excepción y no la regla. A mi juicio, el amparo funciona como si el Estado mexicano fuera central y no federal. Quizás la idea de un *certiorari* en la Suprema Corte debería estar acompañado de una reforma al juicio de amparo directo, para intentar invertir la cuestión: que los tribunales superiores de justicia de los Estados sean realmente órganos terminales en los asuntos de legalidad, y que sólo excepcional y justificadamente pudieran alcanzar la justicia federal aquellos casos paradigmáticos. De otra suerte, estaremos haciendo crecer una burbuja burocrática judicial en la que sencillamente duplicamos el trabajo, sin que ello suponga necesariamente un cambio cualitativo positivo en nuestro sistema de justicia.

## Fuentes

AGUILÓ Regla, Josep, "'Tener una Constitución', 'Darse una Constitución' y 'Vivir en Constitución'", *Isonomía. Cuadernos de filosofía y teoría del Derecho*, núm. 28, México, abril de 2008, pp. 67-86.

\_\_\_\_\_, "Independencia e imparcialidad de los Jueces y argumentación jurídica", *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 6, abril de 1997, pp. 71-79.

\_\_\_\_\_, *La Constitución del Estado constitucional*, Palestra-Temis, Perú-Bogotá, 2005.

\_\_\_\_\_, *Sobre Derecho y argumentación*, edit. Leonard Muntaner, Palma de Mallorca, 2008.

ATIENZA, Manuel, "Estado de Derecho, argumentación e interpretación", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XIV, 1997, pp. 465-484.

\_\_\_\_\_, *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001.

\_\_\_\_\_, *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006.

\_\_\_\_\_, *Curso de Argumentación Jurídica*, Trotta, Madrid, 2013.

\_\_\_\_\_, "Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo. Una defensa del constitucionalismo postpositivista", *Revista argentina de filosofía jurídica*, Universidad Torcuato di Tella, vol. 15, núm. 1, diciembre 2014, pp. 1-27.

BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, Fontamara, México, 1991 (1965).

- DE VEGA, Pedro, *La Reforma Constitucional y el Poder Constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985.
- DÍAZ, Elías, "Estado de Derecho y Derechos Humanos", *Ensayos jurídicos en memoria de José María Cajica C.*, vol. 1, Editorial Cajica, Puebla, 2002, pp. 221-237. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2401/23.pdf>
- FERRERES Comella, Víctor, "Una defensa de la rigidez constitucional", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, Universidad de Alicante, 2000.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, "La declaración general de inconstitucionalidad, la interpretación conforme y el juicio de amparo mexicano", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, número 8, 2001, pp. 89-155.
- GARCÍA Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma*, Madrid, Civitas, 1981, pp. 95-103.
- GARGARELLA, Roberto, "Constitucionalismo vs. democracia", *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 3, pp. 1991-2010.
- GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo. Estudio de teoría y metateoría del Derecho*, Geddisa, Barcelona, 1999, pp. 202-203. [Título original: *Distinguiendo. Studi di teoria e metateoria del diritto, collana Analisi e diritto*, Serie Teorica, Giappichelli, Torino, 1996].
- , "La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 49-73.
- LAPORTA, Francisco, "Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas", en LAPORTA, Francisco J., RUIZ Manero, Juan y Miguel Ángel RODILLA (eds.), *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 55-94.

LARA Chagoyán, Roberto, "Estado de interdicción, modelos de discapacidad e interpretación conforme: un caso víctima", en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 42, abril de 201, pp. 171-196.

LASALLE, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, Ariel, Barcelona, 2012.

MARANIELLO, Patricio Alejandro, "El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional", *Pensar en Derecho*, (s.d.), pp. 125-165. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-activismo-judicial-una-herramienta-de-proteccion-constitucional.pdf>

PAINE, Thomas, *The Political and Miscellaneous Works of Thomas Paine*, R. Carlile (ed.), vol. 1, Londres, 1819.

PRIETO Sanchís, Luis, "El constitucionalismo de los derechos", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 24, núm. 71, mayo-agosto 2004, pp. 47-72.

TROPER, Michel, "Jefferson y la interpretación de la declaración de los derechos del hombre de 1798", en *Derechos y libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 8, 2000.

WEBER, Max, *Economía y sociedad*, 2a. ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1993.

## Otros

FIX-FIERRO, Héctor y VALADÉS, Héctor (coords.), "Hacia la reordenación y consolidación del texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917". Estudio introductorio. Estudio académico elaborado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la LXII Legislatura de la Cámara de Diputados. Consultable en: <http://www2.juridicas.unam.mx/constitucion-reordenada-consolidada/estudio-introductorio>



SCJN, Informe Anual de Labores presentado por el Ministro Presidente, Luis María Aguilar Morales, México, diciembre de 2016, pp. 12-13, de la versión ejecutiva. Disponible en: [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/informe\\_labores\\_transparencia/version/2016-12/INFORME%20MINISTRO%20PRESIDENTE%202016.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/informe_labores_transparencia/version/2016-12/INFORME%20MINISTRO%20PRESIDENTE%202016.pdf)



# Aspectos procesales sobre la tutela individual y colectiva de derechos humanos en Europa

Luis-Andrés  
Cucarella Galiana\*

## 1. El desafío de los derechos humanos: reconocimiento y efectiva protección individual y colectiva

### 1.1. El punto de partida: constitucionalización de los derechos humanos

**A**l término de la Segunda Guerra Mundial, los diferentes Estados europeos entraron en un proceso de reflexión y revisión de sus ordenamientos jurídicos con el objeto de garantizar una efectiva protección de los derechos fundamentales.<sup>1</sup> Muchas habían sido las violaciones que se habían producido y que

\* Doctor en Derecho por la Università degli Studi di Bologna (Italia) y por la Universidad de Valencia (España), Catedrático en Derecho Procesal en el Departamento de Derecho Administrativo y Procesal de la Universidad de Valencia (España).

<sup>1</sup> Véase sobre estas consideraciones, Ángel Rodríguez, *Integración europea y derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001; Santiago Ripol Carulla, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español*, Atelier, Barcelona, 2007, pp. 17-20.

condujeron al estallido de la Segunda Guerra Mundial. Al término de la misma, se adquirió la conciencia de que debían articularse los mecanismos necesarios para que esas violaciones no se repitieran, o en el caso en que tuvieran lugar, que hubiera instrumentos efectivos para la protección y tutela de los derechos de la persona.<sup>2</sup>

Son dos básicamente, los frentes que se abrieron y que nos permiten exponer de manera sistemática las ideas que queremos transmitir. En concreto, en primer lugar, nos referimos a la necesaria protección de los derechos fundamentales en el ámbito interno de cada uno de los Estados.

Es cierto que de acuerdo con la concepción liberal burguesa que había inspirado la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos, los Jueces estaban llamados a tener muy poca incidencia en el juego político. De acuerdo con esta concepción, los Jueces quedaban limitados a resolver los conflictos de derecho privado, y a imponer las penas correspondientes en los casos de realización de conductas delictivas. Quedaba fuera del ámbito de actuación jurisdiccional, por ejemplo, el control de legalidad de los actos de la Administración Pública o el control de constitucionalidad de las normas. Con el tiempo, el papel de la Jurisdicción se dignificó y equiparó al de los otros dos poderes del Estado en lo que a incidencia en el juego político se refiere. Pues bien, una vez que se consiguen asentar esas ideas, surge inmediatamente a continuación la reflexión de cuál es el papel o la función de la Jurisdicción en un Estado democrático y de Derecho. Y en este sentido, no cabe ninguna duda de que el rol de los Jueces es juzgar, entendida esa labor como la de aplicar el Derecho al caso concreto, de manera irrevocable y por vía de hetero-tutela. Ahora bien, hay una serie de materias que pertenecen al núcleo duro e irreductible de lo que es labor jurisdiccional, y esa

---

<sup>2</sup> Como indica Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, *Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos. Perspectivas española y europeas*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 29, en la que pone de manifiesto la necesidad de limitar el poder de los Estados frente a los diferentes tipos de abusos y violaciones de los derechos que se habían producido.

materia está representada, principalmente, por la protección de los derechos fundamentales.

Esta es la razón que lleva a los diferentes textos constitucionales a llevar a cabo una proclamación de los derechos fundamentales,<sup>3</sup> surgiendo la necesidad de buscar mecanismos procesales adecuados para la protección de dichos derechos ante la Jurisdicción ordinaria, y en su caso, ante la constitucional.

El otro frente que consideramos digno de atención, es el internacional. Los diferentes Estados de Europa, y en general, también a nivel mundial, adquirieron conciencia de la necesidad de articular mecanismos realmente efectivos de protección de los derechos fundamentales en el ámbito internacional. Con ocasión del análisis de esta cuestión, se concibe la idea de la creación de una jurisdicción supranacional, de carácter permanente, a la que puedan recurrir los ciudadanos de un Estado cuando éste les haya violado sus derechos. Son muchos los desafíos que presenta este sistema de protección. Sin embargo, no vamos atender a ellos en este trabajo. En concreto, vamos a prestar atención a la tutela de los derechos humanos en el ámbito interno, analizando las características de los dos grandes sistemas existentes.

Ahora bien, la reflexión creemos que no debe agotarse ahí. Es cierto que injustificables aberraciones y flagrantes violaciones de derechos condujeron al estallido de la II guerra mundial. Sin embargo, al término de la misma, también se produjeron otras infracciones que no podemos obviar. Nos referimos, por ejemplo, al hecho de que para el enjuiciamiento de los crímenes contra la humanidad cometidos por las potencias vencidas en la guerra, los aliados vencedores determinaron la creación de un órgano jurisdiccional *ad hoc*, para enjuiciar unos hechos que ya se habían producido antes de la creación del órgano jurisdiccional.

<sup>3</sup> En este sentido, Lorenzo Martín-Retortillo habla del "compromiso de las Constituciones con los derechos fundamentales", *Ibidem*, p. 31.

Las infracciones del derecho fundamental al Juez ordinario o predeterminado, fueron evidentes.<sup>4</sup>

Estas infracciones se volvieron a repetir en el ámbito europeo, cuando se creó el tribunal especial para el enjuiciamiento de los crímenes de guerra cometidos en la antigua Yugoslavia.<sup>5</sup> Se ha debido esperar a la creación del Tribunal Penal Internacional para poder hablar de la existencia de una Jurisdicción permanente que preexista a las infracciones que juzga.<sup>6</sup> No obstante, el problema de este tribunal es que los Estados le acaben reconociendo Jurisdicción.<sup>7</sup>

## 1.2. Exposición de la sistemática

Sin perjuicio de haber hecho referencia a las jurisdicciones supranacionales para la protección de los derechos humanos y para el enjuiciamiento penal, nuestro objetivo es prestar atención al sistema europeo de protección de los derechos fundamentales. De esta manera, principalmente, vamos a analizar los aspectos relativos a la protección de estos derechos en el ámbito interno. En este punto, va ser esencial el análisis de los sistemas en los que la protección de los derechos fundamentales se agota ante la Jurisdicción ordinaria, y los otros sistemas en los que tras agotar las instancias y procesos ante la Jurisdicción ordinaria, puede darse el salto a la Jurisdicción constitucional.

<sup>4</sup> Véase en este sentido, José Vicente Gimeno Sendra, "La experiencia de los 'juicios de Nürenberg' y la necesidad de crear el Tribunal Penal Internacional", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 1998, pp. 1766-1768.

<sup>5</sup> Sobre este Tribunal, véase Juan Bautista Delgado Cánovas, *Análisis crítico de la legalidad de la creación por las Naciones Unidas de un Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia*, Comares, Granada, 2000. Lo mismo puede decirse, aunque ya fuera del ámbito europeo, con la creación del Tribunal Penal para el enjuiciamiento de los crímenes de guerra cometidos en Ruanda.

En general, sobre este Tribunal, Fernando Pignatelli y Meca, "El Tribunal Penal Internacional para Ruanda", *Revista española de Derecho militar*, núm. 65, 1995, pp. 389-430.

<sup>6</sup> Sobre este tribunal, Irune Aguirrezábal Quijera, "El tribunal penal internacional: un desafío a la impunidad", *Tiempo de paz*, núm. 49, 1998, pp. 40-52; Francisco Jiménez García, "Hacia una jurisdicción internacional obligatoria en el siglo XXI: El estatuto del tribunal penal internacional adoptado en Roma el 17 de julio de 1998", *Studia carande: Revista de ciencias sociales y jurídicas*, núm. 3, 1999, pp. 103-132.

<sup>7</sup> Así, por ejemplo, puede verse, Roth Kenneth, "El rechazo de EEUU al Tribunal Penal Internacional", *Papeles de cuestiones internacionales*, núm. 79, 2002, pp. 127-138.

En segundo lugar, prestaremos atención a la tutela de los derechos fundamentales que se presta en el ordenamiento jurídico español. En este contexto, debemos indicar que España se encuadra en el ámbito de los países europeos que disponen de un sistema de triple amparo: el ordinario, el constitucional y el supranacional. Es decir, en caso de violación de un derecho fundamental, el afectado puede dirigirse a la jurisdicción ordinaria para solicitar el amparo, a través de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad. Si esta Jurisdicción no otorgara el amparo, puede acudir a la Jurisdicción constitucional. Es decir, es posible un proceso de amparo ante el Tribunal Constitucional español (en adelante TCE). Y si aún en ese caso no se otorgara el amparo, puede acudir al amparo ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

## 2. Reconocimiento y protección de los derechos humanos en las constituciones europeas

### 2.1. Introducción

Como hemos señalado, la Segunda Guerra Mundial y los hechos que la desencadenaron, implicaron un cambio radical en el planteamiento del papel que está llamado a desempeñar el Estado en la protección de los derechos fundamentales de las personas. En este contexto, los textos constitucionales adquieren un papel esencial en el reconocimiento y proclamación de los derechos fundamentales y en la explicitación del sistema o sistemas de protección de los mismos.<sup>8</sup>

Esa tutela está llamada a dispensarla la Jurisdicción, ya que pertenece al núcleo duro e irreductible de lo que es la labor jurisdiccional, que sea aquélla la que otorgue la protección de los derechos fundamentales cuando hayan sido violados.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Véase en este sentido, Lorenzo Martín-Retortillo, *Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos...*, op. cit., pp. 31-42.

<sup>9</sup> En el ámbito de este núcleo duro, también deben incluirse los supuestos en los que sea preciso llevar a cabo una limitación "justificada y necesaria" de un derecho fundamental. Téngase en cuenta que si bien un Estado de Derecho debe ofrecer una adecuada protección de este tipo de derechos, en ocasiones, razones

Pues bien, si sistematizamos los sistemas internos de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas, podemos señalar que existen dos categorías. La primera, está representada por los textos constitucionales europeos que reconocen y sistematizan los derechos fundamentales, y atribuyen exclusivamente a la jurisdicción ordinaria la misión de protegerlos y restablecer el goce y disfrute de los mismos en caso de violación. La segunda, aquella en la que el amparo en los casos de violación de los derechos fundamentales, se concede, en primer lugar por la jurisdicción ordinaria. En el caso de que ante la misma no se logre la protección, puede acudir a la jurisdicción constitucional. Se prevén así, dos tipos de amparo: el ordinario y el extraordinario.

## **2.2. Sistema de amparo otorgado solamente por la jurisdicción ordinaria**

Como acabamos de señalar, existe una primera categoría de ordenamientos jurídicos europeos, en los que la protección de los derechos fundamentales en caso de violación, se encomienda a la jurisdicción ordinaria, sin intervención posteriormente de la constitucional.

A esta categoría de ordenamientos jurídicos a los que nos referimos pertenecen, a título de ejemplo, el italiano y el portugués. Así la Constitución italiana

---

justificadas como puede ser la investigación de hechos criminales, o la protección del interés de determinadas personas, puede justificar que los Jueces puedan tomar decisiones limitativas de los derechos fundamentales.

En el ámbito del primer supuesto al que nos hemos referido hay que englobar, por ejemplo, las decisiones judiciales limitativas del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, o al secreto de las comunicaciones.

En el ámbito del segundo supuesto que hemos puesto de manifiesto, entraría la limitación del derecho fundamental a la integridad física de una persona, cuando un Juez autoriza la esterilización de un enfermo mental, con el objetivo de proteger a una persona. Sabemos que el ejemplo que ponemos puede ser controvertido. Pero nos referimos los casos en que un enfermo mental sea incapaz de autodeterminarse sexualmente y por lo tanto, no pueda asumir las obligaciones derivadas del hecho de ser padre o madre. O también, nos estamos refiriendo a los casos en que un eventual embarazo pudiera implicar un agravamiento en la enfermedad mental que padece esa persona, o que por la medicación tomada por el enfermo mental, pudiera malograrse el feto o producirse graves malformaciones. Estas cuestiones están tratadas de manera más extensa en Luis-Andrés Cucarella Galiana, *Incapacitación, tribunales y esterilización de disminuidos psíquicos*, La Ley Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2012.



(en adelante CI) de 22 de diciembre de 1947, en los artículos 13 a 28, fija un listado de derechos fundamentales que se reconocen y protegen. Entre ellos, se incluye el de inviolabilidad del domicilio (art. 14 CI), de asociación (art. 18 CI), libertad religiosa (art. 19 CI), libertad de expresión (art. 21 CI) o el de acceso a los tribunales para solicitar la tutela de los derechos (art. 24 CI), entre otros. Sin embargo, no hay luego una previsión específica relativa a la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales en general. No obstante, la encontramos para alguno de esos derechos. Así ocurre, por ejemplo, con el derecho fundamental a la libertad personal,<sup>10</sup> lo que pone de relieve, la necesaria intervención de la Jurisdicción ordinaria en la protección de los derechos fundamentales.

Si acudimos a la regulación de las competencias de la *Corte costituzionale*, deberemos subrayar que el caso italiano es de los que la protección de los derechos fundamentales se agota en el ámbito interno, ante la Jurisdicción ordinaria.<sup>11</sup>

Situación parecida encontramos en el caso de la Constitución portuguesa (en adelante CP) de 2 de abril de 1976. La Constitución recoge en los artículos 24 a 52 la enumeración de los diferentes derechos fundamentales. Completando esta enumeración, el artículo 205.2 CP, atribuye a los tribunales, la función del salvaguardar los derechos e intereses de los ciudadanos, y entre ellos, hay que incluir, obviamente, los derechos fundamentales. No obstante, cuando los artículos 279-281 CP, establecen la competencia del Tribunal Constitucional, no se le atribuye la de conocer las demandas de amparo por violación de derechos fundamentales.

<sup>10</sup> El art. 111 párr. 7 CI dispone que contra las sentencias y contra los autos en materia de libertad personal, pronunciados por los órganos jurisdiccionales ordinarios o especiales se dé siempre recurso de casación ante el Tribunal Supremo por infracción de ley.

<sup>11</sup> Así, el artículo 134 CI dispone que la *Corte costituzionale* juzgará sobre las controversias de legitimidad constitucional de las leyes y de los actos, con fuerza de ley, del Estado y de las Regiones; sobre los conflictos de competencia entre los poderes del Estado y sobre los que surjan entre el Estado y las Regiones y los de las Regiones entre sí; sobre las acusaciones promovidas contra el presidente de la república, conforme a las normas de la Constitución. Como puede verse, no se encomienda al Tribunal Constitucional la función de conocer de las demandas de amparo.

## 2.3. Sistema reforzado o de doble amparo

### A) Nacimiento y evolución de los sistemas de Justicia constitucional en Europa y la atribución a los tribunales constitucionales del conocimiento de las demandas de amparo

#### a) Primera etapa

Para concretar cuál ha sido la razón por la que en algunos ordenamientos constitucionales europeos se ha atribuido al Tribunal Constitucional competencia para conocer de las demandas de amparo, creemos que es interesante que concretemos cuál ha sido el origen y la evolución de los sistemas de justicia constitucional en Europa. Y al respecto, debemos esperar a la llegada del siglo XX para que podamos hablar de la introducción de algunos sistemas de control de constitucionalidad de las normas, y de la mano de ellos, en algunas ocasiones, de amparo extraordinario ante el Tribunal Constitucional.

Antes de prestar atención a la situación existente en el siglo XX, queremos remontarnos, brevemente, a la Europa del siglo XIX. En esa época no podemos hablar de la existencia de ningún sistema de control de constitucionalidad de las normas en el continente europeo y por lo tanto, tampoco podremos hablar de un sistema de amparo extraordinario.<sup>12</sup> Al respecto, debemos recordar que en la concepción liberal decimonónica, los Jueces no pueden interferir en el proceso político.<sup>13</sup> Su papel quedaba limitado a resolver las controversias que surgieran en el ámbito del Derecho privado, y al enjuiciamiento de las infracciones penales.<sup>14</sup> Ello conducía, por lo tanto, a que la magistratura no pudiera controlar la

<sup>12</sup> Evidentemente, en los países donde sigue habiendo una monarquía absoluta, ni siquiera nos podemos plantear esta cuestión. Pero en los países en los que hay una Constitución de corte liberal, tampoco se puede hablar de la existencia de sistema de control de constitucionalidad.

<sup>13</sup> Cfr. Juan Manuel Juan Manuel Olarieta Alberdi, "La separación de poderes en el constitucionalismo burgués", *Nómadas. Revista crítica de Ciencias Sociales y jurídicas*, núm. 4, 2011, pp. 331-469.

<sup>14</sup> Manuel Ortells Ramos (coord.), *Introducción al Derecho Procesal*, 6a. ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 80.

legalidad de los actos de la Administración Pública, ni tampoco, la constitucionalidad de las normas emanadas del parlamento.<sup>15</sup>

A ello hay que sumar por todos los condicionantes teóricos y prácticos de la concepción liberal, que a lo largo del siglo XIX (y también principios del XX) no podemos hablar de la existencia de un verdadero poder judicial independiente del resto de poderes del Estado. El Poder Ejecutivo acabó controlando los aspectos relativos al ingreso en la carrera judicial, promociones, traslados, jubilaciones y régimen disciplinario, entre otros. Y al respecto, hay que tener presente que estos son los instrumentos con los que puede controlarse indirectamente a los Jueces y evitar que sean realmente independientes.<sup>16</sup>

Este hecho de que históricamente no se pueda hablar de unos Jueces realmente independientes en Europa, creemos que será un factor decisivo en la implementación del sistema concentrado de control de constitucionalidad.<sup>17</sup> Mientras en

<sup>15</sup> Esta concepción arranca de la división de poderes que en su día formuló Montesquieu. Véase en este sentido, Montesquieu, *El espíritu de las leyes*. Ediciones Istmo, s. l., 2002.

Es verdad que esta teoría se formuló con el objeto de repartir el poder y garantizar la libertad. Para ello, era preciso despojar al monarca del poder absoluto y repartirlo. El reparto se pretendía llevar a cabo de la siguiente manera: el Poder Ejecutivo quedaba en manos del monarca y su Gobierno; el Poder Legislativo, en manos de la burguesía que estaría representada en el parlamento, y el Poder Judicial, en manos del pueblo que actuaría a través de tribunales ocasionales que se constituirán para el enjuiciamiento de hechos criminales y para la resolución de controversias privadas (Manuel Ortells, *Introducción al Derecho Procesal*, op. cit., p. 80).

Si aparentemente puede entenderse que hay un reparto equitativo del poder, subrayamos dos aspectos que consideramos esenciales. Por un lado, nótese que mientras los Poderes Ejecutivo y Legislativo son permanentes, el judicial no lo es, pues los tribunales populares se constituirían ocasionalmente. Por otro lado, el ámbito de actuación del Poder Judicial queda limitado a esas dos facetas a las que me nos hemos referido. Como ya hemos subrayado, ni controla los actos del Poder Ejecutivo, ni las leyes emanadas del parlamento.

Esta teoría, en su aplicación práctica, condujo a que el Poder Judicial partiera de una situación de inferioridad en relación con los otros poderes del Estado, y a la larga, aun cuando la labor jurisdiccional pasara a ser asumida por Jueces profesionales y no por Jueces legos, esa situación de inferioridad posibilitó que el Poder Ejecutivo acabara apoderándose del poder judicial.

<sup>16</sup> Véase sobre estas consideraciones, Manuel Ortells, *Introducción al Derecho Procesal*, op. cit., pp. 79-85.

Sobre la división de poderes y su aplicación práctica en la actualidad, Jorge Ulises Carmona Tinoco, "La división de poderes y la función jurisdiccional", *Reforma Judicial: Revista Mexicana de Justicia*, núm. 9, 2007, pp. 45-78; Luigi Ferrajoli, "La esfera de lo indecible y la división de poderes", *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año 6, núm. 1, 2008, pp. 337-343.

<sup>17</sup> Sobre otras interpretaciones sobre esta cuestión, Marian Ahumada Ruiz, *La Jurisdicción constitucional en Europa*, Thomson Civitas, Madrid, 2005, pp. 243-261.

los Estados Unidos de Norteamérica se parte de una posición de confianza en la labor desarrollada por los Jueces y en su papel de protectores de los derechos de los ciudadanos,<sup>18</sup> en Europa existe una posición de recelo a la labor desempeñada por los Jueces y Magistrados. Ese recelo, se da sobre todo, por la manifiesta injerencia del poder ejecutivo en la esfera del Poder Judicial.<sup>19</sup>

## b) Segunda etapa

### a') El nuevo orden político y jurídico en Europa

Con esta situación que hemos descrito, se llega en Europa a principios del siglo XX. Tras el fin de la Primera Guerra Mundial, se creó un nuevo orden político, geográfico y también jurídico.<sup>20</sup> Desde un punto de vista jurídico, interesa

<sup>18</sup> Véase al respecto, Francisco Fernández Segado, "El trasfondo político y jurídico de la 'Marbury v. Madison Decision'", *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, núm. 15, 2011, pp. 139-224.

<sup>19</sup> Es evidente que esta preocupación es la que subyace en el texto constitucional español, por ejemplo, cuando el artículo 117.1 CE proclama la independencia como atributo personal de cada Juez o Magistrado. En este sentido, el art. 117.1 CE dispone que "la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley".

Sobre la independencia judicial como atributo personal de cada Juez y Magistrado, Manuel Ortells, *Introducción al Derecho Procesal...*, op. cit., p. 62.

También puede verse sobre la nota de la independencia, Enrique Ruiz Vadillo, "La Constitución, la independencia de los Jueces y Magistrados y el acceso a la carrera judicial", *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 1984, pp. 992-996; Enrique Ruiz Vadillo, "La independencia y la imparcialidad de los Jueces en la Constitución española", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 6, 1996, pp. 1640-1642.

Por otro lado, cuando el artículo 122.2 CE atribuye al Consejo General del Poder Judicial, que es el órgano de gobierno de la jurisdicción ordinaria, la competencia en materia de "nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario" de Jueces y Magistrados. Sobre la existencia de un órgano de gobierno del Poder Judicial como garantía de la independencia, Manuel Ortells, *Introducción al Derecho Procesal*, op. cit., pp. 77-84.

También puede verse, Luis Rodríguez Vega, "Independencia de los Jueces y gobierno del poder judicial", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 77, 2007, pp. 57-74.

<sup>20</sup> La Primera Guerra Mundial se prolongó desde el 28 de julio de 1914, al 11 de noviembre de 1918. Una de las consecuencias que trajo consigo esta guerra fue el desmoronamiento de varios imperios: el alemán, ruso, otomano y austro-húngaro. Ello implicó una reordenación de las fronteras en Europa y la aparición de nuevos Estados. Así, por ejemplo, el Imperio austro-húngaro fue disuelto, dando paso a la creación de los Estados de Austria, Hungría, Checoslovaquia, y con pérdida de parte de su territorio en beneficio de Italia, Polonia o Yugoslavia.

El Imperio alemán, por su lado, se vio muy mermado territorialmente, así como económicamente, dadas las condiciones impuestas por las potencias vencedoras en el Tratado de Versalles.

subrayar que tras la guerra, se introdujeron en Europa las primeras constituciones de corte democrático,<sup>21</sup> y con ellas, la discusión sobre la necesidad de garantizar la supremacía del Texto Constitucional. El objetivo de la discusión era claro. Se trataba de garantizar que la Constitución política de un Estado fuera realmente su Norma suprema, sin que las fuerzas políticas con presentación parlamentaria la puedan vaciar o dejar sin contenido por el hecho de aprobar leyes que contradigan lo previsto en la Constitución.<sup>22</sup>

Las discusiones doctrinales acerca de la defensa de la Constitución, se llevaron a cabo a principios del siglo XX<sup>23</sup> entre Hans Kelsen y Carl Schmitt, acerca de cómo debería defenderse la Constitución y en su caso, quién es el que la debería proteger.<sup>24</sup> Fruto de esta discusión, podemos encontrar dos grandes modelos propuestos. Por un lado, Carl Schmitt, en el contexto de la Constitución de Weimar de 1919,<sup>25</sup> por otro lado, Hans Kelsen.<sup>26</sup>

<sup>21</sup> Cfr. Christoph Gusy, "Las constituciones de entreguerras en Europa central", *Fundamentos: Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho público e Historia constitucional*, núm. 2, 2000 (Ejemplar dedicado a: Modelos constitucionales en la historia comparada), pp. 593-625.

<sup>22</sup> Puede verse al respecto, Leonardo Álvarez Álvarez, "La defensa de la Constitución durante el periodo de entreguerras", *Historia Constitucional (revista electrónica)*, núm. 7, 2006, pp. 235-236.

<sup>23</sup> Sobre estas cuestiones, Alfonso Celotto, "La Justicia constitucional en el mundo: formas y modelos", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 1, 2004, pp. 6-7.

<sup>24</sup> Celotto afirma que "las de Schmitt y Kelsen son dos visiones política, histórica y jurídicamente muy diversas de la Constitución y del papel del guardián, por un lado, entendido como defensa contra la amenaza a la existencia misma de la unidad constitucional, por el otro, como control sobre la 'regularidad constitucional' de los actos en los cuales se desarrolla cotidianamente la vida en sociedad", *Ibidem*, p. 7.

<sup>25</sup> Debe tenerse presente que la Constitución de Weimar de 1919 instauró un Tribunal Constitucional como órgano de resolución de conflictos entre el Gobierno central y los Estados miembros. Véase al respecto, Helmut Steinberger, "Algunos rasgos fundamentales de la Justicia constitucional en la República federal de Alemania", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 51, mayo-junio 1986, p. 9.

<sup>26</sup> Para un estudio de las aportaciones de este autor, Marian Ahumada, *La Jurisdicción constitucional en Europa, op. cit.*, pp. 261-283.

Las discusiones doctrinales acerca de la defensa de la Constitución, se llevaron a cabo a principios del siglo XX. En las primeras décadas de ese siglo surge una importante discusión teórica entre Hans Kelsen y Carl Schmitt, acerca de cómo debería defenderse la Constitución y en su caso, quién es el que la debería proteger.

Schmitt proponía que la Constitución fuera defendida por el jefe del Estado, ya que sostenía que esta opción permite hablar de una mayor legitimidad democrática. A la legitimidad democrática, Schmitt también suma el hecho de que ese control llevado a cabo por el jefe del Estado, ofrece mayores garantías de independencia.

Con el planteamiento expuesto, sostiene que los Jueces no deben controlar la constitucionalidad de las normas, ya que tanto en un sistema difuso como concentrado ello conduciría a la politización, además, de

### *b') Primeras experiencias de Justicia Constitucional en Europa*

La Constitución austriaca de 1 de octubre de 1920 asumió los postulados kelseniana y supuso la introducción de un régimen concentrado de control de constitucionalidad de las leyes. De esta manera, se creó el Tribunal Constitucional federal al que se le atribuyó la competencia para declarar la inconstitucionalidad de las normas, como regla, con efecto *erga omnes*. De igual modo, juzgaba sobre el respeto al reparto competencial entre la Federación y los Estado

---

implicar una invasión de las competencias del parlamento. En la concepción que estamos analizando, el contrapeso al parlamento no deben ofrecerlo los Jueces. Como hemos señalado, dicho contrapeso lo debe ofrecer el jefe del Estado, puesto que tiene mayor legitimidad democrática que los miembros del poder judicial, que Schmitt califica como la "aristocracia de la toga", carente de dicha legitimidad y que no debe invadir las competencias propias del parlamento.

Frente al planteamiento al que acabamos de referirnos, nos encontramos con la postura de Hans Kelsen. Obviamente, excedería del objetivo que nos hemos marcado, si entráramos a analizar de manera exhaustiva las aportaciones de este autor. Sin embargo, creemos que es conveniente que brevemente nos detengamos en el análisis de sus principales aportaciones. Los temas a los que vamos a prestar atención son los que a día de hoy siguen teniendo gran impacto en la realidad jurídica europea y mundial cuando se estudian los aspectos relativos a la justicia constitucional concentrada.

El planteamiento del que parte Hans Kelsen es radicalmente opuesto al que hemos descrito anteriormente. De entrada, considera que el control de constitucionalidad de las normas no puede desempeñarse ni por el Poder Legislativo ni por el Ejecutivo. Ambos participan en el procedimiento legislativo y obviamente, no puede encomendarse a un órgano de alguno de esos poderes dicho control. La razón es evidente: por un lado, el Poder Legislativo es el que elabora las leyes, y por otro, el Ejecutivo es el que las aplica e incluso puede impulsar el proceso de elaboración de las normas. Por otro lado, reconoce que el jefe del Estado al que Schmitt se refiere como garante de la Constitución, puede ser elegido democráticamente, pero esa elección no escapa al juego de las fuerzas políticas y por lo tanto, no actuaría con la debida independencia.

Descartado que sea algún órgano de los poderes legislativo o ejecutivo el que controle la constitucionalidad de las normas, Kelsen propone que sea la Jurisdicción, pues ese control entra perfectamente en el ámbito de lo que es la labor jurisdiccional.

No considera que la jurisdicción constitucional, entendida como jurisdicción especializada, sea lesiva de la división de poderes, al contrario, contribuye a garantizarla. En concreto, fiscaliza que el poder legislativo dicte sus normas dentro del ámbito de la Constitución. No obstante, el límite se fija en el hecho de que la jurisdicción constitucional solamente debe actuar como un legislador negativo. Actuar más allá, implicaría que el Tribunal Constitucional asumiera una función legislativa que no le corresponde en un Estado de Derecho.

Con todos los argumentos que hemos expuesto, Kelsen propone que sea la Jurisdicción la que controle la constitucionalidad de las normas. Pero curiosamente, se huye de un sistema difuso de control de constitucionalidad. Desde nuestro punto de vista, el peso de la tradición histórica, en lo que se refiere a la inexistencia de una verdadera independencia en el poder judicial, fue un factor decisivo. En este contexto, se defendía la creación de un tribunal especial que controlara la constitucionalidad de las normas. Surgió así, el modelo de control concentrado de control de constitucionalidad.

Federales.<sup>27</sup> En lo que nos interesa, el artículo 144 atribuyó al Tribunal Constitucional la competencia para conocer del recurso "por violación de derechos constitucionalmente garantizados".<sup>28</sup>

También fue adoptado un sistema concentrado de justicia constitucional en la Constitución de Checoslovaquia de 6 de marzo de 1920.<sup>29</sup>

La misma situación encontramos en España en el contexto de la Constitución de la Segunda República del año 1931. Con ella, se introdujo el denominado Tribunal de Garantías Constitucionales, que fue la primera experiencia de justicia constitucional en España, si bien se trataba de un órgano con una composición muy amplia, y un ámbito de competencias también muy extenso.<sup>30</sup> No obstante, subrayamos que, en lo que a la protección de los derechos fundamentales se refiere, este Tribunal tenía atribuida la competencia para conocer de las demandas de amparo por violación de estos derechos.<sup>31</sup>

<sup>27</sup> Alfonso Celotto, *La Justicia constitucional en el mundo, op. cit.*, p. 7.

<sup>28</sup> El art. 144.1 disponía que "el Tribunal Constitucional conocerá de los recursos contra las resoluciones (decisiones o providencias) de las autoridades administrativas cuando el autor del recurso (*der Beschwerdeführer*) alegue haber sido lesionado por la resolución en un derecho garantizado por ley constitucional o perjudicado por la aplicación de un decreto ilegal, de una ley anticonstitucional o de un tratado internacional contrario a Derecho.

En estos mismos supuestos conocerá también el Tribunal Constitucional de las reclamaciones contra el ejercicio de una potestad administrativa inmediata de mando y coerción contra una persona determinada. La reclamación sólo podrá interponerse después de agotada la vía administrativa, cuando ésta proceda".

En doctrina, Alfonso Herrera García, "El recurso de amparo en el modelo kelseniano de jurisdicción constitucional ¿un elemento atípico?", *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, enero 2011, pp. 11-12.

<sup>29</sup> Héctor Fix-Zamudio, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, UNAM-IJ, México, 1980, pp. 127-128.

<sup>30</sup> Sobre este Tribunal, véase Francisco Rubio Llorente, "Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional", *Revista de Derecho Político*, núm. 16, invierno 1982-1983, pp. 27-38; Santiago Roura Gómez, "Control jurisdiccional de constitucionalidad en España: las experiencias del Tribunal Supremo Federal y el Tribunal de Garantías Constitucionales", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 2, 1998, pp. 443-462.

<sup>31</sup> En este sentido, el art. 121 b) de la Constitución de 1931, disponía que este Tribunal conocería del "recurso de amparo de garantías individuales, cuando hubiere sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades".

Estas primeras experiencias de justicia constitucional en Europa tuvieron una duración muy limitada en el tiempo.<sup>32</sup>

### c) Tercera etapa

La expansión generalizada de los sistemas de control de constitucionalidad en Europa tuvo lugar a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial. Así, encontramos que se reintroduce en Austria (1945), o se implementa en Italia (1948), República Federal de Alemania (1949), Turquía (1961), Yugoslavia (1963), entre otros. Hay que esperar a la década de los setenta, para que podamos encontrar una nueva oleada en la expansión de los sistemas de control de constitucionalidad. Esta nueva expansión tuvo lugar, en países como Bélgica,<sup>33</sup> pero sobre todo, como consecuencia del fin de regímenes de dictadura militar en países del sur de Europa. Así ocurre en Portugal,<sup>34</sup> Grecia<sup>35</sup> o España.<sup>36</sup> La expansión definitiva de los regímenes de justicia constitucional acontece a finales de la década de los noventa, al desaparecer las dictaduras comunistas existentes en el este Europa.<sup>37</sup>

En relación con el tema que nos ocupa, debemos subrayar que la expansión de los sistemas de justicia constitucional en el ámbito europeo, no implica que se

<sup>32</sup> En el caso de las experiencias del centro de Europa, debe tenerse presente que con la invasión de esos países por parte de Alemania y el posterior estallido de la Segunda Guerra Mundial, Europa quedó sumida en un periodo oscuro de su historia. En el caso español, fue el estallido de la Guerra Civil en el año 1936, que se prolongó hasta el año 1939, con el triunfo del general Franco, lo que implicó la derogación del régimen jurídico normativo de la Segunda República y la desaparición del Tribunal de Garantías Constitucionales.

<sup>33</sup> Sobre este sistema, Louis Favoreu, *Los tribunales constitucionales*, Ariel, Barcelona 1994, pp. 132-136.

<sup>34</sup> Sobre este sistema de justicia constitucional. *Ibidem*, pp. 126-131.

<sup>35</sup> Sobre el sistema constitucional en este país, María Rita Magnotta, "Los sistemas constitucionales de Chipre, Grecia y Malta", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 15, enero-junio 2011, pp. 348-361.

<sup>36</sup> En el caso español, en el mes de noviembre de 1975 fallece el general Franco y España empieza su proceso de transición de la dictadura a la democracia. En el mes de diciembre de 1978, el pueblo español se dotó de una Constitución democrática aprobada mediante referéndum. En la misma, se dedica el Título IX al Tribunal Constitucional.

<sup>37</sup> Carlos Flores Juberías y Mercedes Torres Pérez, "Los Tribunales constitucionales en la protección de los derechos fundamentales en las nuevas democracias de la Europa central y oriental", *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 5, 2001, pp. 100-130.



generalice el doble sistema de amparo: el ordinario y el extraordinario. Son algunas constituciones las que lo contemplan, pero no todas. A esas constituciones vamos a referirnos a continuación.

### B) Algunos ejemplos de sistemas judiciales de doble amparo

Hemos señalado más arriba que existe una categoría de ordenamientos jurídicos europeos en los que se reconocen los diferentes derechos fundamentales y se encomienda a la Jurisdicción, tanto ordinaria, como constitucional, la protección de los mismos en caso de violación. Estos textos constitucionales articulan dos mecanismos internos de protección de los derechos fundamentales. El primero, el amparo ordinario, ante la jurisdicción ordinaria y que necesariamente debe agotarse antes de hacer uso del segundo. En concreto, tras haber pasado por la Jurisdicción ordinaria sin haber obtenido la protección del derecho violado, es cuando puede darse el salto a la jurisdicción constitucional.<sup>38</sup> Esta jurisdicción es la que está llamada a otorgar un amparo extraordinario.

Si prestamos atención a la Constitución Alemana (en adelante CA) de 23 de mayo de 1949, podemos ver que su capítulo I (arts. 1-19 CA) reconoce diferentes derechos fundamentales.<sup>39</sup> Nos interesa, sin embargo, resaltar el contenido del artículo 1 del Texto constitucional. El apartado 1 establece que la dignidad del hombre es sagrada y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección. A continuación, el apartado 2 añade que el pueblo alemán reconoce, en consecuencia, los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo. Y por último, el apartado 3 dispone que los derechos fundamentales enunciados en los siguientes artículos, vinculan al Poder Legislativo,

<sup>38</sup> Obviamente, este sistema de protección requiere que el ordenamiento jurídico al que nos referimos, tenga una sistema concentrado de control de constitucional, y por lo tanto, que exista un Tribunal Constitucional al que pueda otorgársele la función, entre otras, de proteger los derechos fundamentales en caso de violación.

<sup>39</sup> Así, a título meramente ejemplificativo, el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 2 CA), igualdad (art. 3 CA), libertad de expresión (art. 5 CA), o de reunión (art. 8 CA), entre otros.

al Poder Ejecutivo y a los tribunales, siendo Derecho directamente aplicable ante los mismos.

Pues bien, el artículo 19.4 CA con el que se cierra la regulación relativa a los derechos fundamentales, dispone que si alguien es lesionado por la autoridad en sus derechos, tendrá derecho a recurrir ante los tribunales. Por su parte, el artículo 93 CA, al establecer las competencias del Tribunal Constitucional, incluye la de conocer de las demandas por violación de derechos fundamentales. Es decir, agotada la vía de protección ante la jurisdicción ordinaria, puede acudir a la constitucional.

En definitiva, puede interponerse recurso de amparo contra una ley que viole derechos fundamentales,<sup>40</sup> así como contra actos administrativos o judiciales en los que se haya producido dicha violación.<sup>41</sup> En el primer caso, el plazo del que se dispone es de un año; en el segundo, de un mes.<sup>42</sup>

El caso austriaco también es interesante, si bien, si tiene un ámbito del amparo constitucional más restringido. En concreto, se puede solicitar ese amparo ante el Tribunal Constitucional cuando la violación se ha producido en decisiones administrativas de última instancia. Sin embargo, no es posible este amparo extraordinario cuando la violación se produce en una sentencia judicial.<sup>43</sup> Esta demanda de amparo procede contra las leyes y actos administrativos en los que se haya violado algunos de esos derechos.<sup>44</sup>

<sup>40</sup> Cfr. Maribel González Pascual, *El Tribunal Constitucional alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*, Civitas, Thomson Reuters, Madrid, 2010.

<sup>41</sup> L. Favoreu, *Los tribunales constitucionales...*, *op. cit.*, p. 75.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> Véase sobre esta cuestión, Cristina Elías Méndez, "La Jurisdicción constitucional en los Estados miembros de la Unión Europea", *Revista de Derecho Constitucional europeo*, año 8, núm. 16, julio-diciembre 2011, p. 44, en la que afirma que estas carencias se suplen, en cierta medida, ante la posibilidad de demandar ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

<sup>44</sup> L. Favoreu, *Los tribunales constitucionales...*, *op. cit.*, pp. 58-59, en las que afirma que "no hay protección, como sucede en Alemania o en España, contra los actos jurisdiccionales". Sobre la demanda contra una ley que viole derechos de reconocidos en norma constitucional, *Ibidem*, pp. 53-54.

También es interesante la situación existente en el ordenamiento jurídico belga, en el que cuando se introdujo el sistema de justicia constitucional no se regulaba el amparo constitucional. Sin embargo, desde el año 2003 se posibilita que cualquier violación de un derecho fundamental pueda denunciarse ante el Tribunal Constitucional.<sup>45</sup>

Esta aproximación a la situación existente puede completarse teniendo en cuenta que hay otros países europeos en los que se regula un amparo extraordinario de carácter constitucional. Así ocurre en Chequia, Eslovenia, Letonia, Bulgaria, Polonia o Hungría.<sup>46</sup>

### 3. El proceso de amparo constitucional en España

#### 3.1. Introducción

De acuerdo con lo previsto en el artículo 53.2 CE, se "podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional".

Como puede apreciarse, el ordenamiento jurídico español se adscribe al modelo de sistemas que disfrutan de un sistema doble interno de protección de los derechos fundamentales. En primer lugar, se implica a la Jurisdicción ordinaria a través de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad. Si esta Jurisdicción no otorgara el amparo, puede darse el salto a la Jurisdicción constitucional. Es decir, puede solicitarse el amparo al TCE (título IX CE).

<sup>45</sup> El primer paso se dio en el año 1988 para permitir el acceso al Tribunal de las violaciones del principio de igualdad y no discriminación y del derecho a la educación. Sin embargo, desde 2003 accede la violación de cualquier derecho fundamental. Véase sobre estas consideraciones, C. Elías, *La jurisdicción constitucional en los Estados miembros...*, op. cit., p. 43.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 42.

En este apartado, vamos a prestar atención a las especialidades del amparo seguido ante el TCE.

### 3.2. El proceso de amparo constitucional

El artículo 161.1 b) CE incluye entre las competencias del TCE la de conocer "del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2 de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca".<sup>47</sup>

Con imprecisión terminológica habla del *recurso* de amparo, cuando en realidad, no se trata de un medio de impugnación para atacar una resolución que no sea firme. En realidad, nos encontramos ante un proceso en sentido estricto, en el que el TCE enjuicia si se ha producido la violación de algún derecho fundamental o libertad pública, adoptado las medidas necesarias para la protección de su titular.

No obstante, la imprecisión terminológica se reitera en la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional (LOTC), que es la ley que regula los aspectos relativos a los procesos seguidos ante el TCE. El título III, tiene como rúbrica *del recurso de amparo constitucional*. Este título se divide en tres capítulos: el capítulo I (arts. 41-47 LOTC) *de la procedencia e interposición del recurso de amparo constitucional*. El capítulo II (arts. 48-52 LOTC) *de la tramitación de los recursos de amparo constitucional*. El capítulo III (arts. 53-58 LOTC) *de la resolución de los recursos de amparo constitucional y sus efectos*.

<sup>47</sup> Sobre la protección de los derechos fundamentales en el ámbito europeo: Cfr. Alejandro Sáiz Arnaiz, "El Tribunal de Justicia, los Tribunales Constitucionales y la tutela de los derechos fundamentales en la Unión Europea: entre el (potencial) conflicto y la (deseable) armonización: de los principios no escritos al catálogo constitucional, de la autoridad judicial a la normativa", en Itziar Gómez Fernández y Marta Cartabia (coord.), *Constitución europea y constituciones nacionales*, Tirant to Blanch, España, 2005, pp. 531-588.

En general, sobre la protección constitucional de los derechos fundamentales, María Eugenia Rodríguez Palop, "Justicia constitucional y derechos fundamentales", *Derecho y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año 8, núm. 12, 2003, pp. 523 y ss.

### A) Objeto del proceso de amparo

El proceso de amparo se prevé para solicitar al TCE la protección de los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14-29 CE. Como se señala en el artículo 41.1 LOTC: "los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución serán susceptibles de amparo constitucional, en los casos y formas que esta Ley establece". Excedería del ámbito de este trabajo proceder a enumerar todos los derechos que son susceptibles de amparo constitucional. No obstante, a título de ejemplo, se incluye el derecho a la igualdad (art. 14 CE), el derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 CE), la libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16.1 CE), el derecho a la libertad y a la seguridad (art. 17.1 CE), el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1 CE), el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), la libertad de expresión (art. 20.1 a) CE), el derecho a comunicar y recibir información veraz (art. 20.1 d) CE), entre otros.

Por otro lado, debe tenerse presente que la intervención del TCE se prevé constitucionalmente como subsidiaria, es decir, una vez que se ha intentado el amparo ante la Jurisdicción ordinaria y éste no se ha conseguido (art. 53.2 CE).<sup>48</sup>

La demanda de amparo constitucional puede interponerse frente a las violaciones de derechos y libertades originadas por disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, de las Comunidades Autónomas (CCAA), o de los demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes (art. 41.2 LOTC). No obstante, lo importante a destacar es que en la demanda de amparo no pueden interponerse otras pretensiones que no vayan dirigidas a restablecer o preservar los derechos o libertades violados (art. 41.3 LOTC).

<sup>48</sup> En la misma línea, el art. 41.1 LOTC indica que la intervención del TCE para la tutela de los derechos y libertades tiene lugar "sin perjuicio de su tutela general encomendada a los Tribunales de Justicia".

Por otro lado, debemos indicar que la posibilidad de interponer la demanda de amparo está sometida a plazo. Éste varía según el sujeto que haya producido la violación.

Así, si la violación tiene lugar en un acto sin valor de ley procedente de los órganos parlamentarios del Estado o de las CCAA, el plazo para poder interponer la demanda de amparo es de tres meses desde que dicho acto sea firme<sup>49</sup> (art. 42 LOTC).

Si la violación se procede en un acto del Gobierno, órganos ejecutivos de las CCAA o de las distintas Administraciones públicas, o de sus agentes o funcionarios, el recurso de amparo es posible una vez que se haya agotado la vía judicial procedente (art. 43.1 LOTC). El plazo para interponer la demanda de amparo es de veinte días siguiente a la notificación de la resolución dictada en el proceso (art. 43.2 LOTC).

Si la violación se produce en un acto u omisión de los órganos judiciales, es posible presentar demanda de amparo ante el TCE si se han agotado todos los medios de impugnación previsto por las normas procesales (art. 44.1 inciso a LOTC) y si la violación del derecho o libertad es imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial (art. 44.1 inciso b LOTC).

El plazo para interponer la demanda es de 30 días, a partir de la notificación de la resolución judicial (art. 44.2 LOTC).

---

<sup>49</sup> En relación con la demanda de amparo en este caso, en cuanto a la legitimación activa, el TCE erróneamente ha hecho extensivo el requisito de la legitimación previsto para la demanda de inconstitucionalidad cuando la presentan diputados o senadores. Sobre esta cuestión, véase, Manuel Pulido Quecedo, "La agrupación ocasional de diputados como parte procesal en el recurso de amparo: (nota sobre la STCE 98/2009, de 27 de abril)", *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 21, 2009, pp. 75-98.

## B) Aspectos subjetivos

Según dispone el artículo 162.1 b) CE están legitimados "para interponer el recurso de amparo, toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal".<sup>50</sup>

La LOTC, al reglar los sujetos legitimados, distingue según el acto contra el que se interponga la demanda de amparo.

Si la violación se ha producido en un acto sin valor de ley procedente órganos parlamentarios del Estado o de las CCAA, la legitimación la tiene la persona directamente afectada, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal (art. 46.1 inciso a LOTC).

Si la violación se ha producido en un acto del Gobierno, un órgano ejecutivo de las CCAA o de las distintas administraciones públicas, sus agentes o funcionarios, así como cuando se produce en acto u omisión de órganos judiciales, tienen legitimación activa quien ahí sido parte en el proceso judicial correspondiente, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal (art. 46.1 inciso b, LOTC).

En los casos en que la demanda de amparo la presente un particular o el Defensor del Pueblo, se prevé la intervención necesaria del ministerio federal "en defensa

<sup>50</sup> Sobre el papel del Defensor del Pueblo en la Justicia constitucional, véase Martín Bassols Coma, "El Defensor del Pueblo en el sistema constitucional: sus relaciones con las Cortes Generales; Administración Pública y Administración de Justicia", Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares, núm. 8, 1998-1999 (ejemplar Homenaje al profesor Dr. Don Luis García de San Miguel), pp. 21-46; María Díaz Crego, "Defensor del Pueblo y justicia constitucional: entre la declaración de intenciones y el exceso competencial", *Teoría y realidad constitucional*, núm. 26, 2010, pp. 307-352.

Sobre la legitimación activa del MF para la demanda de amparo, Fernando Domínguez García, "La legitimación del Ministerio Fiscal para interponer recurso de amparo: Pronunciamientos del Tribunal Constitucional", *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 100, núm. 3, 2001, pp. 741-776.

Sobre el interés legítimo para presentar la demanda de amparo, Ángel J. Gómez Montoro, "El interés legítimo para recurrir en amparo: La experiencia del Tribunal Constitucional español", *Cuestiones constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 9, junio-diciembre 2003.

de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley" (art. 47.2 LOTC).

### C) Tramitación de la demanda de amparo y su "especial trascendencia constitucional"

La competencia para conocer de las demandas de amparo la tienen las Salas y las Secciones del TCE (art. 48 en relación con los arts. 8.1, 10.1 y 11 LOTC). La competencia de estas últimas se introdujo fruto de la reforma de la LOTC llevada a cabo con la LO 6/2007, 24 mayo.<sup>51</sup> En la exposición de motivos de esta ley, el legislador puso de manifestó que con esta opción se "incrementa sustancialmente la capacidad de trabajo del Tribunal".<sup>52</sup>

El procedimiento comienza mediante demanda en la que deben exponerse con claridad y concisión los hechos que la fundamenten, debiéndose citar los preceptos constitucionales que se consideren infringidos y se debe fijar con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerando (art. 49.1 LOTC). Como requisitos introducido con la reforma llevada a cabo por la LO 6/2007 "en todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso". A este requisito nos referiremos más adelante una vez que hayamos descrito los aspectos procesales más relevantes relativos a la tramitación de la demanda de amparo.

La interposición de la demanda de amparo, de entrada, no suspende los efectos del acto o de la sentencia impugnados (art. 56.1 LOTC). No obstante, se prevén algunas excepciones a esto.<sup>53</sup>

<sup>51</sup> Sobre esta reforma, Manuel Aragón Reyes, "La reforma de la ley orgánica a del Tribunal Constitucional", *Revista de Derecho del Estado*, núm. 21, 2008, pp. 7-35; Francisco Javier Díaz Revorio, "Tribunal Constitucional y procesos constitucionales en España: Algunas reflexiones tras la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 2007", *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 2, 2009, pp. 81-108.

<sup>52</sup> En doctrina, Leonardo Aragón, "La reforma de la ley orgánica...", art. cit., pp. 8-9.

<sup>53</sup> El art. 56.2 LOTC provoca "Ello no obstante, cuando la ejecución del acto o sentencia impugnados produzca un perjuicio al recurrente que pudiera hacer perder al amparo su finalidad, la Sala, o la Sección en



A dicha demanda deben acompañarse una serie de documentos enumerados en el artículo 49.2 y 3 LOTC.<sup>54</sup> El incumplimiento de todos estos requisitos, en caso de falta de subsanación, conducirá a la inadmisión del recurso (art. 49.4 LOTC).<sup>55</sup>

En el supuesto de que se cumpla con todos los requisitos, la decisión sobre la admisión de la demanda de amparo corresponde a las Secciones. Para que éstas puedan admitir una demanda es precisa la unanimidad de todos sus Magistrados, debiendo controlar que la demanda cumple con todos los requisitos relativos a si lo que se pide es susceptible de ser tramitado a través del proceso de amparo (art. 50.1 a) en relación con el art. 41 LOTC), si el demandante tiene legitimación activa (art. 50.1 a) en relación con el art. 46 LOTC), y si se cumplen los requisitos formales analizados (art. 50.1 inciso a, en relación con el art. 49 LOTC).

En este trámite la Sección entra también a analizar si la demanda de amparo presenta especial trascendencia constitucional. Como se indica en el artículo 50.1 inciso b, LOTC, esa trascendencia "se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia y, para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales".

---

el supuesto del artículo 52.2, de oficio o a instancia del recurrente, podrá disponer la suspensión, total o parcial, de sus efectos, siempre y cuando la suspensión no ocasione perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido, ni a los derechos fundamentales o libertades de otra persona".

La regulación se completa con lo previsto en los apartados 3 a 6 del art. citado.

El art. 57 LOTC regula la modificación de la suspensión del acto por el que se reclame el amparo y el art. 58 LOTC, la indemnización por perjuicio derivados de la concesión o denegación de la suspensión del acto por el que se reclamó el amparo.

<sup>54</sup> Estos apartados disponen que "con la demanda se acompañarán:

- a) El documento que acredite la representación del solicitante del amparo.
- b) En su caso, la copia, traslado o certificación de la resolución recaída en el procedimiento judicial o administrativo.
3. A la demanda se acompañarán también tantas copias literales de la misma y de los documentos presentados como partes en el previo proceso, si lo hubiere, y una más para el Ministerio Fiscal".

<sup>55</sup> El art. dispone que "de incumplirse cualquiera de los requisitos establecidos en los apartados que anteceden, las Secretarías de Justicia lo pondrán de manifiesto al interesado en el plazo de 10 días, con el apercibimiento de que, de no subsanarse el defecto, se acordará la inadmisión del recurso".

Si la Sección no logra la unanimidad para admitir una demanda de amparo, la decisión debe trasladar a la Sala respectiva para que resuelva (art. 50.2 LOTC).

Los otros aspectos procedimentales que se contemplan son los relativos a las providencia de inadmisión que pueda dictarse (art. 50.3 LOTC),<sup>56</sup> posibilidad de subsunción de defectos (art. 50.4 LOTC),<sup>57</sup> remisión de las actuaciones al TC (art. 51 LOTC)<sup>58</sup> y vista (art. 52 LOTC).<sup>59</sup> Se trata de cuestiones que creemos que su análisis excede del objetivo que nos hemos marcado en este trabajo.

Con todo, lo más relevante de esta tramitación que hemos expuesto brevemente es el hecho de que el legislador, en el año 2007 quiso hacer frente a la situación de casi colapso del TCE y ello afectara a la regulación del recurso de amparo.<sup>60</sup> La doctrina señala que con esta reforma se "elimina la dimensión subjetiva

<sup>56</sup> Este art. dispone que "las providencias de inadmisión, adoptadas por las Secciones o las Salas, especificarán el requisito incumplido y se notificarán al demandante y al Ministerio Fiscal. Dichas providencias solamente podrán ser recurridas en súplica por el Ministerio Fiscal en el plazo de tres días. Este recurso se resolverá mediante auto, que no será susceptible de impugnación alguna".

<sup>57</sup> Ese artículo dispone que "cuando en la demanda de amparo concurren uno o varios defectos de naturaleza subsanable, se procederá en la forma prevista en el artículo 49.4; de no producirse la subsanación dentro del plazo fijado en dicho precepto, la Sección acordará la inadmisión mediante providencia, contra la cual no cabrá recurso alguno".

<sup>58</sup> El artículo dispone que "1. Admitida la demanda de amparo, la Sala requerirá con carácter urgente al órgano o a la autoridad de que dimana la decisión, el acto o el hecho o al Juez o Tribunal que conoció del procedimiento precedente para que, en plazo que no podrá exceder de diez días, remita las actuaciones o testimonio de ellas.

2. El órgano, autoridad, Juez o Tribunal acusará inmediato recibo del requerimiento, cumplimentará el envío dentro del plazo señalado y emplazará a quienes fueron parte en el procedimiento antecedente para que puedan comparecer en el proceso constitucional en el plazo de diez días".

<sup>59</sup> Este artículo dispone que "1. Recibidas las actuaciones y transcurrido el tiempo de emplazamiento, la Sala dará vista de las mismas a quien promovió el amparo a los personados en el proceso, al Abogado del Estado, si estuviera interesada la Administración Pública, y al Ministerio Fiscal. La vista será por plazo común que no podrá exceder de veinte días, y durante él podrán presentarse las alegaciones procedentes.

2. Presentadas las alegaciones o transcurrido el plazo otorgado para efectuarlas, la Sala podrá deferir la resolución del recurso, cuando para su resolución sea aplicable doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, a una de sus Secciones o señalar día para la vista, en su caso, o deliberación y votación.

3. La Sala, o en su caso la Sección, pronunciará la sentencia que proceda en el plazo de 10 días a partir del día señalado para la vista o deliberación".

<sup>60</sup> Sobre la situación de colapso del TCE, Manuel Martínez Sospedra, "Camino del colapso: notas sobre los rendimientos del Tribunal Constitucional español y propuestas para su reforma", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 47, 2004, pp. 67-96.

del amparo para dotarlo, exclusivamente, de un significado objetivo. Del anterior amparo-tutela, que procedería siempre que hubiese habido vulneración de derechos, se pasa a un amparo-control, que únicamente se ejercerá por el Tribunal cuando en el caso se dé un supuesto de "especial trascendencia constitucional".<sup>61</sup>

En el apartado I de la exposición de motivos de la LO 6/2007, 24 mayo, el legislador afirma:

El sistema constitucional español se asienta ya sobre una práctica política de más de cinco lustros de experiencia. Sus instituciones se han revelado como eficaces instrumentos de regulación de la convivencia, y entre ellas el Tribunal Constitucional ha cumplido con una tarea especialmente relevante, como centro de equilibrio del sistema de poderes separados, territorial y funcionalmente, que la Constitución articula. Las funciones atribuidas al Tribunal Constitucional por la Constitución se desarrollan en la Ley Orgánica Reguladora de la Institución de acuerdo con el mandato de su artículo 165: la protección de la supremacía constitucional, y la consiguiente depuración del ordenamiento de las normas contrarias a los mandatos constitucionales, se complementan con la protección de derechos fundamentales, así como la resolución de conflictos territoriales. La pretensión del constituyente de dotar de la mayor eficacia al órgano de control de constitucionalidad es comprensiva de todas y cada una de las mencionadas facetas. La presente reforma pretende reordenar la dedicación que el Tribunal Constitucional otorga a cada una de sus funciones para cumplir adecuadamente con su misión constitucional.

Esta reforma se hace siendo consciente del gran número de demandas de amparo que llegan al TCE. Como se indica en el apartado II de la exposición de motivos, esto hace este tipo de procesos ocupen casi todo el tiempo y los medios materiales y personales del Tribunal, además de que los procedimientos sean lentos. Ante esto, entre las opciones legislativas que se toman está, por un lado,

<sup>61</sup> Manuel Aragón, "La reforma de la ley orgánica...", art. cit. p. 29. También puede verse, Juan Carlos Cabañas García, "El recurso de amparo que queremos: reflexiones a propósito de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de reforma parcial de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional", *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 88, 2010, pp. 39-81; Ana Espinosa Díaz, "El recurso de amparo: problemas antes, y después, de la reforma", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2010.

la reforma de la regulación sobre la admisión de las demandas. Por otro lado, se incrementan las posibilidades de que los Jueces de la jurisdicción ordinaria puedan controlar las violaciones de derechos fundamentales, evitándose que necesariamente deba acudir al TCE. Este último objetivo se pretende alcanzar con la reforma del artículo 241.1 LOPJ que contempla el incidente de nulidad de actuaciones.<sup>62</sup>

Si atendemos a las palabras del legislador expresando estas cuestiones, podemos destacar las que siguen

La experiencia acumulada tras más de 25 años de actividad del Tribunal Constitucional desde su creación ha puesto de manifiesto la existencia de una serie de situaciones y circunstancias en la realidad práctica que con el transcurso del tiempo han llegado a convertirse en problemas para el mejor resultado del trabajo del Tribunal. Entre ellas destaca, por un lado, el crecimiento del número de recursos de amparo hasta el punto de ocupar casi todo el tiempo y los medios materiales y personales del Tribunal. Por otro lado, la realidad de los hechos ha permitido también constatar la lentitud de los procedimientos que se desarrollan ante este Alto Tribunal, cuestiones todas ellas respecto de las que es el momento de dar respuesta legislativa. En este sentido, esta Ley Orgánica intenta dar solución a todo este conjunto de problemas, y para ello procede a adecuar la normativa para dar respuesta a los problemas y exigencias que se derivan de la realidad práctica del funcionamiento y organización del Tribunal Constitucional.

<sup>62</sup> Sobre esta reforma, en el apartado III de la exposición de motivos se afirma que "la protección y garantía de los derechos fundamentales no es una tarea única del Tribunal Constitucional, sino que los tribunales ordinarios desempeñan un papel esencial y crucial en ella. Por ello, y con la intención de aumentar las facultades de la jurisdicción ordinaria para la tutela de los derechos fundamentales se modifica el incidente de nulidad de actuaciones del artículo 241.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio. De este modo se introduce una configuración del incidente de nulidad de actuaciones mucho más amplia, porque se permite su solicitud con base en cualquier vulneración de alguno de los derechos fundamentales referidos en el artículo 53.2 de la Constitución en lugar de la alegación de indefensión o incongruencia prevista hasta el momento. Esta ampliación del incidente de nulidad de actuaciones previo al amparo busca otorgar a los tribunales ordinarios el papel de primeros garantes de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico".

En doctrina, Lorena Bachmaier Winter, "La reforma de la LOTC y la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones", *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 13, 2007, pp. 45-67.

Así, respecto al mayor desarrollo de la función de garantía de los derechos fundamentales en relación con las demás funciones del Tribunal Constitucional, la Ley procede a establecer una nueva regulación de la admisión del recurso de amparo, al tiempo que otorga a los tribunales ordinarios más posibilidades para revisar las violaciones de derechos fundamentales a través de una nueva regulación de la nulidad de los actos procesales ex artículo 241.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Se trata de medidas encaminadas a lograr que la tutela y defensa de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional sea realmente subsidiaria de una adecuada protección prestada por los órganos de la jurisdicción ordinaria.

Si atendemos a lo que es la reforma del trámite admisión, el legislador lo justifica con las siguientes palabras

La primera de estas novedades es la que afecta a la configuración del trámite de admisión del recurso de amparo. Y es que frente al sistema anterior de causas de inadmisión tasadas, la reforma introduce un sistema en el que el recurrente debe alegar y acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal en razón de su especial trascendencia constitucional, dada su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución. Por tanto, se invierte el juicio de admisibilidad, ya que se pasa de comprobar la inexistencia de causas de inadmisión a la verificación de la existencia de una relevancia constitucional en el recurso de amparo formulado. Esta modificación sin duda agilizará el procedimiento al transformar el examen de admisión actual en la comprobación en las alegaciones del recurrente de la existencia de relevancia constitucional en el recurso. En cuanto a la atribución de potestad resolutoria a las Secciones en relación con las demandas de amparo, incrementa sustancialmente la capacidad de trabajo del Tribunal.

En definitiva, el requisito de que la demanda de amparo tenga especial trascendencia constitucional, debe ponerse de manifiesto por el demandante en su escrito de demandad, y posteriormente, su concurrencia es contralada por la Sección correspondiente en el trámite de admisión. Es cierto que nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado, que aunque el artículo 50.1 inciso *b* LOTC, ofrezca algún criterio para su concreción, no dejan de ser criterios

muy amplios y generales. No obstante, podemos atender a algunos autos y sentencias del TCE en las que dicho concepto jurídico aparece concretado de manera más precisa amplia. Así, pueden verse los autos 188/2008, 21 julio.<sup>63</sup> En este auto se pone de manifiesto que para que la demanda de amparo pueda admitirse a trámite, es preciso que el demandante cumpla con la necesidad de poner de manifiesto la especial trascendencia constitucional del recurso. En caso de que no se haga así, la demanda se inadmite,<sup>64</sup> sin que sea posible una subsanación

<sup>63</sup> BDAW RTCE 2008\188 AUTO.

<sup>64</sup> Destacamos las siguientes palabras del TCE. "La admisión a trámite del presente recurso de amparo, interpuesto tras la entrada en vigor de la reforma introducida en la Ley Orgánica de este Tribunal (LOT) (RCL 1979, 2383) por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo ( RCL 2007, 1000) , exige verificar que la demanda de amparo cumple los requisitos establecidos en el art. 50.1 LOTC, en la redacción resultante de dicha reforma.

La exposición de motivos de la citada Ley Orgánica 6/2007 destaca, entre las reformas que aborda, la nueva configuración del recurso de amparo y, singularmente, la de su trámite de admisión. En dicha exposición de motivos se llama la atención sobre que, si bien el sistema anterior a la reforma se basaba en la previsión de "causas de inadmisión tasadas", la reforma introduce un sistema en el que "el recurrente debe alegar y acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal en razón de su especial trascendencia constitucional, dada su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución". Esta novedad supone, tal como también incide la exposición de motivos, una inversión del juicio de admisibilidad, ya que "se pasa de comprobar la inexistencia de causas de inadmisión a la verificación de la existencia de una relevancia constitucional en el recurso de amparo formulado", por lo que el examen de admisión consistirá, materialmente, en "la comprobación en las alegaciones del recurrente de la existencia de relevancia constitucional en el recurso".

En coherencia con esta intención, los arts. 49 y 50 LOTC han recibido una nueva redacción por la Ley Orgánica 6/2007, estableciendo el nuevo régimen jurídico de admisibilidad de los recursos de amparo. A esos efectos, el art. 50.1 LOTC dispone que sólo se acordará la admisión del recurso de amparo "cuando concurren todos los siguientes requisitos: a) Que la demanda cumpla con lo dispuesto en los artículos 41 a 46 y 49. b) Que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales".

Así pues, en consonancia con esta nueva exigencia de fondo de que para la admisión del recurso de amparo deba concurrir, además de la lesión de un derecho fundamental del recurrente tutelable en amparo [arts. 53.2 y 161.1 b) CE ( RCL 1978, 2836) y art. 41 LOTC], una especial trascendencia constitucional del asunto [art. 50.1 b) LOTC], el art. 49.1 en fino LOTC, en la redacción resultante de la Ley Orgánica 6/2007, establece que "En todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso". Por tanto, el recurso de amparo, conforme a lo dispuesto en el art. 50.1 a) LOTC, no puede ser admitido a trámite si el recurrente no cumple —además de los restantes requisitos procesales previstos en los arts. 42 a 44 LOTC— la ineludible exigencia impuesta por el art. 49.1 in fine LOTC de justificar de manera expresa en la demanda de amparo la especial trascendencia constitucional del recurso, cuya naturaleza sustantiva se refleja en la expresión "en todo caso" empleada por el precepto. Ello sin perjuicio, claro está, de la apreciación por parte de este Tribunal, atendiendo a los criterios señalados por el art. 50.1 b) LOTC acerca de si, cumplida aquella exigencia por el recurrente, el recurso de amparo reviste efectivamente una especial trascendencia constitucional que justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional.

de este defecto.<sup>65</sup> En todo caso, se pone de manifiesto que la carga de justificar la especial trascendencia constitucional de la demanda de amparo, es algo distinto a razonar la vulneración de un derecho fundamental.<sup>66</sup>

Presentan también interés el auto 288/2008, 22 septiembre,<sup>67</sup> en cuyo fundamento jurídico segundo se afirma que "por lo que respecta al novedoso requisito de tener que acreditarse la especial trascendencia constitucional del recurso, introducido por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, hemos dicho (...) que el mismo configura una ineludible exigencia impuesta por el art. 49.1 in fine LOTC, cuya naturaleza sustantiva se refleja en la expresión "en todo caso" empleada por el precepto (...).

Se trata, además, de un requisito que no cabe confundir con el de la propia fundamentación de la lesión constitucional denunciada (...).

Si atendemos al contenido de las sentencias, es interesante la STCE 155/2009 (Pleno), 25 junio,<sup>68</sup> en la que el TCE concreta una serie de supuestos en los que entiende que concurre dicha trascendencia, si bien, subraya que ese elenco no puede entenderse como cerrado. En el fundamento jurídico segundo se pone

<sup>65</sup> Así se afirma que "la exigencia prevista en el art. 49.1 in fine LOTC ( RCL 1979, 2383) de que en la demanda de amparo se justifique en todo caso la especial trascendencia constitucional del recurso es, además, un requisito insubsanable".

<sup>66</sup> Así se afirma que "cumple advertir que la carga de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo es algo distinto a razonar la existencia de la vulneración de un derecho fundamental. La argumentación sobre la concurrencia de la lesión de un derecho fundamental por la resolución impugnada es un presupuesto inexcusable en cualquier demanda de amparo y a esa exigencia se refiere el inciso inicial del art. 49.1 LOTC ( RCL 1979, 2383) cuando establece, como contenido de la demanda, la exposición clara y concisa de los hechos que la fundamenten y la cita de los preceptos constitucionales que se estimen infringidos, fijando con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado. Pero además, en virtud de la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007 ( RCL 2007, 1000) , que añade el transcrito inciso final al art. 49.1 LOTC, en todo caso el recurrente habrá de justificar expresamente en su demanda de amparo la especial trascendencia constitucional del recurso, sin que corresponda a este Tribunal reconstruir de oficio la demanda cuando el recurrente incumpla la carga de argumentación que sobre él recae en orden a justificar esa especial trascendencia constitucional que, a su juicio, reviste el recurso de amparo que ha interpuesto".

<sup>67</sup> BDAW 2008\289 AUTO.

<sup>68</sup> BDAW 155\2009.

de manifiesto que se considera que hay especial trascendencia constitucional en los siguientes casos

a) el de un recurso que plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional, supuesto ya enunciado en la STC 70/2009, de 23 de marzo; b) o que dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, como acontece en el caso que ahora nos ocupa, o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE; c) o cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la Ley o de otra disposición de carácter general; d) o si la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la Ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución; e) o bien cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros; f) o en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional (art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ); g) o, en fin, cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios.

#### D) Resolución sobre el amparo

El proceso de amparo termina con el otorgamiento del mismo o con la denegación (art. 53 LOTC). El contenido de la sentencia que otorgue el amparo se



concreta en el artículo 55 LOTC.<sup>69</sup> Los pronunciamientos que incluye dicha sentencia son:

a) Declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, con determinación en su caso de la extensión de sus efectos (art. 55.1 a) LOTC)

b) Reconocimiento del derecho o libertad pública, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado (art. 55.1 b) LOTC).

c) Restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación (art. 55.1 c) LOTC).

Si la violación del derecho fundamental ha tenido lugar en una decisión de un Juez, con el objeto de por preservar la independencia de éste, se prevé que el TCE se limite a concretar si dicha violación se ha producido, absteniéndose "de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos judiciales" (art. 54 LOTC).

## Fuentes

AGUIRREZÁBAL Quijera, Irune, "El Tribunal Penal Internacional: un desafío a la impunidad", *Tiempo de paz*, núm. 49, 1998, pp. 40-52.

AHUMADA Ruiz, Marian, *La Jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*, Thomson Civitas, Madrid, 2005.

<sup>69</sup> Sobre los efectos de esta sentencia, Ignacio Díez-Picazo Giménez, "Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recursos de amparo", *La sentencia de amparo constitucional : actas de las I Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, 1996, pp. 17-74.

ÁLVAREZ Álvarez, Leonardo, "La defensa de la Constitución durante el periodo de entreguerras", *Historia Constitucional (revista electrónica)*, núm. 7, 2006, pp.

ARAGÓN Reyes, Manuel, "La reforma de la ley orgánica a del Tribunal Constitucional", *Revista de Derecho del Estado*, núm. 21, 2008, pp. 7-35.

BACHMAIER Winter, Lorena, "La reforma de la LOTC y la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones", *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 13, 2007, pp. 45-67.

BASSOLS Coma, Martín, "El Defensor del Pueblo en el sistema constitucional: sus relaciones con las Cortes Generales; Administración Pública y Administración de Justicia", *Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares*, núm. 8, 1998-1999 (ejemplar Homenaje al profesor Dr. Don Luis García de San Miguel), pp. 21-46.

CABAÑAS García, Juan Carlos, "El recurso de amparo que queremos: reflexiones a propósito de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de reforma parcial de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional", *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 88, 2010, pp. 39-81.

CARMONA Tinoco, Jorge Ulises, "La división de poderes y la función jurisdiccional", *Reforma Judicial: Revista Mexicana de Justicia*, núm. 9, 2007, pp. 45-78.

CELOTTO, Alfonso, "La Justicia constitucional en el mundo: formas y modelos", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 1, 2004, pp. 3-14.

CUCARELLA GALIANA, Luis-Andrés, *Incapacitación, tribunales y esterilización de disminuidos psíquicos*, La Ley Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2012.

- DELGADO Cánovas, Juan Bautista, *Análisis crítico de la legalidad de la creación por las Naciones Unidas de un Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia*, Comares, Granada, 2000.
- DÍAZ Crego, María, "Defensor del Pueblo y justicia constitucional: entre la declaración de intenciones y el exceso competencial", *Teoría y realidad constitucional*, núm. 26, 2010, pp. 307-352.
- DÍAZ Revorio, Francisco Javier, "Tribunal Constitucional y procesos constitucionales en España: Algunas reflexiones tras la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 2007", *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 2, 2009, pp. 81-108
- DÍEZ-PICAZO Giménez, Ignacio, "Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recursos de amparo", *La sentencia de amparo constitucional : actas de las I Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, s.l., 1996, pp. 17-74.
- DOMÍNGUEZ García, Fernando, "La legitimación del Ministerio Fiscal para interponer recurso de amparo: Pronunciamientos del Tribunal Constitucional", *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 100, núm. 3, 2001, pp. 741-776. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5681/7440>
- ELÍAS Méndez, Cristina, "La Jurisdicción constitucional en los Estados miembros de la Unión Europea", *Revista de Derecho Constitucional europeo*, año 8, núm. 16, julio-diciembre 2011, pp. 17-52.
- ESPINOSA Díaz, Ana, "El recurso de amparo: problemas antes, y después, de la reforma", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2010.
- FAVOREU, Louis, *Los tribunales constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1994.

- FERNÁNDEZ Segado, Francisco, "El trasfondo político y jurídico de la 'Marbury v. Madison Decision'", *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, núm. 15, 2011, pp. 139-224.
- FERRAJOLI, Luigi, "La esfera de lo indecidible y la división de poderes", *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año 6, núm. 1, 2008, pp. 337-343.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, UNAM-IIIJ, México, 1980.
- FLORES Juberías, Carlos y TORRES Pérez, Mercedes, "Los Tribunales constitucionales en la protección de los derechos fundamentales en las nuevas democracias de la Europa central y oriental", *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 5, 2001, pp. 89-143.
- GIMENO Sendra, José Vicente, "La experiencia de los 'juicios de Nürenberg' y la necesidad de crear el Tribunal Penal Internacional", *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 1998, pp. 1766-1768.
- GÓMEZ MONTORO, A. J., *El interés legítimo para recurrir en amparo: La experiencia del Tribunal Constitucional español*. *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, núm. 9, 2003.
- GONZÁLEZ PASCUAL, Maribel, *El tribunal constitucional alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*, Civitas, Thomson Reuters, Madrid, 2010.
- GUSY, Christoph, "Las constituciones de entreguerras en Europa central", *Fundamentos: Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho público e Historia constitucional*, núm. 2, 2000, (Ejemplar dedicado a: Modelos constitucionales en la historia comparada), pp. 593-625.

- HERRERA García, Alfonso, "El recurso de amparo en el modelo kelseniano de jurisdicción constitucional ¿un elemento atípico?", *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, enero 2011.
- JIMÉNEZ García, Fernando, "Hacia una jurisdicción internacional obligatoria en el siglo XXI: El estatuto del tribunal penal internacional adoptado en Roma el 17 de julio de 1998", *Studia carande: Revista de ciencias sociales y jurídicas*, núm. 3, 1999, pp. 115-130.
- KENNETH, Roth, "El rechazo de EEUU al Tribunal Penal Internacional", *Papeles de cuestiones internacionales*, núm. 79, 2002, pp. 127-138.
- MAGNOTTA, María Rita, "Los sistemas constitucionales de Chipre, Grecia y Malta", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 15, enero-junio 2011, pp. 348-361.
- MARTÍN-RETORTILLO Baquer, Lorenzo, *Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos. Perspectivas española y europeas*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel, "Camino del colapso: notas sobre los rendimientos del Tribunal Constitucional español y propuestas para su reforma", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 47, 2004, pp. 67-96.
- MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, Ediciones Istmo, s. l., 2002.
- OLARIETA Alberdi, Juan Manuel, "La separación de poderes en el constitucionalismo burgués," *Nómadas. Revista crítica de Ciencias Sociales y jurídicas*, núm. 4, 2011, pp. 331-469.
- ORTELLS Ramos, Manuel (coord.), *Introducción al Derecho Procesal*, 6a. ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016.

- PIGNATELLI y Meca, Fernando, "El Tribunal Penal Internacional para Ruanda", *Revista española de Derecho militar*, núm. 65, 1995, pp. 389-430.
- PULIDO Quecedo, Manuel, "La agrupación ocasional de diputados como parte procesal en el recurso de amparo: (nota sobre la STCE 98/2009, de 27 de abril)", *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 21, 2009, pp. 75-98.
- RIPOL Carulla, Santiago, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español*, Atelier, Barcelona, 2007.
- RODRÍGUEZ, Ángel, *Integración europea y derechos fundamentales*. Civitas, Madrid, 2001.
- RODRÍGUEZ Palop, María Eugenia, "Justicia constitucional y derechos fundamentales", *Derecho y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año 8, núm. 12, 2003, pp. 523-528.
- RODRÍGUEZ Vega, Luis, "Independencia de los Jueces y gobierno del poder judicial", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 77, 2007, pp. 57-74.
- ROURA Gómez, Santiago, "Control jurisdiccional de constitucionalidad en España: las experiencias del Tribunal Supremo Federal y el Tribunal de Garantías Constitucionales", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 2, 1998, pp. 443-462.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, "Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional", *Revista de Derecho Político*, núm. 16, invierno 1982-1983, pp. 27-38.
- RUIZ Vadillo, Enrique, "La Constitución, la independencia de los Jueces y Magistrados y el acceso a la carrera judicial", *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 1984, pp. 992-996.

\_\_\_\_\_, "La independencia y la imparcialidad de los Jueces en la Constitución española", *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 6, 1996, pp. 1640-1642.

SÁIZ Arnaiz, Alejandro, "El Tribunal de Justicia, los Tribunales Constitucionales y la tutela de los derechos fundamentales en la Unión Europea: entre el (potencial) conflicto y la (deseable) armonización: de los principios no escritos al catálogo constitucional, de la autoridad judicial a la normativa", en GÓMEZ Fernández, Itziar y Marta CARTABIA (coord.), *Constitución europea y constituciones nacionales*, Tirant to Blanch, España, 2005, pp. 531-588.

STEINBERGER, Helmut, "Algunos rasgos fundamentales de la Justicia constitucional en la República federal de Alemania", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 51, mayo-junio 1986.





# Notas sobre la noción de dignidad de la persona en el Estado constitucional

Manuel Vidaurri  
Aréchiga\*  
Fernando Márquez  
Rivas\*\*

## 1. Introducción

La capacidad jurídica debe entenderse hoy como el reconocimiento que los actuales Estados constitucionales de Derecho consignan en su norma fundamental a partir de la dignidad humana. Así, todo ser humano primero es persona y luego tiene **capacidad** jurídica. El Derecho positivo contemporáneo reconoce al ser humano cierta capacidad jurídica, por lo que ésta, más allá de ser un ente y causa adecuada para tener derechos, constitucionalmente es reconocida como el derecho de todo ser humano para gozar de los derechos

\* Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (CONACYT). Profesor-investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad De La Salle Bajío, México. Vicerrector de Investigación del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ) sede Nicaragua.

\*\* Licenciado y Maestro en Derecho. Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Nuevo León, México. Es profesor y Coordinador General en la Facultad de Derecho de la Universidad De La Salle Bajío, México.

fundamentales, concibiéndosele más allá que una mera cualidad del sujeto (aptitud o idoneidad). Es pues, a partir de esa dignidad humana, que se le tiene como el *Derecho de los derechos fundamentales*. Al momento actual, no podemos partir sólo de la prescripción literal de las normas a través del habitual método exegético, como postulaba el pensamiento ius positivista. En el constitucionalismo contemporáneo, la protección de los derechos humanos trasciende esa exégesis tradicional incluso del texto constitucional, en tal sentido, las normas del *ius cogens*, los tratados internacionales de derechos humanos, son un referente importante en la interpretación y aplicación del Derecho. Dicho lo anterior es que se aprecia como imprescindible estudiar la dignidad humana y la capacidad jurídica en los contextos jurídicos de la edad antigua a la actual, así como reflexionar sobre la concepción actual del Estado de Derecho y la relación que guarda con los derechos fundamentales, buscando al final los elementos sobre los cuáles habrán de comprenderse las nociones de dignidad humana y capacidad jurídica.

## 2. La dignidad de la persona humana

Conforme al Diccionario de la Real Academia española, el vocablo dignidad proviene del latín *dignitas, dignitatis*, que es la cualidad de digno, excelencia o realce; a su vez, digno proviene de *dignus*, que es el merecedor de algo.<sup>1</sup> Así desde el enfoque ontológico, "cuando se habla de dignidad de la persona humana se significa la excelencia o jerarquía que tiene en relación a los demás seres corpóreos: la persona es el mejor de todos ellos. Su dignidad radica en su naturaleza racional."<sup>2</sup>

La dignidad deriva de la naturaleza racional del ser humano, se caracteriza —según Peces-Barba— "por la razón y la libertad que el ser humano posee".<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, ESPASA, Madrid, 2001, p. 823

<sup>2</sup> Jorge Adame Goddard, "Los Derechos Fundamentales de la Persona Humana", *Estudios Jurídicos en Homenaje a Don Santiago Barajas Montes de Oca*, Estudios Doctrinales núm. 179, IJ-UNAM, 1995, México, 1995, pp. 17 y 18.

<sup>3</sup> Gregorio Peces-Barba Martínez, *Derechos Fundamentales*, Latino Universitaria, Madrid, 1980, p. 49.

Para Carpizo "la dignidad humana es la que singulariza a la persona de otros seres vivos debido a su **razón, voluntad, libertad, igualdad e historicidad**",<sup>4</sup> es consubstancial al hombre, y por tanto preexistente al reconocimiento público que de ella se pueda hacer; la dignidad corresponde a todos los seres humanos, por tanto no hay sujetos que carezcan de ella, ni tampoco quienes tengan mayor dignidad que otros; entonces, todos los seres humanos tienen la misma dignidad. Sobre este último aspecto, Adame Goddard escribe: "no cabe decir que por razón de su naturaleza, haya personas más dignas que otras. Todos los seres humanos tienen la misma naturaleza, y por consecuencia la misma dignidad ontológica".<sup>5</sup> Conforme al apartado 1 del artículo 1o. de la Ley Fundamental de Alemania se establece que la dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público.<sup>6</sup> Se está significando —precisa Adame Goddard— una dignidad que no depende del reconocimiento público que se haga de ella, ni que es privativa de algunos seres humanos, sino de una categoría común que tienen todos ellos por derivar de su naturaleza.<sup>7</sup> En suma, la dignidad humana es la causa adecuada de la persona, la personalidad y capacidad jurídica; por ello la aspiración de todo ser humano es ser reconocido como persona y por tanto, tener capacidad jurídica.

### **3. El principio personalista como premisa de la capacidad jurídica**

Luis Legáz y Lacambra refiere que "el Derecho existe por causa del hombre. El hombre es anterior al Derecho; éste ha de servir a aquél. Pero el hombre posee una dignidad propia; esté llamado a dar forma a su vida responsablemente, por sí y

<sup>4</sup> Jorge Carpizo, "Los Derechos Humanos: Naturaleza, Denominación y características", *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 25, pp. 3-29, IJ-UNAM, México, 2011, p. 4.

<sup>5</sup> Jorge Adame Goddard, *op. cit.*, p. 18

<sup>6</sup> Ley Fundamental de la República Federal de Alemania del 23 de mayo de 1949, Editado por Deustcher Bundestag, (Bundestag Alemán), Traducida al español por Prof. Dr. Karl-Peter Sommermann y Prof. Dr. Ricardo García Macho, Bonn, 2006, p. 14.

<sup>7</sup> Adame Goddard, Jorge, *op. cit.*, p. 17.

para sí".<sup>8</sup> Por ello, en los sistemas jurídicos, la persona humana, por su dignidad, es considerada como el centro de toda tutela jurídica, y por consecuencia la razón de la capacidad jurídica. Incluso, las personas morales también tienen como última razón de ser al ser humano, existen por él hombre y para él.

Por su parte, Giancarlo Rolla considera que la panacea del sistema jurídico es el principio personalista, el centro de protección de derechos fundamentales es la persona humana, pero con una visión atomista, es decir, no es la persona aislada, sino a la persona humana en su dimensión social.<sup>9</sup> En efecto, el Derecho como sistema normativo, surge por la necesidad misma del ser humano para ordenar las relaciones sociales, el objeto de regulación de la ciencia jurídica es —la conducta del ser humano—, y para que esto sea posible aparece la capacidad como atributo del ser humano y luego de las personas jurídicas. Carlos Fernández Sessarego, considera que, el derecho es "primariamente vida humana",<sup>10</sup> porque se parte de la vida del hombre, y como la vida humana no se concibe de manera independiente, sino que se da en un contexto social, de esa interrelación entre los seres humanos, es que necesariamente surge el Derecho; consecuentemente, el sistema jurídico no puede regular conductas de otros entes que no sean los seres humanos.

#### 4. La capacidad jurídica

Según el Diccionario de la Real Academia Española, el concepto capacidad proviene del latín *capacitas, capacitatis*, que en su significado más general equivale a: *f. Propiedad de una cosa de contener otras dentro de ciertos límites. Capacidad de una vasija, de un local*. En su acepción jurídica, capacidad de obrar. "1. f. Der. Aptitud para ejercer personalmente un derecho y el cumplimiento de una

<sup>8</sup> Luis Legaz y Lacambra, "La noción jurídica de la persona humana y los derechos del hombre", *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 55, Madrid, 1951, p. 35.

<sup>9</sup> Giancarlo Rolla, *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, Ortega Santiago, Carlos (trad.), IJ-UNAM, México, 2002, p. 95.

<sup>10</sup> *Cfr.* Carlos Fernández Sessarego, "Visión tridimensional de la persona jurídica", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 89, UNAM-IJ, México, 2010, p. 507.

obligación.", y capacidad jurídica. "1. f. Der. Aptitud legal para ser sujeto de derechos y obligaciones."<sup>11</sup> Samuel González nos dice que la capacidad. "(Del latín *capacitas*, aptitud o suficiencia para alguna cosa.) 1. Jurídicamente se entiende como la aptitud legal de una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, o como la facultad o posibilidad de que esta persona pueda ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones por sí misma."<sup>12</sup>

Aún el significado que se le da en el ámbito del Derecho, no se aparta del significado esencial, la capacidad de una vasija, o de un local, denotan la idea de lo que admiten, o lo que cabe en ellos; así, en lo jurídico la capacidad de la persona indica los derechos que caben en ella; dicho de otra forma, los derechos que tiene. Al respecto, Rojina Villegas señala: "la capacidad jurídica es lo que el hombre, como sujeto de Derecho, puede; es decir, lo que cabe dentro de él en una medida de Derecho."<sup>13</sup> En su sentido jurídico, la capacidad es considerada por Carlos Santiago Nino como *la facultad* para adquirir derechos y contraer obligaciones; la posibilidad de adquirir derechos y obligarse.<sup>14</sup> Por nuestra parte, matizando un tanto, consideramos que, en lugar de *facultad*, lo más apropiado sería tenerla como una *aptitud* o *idoneidad* que es la cualidad del sujeto para tener derechos y obligaciones.

En opinión de Jorge Joaquín Llambías, la capacidad "es el atributo más típico de las personas: el que sirve precisamente para definir las como tales, desde el ángulo del derecho, porque es el único atributo que no sólo hace a la naturaleza sino también a la esencia de la personalidad."<sup>15</sup> La capacidad es el atributo

<sup>11</sup> Real Academia Española, *op. cit.*, p. 435.

<sup>12</sup> Samuel Antonio González Ruiz, "Capacidad", *Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo II, C-Ch*, UNAM, México, 1984, p. 38.

<sup>13</sup> Rafael Rojina Villegas, *Introducción a la Teoría General del Derecho y del Estado*, t. I, El Nacional, México, 1941, p. 507.

<sup>14</sup> Carlos Santiago Nino, *Introducción al Análisis del Derecho*, Colección Mayor Filosofía y Derecho, Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 218.

<sup>15</sup> Jorge Joaquín Llambías, *Tratado de Derecho Civil Parte General*, t. I, Nociones Fundamentales, Personas, Perrot, Buenos Aires, 1960, p. 392.

primordial de las personas; Inclusive hay quienes la califican como "el atributo esencial de la personalidad."<sup>16</sup>

La capacidad jurídica en sentido amplio, se ha definido como la aptitud que tiene la persona para ser titular de derechos y obligaciones, así como para que en su caso, si la persona está habilitada jurídicamente, pueda hacer valer por sí esos derechos que tiene, o cumplir por sí las obligaciones que le sean atribuibles. La capacidad puede verse como una aptitud, o como una habilitación. La aptitud consiste en la idoneidad del sujeto para tener derechos y obligaciones, es lo que se denomina como capacidad de goce o de Derecho; en este rumbo se expresa Ruggiero, al decir que la capacidad de goce o capacidad jurídica, es "la idoneidad para ser sujeto de derechos y corresponde, en general, a todo hombre, aunque puede ser limitada por el ordenamiento en cuanto se prive al sujeto de algunos derechos".<sup>17</sup> La habilitación para actuar por su propio Derecho, haciendo valer o cumpliendo "por sí" esos derechos y obligaciones que le son atribuibles, es lo que se denomina capacidad de ejercicio o de obrar. Entonces, la capacidad es de dos tipos, la capacidad de goce o jurídica (idoneidad para tenerlos) y la capacidad de ejercicio o de obrar (idoneidad para ejercitarlos).<sup>18</sup>

En suma, la capacidad es el atributo por antonomasia de la persona, la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones, la concreción de lo que puede jurídicamente, lo que se le permite jurídicamente; de ahí sea apto para tal o cual conducta, cuando la norma jurídica considera apta a la persona para tener tal o cual conducta, decimos que tiene capacidad jurídica; en caso opuesto, la persona es incapaz para ello. La negación de la capacidad en términos absolutos, es la negación de la persona misma y por ende, de su dignidad. El presupuesto de la capacidad jurídica es la persona misma y el de la persona, lo es la dignidad humana. Reforzando esta noción, Chávez Ascencio considera que "la

<sup>16</sup> Cfr. Jorge Mario Magallón Ibarra, *Instituciones de Derecho Civil*, t. II, *Atributos de la Personalidad*, Porrúa, México, 1987, p. 30.

<sup>17</sup> Roberto de Ruggiero, *Instituciones de Derecho Civil*, vol. I, *Introducción y Parte General. Derecho de las personas, Derechos Reales y Posesión*, Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro (trads.), Reus, Madrid, 1929, p. 339.

<sup>18</sup> Cfr. Rafael de Pina, *Derecho Civil Mexicano, Introducción, personas, familia*, vol. I, Porrúa, México, 1989, p. 208.

capacidad da por supuesta la persona y hace referencia a situaciones jurídicas concretas, de tal forma que sin mengua de la persona alguien puede tener mayor o menor capacidad, pero nunca ser más o menos persona, pues esta es o no es".<sup>19</sup> Por su parte, en el mismo sentido García Villegas<sup>20</sup> considera que "la capacidad de goce presupone sólo las condiciones naturales de existencia". Entonces, al referir que la capacidad de goce presupone sólo las condiciones naturales de existencia, no se hace otra cosa que no sea expresar que el presupuesto de la capacidad de goce es la existencia misma de la persona.

La capacidad jurídica, pues, no es otorgada por el ordenamiento jurídico, más bien es reconocida en función de la existencia y dignidad de persona misma. En efecto, el individuo por su dignidad humana, tiene la aspiración a ser reconocido como persona por el simple hecho de que es ser humano, no se es persona porque el Estado otorgue o niegue esta categoría. Lo único que hace el Estado es reconocer esa calidad consustancial e inherente al ser humano,<sup>21</sup> del mismo modo, al reconocerse la calidad de persona, va implícito el reconocimiento de la capacidad —corren pues la misma suerte— ya que sin ésta, no se podría siquiera aspirar a ser persona: no es posible concebir una persona carente de capacidad jurídica.

De la lectura de las obras de Ignacio Galindo Garfias,<sup>22</sup> Atilio Alterini,<sup>23</sup> Manuel Chávez Ascencio,<sup>24</sup> Julio César Rivera,<sup>25</sup> Sara Montero Duhalt,<sup>26</sup> Guillermo Borda<sup>27</sup> y Leopoldo Peralta,<sup>28</sup> juristas que han abordado el tema de las características de

<sup>19</sup> Manuel F. Chavez Ascencio, "Capacidad", *Revista de Derecho Privado*, núm. 7, Sección Doctrina, IIJ-UNAM, México, 1992, p. 40.

<sup>20</sup> Eduardo García Villegas, *La tutela de la propia incapacidad*, UNAM-IIJ, México, 2007, p. 26.

<sup>21</sup> Guillermo A. Borda, *Manual de Derecho Civil Parte General*, ed. Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 140.

<sup>22</sup> Ignacio Galindo Garfias, *Derecho Civil. Primer Curso, parte General. Personas y Familia*, Porrúa, México, 1987, p. 307.

<sup>23</sup> Atilio Anibal Alterini, *Contratos Cíviles y Comerciales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 205.

<sup>24</sup> Manuel F. Chavez Ascencio, *op. cit.*, p. 43.

<sup>25</sup> Julio César Rivera, *Instituciones de Derecho Civil*, Parte general, t. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 39.

<sup>26</sup> Sara Montero Duhalt, "La incapacidad", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, número 63-64, 1966, p. 828.

<sup>27</sup> Guillermo A., Borda, *op. cit.*, p. 233.

<sup>28</sup> Leopoldo L. Peralta Mariscal, "Comentarios de los artículos 103 a 125", en Julio César Rivera, *Código Civil Comentado, Doctrina, Jurisprudencia, Bibliografía*, vol. 1, Títulos Preliminares y Personas, Dir. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004, p. 236.

la capacidad, a través del análisis respectivo, se construye, a manera de síntesis, la siguiente tabla:

Características de la capacidad	Características de la incapacidad
Múltiple	Múltiple
Diversificada	Diversificada
Concreta	Concreta
Es una cualidad de la persona	Es una cualidad de la persona
Es de orden público	Puede ser de orden público o de orden privado
Es la regla	Es la excepción
Pueden renunciarse los derechos que sólo atañen a particulares, no los que atañen al orden público	Son de carácter taxativo No pueden modificarse por voluntad de los particulares
Admiten interpretación extensiva y analógica en favor de la mayor capacidad	Son de carácter restrictivo, no admiten interpretación extensiva, ni analógica
Los sujetos poseen capacidad de derecho u de hecho, excepto los casos que la ley así lo prescribe	Cada incapaz, de derecho o de hecho, lo es únicamente en la medida establecida en la ley
Se presume	Debe probarse
Es graduable ya que no todos los capaces tienen el mismo grado de capacidad	Es graduable no todos los incapaces lo son en la misma medida

Conforme al pensamiento de Galindo Garfias,<sup>29</sup> la capacidad es múltiple, diversificada y concreta. Este autor considera las anteriores como características que le sirven para para distinguir a la capacidad jurídica de la personalidad, que por el contrario, es única, indivisible y abstracta. En efecto, con base en las preconcebidas características no se puede tener más o menos personalidad;

<sup>29</sup> Cfr. Ignacio Galindo Garfias, *op. cit.*, p. 307.



la personalidad es un concepto abstracto, la capacidad es la concreción de la personalidad.

## 5. La dignidad humana y la capacidad jurídica: breve síntesis histórica

Para contextualizar en el ámbito temporal tenemos que la historia se subdivide en: Edad Antigua, Edad Media, Edad Moderna, Edad Contemporánea y Mundo Actual. La Edad Antigua comienza con el surgimiento de la escritura y termina con la caída del Imperio Romano de Occidente, en el año 476. La Edad Media abarca desde la caída del Imperio Romano de Occidente, en año 476, hasta la caída del imperio romano de Oriente (toma de Constantinopla por los turcos en 1453). La Edad Moderna abarca la segunda mitad del siglo XV hasta la Revolución francesa de 1789. La Edad contemporánea de esa fecha, a la que todavía no se le ha dado una fecha oficial de conclusión, aunque suele referirse el año 1945, fin de la Segunda Guerra Mundial, para el inicio de un nuevo periodo al que se le da el nombre de Mundo actual.<sup>30</sup>

En la Edad Antigua el ordenamiento jurídico no reconoció la dignidad humana a todas las personas, así como tampoco la capacidad jurídica, prueba de ello es la esclavitud que existió como institución jurídica, es la máxima negación de esa dignidad y de la capacidad jurídica. Roberto de Ruggiero precisa que en el Derecho romano, la doctrina sobre de la capacidad se manejaba en torno al triple "status" de que la persona gozaba: el *status libertatis*, el *st. civitatis* y el *st. familiae*, de los cuales los dos primeros constituían condiciones esenciales de la capacidad jurídica y del último daba lugar a la distinción de personas *sui juris* y personas *alieni juris*, determinando en los sometidos al poder ajeno una incapacidad en la esfera del Derecho privado.<sup>31</sup> En efecto, la capacidad jurídica tiene sus antecedentes en los tres status romanos que servían para determinar la calidad

<sup>30</sup> Cfr. Gloria M. Delgado DE Cantú, *El mundo moderno y contemporáneo I. De la edad moderna al siglo imperialista*, Pearson Educación, México, 2005, p. 5.

<sup>31</sup> Roberto De Ruggiero, *op. cit.*, p. 338.

de los sujetos de Derecho. Para ser persona, bastaba con tener el primero de ellos, de modo tal que el *status libertatis* era el pasaporte a la personalidad, esto es, era la condición para ser sujeto de derechos.

En este orden de cosas, Tamayo y Salmorán reflexiona señalando que "el conjunto de derechos y facultades de un individuo constituía su *status*", de ahí que los viejos civilistas definieran "*persona*" como: *homo cum statu suo consideratus*.<sup>32</sup> Entonces, mientras más derechos y facultades posee se tiene más estatus y por ende mayor capacidad; en sentido opuesto, menos derechos y facultades implican menor *status* y una capacidad más limitada. Con este mismo alcance Montero Duhalt precisa que "la capacidad de goce no se tenía en el mismo grado; dependía de la clase social a la que se pertenecía. Personas de familias senatoriales, simples patricios, ingenuos o libertos, tenían capacidades de goce ligeramente distintas (...) Por lo que respecta a la capacidad de ejercicio, ésta comenzaba con la pubertad. Sin embargo, existía una zona intermedia (como actualmente en el caso de los emancipados), entre la incapacidad y la plena capacidad, que se iniciaba a los 25 años".<sup>33</sup>

**La Edad Media.** En este periodo, las ideas de la persona (su dignidad) y la capacidad experimentaron cierto progreso por virtud de la influencia del cristianismo y de la filosofía de los padres de la iglesia. Así, por ejemplo, para Santo Tomás "persona significa lo más perfecto que hay en la toda la naturaleza racional, o sea el ser subsistente en la naturaleza racional". Se percibía al hombre como directamente ordenado a Dios, como su fin último absoluto.<sup>34</sup> Desde el plano de la filosofía tomista "quedó, por tanto, abolida la esclavitud y la capacidad se hizo extensiva a todos los hombres... En cuanto a la capacidad de ejercicio, tanto en los diversos derechos medievales, como en los distintos ordenamientos de España (*Fuero juzgo, Fuero Viejo, Fuero de Castilla, Fuero Real y las Partidas*) —que

<sup>32</sup> Rolando Tamayo y Salmorán, "Persona", *Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo VII*, P-Reo, UNAM, México, 1984, p. 98.

<sup>33</sup> Sara, Montero Duhalt, *op. cit.*, p. 835.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

constituyen la fuente más directa de nuestro derecho—, se consignan de preferencia las incapacidades en razón de la edad y del sexo femenino".<sup>35</sup> Sin embargo, en el plano del Derecho positivo, no ocurrió así, pues la esclavitud perduró como institución jurídica en muchos países del mundo, la prueba es que en el imperio absoluto romano no desapareció, ni inclusive en el Derecho Justiniano, aunque se dio al esclavo un trato más justo, no desapareció la esclavitud.

**En la Edad Moderna.** Con base en las ideas de la Ilustración francesa, sustentadas en el individualismo y el liberalismo, debe reconocerse el elevado papel que se le confiere a la dignidad de la persona, en virtud de lo cual el ordenamiento jurídico viene a ser la causa adecuada, de modo que los términos de "hombre" y "sujeto de Derecho" o "persona humana", no son lo mismo, si bien, todo ser humano tiene la aspiración natural a ser persona por el simple hecho de ser humano, no se lograría esto sin que la norma jurídica como causa adecuada le dé sentido mediante la atribución de derechos y obligaciones jurídicas, por ello es que en esta época todo ser humano es persona. A la luz del liberalismo, por otro lado, se produce el reconocimiento de los derechos subjetivos públicos, es decir, derechos que tienen los seres humanos oponibles ante el Estado, pues se considera a este último como sujeto pasivo de los mismos, y por tanto el único ente que puede violarlos o conculcarlos. Sobre este punto, Pérez Luño precisa que "a partir del siglo XVIII en el que el concepto de derechos naturales se cambia por derechos del hombre y derechos fundamentales, que no es más que la aspiración del iusnaturalismo iluminista por la constitucionalización de dichos derechos. Dicha constitucionalización se da hasta 1791 (Constitución francesa girondina) y 1793 (Constitución francesa jacobina) que contienen en su texto declaración de derechos. A partir de allí, van de la mano Constitución y declaración de derechos",<sup>36</sup> y se resume en el gran acontecimiento jurídico que es la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

<sup>35</sup> *Idem.*

<sup>36</sup> Antonio E. Pérez Luño, *Los Derechos Fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 33.

A pesar de lo anterior, siguió existiendo la esclavitud como sistema jurídico, no obstante, refiere Fernando Flores, que la historia de los pueblos nos demuestra que jurídicamente a ciertas categorías de seres humanos, el derecho positivo les ha negado la calidad de persona.<sup>37</sup> Una prueba de ello es que en México, hasta el 6 de diciembre de 1810, Miguel Hidalgo, líder de la Independencia, decretó en Guadalajara la abolición de la esclavitud en todo el país. El 5 de octubre de 1811 José María Morelos hizo lo mismo en Chilpancingo ordenando la libertad de los esclavos.<sup>38</sup>

**La época contemporánea.** Desde el punto de vista de la ciencia jurídica, todo hombre es reconocido como persona, pasándose de la dimensión individualista a la dimensión colectiva. De tal manera, en la modalidad de Estado social, se consiguen *los derechos de grupo* que no protegen a un individuo en lo particular, sino más bien a *grupos vulnerables, grupos económica y/o socialmente débiles*, tal es el caso de los derechos que tienen los trabajadores frente a los patrones, así como los derechos de los campesinos, todo ello con el fin de poner un equilibrio en esa relación de desigualdad que en su momento privaba.<sup>39</sup> Como dato histórico, Pérez Luño precisa que los derechos sociales, culturales y económicos aparecen hasta el siglo XIX y se plasman a inicios del XX, en la Constitución mexicana de 1917, la de Weimar de 1919, española de 1931, francesa de 1946, italiana de 1947, alemana en 1949, la griega en 1975, la de Portugal en 1976, y la de España de 1978.<sup>40</sup>

Habría que decir, empero, que lamentablemente algunos de esos derechos carecen de plena eficacia. Ciertamente, el tema de los derechos humanos, más puntualmente, lo relacionado con su eficacia y plena vigencia, sigue siendo una

<sup>37</sup> Fernando Flores García, "Algunas Consideraciones sobre la persona jurídica", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 25, 1957, p. 245.

<sup>38</sup> Luz María Martínez Montiel, *Inmigración y Diversidad Cultural en México*, UNAM, México, 2005, p. 35 y Gloria M. Delgado de Cantú, *Historia de México*, vol. I, Pearson Educación, México, 2002, p. 382.

<sup>39</sup> Los derechos sociales, comprenden los derechos económicos, sociales y culturales: Pérez Luño, Antonio Enrique, *Los Derechos Fundamentales*, *op. cit.*, p. 233.

<sup>40</sup> Humberto Nogueira Alcalá, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, Serie Doctrina Jurídica núm. 156, UNAM-IJ, México 2003, p. 5.

asignatura pendiente en buena parte del mundo. En todo caso, es notorio que en los estados contemporáneos la esclavitud, al menos desde el punto de vista formal-jurídico, no es admitida con base en el pleno reconocimiento a la dignidad de la persona y su capacidad jurídica.

**En el mundo actual** la dignidad humana es de trascendental importancia, es la base del reconocimiento de todos los derechos humanos, incluso más allá del texto escrito. A raíz de los totalitarismos existentes en el mundo, tales como el nacionalsocialismo y fascismo, así como de las Guerras Mundiales,<sup>41</sup> que provocaron no sólo atentados contra la dignidad humana y violación de derechos, sino la restricción de libertades, derechos y capacidades jurídicas. "Después de la Segunda Guerra Mundial las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 y sus protocolos complementarios de 1977, que protegen a las poblaciones civiles, los prisioneros de guerra, los náufragos, los heridos, entre otros".<sup>42</sup> Asimismo, sigue expresando que: "el 2 de mayo de 1948 fue adoptada en el ámbito americano la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, precediendo en algunos meses a la adopción, por la Asamblea General de Naciones Unidas de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948".<sup>43</sup>

En los últimos tiempos, en Europa se ha advertido la ineficacia del iuspositivismo, sobre lo cual refiere Pérez Luño que: "la unidad, plenitud y coherencia del orden jurídico propuesta por el positivismo jurídico formalista como ingredientes básicos de los sistemas jurídicos, que respondían a una concepción jerárquica de su estructura y funcionamiento (*Grundnorm*), ante los cambios sociales que se han dado a partir de Europa, no ha sido capaz de hacerse cargo y explicar de manera adecuada esa metamorfosis",<sup>44</sup> así, el positivismo no ha tenido la

---

<sup>41</sup> *Ibidem*.

<sup>42</sup> *Idem*.

<sup>43</sup> *Idem*.

<sup>44</sup> Antonio-Enrique Pérez Luño, "Las transformaciones presentes del sistema de los Derechos Fundamentales", *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio, Tomo IV, Derechos Constitucionales y Tutela Constitucional, IIJ-UNAM, México, 2008, pp. 437 y ss.

capacidad de respuesta ante los requerimientos del mundo contemporáneo y actual; el fenómeno de la globalización, las uniones de Estados que se han propiciado en Europa, el multiculturalismo entre otros; que inclusive, rompen con los esquemas tradicionales que el iuspositivismo jurídico formalista ha trazado. A partir de la Segunda Guerra Mundial se esbozan las características del constitucionalismo contemporáneo,<sup>45</sup> y también su constante evolución en muchos sentidos.

Desde la perspectiva del llamado neoconstitucionalismo, los derechos fundamentales cobran capital importancia, alegándose la conveniencia de su plena eficacia y sosteniéndose que no basta con su reconocimiento, pues además deben estar suficientemente garantizados. Es evidente, pues, que los derechos fundamentales se van concretando día a día a través de la interpretación constitucional, que tiene en la dignidad humana uno de sus más importantes pilares, concibiéndola como valor y principio colocado por encima de las meras reglas (normas jurídicas secundarias). Luego, al irse reconociendo y descubriendo nuevos horizontes de los derechos fundamentales, en esa misma medida, aumenta la capacidad jurídica de las personas.

## 6. El neoconstitucionalismo

Superando los infames atentados contra la dignidad humana y violación de derechos humanos perpetrados en los regímenes totalitarios existentes en el mundo (fascismo y nazismo entre otros), es que surge el modelo de **Estado constitucional**, que vino a sustituir al tradicional **Estado de Derecho** mismo que predominó en los siglos XIX y más de la mitad del XX, y aun predomina en muchos países, incluyendo el nuestro.<sup>46</sup>

<sup>45</sup> Cfr. Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2009, p. 9.

<sup>46</sup> Rafael Aguilera Portales, *et al.*, *Neoconstitucionalismo, Democracia y Derechos Fundamentales*, *op. cit.*, p. 2.

Este nuevo paradigma jurídico denominado neoconstitucionalismo —que ha sido identificado como un positivismo incluyente o blando<sup>47</sup> y otros lo califican más apegado al iusnaturalismo o moralista entre ellos está Susana Pozzolo—, emerge y se sustenta en los nuevos modelos políticos y jurídicos del Estado constitucional. Este modelo busca la validez formal, pero sobre todo la validez intrínseca o material; por ello es que su soporte no lo constituyen puramente las reglas, sino que por encima de ellas, se encuentran los valores y principios constitucionales.

Posterior a la Segunda Guerra Mundial se esbozaron las características del constitucionalismo contemporáneo,<sup>48</sup> así como su constante evolución en muchos sentidos. En los últimos tiempos, en Europa se ha advertido la ineficacia del iuspositivismo,<sup>49</sup> perspectiva que no tuvo la capacidad de respuesta ante los requerimientos del mundo contemporáneo y actual: el fenómeno de la globalización, las uniones de Estados europeos, el multiculturalismo entre otros, que inclusive, rompen con los esquemas tradicionales que delineados por el iuspositivismo jurídico formalista. Con razón, se ha señalado que no hay una definición clara de neoconstitucionalismo, habría distintos neoconstitucionalismo(s). En todo caso, los rasgos característicos de ese paradigma son que: busca la interpretación del Derecho con base en principios, valores y reglas; pretende una visión más amplia de la constitución basada en principios y valores, no solamente de reglas;<sup>50</sup> se propone pasar de la *unidad* al pluralismo; de la *plenitud* a

<sup>47</sup> Daniel Alejandro Herrera, "Falacias y verdades en las justificaciones actuales de los derechos fundamentales", *Dikaion*, año 24, vol. 19, núm. 2, diciembre 2010, p. 358.

<sup>48</sup> "El constitucionalismo contemporáneo ha definido sus rasgos característicos en los últimos cincuenta años, sobre todo a partir del final de la Segunda Guerra Mundial, Son ejemplo de este tipo de Constituciones, los textos fundamentales de Italia (1947) y Alemania (1949) primero, y de Portugal (1976) y España (1978) después". Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, op. cit., p. 9.

<sup>49</sup> La unidad, plenitud y coherencia del orden jurídico propuesta por el positivismo jurídico formalista como ingredientes básicos de los sistemas jurídicos, que respondían a una concepción jerárquica de su estructura y funcionamiento (*Grundnorm*), ante los cambios sociales que se han dado a partir de Europa, no ha sido capaz de hacerse cargo y explicar de manera adecuada esa metamorfosis. Antonio-Enrique Pérez Luño, "Las transformaciones presentes del sistema de los Derechos Fundamentales", op. cit., p. 437 y ss.

<sup>50</sup> Véase Rafael Aguilera Portales, *Teoría Política y Jurídica*, Porrúa, México, 2008, p. 93.

la apertura jurisdiccional; y de la *coherencia* a la argumentación racional.<sup>51</sup> Según Häberle, otra característica más del neo constitucionalismo es la del pluralismo, que implica "básicamente la 'apertura' del sistema constitucional: 'sus teorías y doctrinas, sus interpretaciones e intérpretes' —sobre todo a nivel de derechos fundamentales—, y su inherente dogmática jurídica, junto con su posterior desarrollo y progresos".<sup>52</sup> También se desarrolla una correlación en el sentido de que a más apertura constitucional de los pluralismos, más participación en los procesos y cooperación responsable en el ejercicio de derechos fundamentales.<sup>53</sup> Ferrajoli subraya como rasgos de esta forma de constitucionalismo: que tiene su sustento en la interpretación y la argumentación jurídica, la —*omnipresencia de la Constitución*— con lo que se pretende que la constitución sea siempre y sin excepción, el referente normativo esencial aplicable en toda problemática jurídica de la materia que sea;<sup>54</sup> el desplazamiento desde la primacía de la ley a la primacía de la Constitución; el desplazamiento desde el control jurisdiccional de la legalidad al control jurisdiccional de la constitucionalidad; el desplazamiento desde la reserva de ley a la reserva de la Constitución. Se pretende aplicar el juicio de ponderación en lugar de la subsunción; (*la subsunción es un método que tiene raigambres exegéticos y parte de la letra de la ley*); en tratándose de principios y valores, se considera que no debe ser el método subsuntivo, sino más bien la ponderación judicial.

Ferrajoli marca una clara diferencia entre Estado de Derecho y Estado constitucional.<sup>55</sup> Un Estado constitucional implica un Estado de Derecho, pero no todo Estado de Derecho implica necesariamente ser un Estado constitucional.

<sup>51</sup> Antonio-Enrique Pérez Luño, "Las transformaciones presentes del sistema de los Derechos Fundamentales", *op. cit.*, p. 426 y ss.

<sup>52</sup> Peter Häberle, *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, ed. a cargo de E. Mikunda, Tecnos, Madrid, 2002, p. 103.

<sup>53</sup> Cfr. Angelo Schillaci, "Derechos Fundamentales y Procedimiento entre libertad y seguridad", Augusto Aguilar Calahorra (trad.), *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 13, pp. 209-242, Universidad de Granada, Granada, 2010, p. 221 y ss.

<sup>54</sup> Luigi Ferrajoli, *Sobre los Derechos Fundamentales*, Miguel Carbonell (trad.), *Cuestiones Constitucionales*, núm. 15, julio-diciembre, 2006, p. 115.

<sup>55</sup> Véase Luigi Ferrajoli, "Pasado y futuro del Estado de Derecho", *Neoconstitucionalismos*, Madrid, Trotta, 2003, p. 96.



El Estado de Derecho quiere expresar el sometimiento del Estado a un conjunto de normas e instituciones jurídicas como principio de legalidad, división de poderes, seguridad jurídica, por otro lado, un Estado constitucional de Derecho tiende a ser más garantista, a conferir una gama de derechos fundamentales más amplia que el simple Estado de Derecho. En este último, las personas tienen una capacidad jurídica más limitada, pero también producen más restricciones de derechos o incapacidades que en el Estado constitucional de Derecho, que por vocación tiende a extender los derechos. En un Estado liberal de Derecho se corre el gran riesgo de encontrarnos ante inconstitucionalidades, pues al existir un desbordamiento legislativo, aumentan las posibilidades de normas jurídicas generales que contradigan el texto constitucional y, por lo mismo, existen más posibilidades de que se establezcan incapacidades a derechos fundamentales. En efecto, a partir de las ideas del neo-constitucionalismo, se reitera el principio de supremacía de la constitución, tendiente a controlar la constitucionalidad tanto de leyes como de actos; así, para los casos en que haya un desbordamiento legislativo (característica del Estado liberal legalista) se busca la omnipresencia constitucional<sup>56</sup> en todos los aspectos, no porque la constitución deba reglamentar y especificar todo sino, más bien, las reglas se emiten a partir de los principios contenidos en la constitución. Sintéticamente, puede decirse que de la Constitución hacia arriba están los principios, debajo de la Constitución aparecen las reglas, o inclusive, si en la Constitución hay reglas, estas deben ser las menos posibles.

Para Häberle, en el Estado constitucional democrático, los ciudadanos y las personas (su dignidad humana) son *la premisa antropológica y cultural*. Ellos mismos se dan la Constitución.<sup>57</sup> La Constitución de un Estado democrático, es una *obra abierta* con un carácter necesariamente falible y, por tanto, revisable. Las características básicas que resalta el jurista alemán son: 1. Considera a la Constitución como una obra abierta; 2. La ciudadanía forma una sociedad abierta de

<sup>56</sup> Véase Luis M. Cruz, *La Constitución como orden de Valores. Reflexiones en torno al neoconstitucionalismo*, *Dikaion*, núm. 18, 2009, p. 16.

<sup>57</sup> Peter Häberle, "El Estado constitucional europeo", *La constitucionalización de Europa*, 2004, p. 24.

intérpretes constitucionales; 3. Los derechos fundamentales son parte importante de la nueva cultura jurídica del Estado constitucional; 4. Los derechos fundamentales se cimientan en los derechos humanos tanto universales como los derechos ciudadanos nacionales; 5. El Estado queda sometido a la Constitución, por tanto, el Estado constitucional necesariamente comprende al Estado de Derecho, pero no a la inversa. La Constitución es un documento histórico vivo, es un proyecto de sociedad justa que señala las expectativas posibles de una comunidad política y que sus miembros mediante sus diferentes lecturas deben ir adaptando a los cambios sociales más allá del papel de meros destinatarios de las normas, los ciudadanos conforman la sociedad abierta de intérpretes constitucionales.<sup>58</sup>

Häberle hace también un cuestionamiento a la teoría general del Estado al considerar que la Constitución debe ser un elemento del Estado y no ha sido considerada en la tríada tradicional población, territorio y gobierno;<sup>59</sup> considera que tanto la Constitución como ordenamiento jurídico básico del Estado y la cultura deben ser consideradas también como elementos del Estado. El autor antes citado enfatiza la importancia de la dimensión cultural de la Constitución —nos habla incluso de un Derecho constitucional cultural—<sup>60</sup> que impide fluctuaciones arbitrarias de la norma, hace predecible y controlable el funcionamiento de las instituciones, reduce la tensión entre gobernantes y gobernados y refuerza el Estado de Derecho mediante un sistema espontáneo, general y duradero de adhesión a la norma.<sup>61</sup> La Constitución no es sólo un texto jurídico o una obra normativa, sino también expresión de una situación cultural, instrumento de

<sup>58</sup> La Constitución es cultura. Esto significa que no está hecha sólo de materiales jurídicos. La Constitución no es sólo un ordenamiento dirigido a los juristas y para que estos puedan interpretar las reglas antiguas y nuevas, sino que también sirve esencialmente como guía, para los no juristas, para los ciudadanos. *Ibidem.* p. 25, ideas similares pueden consultarse también en Aguilera Portales, *Teoría Política y Jurídica*, *op. cit.*, p. 98.

<sup>59</sup> Véase, Peter Häberle, "El Estado constitucional Europeo", *op. cit.*, p. 26.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>61</sup> Rafael Aguilera Portales, *Teoría Jurídica y Política*, *op. cit.*, p. 100.

autorrepresentación del pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas."<sup>62</sup>

Por su parte, Habermas describe el **tránsito** que se produce del Estado-nación hacia el Estado constitucional, como fenómeno que se origina a partir de la culminación de la Segunda Guerra Mundial, y podemos derivar que en este último modelo, se favorece por antonomasia el desarrollo de los derechos fundamentales y consecuentemente, de la capacidad de goce de los mismos; además, este nuevo modelo ha permitido también marcar nuevas perspectivas en las relaciones interestatales, que entre otras, favorecieron la conformación de la hoy Unión Europea, con lo que paulatinamente se ha ido consolidando la idea cada vez más clara, de un derecho que va más allá del derecho interno de los Estados, un derecho supranacional, y en esta tesitura, Habermas hace una interesante reflexión para justificar el por qué la Unión Europea requiere un marco constitucional.<sup>63</sup> Estima también que un Estado constitucional democrático de Derecho no es una construcción culminada, sino que es una edificación permanentemente abierta a renovar, ampliar y actualizar las normas jurídicas a nuevas circunstancias, señala que "el Estado democrático de Derecho aparece en su conjunto no como una construcción acabada, sino como una empresa accidentada, irri- tante, encaminada a establecer o conservar, renovar o ampliar un ordenamiento jurídico legítimo en circunstancias cambiantes",<sup>64</sup> por tanto, no tiene un catálogo agotado de derechos fundamentales, más bien, tiende a ampliarlo (*derecho al medio ambiente, a la calidad de vida, a la información, derechos de consumidores, derechos culturales*), y con ello, el reconocimiento de nuevas capacidades de goce de derechos fundamentales.

<sup>62</sup> Peter Häberle, "El Estado constitucional europeo", *op. cit.*, p. 25.

<sup>63</sup> Jürgen Habermas, "¿Por qué la Unión Europea necesita un marco constitucional?" *La constitucionalización de Europa*, IJ-UNAM, México, 2004, pp. 52 y ss.

<sup>64</sup> Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, p. 203.

### 6.1. Los valores, los principios y las reglas

En el Estado de Derecho el Derecho se concibe a partir de las leyes, las normas jurídicas, sin embargo, no todos los preceptos son normas jurídicas. "El derecho se conforma por normas jurídicas; pero admitiendo el que no todos los preceptos normen y por ende alguno se traduzcan en principios, valores (más que normas), o reglas".<sup>65</sup> En el Estado constitucional y democrático de Derecho, el Derecho no se concibe a partir de las leyes (reglas), sino de manera primaria se entiende en función de la Constitución de la cual se derivan los principios y los valores constitucionales, que se encuentran situados por encima de las reglas; en éste, se estima que los valores se concretan en principios, y estos en normas o reglas. La concepción de categorías distintas a las normas jurídicas o reglas, ha valido para diferenciar el otrora llamado *Estado de Derecho*, entre dos modelos de Estado que Ferrajoli ha denominado *Estado legalista* o sencillamente *Estado de Derecho*, y el *Estado constitucional de Derecho*.<sup>66</sup>

Dworkin propone un ataque general contra el positivismo. Su idea parte del concepto de "obligación" y "derecho", conceptos que el iuspositivismo ha hecho derivar exclusivamente de las normas jurídicas y, generalmente, sin cuestionar la validez material de las mismas. El iuspositivismo rinde un exagerado culto a la ley. En los casos difíciles los juristas echan mano de estándares que no funcionan como normas, sino como principios o directrices políticas. "El derecho positivo —afirma Dworkin— es un modelo de y para un sistema de normas, su única fuente es la legislativa, lo que nos obliga a pasar por alto otros estándares que no son normas".<sup>67</sup>

Además de las normas, de acuerdo con Dworkin existen también otras dimensiones o estándares que son de fundamental importancia para poder resolver

<sup>65</sup> Gustavo De Silva Gutierrez, "La norma válida. Análisis sobre la validez de las normas jurídicas", *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 253, 2010, Tomo LX, IJ-UNAM, México, 2010, p. 129.

<sup>66</sup> Luigi Ferrajoli, "Pasado y futuro del Estado de Derecho", *op. cit.*, p. 96.

<sup>67</sup> Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Marta Guastavino (trad.), Barcelona, Ariel, 1984, p. 72.

una problemática jurídica, refiriéndose con esto a los principios y directrices políticas.<sup>68</sup> Los principios también conforman al Derecho y están por encima de las normas de tal suerte que aquellas normas aunque formalmente válidas por haber sido creadas a través de los procesos de creación de normas jurídicas y por las entidades competentes para ello, pueden ser materialmente inválidas si contravienen a aquellos principios fundamentales, lo que resulta ser un argumento válido del que puede recurrir el juzgador al momento de dictar su fallo. En suma, Dworkin revela que el Derecho no está conformado por solo reglas o normas jurídicas, sino también se constituye con principios,<sup>69</sup> de lo que advertimos que los expone y explica como categorías jurídicas distintas. Dworkin estima también que los principios y los valores están contenidos en las constituciones, y las reglas en la legislación secundaria.<sup>70</sup>

Como lo afirma Parra Aranguren, las tendencias actuales del Derecho constitucional en el neo-constitucionalismo latinoamericano, también confirman esta realidad: "El análisis interpretativo de la Constitución y el ordenamiento jurídico conducen a una interpretación constitucional —que no interpretación de la Constitución— en virtud de la cual se determina el alcance de la norma jurídica a partir de los principios y valores constitucionales, incluso más allá del texto positivo de ésta".<sup>71</sup> Al respecto, en el Estado mexicano, cabe reconocer que aún con las reformas constitucionales de 2008 y 2011, la transición del legalismo (*todavía muy arraigado*) al constitucionalismo es incipiente.

## 6.2. La dignidad humana como valor y principio del Estado constitucional

La existencia del Estado, entidad creada por los hombres cuya teleología es la búsqueda del bienestar común, debe girar también en torno a las personas y su

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 63 y 66.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 81.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 80.

<sup>71</sup> Fernando Parra Aranguren, *Tendencias actuales del derecho constitucional, homenaje a Jesús María Casal Montbrun*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2007, p. 355.

dignidad, por lo que esta última debe ser su límite.<sup>72</sup> En efecto, Giancarlo Rolla considera correctamente que la propia estructura del Estado constitucional, nacido como poder limitado que quiere tutelar las libertades de los individuos frente al ejercicio arbitrario del poder, gira alrededor del valor de la persona humana.<sup>73</sup> El Estado constitucional de Derecho lo es en gran medida gracias a los derechos fundamentales y estos tienen su fundamento en la dignidad de la persona humana.<sup>74</sup> La dignidad aparece pues como concepto clave que está en la cúspide del sistema normativo de un Estado. Las normas relativas a la dignidad humana y sus derechos, están por encima de toda norma estatal o internacional. Como bien sostiene Aguilar Cavallo, "en el orden estatal, todas las normas existentes en el ordenamiento, incluso aquellas emanadas del Poder Constituyente, determinan su validez con base en su adecuación y conformidad con los derechos emanados de la dignidad humana".<sup>75</sup> También lo aprecia así Carpizo quien considera que la dignidad humana "está por encima de cuestiones positivistas y, debido a ella nadie puede legítimamente impedir a otro el goce de sus derechos".<sup>76</sup>

Por nuestra arte, consideramos seriamente que en un Estado Constitucional de Derecho, el reconocimiento y respeto a la dignidad humana como valor jurídico viene a legitimar tanto al Estado que la reconoce y respeta, como al ordenamiento del que procede; sin ellos, carecen de sentido; por ello, la dignidad es consi-

<sup>72</sup> La cláusula de dignidad de la persona es para la "cultura de la libertad" punto de referencia, parámetro y valor orientador. Desde una perspectiva jurídico-subjetiva, apunta al individuo dotado de dignidad como persona intelectual y moral por cuya voluntad se crea una comunidad política como "espacio de libertad, seguridad y justicia". Markus Kotsur, "Los Derechos Fundamentales en Europa", Cristina Elias Méndez (trad.), *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 6, núm. 12 julio-diciembre 2009, p. 98.

<sup>73</sup> Giancarlo Rolla, *op. cit.*, p. 57.

<sup>74</sup> Máximo Pacheco G., "Los derechos fundamentales de la Persona Humana", *Estudios Básicos de Derechos Humanos Tomo II*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1995, p. 69. También Larry Andrade escribe: "Podemos afirmar que el primer fundamento natural del Derecho es la misma persona y su dignidad." Larry Andrade Abularach, "Reflexiones sobre el fundamento de los derechos Humanos", *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio, Tomo IV*, Derechos Constitucionales y Tutela Constitucional, IJ-UNAM, México, 2008, p. 66.

<sup>75</sup> Gonzálo Aguilar Cavallo, "Derechos fundamentales-Derechos humanos. ¿Una distinción válida en el siglo XXI?", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 127, 2010, p. 16.

<sup>76</sup> Jorge Carpizo, *op. cit.*, p. 4.

derada como un principio constitucional integrador "que vincula a las autoridades en un mandato de acción para promoverla".<sup>77</sup>

La teoría principalista de Robert Alexy ha establecido como principios fundadores de los derechos fundamentales a los de dignidad humana, el de igualdad, el de libertad entre otros. Respecto al primero de los mencionados, la dignidad humana, siendo originalmente un valor moral, tras su consagración con carácter de mandato constitucional, se ha transformado en un **valor jurídico** y en una norma de Derecho positivo que da sustento a todos los derechos y deberes que permiten al ser humano "llegar a ser persona y seguir siéndolo".<sup>78</sup> Debemos tener a la dignidad humana como valor jurídico fundamental y como principio constitucional preferente.

El reconocimiento de todos los derechos de las personas parten de su dignidad, empero, Jorge Carpizo considera que para no caer en un individualismo excluyente, el contexto colectivo es el que debe orientar y dar sentido a esa dignidad, por ello no debe ser adversa a la sociedad.<sup>79</sup> En esta dirección, Giancarlo Rolla estima que la persona no se puede sustraer de su naturaleza colectiva e histórica, y entonces, como dimensión derivada de la dignidad de cada ser humano, también debe tenerse a la protección de la identidad cultural de una sociedad, como un rasgo primario del derecho a la identidad de cada individuo.<sup>80</sup>

A partir de la dignidad humana, tanto como valor moral y jurídico, se ha reconocido el derecho a la vida del ser humano como la condición indispensable para poder acceder a los demás derechos fundamentales, de tal modo que, incluso (y es debatible) desde la concepción del ser humano, el Estado ha buscado su protección, salvaguardando la vida del nasciturus; también por ella es que se ha

<sup>77</sup> Juan Carlos Lancho-Gómez, "Del Estado Liberal al Estado constitucional. Implicaciones en la comprensión de la dignidad humana", *Dikaion*, núm. 18, 2009, p. 262.

<sup>78</sup> Peter Häberle, *El Estado constitucional*, Héctor Fix Fierro (trad.), UNAM, México, 2001, pp. 170 y ss.

<sup>79</sup> Jorge Carpizo, *op. cit.*, p. 7.

<sup>80</sup> *Cfr.*, Giancarlo Rolla, *op. cit.*, p. 100.

abolido la esclavitud de manera absoluta, de modo que bajo ningún concepto se puede permitir la esclavitud.

Desde el plano jurisdiccional, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido que la dignidad humana funge como un principio jurídico que permea en todo el ordenamiento jurídico explicando que la dignidad humana "no se identifica ni se confunde con un precepto meramente moral, sino que se proyecta en nuestro ordenamiento como un bien jurídico circunstancial al ser humano, merecedor de la más amplia protección jurídica".<sup>81</sup>

## 7. Los derechos fundamentales

El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales van de la mano. Sin estos, el primero no se hubiera desarrollado de tal manera y, difícilmente, tendrían el alcance que en el momento actual tienen estos derechos. El único fundamento que tienen los derechos fundamentales, es la propia dignidad de la persona, que actúa como principio superior que ningún ordenamiento puede desconocer. Francisco Fernández Segado explica que "los derechos fundamentales son inherentes a la dignidad del ser humano y, por lo mismo, se fundan en ella y, a la par, operan como el fundamento último de toda comunidad humana, pues sin su reconocimiento quedaría conculcado ese valor supremo de la dignidad de la persona en el que ha de encontrar su sustento toda comunidad humana civilizada. [...] el Derecho de cada persona al libre desenvolvimiento de su personalidad, en tanto no vulnere los derechos de otro y no atente al orden constitucional o moral".<sup>82</sup>

Es oportuno determinar lo que en la ciencia jurídica se identifica con la expresión *derechos fundamentales* que, aunque en el discurso jurídico no es una

<sup>81</sup> Jurisprudencia constitucional, tesis: 1a./J. 37/2016 (10a.) Citada a la voz de: "Dignidad humana constituye una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de las personas y no una simple declaración ética".

<sup>82</sup> Francisco Fernández Segado, *Estudios Jurídico-Constitucionales*, IIJ-UNAM, Serie Doctrina Jurídica, núm. 63, 2003, p. 8.



expresión nueva, pues ya lo reconocía Legaz y Lacambra<sup>83</sup> como un Derecho de la personalidad jurídica, el significado que en hoy en día se le da a estos derechos tiene alcances y características muy precisas. A este respecto, Aguilar Cavallo atribuye el empleo de dicho término a los autores de Derecho constitucional; sobre todo, por influencia de la experiencia alemana.<sup>84</sup> Por consiguiente, hay una inseparabilidad entre los derechos fundamentales y la Constitución.

El concepto *derechos fundamentales* va de la mano de la teoría constitucional contemporánea; este neoconstitucionalismo que lo sustenta es considerado como una especie de positivismo constitucional no meramente formal, sino también material; en este contexto se desarrollan los derechos fundamentales, dato importante para poder entender su verdadero alcance; precisa Alejandro Herrera<sup>85</sup> que estamos pues ante un nuevo positivismo calificado como positivismo *blando*, positivismo *débil*, positivismo *supra-legal* o positivismo *constitucional*.

Conforme al *Diccionario de la Real Academia Española*<sup>86</sup> el vocablo 'fundamental' es un adjetivo que califica a los entes, su significado es: "que sirve de fundamento o es principal en algo". En su acepción particular, los derechos fundamentales son los que, por ser inherentes a la dignidad humana y por resultar necesarios para el libre desarrollo de la personalidad, suelen ser recogidos por las constituciones modernas asignándoles un valor jurídico superior. En el ámbito internacional suelen identificarse los derechos humanos con los derechos fundamentales. Según lo anterior, los derechos fundamentales son aquellos que sirven de fundamento de otros derechos secundarios; son los derechos esenciales que no pueden sino tener las personas, son los derechos más importantes.

Riccardo Guastini<sup>87</sup> considera que son derechos fundamentales en función de que no requieren de un fundamento positivo, sino que más bien son derechos

<sup>83</sup> "...la persona humana posee también una dimensión social, en la que tienen su ámbito las realidades jurídico normativas, a las que pertenece la personalidad jurídica; por eso es también un *derecho fundamental* del hombre el ser reconocido como personalidad jurídica." Luis Legaz y Lacambra, *op. cit.*, p. 44.

<sup>84</sup> Gonzalo Aguilar Cavallo, *op. cit.*, p. 20.

<sup>85</sup> Daniel Alejandro Herrera, *op. cit.*, p. 358.

<sup>86</sup> Real Academia Española, *op. cit.*, pp. 1109 y 752.

<sup>87</sup> Riccardo Guastini, *Estudios de Teoría Constitucional*, Miguel Carbonell (trad.), UNAM-IJ, México, 2001, p. 222.

morales o naturales, por ser estos preexistentes al reconocimiento positivo, y además, son inviolables. En este mismo sentido Carpizo menciona que son preexistentes al reconocimiento estatal al estimar que el Estado no otorga esos derechos, sino que simplemente los reconoce, y al ser derechos humanos que gozan de ese reconocimiento constitucional, se convierten en derechos fundamentales.<sup>88</sup> A su vez Rafael Sarazá Jimena<sup>89</sup> agrega que su aplicación es directa y se da a partir del texto constitucional.

En síntesis, de las anteriores ideas pueden derivarse los siguientes elementos comunes: los derechos fundamentales son los derechos más importantes o esenciales que no pueden sino tener las personas ya que son inherentes a la dignidad humana y son indispensables para el libre desarrollo de la personalidad, y por tanto, son derechos preexistentes a la aprobación estatal y, además, gozan del reconocimiento y protección constitucional, admitiendo una actuación directa de la Constitución a través de procesos y órganos. Los derechos fundamentales, según Markus Kotsur, se posicionan desde la Constitución como principios del ordenamiento de un Estado.<sup>90</sup> Las constituciones de Estados legalistas o de simples Estados de Derecho podrán prescindir de un catálogo de derechos fundamentales, empero, las constituciones que corresponden al Estado constitucional democrático de Derecho, simplemente no se podrían concebir sin los derechos fundamentales, ya que, como lo señala Javier Acuña: "la Constitución democrática es aquella que organiza al Estado en función de los Derechos Fundamentales de la población..."<sup>91</sup> Por consiguiente, en los Estados constitucionales de Derecho, la vida del Estado gira en torno a su Constitución y el reconocimiento de los derechos fundamentales en la misma es un elemento esencial de esta.

<sup>88</sup> Jorge Carpizo, *op. cit.*, p. 4.

<sup>89</sup> Rafael Sarazá Jimena, *Jueces, derechos fundamentales y relación entre particulares*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2006, p. 861.

<sup>90</sup> Markus Kotsur, "Los Derechos Fundamentales en Europa", Cristina Elias Méndez (trad.), *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 6, núm. 12 julio-diciembre de 2009, p. 83.

<sup>91</sup> Francisco Javier Acuña Llamas, "El contenido esencial de las normas referentes a derechos humanos en la Constitución mexicana. Consideraciones en torno a las limitaciones para asegurar su debido respeto y protección", *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, núm. 96, 2002, p. 38.

Sobre el concepto, Luigi Ferrajoli ha expresado que:

Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos dotados de status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar, entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicios de estas.<sup>92</sup>

Para Antonio-Enrique Pérez Luño, los derechos fundamentales son derechos humanos positivizados y señala que: "son aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normatividad constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada."<sup>93</sup> Jorge Carpizo considera que los derechos fundamentales "son aquellos que están recogidos en el texto constitucional y en los tratados internacionales, son los derechos humanos constitucionalizados."<sup>94</sup> Riccardo Guastini considera que los "derechos fundamentales" son los derechos constitucionales de los particulares ante el Estado. Establece además dos criterios para determinar dicho carácter; el carácter formal y el material, señala "Son formalmente constitucionales aquellos derechos consagrados por una constitución escrita. Son materialmente constitucionales aquellos derechos que no han sido establecidos en un documento constitucional, pero que se refieren a las relaciones entre el Estado y los ciudadanos y que, por ese mismo motivo, inciden sobre la organización de los poderes públicos."<sup>95</sup> Humberto Nogueira Alcalá sostiene lo siguiente: "El concepto de derechos fundamentales o derechos constitucionales se reserva generalmente a los derechos de la persona, que se encuentran reconocidos por el ordenamiento jurídico de un Estado en la carta fundamental".<sup>96</sup> Miguel Carbonell considera que desde el punto de vista eminentemente jurídico son derechos

<sup>92</sup> Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los Derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2005, p. 19.

<sup>93</sup> Antonio-Enrique Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 46.

<sup>94</sup> Jorge Carpizo, *op. cit.*, p. 14.

<sup>95</sup> Riccardo Guastini, *op. cit.*, p. 222.

<sup>96</sup> Humberto Nogueira Alcalá, *op. cit.*, p. 1.

fundamentales "aquellos que están consagrados en la Constitución, es decir, en el texto que se considera supremo dentro de un sistema jurídico determinado y porque el propio texto constitucional los dota de un estatuto jurídico privilegiado".<sup>97</sup>

De los anteriores conceptos derivamos las siguientes características: a) Son derechos subjetivos; b) corresponden universalmente a la persona capaz; c) están reconocidos en el texto supremo de un estado (una Constitución escrita) o en un Tratado; d) gozan de una tutela reforzada; e) están dotados de un estatuto jurídico privilegiado; f) se comprenden también aquellos derechos no reconocidos en un documento constitucional, pero que impliquen una relación entre Estado y los ciudadanos.

Tomando en consideración las características señaladas podemos concluir que, los derechos fundamentales son los derechos subjetivos que corresponden universalmente a las personas capaces, que gozan de un estatuto jurídico privilegiado por ser reconocidos y garantizados por el texto supremo de un Estado o en un Tratado, con una tutela reforzada; comprendiéndose también, aquellos derechos que aunque no positivizados constitucionalmente, impliquen una relación Estado-gobernado. Los derechos fundamentales, no sólo deben estar circunscritos a las disposiciones normativas de un Estado, sino que van más allá pues en virtud de los tratados se amplía el horizonte de los mismos, además del reconocimiento implícito que subyace de los principios y valores constitucionales que a través de la interpretación se derivan.

### 7.1. Interpretación de los derechos fundamentales

La doctrina tradicional se ha pronunciado sobre lo inderogables e intocables que son tales derechos. Con el nuevo paradigma, la Constitución aparece como

<sup>97</sup> Miguel Carbonell, *Los Derechos Fundamentales en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM-IIJ, México, 2004, p. 2.

criterio hermenéutico para el resto de las normas, es decir, las demás normas se interpretan conforme a la Constitución.

El neoconstitucionalismo pretende romper con los métodos de interpretación tradicionales que ha impuesto el positivismo jurídico formal; ahora con el nuevo modelo, se pretende que la interpretación constitucional se efectúe conforme a valores y principios que emanan de ella misma, teniendo como principio fundamental el de la dignidad humana y a los principios de igualdad, libertad, seguridad jurídica, buscando la convergencia de la validez formal e intrínseca o material de las normas.

Los derechos fundamentales si bien es cierto, son establecidos en el texto constitucional, también lo es que pueden ser encontrados y se van descubriendo con base en métodos de interpretación jurídica abiertos como la extensiva, sistemática, teleológica, por lo que gracias a estos métodos se irán reconociendo nuevos alcances de los derechos fundamentales. Lo anterior implica que la capacidad jurídica va teniendo nuevos matices acordes a los alcances de estos últimos.

La interpretación conforme implica que, en tratándose de los derechos fundamentales, la interpretación debe ser conforme a la Constitución, los tratados y los principios y valores que de ellos subyacen.

## **7.2. La capacidad jurídica como derecho fundamental de las personas**

Por el principio de dignidad humana es que el ser humano es persona, el ente al que se le atribuyen los derechos fundamentales, quien necesariamente, por el hecho de ser persona, debe tener capacidad jurídica, considerado así por el ordenamiento jurídico como ente apto, como ente idóneo para ser titular de derechos y/o poder ejercerlos. Si consideramos que la capacidad es un atributo de las personas y se considera como la aptitud, idoneidad o cualidad de un ente para ser titular de derechos y obligaciones, pudiéramos en apariencia concluir que

no es un Derecho, pero, cuando la capacidad de goce es reconocida por la propia Constitución, aparece esta última como un Derecho a tener derechos fundamentales. Luego, con base en lo señalado arriba, podemos preguntarnos: ¿puede ser considerada a la capacidad de goce como un derecho fundamental?

Hay quienes estiman que la capacidad no es un derecho fundamental, sino un atributo de la persona que le permite tener derechos no fundamentales y derechos fundamentales. Así, Eduardo García Villegas considera que la capacidad no es un Derecho, sino presupuesto de derechos, por tanto, cualidad jurídica.<sup>98</sup> En cambio, otros estiman que la capacidad se puede entender también como el Derecho para tener derechos fundamentales, así lo refiere gráficamente Pedro Cruz Villalón: "es el derecho de los derechos fundamentales."<sup>99</sup> De igual forma, Máximo Pacheco considera que "existe un derecho absolutamente fundamental para el hombre, base y condición de todos los demás: el ser reconocido siempre como persona humana."<sup>100</sup> Aseveración que implica a la capacidad de goce, ya que todo ser humano aspira a ser reconocido en todo orden constitucional como persona, y por ende, al ser reconocido como persona se considera idóneo para tener derechos fundamentales. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación robustece esta última apreciación al declarar que la dignidad humana es "una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de la persona",<sup>101</sup> constituyéndose entonces en un derecho del que todo ser humano goza, pues absolutamente todo ser humano tiene dignidad.

En este orden de ideas, toda Constitución de un Estado constitucional y democrático de Derecho, debe partir del reconocimiento de la capacidad de goce de

<sup>98</sup> La capacidad de goce como la de ejercicio, no son derechos, sino presupuestos de derechos, o de su ejercicio, constituyen lo que se ha llamado, cualidades jurídicas. Eduardo García Villegas, *op. cit.*, p. 26.

<sup>99</sup> Pedro Cruz Villalón, "Formación y evolución de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, Madrid, 1989, p. 62.

<sup>100</sup> Máximo Pacheco G., *op. cit.*, p. 68.

<sup>101</sup> Jurisprudencia constitucional de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; tesis: 1a./J. 37/2016 (10a.) consultable en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 33, Agosto de 2016, Tomo II, página 633, de aplicación obligatoria a partir del lunes 29 de agosto de 2016, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

derechos fundamentales; así lo hace por ejemplo el apartado 2 del artículo 3o. de la Ley Fundamental de Alemania que atribuye el goce de derechos tanto para el hombre como para la mujer. Lo mismo que la Constitución mexicana en el artículo 1o. de manera expresa lo señala cuando reconoce que toda persona gozará de los derechos humanos reconocidos tanto en la propia Constitución, como en los tratados que en materia de derechos humanos hayan sido y los que sean celebrados y ratificados por el Estado mexicano.

En lo que respecta a la dignidad humana como uno de los valores que deben tutelarse en el neoconstitucionalismo aparece consagrada expresamente en varias disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el artículo 1o. *in fine*, prohíbe todo tipo de actos que atente contra la dignidad de la persona; el inciso A) fracción II del artículo 2o.; del mismo ordenamiento, el inciso C) de la fracción II del artículo 3o. refiere a la dignidad de la persona como uno de los criterios orientadores de la educación; el artículo 25o. bajo el concepto de dignidad del individuo como aspecto que debe garantizar el Estado en la rectoría del desarrollo nacional; el artículo 123 que refiere al trabajo digno como derecho de toda persona. Pero, también puede derivarse implícitamente de otras normas constitucionales. En síntesis, en el ordenamiento jurídico mexicano se consagran principios y valores; en especial, el valor de la dignidad humana y también, da reglas precisas en cuanto a la capacidad, por ello derivamos que, tanto para la nueva corriente iusfilosófica del neoconstitucionalismo, como en la propia Constitución mexicana, la capacidad jurídica además de atributo de las personas, también es un derecho fundamental.

## 8. Conclusiones

A partir de la dignidad humana se deriva la capacidad jurídica como atributo de la persona y como el reconocimiento constitucional que se hace para el goce de derechos fundamentales. La dignidad humana, bajo el paradigma del neoconstitucionalismo es tomada como valor y como principio, que conforma el núcleo duro de los derechos humanos, por ello debe tenerse como la premisa y fundamento de la capacidad jurídica y de los derechos humanos. Su importancia en

la concepción actual de los derechos fundamentales radica en que de ella derivan los derechos fundamentales; del valor de la dignidad humana devienen los principios de igualdad, de libertad, de seguridad, entre otros.

En el Estado constitucional de Derecho se estima que los métodos tradicionales del legalismo-normativo positivista son limitados para establecer capacidades jurídicas; con la interpretación restrictiva derivada de los mismos, se tiende a limitar la concepción y alcances de derechos y de capacidades jurídicas, limitando en esa medida, la tutela de los derechos fundamentales. En el nuevo paradigma, se tiene una visión amplia de la Constitución. La argumentación e interpretación no son meramente exegéticas, la interpretación extensiva es la adecuada en tratándose de derechos fundamentales, por ello, se va más allá de la letra, al tener en cuenta a los principios y valores implícitos en las normas fundamentales, inspirados en la dignidad humana, descubriéndose así nuevos derechos fundamentales, aumentando por ende la capacidad jurídica de las personas.

La capacidad jurídica juega un papel importante, ya que si su fin es cualificar al ente para atribuirle derechos; por ella se individualiza y se justifica a la persona como sujeto de derechos; sin ella no existiría la persona; igualmente, los derechos fundamentales como derechos esenciales de las personas por basarse en su dignidad y ser indispensables para el libre desarrollo de la personalidad, determinan preponderantemente a la capacidad jurídica. A través de los derechos fundamentales se puede justificar y concretar esa capacidad y, concomitantemente con la capacidad jurídica, desde el plano jurídico se justifica la existencia de la persona, el sujeto a quien el ordenamiento jurídico atribuye derechos fundamentales, es considerado, apto para la titularidad de ellos y con capacidad de goce de los mismos, pues sería absurdo pensar en un ente como persona si no se le reconocen derechos.

Desde el plano ideológico, además de ser una cualidad sita en el mundo de las esencias, nada obsta, desde el punto de vista racional, sea considerada también como un derecho reconocido por el ordenamiento fundamental de un Estado, para gozar de derechos fundamentales; la capacidad jurídica en el neo-consti-



tucionalismo, es tenida también como el derecho consubstancial al ser humano para tener derechos fundamentales; así, la capacidad por reconocimiento expreso: "el derecho de los derechos fundamentales", también es un derecho fundamental.

En suma, si en el actual Estado constitucional de Derecho para la interpretación y resolución de problemas, además del criterio legalista-normativo positivista, se considera también a la dignidad de la persona como premisa de la capacidad jurídica, es evidente que se tendrá una tutela extensiva de la misma y, al mismo tiempo, de los derechos fundamentales de las personas.

### Fuentes

ACUÑA LLAMAS, Francisco Javier, "El contenido esencial de las normas referentes a derechos humanos en la Constitución mexicana. Consideraciones en torno a las limitaciones para asegurar su debido respeto y protección", *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Serie Doctrina Jurídica, núm. 96, 2002, pp. 29-57.

ADAME GODDARD, Jorge, "Los Derechos Fundamentales de la Persona Humana", *Estudios Jurídicos en Homenaje a Don Santiago Barajas Montes de Oca*, Estudios Doctrinales, núm. 179, 1995.

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, "Derechos fundamentales-Derechos humanos. ¿Una distinción válida en el siglo XXI?", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 127, 2010, pp. 15-71.

AGUILERA PORTALES, Rafael, et al., *Neoconstitucionalismo, Democracia y Derechos Fundamentales*, México, Editorial Porrúa, 2010.

AGUILERA PORTALES, Rafael, *Teoría Política y Jurídica, Problemas actuales*, Porrúa, México, 2008.

- ALTERINI, Atilio Anibal, *Contratos Civiles y Comerciales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999.
- ANDRADE ABULARACH, Larry, "Reflexiones sobre el fundamento de los derechos Humanos", *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio, Tomo IV*, Derechos Constitucionales y Tutela Constitucional, 2008, pp. 57-78.
- BORDA, Guillermo A., *Manual de Derecho Civil Parte General*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1996.
- CARBONELL, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México*, UNAM-IIJ, México, 2004.
- \_\_\_\_\_, *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2009.
- CARPISO, Jorge, "Los Derechos Humanos: Naturaleza, Denominación y características", *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 25, 2011, pp. 3-29.
- CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel F., "Capacidad", *Revista de Derecho Privado, Número 7, Sección Doctrina*, 1992, pp. 39-50.
- CRUZ COVARRUBIAS, Armando Enrique, "Cómo hacer un protocolo o proyecto de investigación jurídica?", *Revista De Jure*, núm. III-1, noviembre 2008, pp. 65-87.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, "Formación y evolución de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, Madrid, 1989.
- CRUZ, Luis, M., *La Constitución como orden de Valores. Reflexiones en torno al neo-constitucionalismo*, *Dikaion*, núm. 18, 2009, pp. 11-31.

DE SILVA GUTIERREZ, Gustavo, "La norma válida. Análisis sobre la validez de las normas jurídicas", *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 253, Tomo LX, 2010, pp. 117-132.

DELGADO DE CANTÚ, Gloria M., *El mundo moderno y contemporáneo I. De la edad moderna al siglo imperialista*, Pearson Educación, México, 2005.

\_\_\_\_\_, *Historia de México*, Vol. I, Pearson Educación, México, 2002.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Marta Guastavino (trad.), Barcelona, Ariel, 1984.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *Estudios Jurídico-Constitucionales*, IIJ-UNAM, Serie Doctrina Jurídica, núm. 63, 2003.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, "Visión tridimensional de la persona jurídica", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 89, 2010, pp. 501- 509.

FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los Derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2005.

\_\_\_\_\_, *Sobre los Derechos Fundamentales*, Miguel Carbonell (trad.), *Cuestiones Constitucionales*, núm. 15, julio-diciembre 2006.

\_\_\_\_\_, "Pasado y futuro del Estado de Derecho", *Neoconstitucionalismos*, Trotta, Madrid, 2003.

FLORES GARCÍA, Fernando, "Algunas Consideraciones sobre la persona jurídica", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 25, Sección Doctrina, 1957, pp. 239-300.

- GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho Civil. Primer Curso, parte General. Personas y Familia*, Porrúa, México, 1987.
- GARCÍA VILLEGAS, Eduardo, *La tutela de la propia incapacidad*, UNAM-IIJ, México, 2007.
- GONZÁLEZ RUIZ, Samuel Antonio, "Capacidad", *Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo II*, C-Ch, UNAM-IIJ, Porrúa, México, 2001.
- GUASTINI, Riccardo, *Estudios de Teoría Constitucional*, Miguel Carbonell (trad.), IIJ-UNAM, México, 2001.
- HÄBERLE, Peter, *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, ed. Mikunda, Tecnos, Madrid, 2002.
- \_\_\_\_\_, "El Estado Constitucional Europeo", CARBONELL, Miguel y Pedro SALAZAR (eds.), *La constitucionalización de Europa*, UNAM-IIJ, México, 2004, pp. 23-43.
- \_\_\_\_\_, *El Estado Constitucional*, Héctor Fix Fierro (trad.), UNAM, México, 2001.
- HABERMAS, Jurgen, *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998.
- \_\_\_\_\_, "¿Por qué la Unión Europea necesita un marco constitucional?", CARBONELL, Miguel y Pedro SALAZAR (eds.), *La constitucionalización de Europa*, UNAM-IIJ, México, 2004, pp. 45-73.
- HERRERA, Daniel Alejandro, "Falacias y verdades en las justificaciones actuales de los derechos fundamentales", *Dikaion*, año 24, vol. 19, núm. 2, diciembre 2010.

KOTSUR, Markus, "Los Derechos Fundamentales en Europa", Cristina Elias Méndez (trad.), *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 6, núm. 12 julio-diciembre de 2009, pp. 73-100.

LANCHEROS-GÁMEZ, Juan Carlos, "Del Estado Liberal al Estado Constitucional. Implicaciones en la comprensión de la dignidad humana", *Dikaion*, núm. 18, 2009, pp. 247-267.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, "La noción jurídica de la persona humana y los derechos del hombre", *Revista de Estudios Políticos*, num. 55, 1951, pp.

Ley Fundamental de la República Federal de Alemania del 23 de mayo de 1949, Editado por Deustcher Bundestag, (Bundestag Alemán), Traducida al español por Prof. Dr. Karl-Peter Sommermann y Prof. Dr. Ricardo García Macho, Bonn, 2006.

LIAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil Parte General*, Tomo I, Nociones Fundamentales, Personas, Perrot, Buenos Aires, 1960.

MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo II, *Atributos de la Personalidad*, Porrúa, México, 1987.

MARTÍNEZ MONTIEL, Luz María, *Inmigración y Diversidad Cultural en México*, UNAM, México, 2005.

MONTERO DUHALT, Sara, "La incapacidad", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 63-64, Sección Doctrina, 1966, pp. 827-845.

NINO, Carlos Santiago, *Introducción al Análisis del Derecho*, Colección Mayor Filosofía y Derecho, Astrea, Buenos Aires, 2003.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, núm. 156, 2003, UNAM, México.

PACHECO G., Máximo, "Los derechos fundamentales de la Persona Humana", *Estudios Básicos de Derechos Humanos Tomo II*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1995.

PARRRA ARANGUREN, Fernando, *Tendencias actuales del derecho constitucional, homenaje a Jesús María Casal Montbrun*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2007.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Derechos Fundamentales*, Latino Universitaria, Madrid, 1980.

PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., "Comentarios de los artículos 103 a 125", en *Código Civil Comentado, Doctrina, Jurisprudencia, Bibliografía*, vol. 1, *Títulos Preliminares y Personas*, Rivera, Julio César, Dir. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Los Derechos Fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2004.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, "Las transformaciones presentes del sistema de los Derechos Fundamentales", *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio, Tomo IV, Derechos Constitucionales y Tutela Constitucional, UNAM-IIJ, México, 2008, pp. 421-442.

PINA, Rafael de, *Derecho Civil Mexicano*, vol. I, Introducción, personas, familia, Porrúa, México, 1989.

- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, ESPASA, Madrid, 2001.
- RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil*, Parte general, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Introducción a la Teoría General del Derecho y del Estado*, t. 1, El Nacional, México, 1941.
- ROLLA, Giancarlo, *Derechos Fundamentales, Estado Democrático y Justicia Constitucional*, Ortega Santiago, Carlos (trad.), UNAM-IIJ, México, 2002.
- RUGGIERO, Roberto De, *Instituciones de Derecho Civil*, vol. I, Introducción y Parte General. Derecho de las personas, Derechos Reales y Posesión, Traducido por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro, REUS, Madrid, 1929.
- SARAZÁ JIMENA, Rafael, *Jueces, derechos fundamentales y relación entre particulares*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2006.
- SCHILLACI, Angelo, "Derechos Fundamentales y Procedimiento entre libertad y seguridad", Aguilar Calahorro, Augusto (trad.), *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 13, pp. 209-242, Universidad de Granada, Granada, 2010.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, "Persona", *Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas*, t. VII, P-Reo, UNAM, México, 1984.
- WITKER, Jorge *et al.*, *Metodología Jurídica*, UNAM/Mc-GRAW-HILL, México, 1997.





# Reflexiones sobre el derecho a la autonomía de los pueblos indígenas en el Estado constitucional de Derecho

José Jesús  
Soriano Flores\*  
Celia América  
Nieto del Valle\*\*  
Claudia Alejandra  
Verduzco Moreno\*\*\*

## 1. Apunte introductorio

Uno de los aspectos más destacados del tránsito del Estado de Derecho al Estado constitucional de Derecho atraviesa precisamente la hermenéutica constitucional. El desarrollo histórico del Derecho constitucional, aparejado a su vez por los fenómenos políticos que mutaron al mismo, impacta claramente en la labor del intérprete que es "completamente distinto en un sistema jurídico como el liberal, basado en sus orígenes en la pretensión de reducir a la nada la

\* Doctor en Derecho. Profesor Investigador del Departamento de Derecho de la División de Derecho, Política y Gobierno de la Universidad de Guanajuato, México. Perteneció al Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT (SNI), tiene Perfil PRODEP (SEP) y es Miembro del Cuerpo Académico: Ciencia Penal, Estado de Derecho y Derechos Humanos. Contacto: jesussorianomx@yahoo.com.mx

\*\* Doctora en Derecho. Profesora de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. Perteneció al Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT (SNI). Contacto: america\_811027@hotmail.com

\*\*\* Doctora en Derecho. Profesora de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. Abogada Postulante. Directora del Observatorio Regional Zamora A.C. Contacto: direccion@orz.org.mx

actividad interpretativa (la interpretación como exclusiva determinación de la voluntad del legislador) frente al sistema jurídico actual".<sup>1</sup>

Balaguer Callejón comenta que para el liberalismo, el principal problema del Estado tiene que ver con sus límites, y que en el Estado constitucional se reformula en buena medida esta visión con el rediseño de un Estado intervencionista, en el que el texto constitucional es el núcleo que permite la reconstrucción de un ambiente plural donde la Constitución reconduce hacia la unidad. "En efecto, esa función unificadora se verá facilitada u obstaculizada (incluso impedida), dependiendo de la existencia de las reglas de interpretación que hagan posible la integración del pluralismo, no sólo en los procesos de producción de normas, sino también en los procesos de aplicación del derecho".<sup>2</sup>

La transición hacia otro modelo de interpretación es evidente pues, como indica Balaguer, esa fórmula de determinación textual se modifica en una "interpretación como combinación de principios, valores y métodos en orden a integrar los textos en el proceso de aplicación del Derecho".<sup>3</sup>

De igual manera, una de las asignaturas desarrolladas (académica y legislativamente) después del surgimiento del Estado constitucional es la consideración específica de grupos en situación de vulnerabilidad. Mujeres y niñas, personas con discapacidad, adultos mayores, entre otros grupos, han encontrado progresivamente el reconocimiento de derechos específicos basados en la vulnerabilidad de sus circunstancias. De entre estos grupos, probablemente, el que más ha resentido la violación sistemática a sus derechos es el de los pueblos indígenas. Por ello, estimamos sigue siendo necesario realizar estudios científicos que, desde la perspectiva del Estado constitucional, reafirmen los contenidos más garantistas de esos derechos.

<sup>1</sup> María Luisa Balaguer Callejón, *Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 21.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>3</sup> *Idem*, p. 26.

En este trabajo establecemos algunos comentarios introductorios a la interpretación constitucional de uno de los derechos humanos colectivos: la autonomía, que en buena medida se ha constituido como el estandarte en las luchas indígenas de México y el mundo. El estudio no pretende ser exhaustivo, pero sí tiene como objetivo general definir algunos elementos hermenéuticos que son congruentes con el Estado constitucional.

## 2. Breve nota sobre el contexto mexicano

Las acciones gubernamentales en México tuvieron, durante décadas, la finalidad de eliminar las diferencias culturales,<sup>4</sup> y atentaron contra derechos colectivos que ahora encuentran un contexto constitucional más óptimo.

Nuestra nación constituye una comunidad política, pero no una sola comunidad cultural, sino más bien pluricultural. Este es un presupuesto de interpretación constitucional que debe tenerse en cuenta en la hermenéutica de derechos indígenas, y que ha sido construido "formalmente", hasta la reforma constitucional de 1992 y posteriormente, la que en el año 2001 modificó sustancialmente el artículo 2o. de la Constitución.<sup>5</sup> Ambas reformas contextualizaron, por supuesto, la reforma constitucional de 2011, la cual en buena medida diseñó criterios con base en el modelo del Estado constitucional.

Los regímenes que surgieron de la revolución de 1910 consideraron que no se podía concebir un desarrollo integral del país a partir de la variedad cultural existente, por lo que las políticas públicas debían propiciar el establecimiento, mediante la integración de una política pública, de una sola lengua, una sola religión, un solo derecho; violentando de esta manera a los derechos humanos de los pueblos indígenas. Esto aunado a que, como escribió Paz en su emblemático ensayo "El ogro filantrópico", "El Estado revolucionario hizo algo más que crecer y enriquecerse. Como el Japón durante el período Meiji, a través de una

<sup>4</sup> En ocasiones mediante políticas públicas de integración ("política indigenista").

<sup>5</sup> En dicha reforma, se incorporó además, en el artículo 1o. constitucional, el derecho a la no discriminación.

legislación adecuada y de una política de privilegios, estímulos y créditos, impulsó y protegió el desarrollo de la clase capitalista".<sup>6</sup>

La hermenéutica de los derechos colectivos indígenas también adquiere, entonces, rasgos particulares derivados de la especificidad de la interpretación constitucional, pero además adquiere características adicionales derivadas del reconocimiento constitucional del multiculturalismo, y en este sentido, "parece más que razonable que la gestión de la multiculturalidad sea acorde con el constitucionalismo de los derechos y congruente con el paradigma que representan los derechos humanos, por otra parte que la toma de decisiones a la hora de dotar de contenido específico a los derechos, esté basado en principio y propuestas consensuadas en el espacio público".<sup>7</sup>

Jurídica y políticamente hablando, por lo menos desde los planos formales, tenemos un panorama desde el que deben construirse mejores estrategias para la vigencia de los derechos indígenas.

### 3. Derechos indígenas como derechos colectivos

No todos los países se han constituido de la misma manera, por ejemplo, en el caso específico de Canadá, "el gobierno federal instauró programas de discriminación positiva para facilitar el acceso de los francófonos a la función pública estatal y declaró el Estado canadiense bilingüe en 1969".<sup>8</sup> Esta política de Estado apuntó hacia una representación de una nueva identidad e incluso, en la Carta Canadiense de los Derechos y las Libertades incorporada a la Constitución de 1982 especificó, en su artículo 27: "que las costumbres minoritarias deben ser respetadas ya que no suponen ningún atentado a las libertades individuales;

<sup>6</sup> Cfr. Octavio Paz, "El ogro filantrópico", en *Cuadernos de Economía*, vol. 17, núm. 28, 1998, pp. 12-26.

<sup>7</sup> Anión, M., "Diversidad cultural y espacio público", Valencia, 2011, p. 110, citado por Javier Blázquez Ruiz F., *Dialéctica de los derechos humanos*, Dyckinson S.L., Madrid, 2012.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 141.

la igualdad de religiones debe estar asegurada y la enseñanza de las lenguas ancestrales sostenida por el Estado".<sup>9</sup>

Otro ejemplo constitucional reciente es la Constitución de 1998 de Ecuador, que dividía con claridad cuáles eran derechos individuales y cuáles colectivos, haciendo referencia únicamente los derechos indígenas y los derechos relacionados con la protección del medio ambiente, y que el resto de los derechos eran individuales.<sup>10</sup> Esta cuestión es interesante porque como lo refiere la misma Carta, impedía que otros derechos colectivos se demandaran con esa forma procesal jurídica y, de igual manera, que derechos individuales se exigieran en la dimensión colectiva, lo cual representaba un problema procesal de eficacia de derechos.<sup>11</sup>

Recordando el contenido del principio de interpretación conforme, el artículo 7o. del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales en Países Independientes, desarrolla parte del contenido del derecho humano al que nos referimos cuando establece: "Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural..."

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha abonado con diversas sentencias relativas a pueblos, comunidades indígenas y tribales, en la defensa de los derechos colectivos en el caso específico de *Saramaka vs. Surinam*, en el que concluyó que, debido al tamaño y diversidad geográfica del pueblo, pero en especial a la naturaleza colectiva de las reparaciones,

<sup>9</sup> *Ibidem*, pp. 141-142.

<sup>10</sup> Ávila Santamaría Ramiro, *Los derechos y sus garantías: Ensayos críticos*, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Ecuador, 2012, p. 69.

<sup>11</sup> *Idem*.

no era necesario nombrar individualmente a los miembros del pueblo de Saramaka, a fin de reconocerlos como parte lesionada.<sup>12</sup>

Comentaremos algunas consideraciones al respecto. Los seres humanos tenemos derechos individuales y colectivos, así por ejemplo, tenemos derecho individual a la libertad de tránsito o expresión, pero también, derecho a la libre determinación, prerrogativa esta última que sólo podemos concretar "colectivamente". Los derechos humanos específicos de los pueblos indígenas o indios, o los denominados derechos étnicos, en consecuencia, son derechos colectivos, esto es, derechos reclamados por una colectividad, en contraposición a los derechos individuales (en donde el sujeto de derecho es el individuo).<sup>13</sup>

Es importante señalar que en el *Diario Oficial de la Federación* se publicó un decreto de reforma al artículo 17, con fecha 29 de julio del año 2010, por medio del cual se introdujo en la Constitución la figura de las acciones colectivas. Sin embargo, el reconocimiento del ejercicio de las acciones colectivas únicamente se limitó a las acciones de carácter ambiental, competencia económica y derecho de los consumidores, dejando de lado las acciones colectivas de los pueblos indígenas.

#### 4. Interpretación constitucional del derecho a la autonomía

Pensando en el principio de universalidad de los derechos, existe una relación directa entre diversidad (podríamos incluso hablar concretamente de diversidad cultural), y la concreción de los derechos humanos bajo la mirada de dicho principio, por lo tanto, sin desconocer esta vinculante, debe establecerse una relación dinámica y armónica entre dichos conceptos, "en esta línea de pensamiento el denominador común entre ambas radicaría en determinar si existen una serie de derechos considerados como mínimos y fundamentales, reconocidos

<sup>12</sup> Corte IDH, Caso *Pueblo de Saramaka vs. Surinam*. Sentencia del 28 de noviembre de 2007, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 188.

<sup>13</sup> Carlos Salvador Ordóñez Mazariegos, "Derechos humanos de los Pueblos Indios", en *Etnicidad y Derecho: un diálogo postergado entre los científicos sociales*, UNAM, México, 1996, pp. 215-216.

por toda la comunidad internacional, independientemente de sus particulares tradiciones, culturas o religiones";<sup>14</sup> aquí nos estamos refiriendo a lo que se ha denominado como el núcleo duro de los derechos humanos, y "la definición de un núcleo intangible o irreductible de derechos humanos nos conecta irremediabilmente con el concepto de normas de *jus cogens*".<sup>15</sup>

Es posible decir que la 'autonomía' consiste, jurídicamente, en "la facultad que las organizaciones políticas tienen de darse a sí mismas sus leyes, y de actuar de acuerdo con ellas".<sup>16</sup> Atendiendo legislación estatal específica, se identifica a la autonomía como

(...) la expresión de la libre determinación de los pueblos y las comunidades indígenas como partes integrantes del Estado, de conformidad con el orden jurídico vigente, para adoptar por sí mismos decisiones e instituir prácticas propias relacionadas con su manera de ver e interpretar las cosas, con relación a su territorio, recursos naturales, organización sociopolítica, económica, de administración de justicia, educación, lenguaje, salud y cultura, que no contravengan la unidad nacional.<sup>17</sup>

No obstante, a estas definiciones del Derecho conviene agregar sistemáticamente otros elementos como: el pluralismo jurídico y político, los derechos de libertad, así como los principios específicos de interpretación conforme y *pro persona*, como se verá brevemente a continuación.

#### 4.1. Pluralismo jurídico y político: elementos específicos de interpretación

A pesar del reconocimiento constitucional y legislativo del derecho a la autonomía, es evidente el rezago conceptual cuando, por ejemplo, se sigue haciendo

<sup>14</sup> Antonio Blanc Altemir (coord.), *La Protección Internacional de los Derechos Humanos a los 50 años de la Declaración Universal*, Editorial Tecnos, España, 2001, p. 25.

<sup>15</sup> *Idem*.

<sup>16</sup> Eduardo García Máynez, *Introducción al Estudio del Derecho*, 48a. ed., Porrúa, México, 1996, p.104.

<sup>17</sup> Artículo 6o., Fracción I, de la Ley para la Protección de los Pueblos y Comunidades Indígenas en el Estado de Guanajuato; *Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Guanajuato*, núm. 56, Parte II, de 8 de abril de 2011.

referencia a un posible atentado contra la unidad nacional, como lo leíamos en la legislación citada en el apartado anterior, pues ésta es una imprecisión que parte de la confusión de conceptos, como lo veremos más adelante. En este sentido, recordemos que uno de los elementos específicos de interpretación constitucional del derecho en cuestión es el del reconocimiento del pluralismo jurídico y político pues, como ya señalamos, el Estado constitucional pone énfasis en el respeto a dicha pluralidad y a la interpretación política de la norma fundamental.

Por su parte, el artículo 4o. de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señala textualmente: "Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas"; contenido que es congruente con la caracterización de la interpretación constitucional en el sentido político, como punto de partida de dicho proceso hermenéutico.

Estamos frente a derechos colectivos, y sin ellos los derechos individuales no tienen un ejercicio completo, acorde o los principios de indivisibilidad e integralidad señalados en el apartado anterior, pues estos derechos —al ser fundamentales— constituyen un compendio único que no se separa, a excepción de finalidades didácticas.<sup>18</sup>

De nueva cuenta, refiriéndonos en primer lugar a la persona individual, podemos decir que "los derechos humanos individuales comprenden el derecho a la autonomía de la persona",<sup>19</sup> donde el principio a la autonomía individual referido anteriormente juega un papel importante; y como atinadamente lo apunta

<sup>18</sup> Es precisamente cuando se habla de clasificaciones de los derechos (civiles, políticos, sociales, culturales, ambientales, etc.), los que, por cierto, dejaron atrás a la teoría de las generaciones.

<sup>19</sup> Cfr. Luis Villoro, "Los Pueblos Indios y el derecho a la autonomía", en Cuadernos *Etnicidad y Derecho: un diálogo postergado entre los científicos sociales*, Jornadas Lascasianas, vol. 4, UNAM-IIIJ, México, 1996, pp. 123-140.



Luis Villoro, los individuos no son individuos sin atributos, esta esfera comprende la conciencia de la propia identidad como miembros de una colectividad, y ésta no puede darse más que en un contexto cultural.<sup>20</sup>

La 'autonomía de la persona' es la capacidad de elegir conforme a sus propios fines y valores y, la de poder ejercitar esa elección. Y los fines y valores están dados por el marco de una cultura socio-política determinada. Las creencias básicas que determinan las razones válidas, los fines elegibles y los valores realizables pueden variar de una cultura a otra. Por lo tanto, el reconocimiento de la autonomía de las personas implica el de las comunidades culturales a las que pertenecen.

Tal es el caso de la resolución dictada por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en el juicio para la protección de los derechos políticos electorales del ciudadano registrado bajo el expediente SUP-JDC-167/2012, en el que se reconoce que las elecciones celebradas en el Municipio de Cherán, Michoacán, debe llevarse a cabo bajo las normas, procedimientos y prácticas tradicionales de la comunidad, y que puedan elegir así un Consejo Mayor de Gobierno Comunal.

El derecho de los pueblos puede contarse únicamente entre los derechos humanos, en la medida en la que el pueblo sea una condición para la autonomía de las personas; en ese significado, sólo puede referirse a la comunidad cultural en cuyo marco se da cualquier elección autónoma; en ese sentido, tampoco el derecho de los pueblos contradice los derechos del individuo, sino por el contrario, los refuerza. Estos son argumentos que deben tomar en cuenta los Jueces ordinarios que, como mencionamos en el caso de los derechos humanos, también se convierten en juzgadores constitucionales (rasgo fundamental en la interpretación de los derechos), no por el alcance de sus resoluciones, sino por la argumentación de las mismas.

---

<sup>20</sup> *Idem.*

Luis Villoro se pregunta ¿qué debe comprender un derecho de los pueblos para ser considerado entre los derechos humanos fundamentales?, y concluye que debe incluir, desde luego, a los derechos individuales; y que además, cuando la asociación política se da entre sujetos pertenecientes a una misma cultura, éste comprende el respeto a la autonomía de la comunidad cultural. Así, la autonomía como un derecho humano colectivo está estrechamente ligado a otros derechos como la cultura y el territorio.<sup>21</sup>

Uno de los lugares comunes en la discusión relativa a las autonomías indígenas es la (supuesta) confusión entre autonomía y soberanía.<sup>22</sup> El reconocimiento del derecho a la autonomía no representa, de ninguna manera, el reconocimiento de extraterritorialidad o, como se ha dicho alguna vez, el camino hacia la formación de otro Estado. Autonomía significa que la reproducción de las sociedades indias se rijan económica, social y culturalmente por el ejercicio pleno de sus derechos históricos, con las intermediaciones de la sociedad nacional que corresponden a la formación de la sociedad mexicana.

El ejercicio de la autodeterminación es, como lo ha entendido Villoro, una vinculación de los indios con el Estado en el desarrollo de la colectividad política; con lo cual, al tiempo que el bloque hegemónico reconozca a las autoridades tradicionales en sus respectivas jurisdicciones, deberá establecer espacios dentro de la estructura de poder actual (congresos estatales, presidentes municipales, etc.) en la que los indígenas cuenten con representantes de sus propias etnias.<sup>23</sup>

En este tenor de ideas y reiterando la importancia del pluralismo y la interpretación política, López y Rivas señala que, "las autonomías no sólo no van en contra

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 138.

<sup>22</sup> Como lo apunta Tena Ramírez, "mientras la soberanía consiste [...] en la autodeterminación plena, nunca dirigida por determinantes jurídicos extrínsecos a la voluntad del soberano, en cambio la autonomía presupone al mismo tiempo una zona de autodeterminación, que es lo propiamente autónomo, y un conjunto de limitaciones y determinaciones jurídicas extrínsecas, que es lo heterónimo." Felipe Tena Ramírez, *Derecho Constitucional Mexicano*, Porrúa, México, 1978, p. 137.

<sup>23</sup> Luis Villoro, "Los pueblos indios y el derecho...", *op. cit.*, p. 138.

de la unidad nacional, no sólo no constituyen problema de seguridad nacional, sino por el contrario, son la mejor forma de resolver problemas que, de continuar profundizándose, podrían llevar efectivamente al separatismo (...) de esta manera las autonomías forman parte integral de un proyecto democrático de Estado y fortalecen la unidad nacional".<sup>24</sup>

Como puede apreciarse, el reconocimiento de estos derechos humanos colectivos implica, en buena medida, la reestructuración del Estado mexicano que sea acorde al paradigma del Estado constitucional de Derecho. No sólo bastan, evidentemente, las adecuaciones legislativas: por ejemplo, por autonomía no deberá entenderse la mera capacidad de gestión, sino más bien "una definición política de gobernabilidad *per se*, a través del reconocimiento de la personalidad jurídica de las autoridades tradicionales indias y el ejercicio democrático de las poblaciones indias para elegir las, y establecer aquellas líneas de crecimiento socioeconómicas idóneas al raciocinio indígena".<sup>25</sup>

En otras palabras, la autonomía debe interpretarse política y constitucionalmente en consonancia con el ejercicio democrático del poder, donde los pueblos indios puedan adecuar un modelo de crecimiento más acorde con sus propias expectativas.

#### **4.2. Derecho a la libertad como parámetro de interpretación del derecho a la autonomía**

Otra dimensión de la o las autonomías es la relativa a la forma de ejercer el derecho a la libertad, unánimemente aceptado como un derecho humano. Es por ello que en los históricos acuerdos de San Andrés Larráinzar,<sup>26</sup> se apuntó como

<sup>24</sup> Gilberto López y Rivas, *Nación y Pueblos Indios en el Neoliberalismo*, 2a. ed., UIA, México, 1996, p. 21.

<sup>25</sup> Carlos Durand Alcántara, *Derechos indios en México... derechos pendientes*, Universidad Autónoma de Chapingo, México, 1994, p. 179.

<sup>26</sup> Documento que el gobierno de México y el Ejército Zapatista de Liberación Nacional firmaron en 1996 en el que se establecen acuerdos que deberían tomarse en cuenta en la Reforma constitucional que reclamaban los pueblos indígenas a través del EZLN.

una de las peticiones prioritarias, la autonomía para todas las comunidades que no pueden ejercer plenamente ese derecho. En su propuesta, la autonomía está estrechamente ligada con la democratización del Estado nación.

Estamos conscientes de que, como lo apunta López y Rivas, "no todos los pueblos indígenas de una nación determinada han alcanzado los niveles de compromiso político y organización, que hagan posible la conformación de procesos autonómicos de manera uniforme en todo el territorio nacional".<sup>27</sup> En atención a esta idea, es por lo que una de las tareas esenciales del movimiento indígena y de sus aliados es el desarrollo y fortalecimiento del sujeto autonómico. La autonomía no sólo es una fórmula de gobierno o una propuesta legislativa, sino sobre todo es una manera de actuar dentro de la nación como sujeto político independiente,<sup>28</sup> es un derecho humano. Todas estas consideraciones deberán tenerse en cuenta cuando se establezcan los posibles límites a ese derecho, en el marco del principio de proporcionalidad citado anteriormente.

La vigencia de dicha prerrogativa debe tener como consecuencia modificaciones sumamente complejas en las relaciones de poder y en el modo de vida política de las mujeres y hombres mexicanos. Desde el punto de vista jurídico-constitucional, como hemos insistido, será imprescindible entender el pluralismo jurídico que impone esta reciente concepción en el reconocimiento del derecho a la autonomía.

### 4.3. Interpretación conforme y principio pro persona

A la luz de la razón cristalizada en la normatividad de los derechos humanos, debe concretarse al sujeto autonómico efectivizando todos los derechos humanos colectivos de los pueblos indígenas y privilegiando el mejor de sus contenidos; premisa fundamental de nuestros días si es que queremos vivir en democracia, entendiéndola a ésta en su concepto más garantista que encuentra

<sup>27</sup> Gilberto López y Rivas, *op. cit.*, p. 21.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 102.

su fundamento hermenéutico más concreto en los *principios pro persona* o *pro homine*, así como en el de *interpretación conforme*: ambos constitucionalizados en el año 2011.

Esta aplicación más favorable a las personas, como lo refiere Caballero Ochoa, tiene una clave de lectura, no precisamente jerárquica, pues "el sentido clásico de la jerarquización tiene por objeto evitar conflictos normativos, pero no integra ni expande, como es propio de las normas sobre derechos humanos",<sup>29</sup> de esta manera, la cláusula de interpretación conforme tiene congruencia con los criterios de interpretación de derechos humanos; y, como indica el jurista, con dicho principio se completó la ruta de vinculación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos que siguen los Estados constitucionales.<sup>30</sup>

En este orden de ideas, además de la normatividad estatal y nacional, deben tenerse siempre en cuenta diversos documentos internacionales que deberán consultarse,<sup>31</sup> comenzando por el Convenio número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la OIT y, por supuesto, con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007. Es decir, el Juez debe auxiliarse de una clásica hermenéutica sistemática, junto a principios específicos de interpretación constitucional como el de interpretación conforme, el de interpretación política y el *pro persona*, entre otros.<sup>32</sup>

<sup>29</sup> José Luis Caballero Ochoa, "La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (artículo 1o., segundo párrafo, de la Constitución", en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, (Coordinadores), *La Reforma constitucional de Derechos humanos: un nuevo paradigma*, UNAM-IJ, México, 2011, p. 109.

<sup>30</sup> Cfr. José Luis Caballero Ochoa, "Comentarios sobre el artículo primero, segundo párrafo de la Constitución", en Ferrer Mac Gregor, Eduardo, Caballero Ochoa, José Luis, y Steiner Christian (coords.), *Derechos Humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, tomo I, SCJN-UNAM, México, 2013.

<sup>31</sup> Cfr. Manuel Vidaurri Aréchiga y José Manuel Pérez Guerra (comps.), *Derechos humanos de los Pueblos Indígenas: Documentos Básicos*, Procuraduría de los Derechos humanos del Estado de Guanajuato, México, 2004.

<sup>32</sup> A pesar del proceso hermenéutico que se sugiere, no deja de llamar nuestra atención un reciente criterio de la SCJN que estableció que cuando exista una restricción expresa en la Constitución respecto al contenido de derechos humanos, debe prevalecer dicha restricción, criterio que estimamos puede limitar el principio de proporcionalidad de los derechos. Véase Contradicción de Tesis 293/2011, ENTRE LAS

## 5. Reflexiones finales

Las personas pertenecemos a colectividades como parte esencial de nuestra naturaleza, así, en el marco de esos grupos humanos vivimos la vida personal y la vida colectiva como integrantes de la identidad del ser humano. Si dicha identidad no es respetada integralmente por las normas jurídicas y en su interpretación, se vulneran derechos humanos.

La problemática indígena, específicamente la efectividad de sus derechos humanos, ha constituido un camino accidentado e inacabado a pesar de las recientes reformas; por ello, una interpretación "constitucional" contemporánea, es decir caracterizada en el orden conceptual escrito en los capítulos tercero y cuarto de la Constitución, abona a esa efectividad.

Como mencionamos, el paradigma del Estado constitucional de Derecho, en uno de sus elementos más importantes, revisó la hermenéutica constitucional y puso en un lugar preferente la garantía de los derechos humanos. Este binomio debe ser, entonces, el parámetro que defina los contenidos de los derechos indígenas, particularmente, como lo acotamos en el texto: el derecho a la autonomía.

En este orden de ideas, la interpretación política, el pluralismo jurídico, el derecho de libertad, así como los principios específicos de la interpretación conforme y del pro persona, deben sistemáticamente formar parte de las decisiones hermenéuticas en materia indígena, como lo desarrollamos en el trabajo.

Los sistemas jurídicos contemporáneos, en general, no han logrado definir ni integrar la totalidad de los derechos y sus contenidos. Una visión sesgada es,

---

SUSTENTADAS POR EL PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS ADMINISTRATIVA Y DE TRABAJO DEL DÉCIMO PRIMER CIRCUITO Y EL SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, 3 de septiembre de 2013. Ponente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcenas Zubieta. Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, abril de 2014, t. 1, Pág. 96.

entonces, la que cotidianamente se estudia académicamente, se interpreta jurisdiccionalmente y se ejerce por la mayoría de las y los juristas. Existe, por tanto, una necesidad imperante de revisar con seriedad y rigor científico una concepción integral del Derecho;<sup>33</sup> que encuentre canales de solución en la interpretación constitucional de los derechos en el marco del Estado constitucional de Derecho.

## Fuentes

### Bibliohemerografía

ÁVILA Santamaría, Ramiro, *Los derechos y sus garantías: Ensayos críticos*, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Ecuador, 2012.

BALAGUER Callejón, María Luisa, *Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997.

BLANC Altemir, Antonio (coord.), *La Protección Internacional de los Derechos Humanos a los 50 años de la Declaración Universal*, Editorial Tecnos, España, 2001.

BLÁZQUEZ Ruiz F. Javier, *Dialéctica de los Derechos Humanos*, Dyckinson, S.L., Madrid, 2012.

CABALLERO Ochoa, José Luis, "Comentarios sobre el artículo primero, segundo párrafo de la Constitución", en Ferrer MacGregor, Eduardo, Caballero Ochoa, José Luis, y Steiner Christian (coords.), *Derechos Humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*,

<sup>33</sup> Al respecto se sugiere consultar: Jesús Antonio De la Torre Rangel, *El derecho que sigue naciendo del pueblo: movimientos sociales y pluralismo jurídico*, Ediciones Coyoacán, México, 2012, que expone con detalle una visión crítica del universo jurídico que da continuidad a un diverso texto del autor publicado por primera vez hace casi tres décadas: "El Derecho que nace del pueblo".

tomo I, SCJN-UNAM, México, 2013, Disponible en: [http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_37055-1522-4-30.pdf?140325162302](http://www.kas.de/wf/doc/kas_37055-1522-4-30.pdf?140325162302), [última consulta 28 de julio de 2014].

\_\_\_\_\_, "La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (artículo 1o., segundo párrafo, de la Constitución", en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, (coords.), *La reforma constitucional de Derechos humanos: un nuevo paradigma*, UNAM-IIJ, México, 2011.

DE LA TORRE Rangel, Jesús Antonio, *El derecho que sigue naciendo del pueblo: movimientos sociales y pluralismo jurídico*, Ediciones Coyoacán, México, 2012.

DURAND Alcántara, Carlos, *Derechos indios en México... derechos pendientes*, Universidad Autónoma de Chapingo, México, 1994.

GARCÍA Máñez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 48a. ed., Porrúa, México, 1996.

LÓPEZ y Rivas, Gilberto, *Nación y Pueblos Indios en el Neoliberalismo*, 2a. ed., UIA, México, 1996.

ORDÓÑEZ Mazariegos, Carlos Salvador, "Derechos humanos de los Pueblos Indios", en Cuadernos *Etnicidad y Derecho: un diálogo postergado entre los científicos sociales*, *Jornadas Lascasianas*, vol. 4, UNAM-IIJ, México, 1996, pp. 213-236.

PAZ, Octavio, "El ogro filantrópico", en *Cuadernos de Economía*, vol. 17, núm. 28, 1998, pp. 12-26.

TENA Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, Porrúa, México, 1978.



VIDAURRI Aréchiga, Manuel y PÉREZ Guerra, José Manuel (comps.), *Derechos humanos de los Pueblos Indígenas: Documentos Básicos*, Procuraduría de los Derechos humanos del Estado de Guanajuato, México, 2004.

VILLORO, Luis, "Los pueblos indios y el derecho a la autonomía", en Cuadernos *Etnicidad y Derecho: un diálogo postergado entre los científicos sociales*, *Jornadas Lascasianas*, vol. 4, 1996, pp. 123-140.

### Otras fuentes

Acuerdos de San Andrés Larráinzar, Documento que el gobierno de México y el Ejército Zapatista de Liberación Nacional firmaron en 1996 en el que se establecen acuerdos que deberían tomarse en cuenta en la reforma constitucional que reclamaban los pueblos indígenas a través del EZLN.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convenio número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes de la OIT.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Saramaka vs. Surinam* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de fecha 28 de noviembre de 2007.

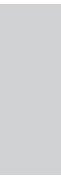
Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, esta última aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007.

Expediente SUP-JDC-167/2012 resuelto por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Ley para la protección de los pueblos y comunidades indígenas en el estado de Guanajuato; publicada en el *Periódico Oficial del Gobierno* del Estado de Guanajuato, número 56, segunda parte, de fecha 8 de abril de 2011.

# Segunda parte

Control de convencionalidad:  
retos y perspectivas





# Control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial en el Estado constitucional y convencional

Víctor Bazán\*

## 1. Introducción

El despliegue del control de convencionalidad, en la denominada vertiente *difusa*, plantea nuevos y demandantes desafíos a las jurisdicciones internas latinoamericanas.

---

\* Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Posgraduado en "Justicia constitucional y protección de derechos fundamentales", Universidad de Pisa, Italia; Posgraduado en "Constitucionalismo y Democracia", Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, España. Catedrático de las asignaturas: *i)* Derecho Constitucional y Derechos Humanos; *ii)* Derecho Procesal Constitucional, y *iii)* Derecho Internacional Público, Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina —Arg.—). Profesor Invitado de Posgrado de la Universidad de Buenos Aires (UBA) y de otras universidades argentinas y extranjeras. Autor de una significativa cantidad de libros y artículos publicados en Argentina y el exterior. Miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado, con sede en París, Miembro Individual de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional, Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Miembro Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Arg.), entre otras numerosas entidades académicas.

La estimulación de relaciones sinérgicas entre éstas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y la paulatina construcción de diálogos críticos entre ambos órdenes jurisdiccionales, puede facilitar el descubrimiento de caminos idóneos para optimizar la protección de los derechos fundamentales, que son expresión directa de la dignidad humana.

Tomando tales pautas como matriz de lanzamiento, anunciamos que para desplegar este trabajo nos centraremos en ciertos aspectos concretos y conflictivos del test de convencionalidad y nos acercaremos a la multifacética problemática del diálogo jurisprudencial (también llamado 'judicial' o 'jurisdiccional', entre otras denominaciones análogas).

Al efecto, primeramente nos internaremos en el "mundo" del control de convencionalidad, intentando responder a un conjunto de preguntas a su respecto, tales como: de qué hablamos cuando hablamos del examen convencional; cómo se ha venido construyendo progresivamente hasta el presente dicha fiscalización en el seno jurisprudencial de la Corte IDH; cuáles son algunos de los fundamentos en que se asienta y los objetivos que persigue; y de qué manera se concreta la conexión de esta modalidad de contralor de compatibilidad convencional con el principio de adecuación normativa consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

A continuación, enfocaremos la necesidad de fortalecer cualitativamente una relación concertada y de interlocución entre la Corte IDH y los órganos pertinentes de justicia constitucional de los Estados Partes del sistema interamericano (que han reconocido la jurisdicción contenciosa de aquélla), a partir de la función de integración que ostentan los derechos humanos.

La clausura de este trabajo vendrá de la mano de unas breves reflexiones de recapitulación que se unirán a otras desplegadas en el nudo o parte central del mismo.

## 2. El control de convencionalidad en foco<sup>1</sup>

### 2.1. Aproximación conceptual

El *control de convencionalidad* transita por dos senderos: uno *internacional* y el otro en las dimensiones *internas* de los Estados Partes del sistema interamericano.

La primera de esas modalidades se deposita en la Corte IDH que la ha venido desplegando desde el comienzo efectivo de su práctica contenciosa, aunque sólo en época reciente la ha bautizado como "control de convencionalidad". Dicha tarea consiste en juzgar en casos concretos si un acto o una normativa de derecho interno resultan o no compatibles con la CADH, disponiendo en caso de que no lo sean (v. gr.) la reforma o la abrogación de dichas práctica o norma, según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos y la preservación de la vigencia suprema de tal convención y de otros instrumentos internacionales fundamentales en este campo. Igualmente procede en el supuesto de que el Estado no haya cumplido con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (art. 2o. de la CADH) para garantizar efectivamente el ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la Convención, para lo cual la Corte, por vía jurisdiccional, impone al Estado tomar medidas legislativas o de otro carácter para satisfacer semejante finalidad.

La otra vertiente se despliega en *sede nacional*, encontrándose a cargo de los Magistrados locales, aunque involucra también a las demás autoridades públicas —según lo ha entendido el propio Tribunal Interamericano—. Consiste en

<sup>1</sup> Sobre el tema, ver —entre otros trabajos— de Víctor Bazán, el libro *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, Programa Estado de Derecho, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2014, en esp. pp. 285-340; "El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales y prevenir la responsabilidad internacional del Estado", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 19, 2015, pp. 25-70; y "Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales latinoamericanos: el control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional crítico", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 16, junio-diciembre 2010, pp. 15-44.

la obligación de verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos, a la CADH (y otros instrumentos internacionales esenciales en el área de los derechos humanos) y a los patrones interpretativos que la Corte IDH ha acuñado a su respecto *no sólo en su jurisprudencia contenciosa sino también en las opiniones consultivas*,<sup>2</sup> en aras de la cabal tutela de los derechos básicos. En resumen, se efectúa una interpretación de las prácticas internas a la luz o al amparo del *corpus juris* cardinal en materia de derechos humanos acerca del cual aquélla ejerce competencia material. Desde este ángulo, el control de convencionalidad es un dispositivo que —adecuadamente empleado— puede contribuir a la aplicación armónica, ordenada y coherente del derecho vigente en el Estado, abarcando a sus fuentes internas e internacionales.

La primera modalidad da cuerpo al control de convencionalidad *concentrado* (en la Corte IDH) y la segunda a una tipología *difusa* de tal inspección convencional.

## 2.2. La Corte Interamericana y la gradual edificación pretoriana de la modalidad difusa del control de convencionalidad

Más allá de algunas alusiones anticipatorias respecto del control de convencionalidad efectuadas por el exJuez Sergio García Ramírez desde 2003,<sup>3</sup> lo cierto es

<sup>2</sup> Véase Corte IDH, Opinión Consultiva O.C.-21/14, "Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional", solicitada por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, 19 de agosto de 2014, Serie A, núm. 21.

Entre otras consideraciones, la Corte expresó que es necesario que *los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que la Corte IDH señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva*, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, "la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos". Indicó asimismo que a partir de la *norma convencional interpretada* a través de una opinión consultiva todos los órganos de los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA), incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la *Carta de la OEA* (art. 3.1) y la *Carta Democrática Interamericana* (arts. 3, 7, 8 y 9) cuentan con una fuente que, acorde con su propia naturaleza, *contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos*.

<sup>3</sup> Véase sus votos razonados en Corte IDH, Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 25 de noviembre de 2003, Serie C, No. 101, párr. 27; Caso *Tibi vs. Ecuador*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 7 de septiembre de 2004, Serie C, No. 114, párr. 3;



que el Tribunal Interamericano comenzó a aplicarlo plenariamente en el Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*.

En tal fallo, se pronunció del siguiente modo: "...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" (párr. 124)<sup>4</sup> —énfasis añadido—.

Posteriormente, el Tribunal ha determinado que tal *control de convencionalidad por la magistratura local debe ejercerse incluso de oficio*. Así se expidió en el Caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, poniendo de presente que "*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*"<sup>5</sup> (párr. 128) —*itálicas agregadas*—.

Ya en el Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* y frente a algunas dudas acerca de si el control de convencionalidad involucraba también a órganos especializados como por ejemplo tribunales constitucionales, la Corte IDH zanjó la cuestión al puntualizar: "*Los Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer 'ex officio' un 'control*

---

Caso *López Álvarez vs. Honduras*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 1 de febrero de 2006, Serie C, No. 141, párr. 30; y Caso *Vargas Areco vs. Paraguay*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, No. 155, párrs. 6 y 7.

<sup>4</sup> Corte IDH, Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 154. También lo ha expresado, v. gr., en el Caso *La Cantuta vs. Perú*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29 de noviembre de 2006, Serie C, núm. 162, párr. 173.

<sup>5</sup> Corte IDH, Caso *Trabajadores Cesados del Congreso ('Aguado Alfaro y otros') vs. Perú*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 24 de noviembre de 2006, Serie C, núm. 158.

*de convencionalidad' entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes" (párr. 225)<sup>6</sup> —remarcado nuestro—.*

Hito importante, aunque también problemático según algunas visiones doctrinarias, es la sentencia de 24 de febrero de 2011 dictada en el Caso *Gelman vs. Uruguay*, por la que la Corte IDH amplió intensamente las fronteras de operatividad del examen convencional y subrayó que la protección de los derechos fundamentales funciona como límite a las mayorías en el marco de desarrollo de la vida democrática. Mantuvo 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' (...), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial" (párr. 239)<sup>7</sup> —subrayado añadido—.

Otros precedentes significativos en el camino desandado por la Corte IDH para la construcción teórica, también práctica, del control de convencionalidad, son los Casos *López Mendoza vs. Venezuela*<sup>8</sup> y *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*.<sup>9</sup> En ellos expuso que, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en su jurisprudencia.

Ya en los Casos *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia* y *Gelman vs. Uruguay*, resolución esta última de 20 de marzo de 2013 en el marco del proceso de super-

<sup>6</sup> Corte IDH, Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 26 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 220.

<sup>7</sup> Corte IDH, Caso *Gelman vs. Uruguay*, Sentencia de fondo y reparaciones, 24 de febrero de 2011, Serie C, No. 221.

<sup>8</sup> Corte IDH, Caso *López Mendoza vs. Venezuela*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 1 de septiembre de 2011, Serie C, No. 233, párr. 228.

<sup>9</sup> Corte IDH, Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 24 de febrero de 2012, Serie C, No. 239, párr. 284.

visión de cumplimiento de la sentencia de fondo y reparaciones antes referenciada ("Gelman"), enfatizó que es "*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", adquiriendo así "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, sólo en caso contrario, pueden ser considerados por ésta, en cuyo supuesto ejercerá un *control complementario de convencionalidad*"<sup>10</sup> —remarcados agregados—.

Es preciso subrayar que desde 2013 en varios pronunciamientos de supervisión del cumplimiento de sentencias, la Corte IDH viene marcando a los Estados condenados que, para satisfacer los respectivos decisorios, deben desplegar el *control de convencionalidad*. Ello muestra cómo se ha expandido la magnitud exhortativa de los llamamientos que se formula a aquéllos en orden a que desarrollen semejante fiscalización, que ya no queda encapsulada exclusivamente en las sentencias de fondo, reparaciones y costas.

Para cerrar este punto y a modo de telegráfica recapitulación de la paulatina construcción de una doctrina del control de convencionalidad realizable intramuros, específicamente en cuanto a los *destinatarios involucrados en el deber de desplegarlos y al crecimiento del alcance material de tal test*, pueden identificarse —sin ánimo alguno de taxatividad— los siguientes eslabones:

El *Poder Judicial* debe realizar una "*especie*" de *control de convencionalidad* (Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*).

<sup>10</sup> Corte IDH, Caso *de la Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo y reparaciones, 30 de noviembre de 2012, Serie C, No. 259, párr. 144; y Caso *Gelman vs. Uruguay*, Supervisión de cumplimiento de sentencia, Resolución de 20 de marzo de 2013, párr. 72.

*Los órganos del Poder Judicial deben desarrollar no sólo un control de constitucionalidad sino también de convencionalidad, incluso de oficio (Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú).*

*La inspección convencional involucra a Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles (Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México).*

*Cualquier autoridad pública, y no sólo el Poder Judicial, debe llevar adelante la fiscalización convencional (Caso Gelman vs. Uruguay, Sentencia de fondo y reparaciones).*

*Las interpretaciones judiciales y administrativas y de las garantías judiciales deben adecuarse a los principios establecidos en la jurisprudencia de la Corte IDH (Casos López Mendoza vs. Venezuela y Atala Riffo y Niñas vs. Chile).*

Existe la *obligación de las autoridades internas (y fundamentalmente de todos los Jueces y órganos judiciales)* de efectuar lo que sólo a los efectos de graficar la cuestión podríamos denominar un control de convencionalidad *preventivo* teniendo en consideración las interpretaciones de la Corte IDH y, en caso de que no se logre adecuada solución a la cuestión en el plano doméstico, será el Tribunal Interamericano quien lleve a cabo un control *complementario* de convencionalidad (Casos *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia* y *Gelman vs. Uruguay*, tratándose en este último asunto de una resolución de 20 de marzo de 2013, en el ámbito del procedimiento de supervisión del cumplimiento de la sentencia de fondo y reparaciones).

### 2.3. Fundamentos y finalidad

**A)** La plataforma fundante del control de convencionalidad debe buscarse, principal pero no exclusivamente, en los arts. 1, 2 y 29 de la CADH y 26, 27 y 31.1 de

la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) de 1969.<sup>11</sup> Además, y aunque tal vez redundante, cumple resaltar el papel decisivo que al efecto juega el principio *pro persona*.

En la O.C.-14/94, la Corte IDH ha sostenido: "Según el derecho internacional las *obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aun tratándose de disposiciones de carácter constitucional*, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia (...). Asimismo estas reglas han sido codificadas en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969"<sup>12</sup> —énfasis agregado—.

Siguiendo los pasos de tal O.C., es posible extraer algunas pautas útiles para abonar lo mencionado en cuanto a la plataforma de apoyo del examen convencional, aun cuando —obviamente— no se haya referido de modo expreso a esa modalidad fiscalizatoria tal como luego fuera delineada paulatinamente por la doctrina jurisdiccional del Tribunal Interamericano. Allí, éste sostuvo que,

Los arts. 1 y 2 de la CADH establecen el compromiso de los Estados de *respetar* los derechos y libertades reconocidos en ella y de *garantizar* su libre y pleno ejercicio a toda persona sometida a su jurisdicción (párr. 32).

También, el de *adoptar*, en su caso, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades (párr. 32).

Si se ha contraído la obligación de *adoptar* las medidas aludidas, con mayor razón lo ha sido la de *no adoptar* aquellas que contradigan el objeto y fin de la

<sup>11</sup> U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, suscripta el 23 de mayo de 1969 y en vigor desde el 27 de enero de 1980.

<sup>12</sup> Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva O.C.-14/94, "Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2, CADH)", solicitada por la Comisión IDH, 9 de diciembre de 1994, Serie A, No. 14, párr. 35.

Convención (párr. 33); por lo que la *obligación de dictar las medidas* que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la CADH, comprende la de *no dictarlas* cuando ellas conduzcan a violar esos derechos y libertades (párr. 36).

Es igualmente útil traer a colación el criterio que la Corte IDH transfundiera a su O.C.-13/93, en la que —refiriéndose a la CADH— sostuvo

Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2. También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención. Si esas normas se han adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, es indiferente para estos efectos<sup>13</sup> —remarcado añadido—.

**B)** Una de las ideas que pretendemos volcar es la importancia de que la dimensión objetiva de las sentencias de la Corte IDH tenga eco en los órganos nacionales competentes al efecto.

Dicho de otro modo, debe hacerse foco en el impacto jurisdiccional que esos fallos proyectan con carácter general en el contexto interno, impregnando toda la labor de la jurisprudencia en la aplicación y la interpretación de las normas internas sobre derechos fundamentales.<sup>14</sup>

Aunque en definitiva, como sucede con diversas cuestiones inherentes a la operatividad del Derecho internacional, las posibilidades de éxito del "control de convencionalidad" están cifradas en el grado de receptividad de tal modalidad

<sup>13</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva O.C.-13/93, "Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51, CADH)", solicitada por Argentina y Uruguay, 16 de julio de 1993, Serie A, No. 13, párr. 26.

<sup>14</sup> *Cfr., mutatis mutandis*, Luis Jimena Quesada, "La vinculación del Juez a la jurisprudencia internacional", en Miguel Revenga Sánchez (coord.), *El Poder Judicial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 501-502 y nota 13 a pie de página.

fiscalizatoria en los derechos internos, la labor de los respectivos operadores jurídicos involucrados y la voluntad política de los Estados.

En un ejercicio de simplificación extrema, la lógica de funcionamiento del nombrado mecanismo puede describirse así: la Corte IDH fija un criterio o estándar (que es un umbral cuyo alcance puede ser ampliado por las jurisdicciones internas, tomando al principio *pro persona* como fuente nutricia) y, control de convencionalidad mediante, los órganos competentes locales lo aplican a los casos concretos que se les presenten.

Así, se aligera prospectivamente la carga de trabajo del Tribunal Interamericano, relevándolo de un conjunto de casos que pueden y deben ser asumidos por los Magistrados (actuando como Jueces interamericanos) y demás autoridades competentes en los órdenes internos, siempre en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

De tal manera, la exigencia del control de convencionalidad intraestatal obedece a la dinámica de *irradiación* de la jurisprudencia de la Corte IDH hacia los Estados que han ratificado la CADH o adherido a ella y que reconocieron la jurisdicción contenciosa de ese Tribunal.

Sobre el particular, y para ponderar debidamente la cuestión, no puede obviarse como material de análisis el deber de honrar los compromisos asumidos extramuros y el debido respeto que exigen los principios generales del derecho internacional.

En particular nos referimos a las siguientes exigencias surgentes de los arts. 26, 27, 31.1 y ccds. de la CVDT:

*Pacta sunt servanda*, premisa fundamental del derecho de los tratados que ostenta raigambre metajurídica.<sup>15</sup>

<sup>15</sup> Sobre el particular, y en su voto disidente en el Caso *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia* (Sentencia de reparaciones y costas, 29 de enero de 1997, Serie C, No. 31), el expresidente del Tribunal, Antônio A.

Cumplimiento de buena fe, principio éste que recorre transversalmente a todo el Derecho internacional.

Improcedencia de alegar disposiciones u omisiones —según nuestro criterio— de derecho interno para justificar el incumplimiento de un acuerdo internacional.

Deber de interpretar de buena fe al tratado conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del mismo en el pertinente contexto, de conformidad con su objeto y fin.

Desde otro perfil, se advierte nítidamente que tampoco sería válido eludir la premisa de vinculatoriedad de las sentencias de la Corte IDH por parte de los Estados que, al haberse sometido voluntaria y soberanamente al radio de alcance competencial que aquélla ostenta, se encuentran integrados en el modelo de justicia internacional que dicho Tribunal encabeza y, por tanto, deben obrar en consecuencia y de buena fe.<sup>16</sup>

#### 2.4. Principio de adecuación normativa

La correlación de los nombrados arts. 1.1. y 2 de la CADH implica que sus Estados Partes se comprometen a *respetar* los derechos y libertades reconocidos en ella y a *garantizar* su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna. Y si ese ejercicio no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, aquéllos se obligan a *adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos esos derechos y libertades*.

En ese contexto, la palabra "garantizar" supone el deber del Estado de tomar todas las medidas conducentes, incluso a través de decisiones jurisdiccionales,

---

Cançado Trindade, dejó en claro que el principio general *pacta sunt servanda* tiene fuente *metajurídica*, "al buscar basarse, mas allá del consentimiento individual de cada Estado, en consideraciones acerca del carácter obligatorio de los deberes derivados de los tratados internacionales" (párr. 8).

<sup>16</sup> Véase arts. 33, 62.3, 67, 68.1, y cccls. de la CADH.



que quedan subsumidas en la categoría de *medidas de "otro carácter"*, en orden a remover los obstáculos que pudieran existir para que sus habitantes estén en condiciones de disfrutar de los derechos que la Convención consagra.

Es doctrina consolidada del citado Tribunal Interamericano que aquella *adecuación* implica la adopción de medidas en dos vertientes: "i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías".<sup>17</sup>

Por tanto, es innegable que la CADH impone a cada Estado Parte la obligación de adecuar su derecho interno a las disposiciones de tal compromiso convencional, para garantizar los derechos allí consagrados. Se trata de una norma consuetudinaria de reconocimiento universal, un *principe allant de soi* (un principio evidente), en palabras que hace más de nueve décadas pronunciara la hoy desaparecida Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI).<sup>18</sup>

Debe añadirse que todo Estado Parte de la CADH no sólo tiene el aludido deber de adoptar las medidas de derecho interno, sino que además está obligado a asegurarse que éstas sean *efectivas*, es decir, cumplidas en el ordenamiento jurídico doméstico. En otras palabras, la eficacia de ellas se mide en términos de acatamiento por parte de la comunidad, o sea, de adaptación de su conducta a la normativa de la Convención.<sup>19</sup> Semejante eficacia de las disposiciones en juego *es de fundamental importancia en un orden jurídico y puede ocurrir que la falta de efectividad de una disposición afecte su existencia como norma jurídica*.<sup>20</sup>

<sup>17</sup> Cfr. Corte IDH, *inter alia*, Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 30 de mayo de 1999, Serie C, No. 52, párr. 207; y Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, Sentencia de excepción preliminar y fondo, 6 de mayo de 2008, Serie C, No. 179, párr. 122.

<sup>18</sup> CPJI, Avis consultatif, "Echange des populations grecques et turques", 1925, Serie B, No. 10, p. 20.

<sup>19</sup> Cfr. Corte IDH, entre otros, "Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina", Sentencia de reparaciones y costas, 27 de agosto de 1998, Serie C, No. 39, párr. 69.

<sup>20</sup> *Ibid.*, párr. 70.

De esa manera las medidas de derecho interno han de ser eficaces a la luz de la premisa de *effet utile*. La propia Corte IDH se ha encargado de poner en claro que quien lleve adelante el control de convencionalidad en la dimensión local "debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos".<sup>21</sup>

### 3. Relevancia del diálogo jurisprudencial<sup>22</sup>

#### 3.1. La comunicación transjudicial

A) Slaughter ha desarrollado una tipología de comunicación transjudicial (*trans-judicial communication*), clasificándola por la forma, el grado de compromiso recíproco (*reciprocal engagement*) y la función. Los resultados de su estudio definen un espectro que va desde el *diálogo conscientemente interactivo* entre un Tribunal nacional y otro supranacional, en un extremo, hasta el *uso no reconocido* por parte de un Tribunal nacional de ideas o modos de razonamiento de un tribunal extranjero, en el otro. Una vez identificados diferentes fenómenos que se podrían clasificar como comunicación transjudicial, la autora se plantea si de hecho podría decirse que ellos forman parte de un fenómeno más amplio, cuestión a la que responde afirmativamente porque considera que están unidos por un conjunto subyacente de elementos comunes, supuestos o precondiciones.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> Corte IDH, v. gr., "Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá", Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 12 de agosto de 2008, Serie C, núm. 186, párr. 180.

<sup>22</sup> Hemos anticipado algunas consideraciones sobre este tema, por ejemplo, en Bazán, Víctor, "Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 18, julio-diciembre 2011, Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público de la Universidad Rey Juan Carlos, Valencia, 2012, pp. 63-104.

<sup>23</sup> Anne-Marie Slaughter, "Typology of Transjudicial Communication", *University of Richmond Law Review*, núm. 29, 1994, pp. 135-136. El mismo trabajo puede consultarse en Thomas M. Franck, y Gregory H. Fox (eds.), *International Law Decisions in National Courts*, Transnational Publishers, Irvington, Nueva York, 1996, pp. 37-69.

Las citas que se efectuarán en las dos notas subsiguientes corresponderán a la primera referencia, o sea, la relativa a *University of Richmond Law Review*.

En todas las formas que describe en el trabajo que citamos, la *comunicación transjudicial* presupone que los tribunales involucrados se conciban a sí mismos como *actores gubernamentales autónomos*, incluso más allá de las fronteras nacionales; que hablen un *lenguaje común suficiente para interactuar* en términos más de persuasión que de coacción; y que se entiendan a sí mismos como *entidades similares comprometidas en una empresa común*. Añade que estas precondiciones parecieran existir entre un número creciente de cortes nacionales y tribunales supranacionales en todo el mundo, lo que a su vez abre la puerta a *una nueva visión de las relaciones jurídicas globales*.<sup>24</sup>

Considera además que el refuerzo de los *tribunales como actores internacionales y transnacionales autónomos* es un paso hacia la desagregación de la soberanía del Estado en un componente ejecutivo, uno legislativo e instituciones judiciales que pueden interactuar de forma independiente a través de fronteras. Agrega que los frutos de esa interacción se podrían contemplar como redes de instituciones, o de relaciones institucionalizadas, que emularan la forma y el fondo de un gobierno mundial sin que de hecho trasciendan o desplacen a los Estados-nación. Por poner un ejemplo —continúa la aludida doctrinaria—, las redes de los tribunales nacionales y supranacionales hablando entre sí en un proceso de *deliberación colectiva* sobre la protección de los derechos humanos podrían generar, en efecto, un *mecanismo multidimensional* para crear y hacer cumplir las disposiciones de derechos humanos de una hipotética constitución global. Pero lo harían con un mínimo de maquinaria global. Incluso, los elementos supranacionales en esta red dependerían para su efectividad de la sensibilidad (capacidad de respuesta) de los tribunales nacionales.<sup>25</sup>

**B)** Dicha "comunicación transjudicial" pareciera tener un alcance más general que el que rezuma la expresión "diálogo judicial". En otras palabras, tal vez la cuestión pudiera condensarse sosteniendo que este último es una especie —importante— del género "comunicación transjudicial".

---

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 136.

<sup>25</sup> *Idem*.

Para Bustos Gisbert, el proceso de comunicación transjudicial sin duda ha generado una fertilización mutua (*cross-fertilization*) entre instancias jurisdiccionales y, por ende, entre ordenamientos jurídicos. O sea, se ha creado una progresiva y muy enriquecedora influencia mutua entre instancias jurisdiccionales,<sup>26</sup> desde casi todos los puntos de vista.<sup>27</sup>

Por su parte, en un interesante trabajo publicado hace casi una década y media, que enfocaba el *diálogo judicial y la fertilización 'mutua'* (o —agregamos por nuestra parte— 'cruzada') de los sistemas jurídicos en el marco del Tribunal de la Unión Europea, Jacobs sostenía que dentro de esta estructura comunitaria había existido un *notable grado de diálogo judicial y fertilización cruzada*, lo que adquiriría mayor significación en vista de las grandes diferencias en los sistemas jurídicos de los Estados Miembros y en sus fundamentos históricos. Menciona-ba además que aquel Tribunal de la Unión también se había mostrado receptivo a la jurisprudencia de los tribunales y cortes internacionales, particularmente del TEDH. Por su parte, advertía que —hasta el momento de escribir su trabajo— había existido un impacto relativamente modesto de tribunales y cortes internacionales tales como la Corte Internacional de Justicia (CIJ) y el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (OMC), aunque conjeturaba que tal impacto podía incrementarse en el futuro.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> Rafael Bustos Gisbert, "XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 95, mayo-agosto de 2012, pp. 18-19.

<sup>27</sup> El autor citado realiza una matización a lo que considera una progresiva y muy enriquecedora influencia mutua entre instancias jurisdiccionales, diciendo "desde casi todos los puntos de vista". Al respecto, se refiere a que existe quien desde un "aislacionismo radical", pretende "excluir cualquier referencia a la jurisprudencia extranjera como fórmula (¿mágica?) de garantizar la soberanía del propio ordenamiento jurídico (Juez Scalia, voto particular a *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 [2003])" (*Ibid.*, p. 19).

Colateralmente, permítasenos comentar que Antonin Scalia falleció el 13 de febrero de 2016 a los 79 años. Era Juez de la Suprema Corte de Justicia de EE.UU. (desde 1986) y un reconocido conservador y cultor del "originalismo jurídico", que postula un regreso a la interpretación original de la Constitución norteamericana tal y como fue redactada por los Padres Fundadores (*Founding Fathers*).

<sup>28</sup> Francis G. Jacobs, "Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems: the European Court of Justice", en *Texas International Law Journal*, núm. 38, 2003, p. 556. Disponible en: <http://www.tilj.org/content/journal/38/num3/Jacobs547.pdf>

### 3.2. El diálogo jurisdiccional

Las expresiones "diálogo jurisdiccional", "diálogo jurisprudencial", "diálogo judicial" y equivalentes, no son unívocas sino que generan perspectivas conceptuales diversas y deparan numerosos intentos taxonómicos. Citaremos a continuación, sin ninguna intención de taxatividad, algunas percepciones autorales al respecto.

A) Para Burgorgue-Larsen el diálogo induce tanto el acuerdo como la oposición, tanto la contradicción o la discordia como el acuerdo, la concordia o la aprobación. Señala además que el diálogo puede ser *tri* o *multidireccional*, o sea, que no se manifiesta siempre en el marco de un dúo o tándem jurisdiccional, sino que se enriquece de las interacciones de varios actores jurisdiccionales.<sup>29</sup>

Añade que en Europa, el diálogo no es siempre idéntico ni utiliza los mismos "canales"; por el contrario, se manifiesta de distintas maneras y en diferentes contextos. Pese a tal variedad, expresa que fundamentalmente existen dos tipos de diálogo: el *diálogo regulado, organizado, previsto*; frente al *diálogo espontáneo, libre*. Dentro de esas dos grandes categorías, visualiza las manifestaciones *vertical* y *horizontal* de diálogo.<sup>30</sup>

Entiende por *diálogo regulado* al derivado de una serie de reglas procesales o de unas obligaciones internacionales que disminuyen la libertad del Juez nacional incitándolo a dialogar con el Juez supranacional (diálogo que sería siempre *vertical*); por ejemplo, en el espacio de la Unión Europea, un caso típico es el mecanismo del reenvío prejudicial, que supone un *diálogo integrado*, o sea, organizado de tal manera que lleve a la vigencia y la efectividad de la integración europea. Asimismo, existe el *diálogo convencional*, es decir, el que sin tomar un canal

<sup>29</sup> Laurence Burgorgue-Larsen, "La formación de un diálogo constitucional europeo a través del diálogo judicial", en Alejandro Saiz Arnaiz, y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, (coords.), *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa*, Porrúa/UNAM, México, 2012, pp. 29-30.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 32.

procesal equivalente al mecanismo prejudicial *se manifiesta entre el TEDH y los tribunales nacionales*, que tienen que actuar como "Jueces convencionales de derecho común".<sup>31</sup>

Ya el otro perfil de diálogo —*totalmente libre, desenfrenado, desbocado, espontáneo en tanto no deriva de una obligación internacional como tal*— es la manifestación de la existencia de una multitud muy variada de "obligaciones invisibles". El Juez está "aprisionado" por lazos múltiples que no puede ignorar al razonar su fallo y al momento de adoptarlo definitivamente. Esta modalidad de diálogo puede ser *horizontal* (entre los Jueces europeos mismos o entre los propios Jueces nacionales) o *vertical* (entre los Jueces nacionales y los Jueces europeos —exclusivamente el Tribunal con sede en Luxemburgo—).<sup>32</sup>

**B)** Por su parte, Bustos Gisbert asegura que

el éxito del significante 'diálogo judicial' se vincula a la intensificación de la interdependencia entre Estados y entidades internacionales como uno de los rasgos característicos de ese vaporoso e indefinible fenómeno conocido como globalización. Proceso que ha cambiado buena parte de las bases sobre las que se asentaba la convivencia humana. Esos cambios, como no puede ser de otra forma, afectan a todos los aspectos de la vida personal y en comunidad. Por ello no es de extrañar que tenga efectos también en el mundo jurídico y en el comportamiento de los órganos judiciales...<sup>33</sup> (énfasis añadido).

Justamente una de las manifestaciones más relevantes de tales cambios es la aparición de la *comunicación transjudicial* a la que aludiéramos.

El autor citado en el párrafo anterior efectúa una aproximación conceptual al "diálogo judicial" presentándolo como *la comunicación entre tribunales derivada*

---

<sup>31</sup> *Idem.*

<sup>32</sup> *Idem.*

<sup>33</sup> Rafael Bustos Gisbert, *op. cit.*, p. 18.

*de una obligación de tener en cuenta la jurisprudencia de otro tribunal (extranjero o ajeno al propio ordenamiento jurídico) para aplicar el propio Derecho.*<sup>34</sup>

Es también interesante la perspectiva que ofrece el aludido doctrinario cuando expone que la *estructura* de las interacciones expresadas en el diálogo pueden ser diferentes según la posición de los *sujetos dialogantes* pudiéndose hablar desde el ámbito exclusivamente internacional de diálogos *verticales* (por ejemplo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea —TJUE— y el Tribunal de Primera Instancia); *semiverticales* (el TJUE y el TEDH, el TJUE y el Órgano de Apelación de la OMC, el TJUE y la CIJ); *horizontales* (el TJUE y el Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio —EFTA—); *competitivos o superpuestos* (la CIJ y el Tribunal Internacional del Mar), o de *relaciones especiales* (el TJUE y los Tribunales Constitucionales estatales); "clasificación que probablemente deberíamos complicar aún más si incluimos en el análisis a las *relaciones con los tribunales nacionales y de éstos entre sí*" (énfasis agregado). Del mismo modo, esta comunicación será diferente según el grado de "implicación recíproca" (expresión ya utilizada por Slaughter), pudiéndose diferenciar entre diálogos *directos, monólogos y diálogos intermediados*.<sup>35</sup>

C) Entre las numerosas variantes taxonómicas de "diálogo", una modalidad simplificada consiste en identificar dos vertientes: la *vertical*, o sea, entre un tribunal internacional y los tribunales nacionales que integran dicho sistema; y la *horizontal*, entre los tribunales que pertenecen a distintos Estados que se encuentran en una relación de 'parificación ordinamental'.<sup>36</sup>

Esta segunda modalidad es relevante porque habilita una suerte de intercambio de ideas y razonamientos en torno a temas comunes de tribunales o cortes

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>35</sup> *Ibid.*, pp. 19-20.

<sup>36</sup> Utilizamos *mutatis mutandis* la presentación de Giuseppe De Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 10.

constitucionales y cortes supremas (y/o salas constitucionales en el marco de éstas) entre sí.

Con todo, nos centraremos particularmente aquí en las posibilidades de interlocución entre estos órganos y la Corte IDH, sin perjuicio de plantear tangencialmente que este tipo de diálogo también debería involucrar a órganos cuasijurisdiccionales, como por ejemplo, específicamente en el ámbito universal (ONU), el Comité de Derechos Humanos o el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Aun cuando tal vez para algunos autores sea complejo aceptar un enfoque en términos de "diálogo" (pues en su percepción no podría haberlo cuando existe una relación de disímil jerarquía entre los pretendidos *dialogantes*), nos interesa focalizar ahora aquella faceta vertical de interlocución, para lo cual entendemos que debe intensificarse un *'rapport' jurisprudencial crítico tangible y efectivo*.

Ello, con la finalidad de que no sólo los órganos de cierre de la justicia constitucional (y demás autoridades involucradas) acaten los patrones exegéticos labrados por el Tribunal Interamericano, sino que a su vez éste tenga en cuenta las observaciones y sugerencias que puedan partir de aquéllos, en aras del fortalecimiento progresivo del sistema tutelar de derechos fundamentales en nuestra área regional.

El diálogo interjurisdiccional que proponemos constituye un desafío que —según lo plantea Jimena Quesada— "se ve impregnado por una idea básica: la coexistencia coordinada de un sólido filtro de control de constitucionalidad y de un depurado filtro de control de convencionalidad, [que] puede y debe contribuir a paliar o, cuando menos, aminorar, las disfunciones susceptibles de aflorar en el sistema de fuentes del Derecho y, por tanto, los problemas de articulación en el seno del ordenamiento jurídico, con objeto de que no se resientan principios



esenciales del Estado social y democrático de Derecho como, entre otros, la seguridad jurídica o la igualdad".<sup>37</sup>

A su tiempo, recurriendo a un ejercicio extremo de síntesis y convergentemente con lo anunciado, la cuestión ya no puede enfocarse exclusivamente por medio de un *prisma unidireccional* desde la Corte IDH hacia los tribunales o cortes constitucionales y cortes supremas (y/o salas constitucionales en el marco de éstas), sino que corresponde hacer foco en una "construcción transnacional y cooperativa de estándares de derechos humanos, con efectos tanto a nivel nacional como regional".<sup>38</sup>

Ya específicamente en el contexto europeo y como señala López Guerra, es importante añadir que el desarrollo de la jurisdicción del TEDH a partir de la entrada en vigor en 1998 del Protocolo núm. 11, ha dado lugar a un proceso de reforma del Tribunal cuyos últimos exponentes son los Protocolos núm. 15 y 16, que aún no están vigentes. Estos Protocolos persiguen dos objetivos: por una parte, mejorar el procedimiento ante el Tribunal, para procurar una rápida resolución de los casos ante él planteados; y por otra, *promover un diálogo con las autoridades nacionales, con el objeto de facilitar la protección de derechos humanos en nivel nacional*. En ese contexto, el Protocolo núm. 15 pone el acento en la importancia de los conceptos de subsidiariedad y margen nacional de apreciación, al tiempo que introduce varias reformas en el procedimiento ante el Tribunal; mientras que el Protocolo núm. 16 crea un nuevo procedimiento, que permite a los tribunales nacionales solicitar del TEDH opiniones consultivas relativas a la aplicación e interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos.<sup>39</sup>

<sup>37</sup> Luis Jimena Quesada, *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2013, p. 158.

<sup>38</sup> Manuel E. Góngora Mera, "Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas", en Armin von Bogdandy *et al.* (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un 'Ius Constitutionale Commune' en América Latina?*, t. II, UNAM, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2010, p. 429.

<sup>39</sup> Véase Luis María López Guerra, "Los Protocolos de reforma núm. 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos", *Revista española de derecho europeo*, núm. 49, Civitas, Madrid, 2014, pp. 11-29.

Para finalizar este segmento y dejar paso a las conclusiones del trabajo, debe resaltarse que corresponde propiciar una lógica de *cross-fertilization* de ambas instancias en la línea de su retroalimentación y plausible reciprocidad de influjos, para enriquecer cuantitativa y cualitativamente la tutela y la realización de los derechos humanos por medio del intercambio de argumentos y experiencias y el aprendizaje mutuo.

#### 4. Apreciaciones finales

1. El progresivo crecimiento de la dinámica interactiva del derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos acentúa la exigencia de lograr una pacífica articulación de tales vertientes jurídicas en aras de solidificar el sistema general de derechos, y de bregar para que los Estados cumplan cabalmente los compromisos internacionalmente asumidos en la materia.

2. La Constitución, con la fuerza normativa que le es inherente, y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como las disposiciones contenidas —*inter alia*— en la CADH y las pautas interpretativas que a su respecto traza la Corte IDH, conforman un bloque jurídico que orienta su vigencia hacia una misma matriz axiológico-jurídica: *el resguardo y la realización de los derechos fundamentales*.

3. Uno de los pliegues de la interrelación de los tribunales locales y la Corte IDH corresponde al *control de convencionalidad*, que transita por dos vertientes: una en sede *internacional*, que es monopolizada por dicho Tribunal Interamericano en el marco del llamado *control de convencionalidad concentrado*; y la restante en los contextos *nacionales*, que está a cargo de los Magistrados locales (y las restantes autoridades competentes) y enraíza en el deber de éstos de constatar la congruencia de las reglas jurídicas internas que aplican en casos concretos con la CADH (y otros instrumentos internacionales esenciales en materia de derechos humanos) y los patrones hermenéuticos que la Corte IDH ha elaborado en su trajinar jurisprudencial. Esta última vertiente da cuerpo a lo que se ha dado en llamar el *control de convencionalidad difuso*.

4. El fundamento del examen de convencionalidad reposa, principal pero no exclusivamente, en los arts. 1, 2 y 29 de la CADH y 26, 27 y 31.1 de la CVDT, y está cruzado por la impronta jurídico-axiológica que traza el principio *pro persona*.

5. De la armonización de los arts. 1.1. y 2 de la CADH surge que los Estados Partes se comprometen a *respetar* los derechos y libertades reconocidos en ella y a *garantizar* su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna. Y si tal ejercicio no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, aquéllos se obligan a *adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*.

En ese contexto, la palabra "garantizar" supone el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias, incluso a través de decisiones jurisdiccionales, en orden a remover los obstáculos que pudieran existir para que sus habitantes estén en condiciones de disfrutar de los derechos que dicha Convención consagra.

6. El principio de adecuación normativa supone la obligación general de cada Estado Parte de adaptar su derecho interno a las disposiciones de la varias veces citada Convención, en aras de garantizar los derechos en ella reconocidos, lo que significa que las medidas de derecho doméstico han de ser efectivas con arreglo a la premisa de *effet utile*.

7. El control de compatibilidad convencional de la normativa doméstica sub-constitucional y constitucional *vis-à-vis* el compacto de reglas y principios que conforman la estructura literal de la CADH (y de los demás instrumentos integrantes del *corpus iuris* interamericano) y los patrones valorativos cincelados por la Corte IDH en su faena interpretativa, *no puede ni debe darse en el plano de una exclusiva lógica unidireccional desde la Corte IDH hacia las jurisdicciones nacionales*, sino que es preciso generar las condiciones para profundizar un *diálogo jurisprudencial crítico* (como una especie del género *comunicación transjudicial*)

entre ambos órdenes de tribunales concernidos: internos e interamericano, sobre la base de una dinámica de retroalimentación y respeto mutuo.

8. Ese esquema de aperturas dialógicas e influencias recíprocas debería constituirse en el paradigma jurisdiccional que adquiriera definitivo impulso en la presente centuria, para contribuir a despejar algunas de las dificultades sistémicas que atentan contra la cabal efectividad de los derechos básicos de la persona.

9. El ambicioso escenario de sinergia y fertilización cruzada que postulamos se asienta en la convicción de que es necesario y conveniente que ambas dimensiones jurisdiccionales convivan en conexión axiológica y jurídicamente cooperativa en la sintonía de una hermenéutica *pro persona*, en tanto ellas son copartícipes necesarias de un objetivo convergente: *fortalecer cualitativamente la protección de los derechos básicos en el arco regional*.

10. Ojalá florezca entre ambas jurisdicciones un diálogo crítico y tangible que convierta en realidad sus potencialidades evolutivas y las vuelque en la lucha por el perfeccionamiento tuitivo de los derechos básicos, los que —con su carácter transversal— representan un elemento crucial para la consolidación de la democracia, el Estado constitucional y convencional y la custodia irrestricta de la dignidad humana.

## Fuentes

BAZÁN, Víctor, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconventionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, Programa Estado de Derecho, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2014.

———, "El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales y prevenir la responsabilidad internacional del Estado", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 19, 2015, pp. 25-70.

\_\_\_\_\_, "Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 18, julio-diciembre 2011, pp. 63-104.

\_\_\_\_\_, "Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales latinoamericanos: el control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional crítico", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 16, junio-diciembre 2010, Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público Universidad Rey Juan Carlos, Valencia, 2011, pp. 15-44.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence, "La formación de un diálogo constitucional europeo a través del diálogo judicial", en SAIZ ARNAIZ, Alejandro y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa*, Porrúa/UNAM, México, 2012, pp. 29 y ss.

BUSTOS Gisbert, Rafael, "XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 95, mayo-agosto de 2012, pp. 13-63.

DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bologna, 2010.

GÓNGORA MERA, Manuel E., "Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas", en VON BOGDANDY, Armin, *et al.* (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un 'Ius Constitutionale Commune' en América Latina?*, t. II, UNAM, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2010, pp. 403-430.

JACOBS, Francis G., "Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems: the European Court of Justice", en *Texas International Law Journal*, núm. 38, 2003, p. 556 Disponible en: <http://www.tilj.org/content/journal/38/num3/Jacobs547.pdf>

JIMENA QUESADA, Luis, "La vinculación del Juez a la jurisprudencia internacional", en REVENGA SÁNCHEZ, Miguel (coord.), *El Poder Judicial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

LÓPEZ GUERRA, *Luis María*, "Los Protocolos de reforma núm. 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos", *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 49, Civitas, Madrid, 2014, pp. 11-29.

SLAUGHTER, Anne-Marie, "Typology of transjudicial communication", *University of Richmond Law Review*, núm. 29, 1994, pp. 135-136. Disponible en: <http://www.princeton.edu/~slaughtr/Articles/Typology.pdf>

# Notas sobre el Control ejecutivo de convencionalidad

Néstor Pedro Sagüés\*

## 1. Introducción

El objeto de este trabajo es, primero, distinguir las funciones *represivas* de las *constructivas* de la doctrina del control de convencionalidad dispuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para abordar después uno de los sujetos a los que el mismo Tribunal demanda que practique ese control: el Poder Ejecutivo. En tal sentido, se distinguirán los distintos papeles que en tal quehacer puede asumir ese órgano del Estado, y la administración pública en general, esto es, como *emisores* de normas y como *aplicadores* o, en su caso, *inaplicadores* de normas.

---

\* El presente trabajo se integra al programa de investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina.

\*\* Catedrático, Universidad de Buenos Aires y Pontificia Universidad Católica Argentina. Presidente honorario del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

## 2. Los roles represivos y constructivos del control de convencionalidad

La misión clásica del control de convencionalidad, a practicar por los Jueces nacionales a partir de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) dictada en 2006 en el Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, consistió en cumplir un papel típicamente *represivo*: inaplicar las reglas de derecho interno opuestas a la Convención Americana sobre derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica),<sup>1</sup> y a la doctrina sentada por la propia Corte Interamericana. Esa función se extendió como un deber a realizar "de oficio" por dichos Jueces, sobre todas las normas nacionales (Caso *Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú*), y finalmente, ejercitable por todos los órganos del Estado, especialmente los más vinculados a la administración de justicia, dentro del marco de sus respectivas competencias y aun respecto de leyes que tuvieran convalidación popular a través, v. gr., de referéndums o plebiscitos (por ejemplo, *Gelman vs. Uruguay*, 2011, con referencia a la llamada "ley de caducidad", o de extinción de la pretensión punitiva del Estado por delitos como secuestros, desapariciones o torturas perpetrados militares durante la última dictadura).

Junto a dicho papel represivo, el control de convencionalidad ha asumido otro, *constructivo* o *positivo*, que en última instancia produce un *reciclaje de la norma nacional*, sea constitucional o subconstitucional. Esta posibilidad es muy clara a partir del Caso *Radilla Pacheco vs. México*, párrafo 340, donde la Corte Interamericana subraya —si bien escuetamente— la necesidad de que las *interpretaciones constitucionales y legislativas* locales se adecuen a los principios estable-

<sup>1</sup> En rigor de verdad, el control de convencionalidad no se limita a asegurar la primacía del Pacto de San José de Costa Rica, sino de todos los tratados sobre derechos humanos ratificados por un Estado, los que conforman, para el mismo, una especie de *bloque de convencionalidad*, como agudamente lo denomina, v. gr., Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Cfr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el Juez mexicano", en Alejandro Saiz Arnaz y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coords.), *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa*, Porrúa-UNAM, México, 2012, pp. 109, 92.



cidos por la jurisprudencia de aquel Tribunal (la tesis se repite, por ejemplo, en *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, párrafo 233, y sus citas de *Fernández Ortega vs. México* y *Rosendo Cantú*), lo que implica pensar, interpretar y hacer funcionar a todo el derecho interno, en consonancia con las pautas del Pacto de San José de Costa Rica, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En definitiva, ello implica realizar la "interpretación conforme" del derecho doméstico, con estos dos últimos parámetros de control (Pacto y jurisprudencia).

Ello conduce a practicar, sostenemos, y de ser necesario, las siguientes operaciones: *i)* de *selección de interpretaciones*, prefiriendo aquellas exégesis del derecho doméstico compatibles con la convención americana sobre derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, y desechando las incompatibles con tales parámetros; *ii)* de *construcción de interpretaciones*, mediante interpretaciones del derecho nacional *mutativas por adición* (cuando se *agrega* algo al mensaje normativo del precepto normativo local, para tornarlo potable con el Pacto y jurisprudencia citados), *mutativas por sustracción* (al revés, si se *quita* algo a ese contenido, igualmente para compatibilizarlo con el Pacto y tal jurisprudencia), o *mutativas mixtas, por sustracción-adición* (también son llamadas "sustitutivas"), donde el operador *extrae* algo y *añade* algo al contenido de una norma constitucional o infraconstitucional, siempre para tornarla compatibilizada con el Pacto y la jurisprudencia mencionados.<sup>2</sup> El tema se vincula así con la doctrina de las sentencias constitucionales atípicas, también llamadas (no en sentido peyorativo), *manipulativas* o *modulativas* (asimismo, "interpretativas").

<sup>2</sup> Derivamos también al lector a nuestros estudios anteriores: Néstor Pedro Sagüés, "Derechos constitucionales y derechos humanos. De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada", en Humberto Nogueira Alcalá (coord.), *La protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho internacional de los derechos humanos*, Santiago de Chile, Librotecnia—Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2014, p. 15 y ss., y Jurisprudencia Argentina, 2013-IV-1342; Néstor Pedro Sagüés, "Empalmes entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad. La 'Constitución convencionalizada'", en Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi, *Estudios avanzados de derechos humanos*, Río de Janeiro, Elsevier, 2013, p. 617 y ss.; Néstor Pedro Sagüés, *La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada*, Porrúa, México, 2013, p. 356.

Mediante, en particular, los mecanismos de reciclaje del derecho interno, el intérprete-operador local evita choques frontales entre el Pacto de San José de Costa Rica, sumado a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, con la constitución (y todo el derecho) nacional, así como la declaración de invalidez, por inconventionalidad, de esas reglas domésticas, adaptándolas como reglas convencionales. Naturalmente, todo este manejo de variables alerta que la tarea del intérprete-operador actual es mucho más trabajosa que años atrás, al par que demanda en quien la haga cualidades especiales de olfato jurídico, perspicacia, imaginación y acierto. Es mucho más sencillo invalidar un precepto antes que reciclarlo. Pero esta última operatoria es necesaria, antes de destruir o inaplicar reglas locales, máxime si ellas son constitucionales.

En definitiva, es el concepto mismo de Constitución nacional el que puede alterarse. Hoy día, como instrumento jurídico, la Constitución no es ella sola, sino que se encuentra "convencionalizada", es decir, completada, conformada y reciclada con y por los tratados internacionales de derechos humanos, como el de San José de Costa Rica, y por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos.

Paralelamente, debe tenerse presente que el control de convencionalidad tiene que verificarse tanto en la *emisión* como en la *aplicación* de normas (*Gelman 2*, 20/3/13, párr. 69).

### **3. Los sujetos convocados para practicar control de convencionalidad**

Quienes primero fueron llamados para trabajar como operadores del control interno o nacional de convencionalidad, fueron los Jueces, como se desprende, por ejemplo, de *Almonacid Arellano vs. Chile*. Este fallo de 2006 fue ampliado posteriormente para involucrar a todos los órganos del Estado en ese trabajo, "especialmente los más vinculados con la administración de justicia". La apertura se registra ya, por ejemplo, en *Cabrera García y Montiel Flores v. México*, de 2010, párr. 225, y después se consolida reiteradamente. Por ejemplo, en *Gelman 2*, del

20/3/13, párr. 69, se convoca, respecto del Estado, a "todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, Jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos sus niveles".

El listado, pues, se agiganta, y presenta nuevos escenarios. Por ejemplo, el de los sujetos legisferantes,<sup>3</sup> entre los que cabe hoy mencionar: a) al Poder constituyente; desde luego, b) el Congreso; también c) el Poder Ejecutivo, cuando pronuncia normas, d) el Judicial, en los casos en que emite, v. gr., directrices jurisprudenciales que implican reglas obligatorias para Jueces u otros entes estatales, muchas veces a través de "sentencias exhortativas" que en verdad, de vez en cuando, se transforman en "sentencias legislativas"; e) en ciertos lugares, el Consejo de la Magistratura, habilitado de vez en cuando por la Constitución para expedir normas (en Argentina, por ejemplo, art. 114 inc. 5, para "dictar reglamentos relacionados con la organización judicial y los que sean necesarios para asegurar la independencia de los Jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia"), etc. Incluso cabe preguntarse si particulares generadores de normas, como los empresarios y trabajadores que establecen convenios colectivos de trabajo, obligatorios incluso para quienes no hayan intervenido en su aprobación, no se encuentran también comprendidos en esta esfera del control legisferante de convencionalidad, interrogante al que respondemos afirmativamente. Un convenio colectivo laboral, v. gr., no debería incluir cláusulas opuestas al Pacto referido y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Tal control legisferante obliga a los órganos del caso, en el ámbito de sus competencias, a no sancionar normas opuestas al Pacto de San José de Costa Rica y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, y a modificar las existentes, y en casos extremos a eliminarlas, para concordarlas con estos baremos.

<sup>3</sup> Nos remitimos a Néstor Pedro Sagüés, "Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad", *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 12 de noviembre de 2014, p. 104.

## **4. El control ejecutivo (y administrativo en general) de convencionalidad. Dimensiones**

El tema tiene importancia cotidiana e innegable. No obstante, no abundan los trabajos dedicados al asunto, que parten del supuesto, erróneo por cierto, de que el control de constitucionalidad es tarea, básica, y casi exclusiva, de Jueces. Pero hay felices excepciones.<sup>4</sup>

En concreto, en materia del control de convencionalidad realizado por el Poder Ejecutivo, cabe distinguir estas regiones.

### **4.1. El Poder Ejecutivo (y los entes administrativos en general) como órganos de emisión de normas**

Tal es el caso del Poder Ejecutivo cuando emite normas, que son de variada especie, a título de ejemplo: a) decretos leyes, o de necesidad y urgencia, que atienden asuntos, por excepción, propios del poder legislativo; b) decretos reglamentarios de una ley; c) decretos autónomos, en las áreas que le son constitucionalmente propias y exclusivas; d) decretos delegados, expedidos en virtud de leyes de delegación sancionadas por el Congreso, en materias de este último, y dentro de los márgenes constitucionales que lo permitan. A lo expuesto, habría que agregar la multitud de resoluciones ministeriales, ordenanzas, decretos, decisiones, comunicados, etc., emitidos por los diferentes órganos de la administración pública.

En estos supuestos, rigen las pautas propias del control legisferante de convencionalidad, en su doble versión de que tales normas deben conformarse con el Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de

---

<sup>4</sup> Recomendamos la lectura de Lucas L. Moroni Romero, "El control administrativo de convencionalidad", *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 9 de octubre de 2013, p. 47, cuyos aportes compartimos y seguimos en buena parte de este trabajo.

Derechos Humanos, y de que cabe corregir (y de ser necesario, dejar sin efecto) las existentes que colisionen con estos dos parámetros de convencionalidad.

#### **4.2. El Poder Ejecutivo (y los entes administrativos en general) como órganos de aplicación de normas**

Aquí cabe formular dos distinciones, recordando que tal control debe realizarse, también, de oficio (por ejemplo, Caso *Gelman 1*, 24/2/2011, párr. 193), y que en los procedimientos y procesos administrativos rigen también las reglas esenciales del Pacto de San José de Costa Rica que garantizan el debido proceso (v. gr., Caso *Baena*, 2/2/01, párr. 129).

4.2.1. *Control constructivo de convencionalidad.* En este terreno, *todos* los órganos de la administración deben hacer funcionar la normatividad que aplican, constitucional, legal y sub-legal, en consonancia con el Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según la doctrina de la "interpretación conforme" ya reseñada. En otras palabras (ver *supra*, 3) tendrán que escoger de entre las interpretaciones posibles de la norma nacional que efectivizan, las que se concilien con los parámetros internacionalistas indicados; y de ser necesario, realizar "construcción de interpretaciones" por adición, sustracción o mixtas, para lograr el empalme de las reglas domésticas, con el citado Pacto y jurisprudencia regional.

En este sentido, bien puede hablarse de un control *difuso* de convencionalidad, de tipo, volvemos a repetirlo, *constructivo*. Por ejemplo, practicado por autoridades universitarias, como Decanos y Consejos Directivos de una Universidad oficial, en torno a la acreditación de una asignatura para una alumna, o la falta de evaluación de un docente mientras se encontraba pendiente la sustanciación de un juicio académico.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> Cfr. Lucas L. Molinari Romero, "El control administrativo de convencionalidad", *op. cit.*, p. 51, en actuaciones seguidas ante la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

4.2.2. *Control represivo de convencionalidad.* En esta variable, de fracasar el control constructivo de convencionalidad, que siempre debe intentarse primero, el órgano administrativo en cuestión inaplica o desaplica la regla local que contra- viene el Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia regional.

En ese trabajo emergen serios obstáculos e interrogantes. Si es el propio órgano de emisión de la norma el que advierte que inexorablemente no se concilia con el sistema interamericano de derechos humanos, él mismo podría dejarla sin efecto.

Si se trata de un ente administrativo subordinado a quien emitió la norma (piénsese, v. gr., en un Director de administración que se encuentra ante un decreto del Poder Ejecutivo, en principio irremediamente opuesto al Pacto de San José de Costa Rica), no siempre estará autorizado, por sí mismo, para inaplicar al decreto en cuestión. Tendrá que utilizar los mecanismos internos de la administración para articular su problema.

La cuestión es más compleja cuando un Jefe de Estado, v. gr., entiende que una ley (a la que se encuentra constitucionalmente subordinado), choca irremisiblemente con el Pacto o la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Por supuesto, debe primero agotar los dispositivos de control constructivo de convencionalidad, para realizar una "interpretación conforme", según apuntamos (a través del método de selección y construcción de interpretaciones); pero si estos mecanismos le resultan infructuosos, la incógnita es si él podría, por sí mismo, realizar el control represivo de convencionalidad, e inaplicar la ley en cuestión.

En la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como ya anticipamos, ese control represivo de convencionalidad tiene que practicarse según las el marco de las reglas de competencia y de las normas procesales del ente que lo verifica (v. gr., Caso *Gelman 1*, 24/2/2011, párrafo 193). Por el paralelismo entre el control de convencionalidad y el de constitucionalidad, podría concluirse así: el órgano ejecutivo y administrativo que está habilitado para realizar el control de constitucionalidad, por sí mismo, también tendría facultades para

realizar allí control de convencionalidad. En cambio, si no es competente para consumir control represivo de constitucionalidad, tampoco estaría habilitado para realizar control represivo de convencionalidad, y tendría que derivar el caso al órgano estatal pertinente para realizar el control represivo de constitucionalidad-convencionalidad.

El tema es discutido, sobre todo, en aquellos países donde el Poder Ejecutivo, conforme la jurisprudencia prevaleciente, no tiene aptitud para declarar por sí la inconstitucionalidad de una ley (todo ello en base al principio de división de los poderes y ante el temor de que si se le permitiese tal cosa, el Poder Ejecutivo podría evadirse de cuanta ley no le gustase), y tampoco cuenta con legitimación, según la misma jurisprudencia que, aunque cuestionable, es la predominante, para plantear ante los tribunales la inconstitucionalidad de las leyes sancionadas por el Congreso (tal es el caso de Argentina, por ejemplo).<sup>6</sup>

En rigor de verdad, la Corte Interamericana ha extremado la aplicación de la doctrina del control de convencionalidad por parte de los órganos del Estado, judiciales, legislativos y administrativos. Si uno de estos últimos se encuentra ante la disyuntiva de inaplicar una ley contraria al Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y el método de la interpretación "conforme", portador del control constructivo de convencionalidad, no le es suficiente o exitoso, al par que no puede decidir por sí mismo la inconstitucionalidad del precepto legal en juego, es forzoso reconocerle legitimación procesal para plantear el asunto ante quien sí está habilitado para ejercer control de constitucionalidad, para que él resuelva el tema del control represivo de convencionalidad.

<sup>6</sup> El tema lo hemos tratado con mayor extensión en Néstor Pedro Sagüés, *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, 4a. ed., Buenos Aires, Astrea, 2013, t. 1 pp. 127 y 233. La jurisprudencia que impide que el Poder Ejecutivo alegue ante los tribunales la inconstitucionalidad de leyes, invoca en Argentina los conceptos de unidad del Estado, el bien del Estado mismo, la lealtad y buena fe del Estado frente a la comunidad, y el bien común. Tal argumentación, aunque sólida, no es en definitiva convincente. Si el Estado ha sancionado una ley inconstitucional, no es incorrecto que el Poder Ejecutivo requiera su inaplicación ante los tribunales, más allá de las reparaciones que esa declaración de inconstitucionalidad daría lugar, frente a los particulares.

En definitiva, lo que no es admisible es que el Poder Ejecutivo o el ente administrativo del caso tengan bloqueados todos los conductos de acceso para: *i*) decidir por sí mismo, o *ii*) para plantear ante un órgano apto para resolver el control represivo de constitucionalidad, su reclamo de control represivo de convencionalidad, respecto, v. gr., de una ley.

## 5. Recapitulación

El Poder Ejecutivo y la Administración Pública tienen importantes tareas que cumplir en materia de control de convencionalidad.

En cuanto emisión de normas, deben cuidarse, de oficio, de expedir reglas acordes con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. También, de modificar o derogar las que se opongan a ambas.

Respecto de la aplicación de normas domésticas, tienen siempre que realizar de oficio un control *constructivo* (difuso, pues), en el sentido de empalmar, mediante interpretaciones adecuadas, tales reglas con los parámetros de convencionalidad aludidos (Pacto y jurisprudencia de la Corte Interamericana).

De subsistir el problema de compatibilidad, deberán trabajar —igualmente de oficio— por la inaplicación de las reglas nacionales (control *represivo*). Según sea el régimen de control de constitucionalidad imperante en un país, en algún caso podrán inaplicarlas por sí mismos, pero en otros deberán ocurrir a los órganos adecuados para ejercer control de constitucionalidad represivo, y requerir ante ellos la descalificación (y consecuente inaplicación) por inconventionalidad, del material normativo local opuesto al Pacto y a la jurisprudencia citados. En algunas naciones, entonces, este control represivo es difuso, y en otras, concentrado.



## Fuentes

- MORONI Romero, Lucas L., "El control administrativo de convencionalidad", *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 9 de octubre de 2013.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, 4a. ed., Buenos Aires, Astrea, 2013.
- \_\_\_\_\_, "Empalmes entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad. La 'Constitución convencionalizada'", en Armin VON BOGDANDY, Flavia PIOVESAN y Mariela MORALES Antoniazzi, *Estudios avanzados de derechos humanos*, Río de Janeiro, Elsevier, 2013, p. 617 y ss.
- \_\_\_\_\_, *La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada*, Porrúa, México, 2013.
- \_\_\_\_\_, "Derechos constitucionales y derechos humanos. De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada", en Humberto NOGUEIRA Alcalá (coord.), *La protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho internacional de los derechos humanos*, Santiago de Chile, Librotecnia—Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2014, p. 15 y ss.
- \_\_\_\_\_, "Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad", *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 12 de noviembre de 2014.
- SAIZ Arnaz, Alejandro y Eduardo FERRER Mac-Gregor (coords.), *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa*, Porrúa-UNAM, México, 2012.



## ¿Qué es el control de convencionalidad?

Ideas introductorias en torno al  
control de convencionalidad

Rigoberto González  
Montenegro\*

### 1. Introducción

Si algo caracteriza al Estado constitucional de Derecho, o también conocido como Estado constitucional democrático de Derecho, es el establecimiento, en esencia, de una Constitución en la que, por una parte, se fijan los límites al ejercicio del poder público del Estado y, por la otra, se reconoce una serie de derechos a favor de todas las personas que lo integran. Además de la regulación de tales derechos, se ha procurado establecer toda una serie de mecanismos por medio de los cuales protegerlos cuando, independientemente de las circunstancias de que se traten, tales derechos resulten desconocidos, menoscabados o restringidos de manera arbitraria.

---

\* Doctor en Derecho por la Universidad Santa María La Antigua, Panamá. Especialista en Derecho Constitucional y Ciencias Políticas (Centro de Estudios Constitucionales de Madrid), España. Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá. Procurador de la Administración de la República de Panamá; y profesor universitario. Autor de más de treinta obras en su especialidad.

En ese sentido, en las constituciones se establecen mecanismos para que, de manera específica, se puedan proteger los derechos fundamentales en éstas regulados. Entre los cuales tenemos: la acción de hábeas corpus, la acción de amparo o de tutela (como también se le conoce), la acción de hábeas data, entre otras posibles. Lo que se persigue mediante tales acciones o mecanismos de tutela de los derechos fundamentales es que, los derechos reconocidos a favor de las personas no queden a expensas, en cuanto a su eficacia o garantía, a lo que dispongan las autoridades según su criterio o queden sujetos al resultado abusivo de sus actuaciones.

Toda persona requiere contar, dicho de otra manera, con la posibilidad de poder exigir, reclamar o promover la defensa de sus derechos, cuando considere que estos le han sido desconocidos o vulnerados. Lo característico de los mecanismos de protección de los derechos fundamentales a los que hemos aludido es que, con éstos lo que se busca hacer prevalecer, es el contenido normativo de la Constitución en cuanto a los derechos en ésta previstos. Otra particularidad en relación a tales mecanismos, para que se alcance una mayor eficacia en lo que respecta a la protección que se espera de éstos, es el papel relevante que les compete desempeñar a todos los Jueces y tribunales del Poder Judicial a los que está encomendada dicha labor.

Ahora bien, así como los Estados cuentan con una Constitución en la que se le da preponderancia, en su derecho interno, al reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, también se han comprometido, a través de sus autoridades, a hacer valer una serie de derechos humanos que, en el ámbito internacional, son el resultado de querer fijar, por parte de todos los Estados que componen la comunidad de naciones, tanto un derecho común como estándares mínimos para el reconocimiento y garantía de los derechos humanos.

De acuerdo a esta concepción y principio, se ha reconocido por parte de los tribunales que tienen que velar por el cumplimiento de los tratados y convenios así acordados, que si bien todos los Jueces y tribunales, como todas las autoridades de sus respectivos Estados, están sujetos, y por consiguiente, tienen que

cumplir las normas jurídicas de su derecho interno, también éstos y éstas quedan obligados a acatar, el Derecho internacional en materia de derechos humanos, que sus respectivos Estados se han comprometido a observar, a partir del momento en que éstos hayan ratificado los tratados y convenios en los que los mismos estén reconocidos.

Esto ha dado lugar a que se haya instaurado un control de convencionalidad, y se lleve a cabo por los tribunales supranacionales que se les ha encomendado la protección de los derechos humanos. En cuanto a este control de convencionalidad, el mismo ha sido y es muy profuso en su ejercicio por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Este tribunal supranacional del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos ha planteado, a su vez, que todos los Jueces y tribunales del Poder Judicial de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y que también han reconocido la competencia jurisdiccional de la Corte IDH como guardiana e intérprete última de la CADH, están obligados a ejercer, de oficio y dentro del marco de sus respectivas competencias, tal control de la convencionalidad, como también se le conoce.

El presente trabajo aborda, de manera introductoria y en unas ideas generales, lo que el uso de dicho control de convencionalidad implica, su importancia y particularidades. Dichas reflexiones tienen como referente y se ubican, por tanto, en el debate que sobre este mecanismo de tutela de los derechos humanos se ha estado generando, en el entorno de los países que forman parte del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y al que la doctrina le ha dedicado diversos y múltiples trabajos.

Resulta importante dejar planteadas en estas reflexiones introductorias, antes de analizar en concreto lo que significa el control de convencionalidad, dos ideas que consideramos necesarias tener presentes, y que han de permitir una mejor comprensión de lo que ha implicado el uso de dicho control para la protección y eficacia de los derechos humanos.

La primera de ellas tiene que ver con la concepción misma de los derechos humanos, en cuanto a su evolución histórica, aspecto que nos permitirá comprender en toda su dimensión todo lo relacionado con el reconocimiento de los mismos, así como su desarrollo y protección. Es decir, que cualquier estudio que se haga sobre los derechos humanos no puede pasar por alto que éstos no siempre fueron reconocidos, que cuando comenzaron a reconocerse algunos de ellos, a cierto grupo de personas se les excluía de los mismos y que, pese a todo lo avanzado en cuanto a su importancia, todavía existen grupos de personas a los que, por distintas razones o motivos, no se les da el mismo tratamiento que a los demás integrantes de la sociedad.

Desde nuestra perspectiva actual, lo que hay que tener presente por consiguiente es que el reconocimiento de los derechos humanos ha pasado por distintas etapas y que, como bien lo anota Juan Antonio Travieso, "en cada una de esas etapas, los derechos humanos se fueron incorporando primero en las ideas políticas, luego se trasladaron al ámbito jurídico y por tanto al sistema normativo del derecho positivo interno, y por último se extendieron al sistema internacional".<sup>1</sup>

Lo que significa, según este planteamiento, y como ha sido sostenido en la doctrina, la problemática de los derechos humanos tiene que ser entendida como un proceso de perfeccionamiento, de avances, de superación de obstáculos y que, por tanto, éstos constituyen no un punto de llegada, sino de partida. Es decir, y como lo expresan Javier Sádaba y José Luis Velásquez: "...los Derechos Humanos son antes que nada y al margen de las muchas definiciones que de tales derechos se pueden dar, conquistas históricas, signos (...) en los que, una vez alcanzados, no se puede dar marcha atrás".<sup>2</sup>

La otra idea se refiere a la protección de los derechos humanos, que es de lo que, de manera concreta, trata el control de convencionalidad. Es decir, por

<sup>1</sup> Juan Antonio Travieso, *Historia de los derechos humanos y garantías en la comunidad*, Heliasta, Argentina, 2005, p. 25.

<sup>2</sup> Javier Sádaba y José Luis Velásquez, *Hombres a la carta. Los dilemas de la bioética*, Temas de hoy, España, 1998, pp. 35-36.

muy importante que resulte el reconocimiento y, por consiguiente, la regulación formal de los derechos humanos en los distintos y variados instrumentos internacionales, todos sabemos que ello, por sí solo, nunca será suficiente. Se requiere, de ahí, dotar a los derechos humanos de los mecanismos jurídicos que hagan posible, ante su eventual desconocimiento, vulneración o menoscabo, su tutela, es decir su garantía de cumplimiento.

Esta concepción responde, y es cónsona, con la que surgió alrededor de la Constitución cuando se estableciera ésta como norma jurídica. Se hizo consciencia así de que, para que ésta desplegara su eficacia normativa, era necesario establecer lo que con el tiempo ha venido a conocerse como la jurisdicción constitucional o justicia constitucional. Sin el mecanismo del control de constitucionalidad, como también se le conoce, la Constitución poco o nada pudiera cumplir con su cometido: servir de garantía para la eficacia de los derechos fundamentales, así como para fijar los límites en el ejercicio del poder político del Estado, como ya se indicó.

Como bien lo señala Luigi Ferrajoli —idea que es aplicable para el caso de los tratados, convenciones o declaraciones sobre derechos humanos—, "una Constitución puede ser avanzadísima por los principios y los derechos que sanciona y, sin embargo, no pasar de ser un pedazo de papel si carece de técnicas coercitivas —es decir, de *garantías*— que permitan el control y la neutralización del poder y del derecho ilegítimo".<sup>3</sup>

Lo que significa, para el caso de las normas de los tratados, convenciones o declaraciones internacionales sobre derechos humanos, que de nada serviría su ratificación por parte de los distintos Estados, si no se cuenta, a la vez, con mecanismos que posibiliten hacerlas efectivas ante la eventualidad de su desconocimiento, infracción o menoscabo. Quedarían reducidas, para decirlo con palabras de Luigi Ferrajoli, a simples hojas de papel o a simples proclamas ornamentales.

<sup>3</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, España, 1995, p. 852.

A esto es a lo que ha venido a dar respuesta el control de convencionalidad, como veremos a continuación.

## 2. Un concepto del control de convencionalidad. Qué implica dicho control

Con respecto al concepto de lo que se entiende por control de convencionalidad, nos dice el jurista y autor venezolano Allan R. Brewer-Carías, que éste es "el control que usualmente ha realizado y realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus sentencias, cuando al juzgar las violaciones a la Convención Americana sobre derechos Humanos cometidas por los actos u omisiones de los Estados, ha tenido que confrontar las normas de la misma con las previsiones del derecho interno, de manera que en los casos en los cuales ha encontrado que éstas son contrarias o incompatibles con aquellas, ha ordenado a los Estados realizar la corrección de la inconvencionalidad, por ejemplo modificando la norma cuestionada".<sup>4</sup>

Por su parte Miguel Carbonell, profesor y jurista mexicano, señala que,

el control de convencionalidad es consecuencia directa del deber de los Estados de tomar las medidas que sean necesarias para que los tratados internacionales que han firmado se apliquen cabalmente. Recordemos que el artículo 1o. de la Convención Americana de Derechos Humanos señala que los Estados parte se comprometen a respetar los derechos que ella establece, pero también a 'garantizar' su pleno y libre ejercicio.<sup>5</sup>

Al referirse a este tema en el Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, en la sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones

<sup>4</sup> Allan R. Brewer-Carías, "Sobre el marco conceptual del control de convencionalidad: antecedentes, derecho de amparo y derecho administrativo", en Allan R. Brewer-Carías, Jinesta Brewer-Canarias, Héctor Hernández-Mendible et al, *Estudios sobre el control de convencionalidad*, Colección Estudios Jurídicos No. 109, Editorial Jurídica Venezolana, Venezuela, 2015, p. 36.

<sup>5</sup> Miguel Carbonell, *Teoría de los Derechos Humanos y del Control de Convencionalidad*, Centros de Estudios Carbonell, México, 2015, p. 139.



y Costas), párr. 124, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejaba consignado que,

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 sobre Derechos Humanos (...).

En dicho caso también indicaba la Corte Interamericana que "en esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que 'según el Derecho Internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el Derecho interno'.<sup>6</sup> En efecto, esta regla de cumplimiento de los tratados y convenios internacionales está consignada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

Posteriormente —en el Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, de sentencia de 24 de noviembre de 2006—, la Corte Interamericana sostenía 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

<sup>6</sup> Corte IDH, Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 53.

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.<sup>7</sup>

Como se ve, tanto de los autores citados como de los fallos de la Corte Interamericana aludidos, se infiere qué implica el control de convencionalidad. Éste resulta ser, así, un mecanismo mediante el cual se busca que se haga efectiva la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de acuerdo a su objeto y fin, y que por lo tanto, se cumpla incluso sobre el derecho interno del Estado que la haya ratificado. Dicho control debe ser llevado a cabo por los tribunales del país de que se trate, toda vez que los mismos, si bien están sometidos a las normas jurídicas de su país, también están sujetos a la Convención Americana.

Como lo indica la Corte Interamericana, este control debe hacerse *ex officio*, lo que significa que ni siquiera tiene que ser requerido por persona alguna. Dicho de otra manera, es una obligación de los tribunales efectuar el control de convencionalidad sin que haya que requerírsele.

En concreto, el control de convencionalidad es un mecanismo por medio del cual —ya sea que lo lleve a cabo la Corte Interamericana, o lo ejerzan los Jueces y tribunales del Poder Judicial de los Estados partes de la Convención Americana—, es posible confrontar el derecho interno del Estado, cuyas autoridades han sido cuestionadas o demandadas por haber infringido, menoscabado, vulnerado u omitido garantizar los derechos humanos de una persona. Producto de dicha confrontación podrá establecerse, verificar o determinar si se han menoscabado o no a los derechos humanos reconocidos de la persona humana en la Convención.

Con más precisión, mediante el control de convencionalidad, el encargado de ejercerlo confronta el derecho interno de un Estado miembro del sistema inter-

<sup>7</sup> Corte IDH, Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, párr. 47.

americano de protección de los derechos humanos con la Convención Americana. Dicho control tiene como propósito establecer si el derecho interno del Estado de que se trate es o no conforme con la Convención. De donde se sigue que, si como resultado del control así llevado se establece que el derecho interno del Estado demandado como infractor de la Convención Americana no es conforme o no se ajusta a ésta, la norma del derecho interno no podrá aplicarse, por lo que en su momento, deberá ser removida, derogada o adecuada por las autoridades del respectivo Estado a los parámetros fijados por la Convención Americana como a los criterios jurisprudenciales emitidos por la Corte Interamericana.

De lo expuesto se infiere que existen dos tipos o modalidades de control de convencionalidad, como se reconoce en la doctrina. Uno es el que compete a la Corte Interamericana, al corresponderle la custodia de la Convención Americana, como intérprete última. Este tipo de control es conocido como el control de la convencionalidad concentrado, y tiene como sustento la propia Convención Americana. La otra modalidad es la que compete a todos los Jueces y tribunales del Poder Judicial de los Estados miembros de la Convención Americana. A éste se le conoce como control de la convencionalidad difuso y es producto, como pudo observarse, de la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Ahora bien, ¿con qué propósito debe hacerse tal control? Pues con el objeto, como ha señalado la Corte Interamericana, de "hacer prevalecer la Convención Americana y los fallos de esta Corte sobre la normatividad interna, interpretaciones y prácticas que obstruyan el cumplimiento de lo dispuesto" en la Convención. Este es quizás el aspecto más relevante y controversial de lo que implica el control de convencionalidad ya que, de acreditarse que una norma, ley o práctica del derecho interno de un país es contraria o no es conforme a la Convención Americana y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, se tiene que hacer prevalecer dicha Convención así como la jurisprudencia emitida que esté relacionada con la misma. Lo que significa, de acuerdo a lo explicado, que una vez acreditada la inconventionalidad, no se debe aplicar el derecho interno contrario a la Convención y, por consiguiente, es ésta la que debe prevalecer sobre cualquier norma del derecho interno infractora o desconocedora de ésta.

Esta particularidad del control de convencionalidad es tan significativa que, incluso, cuando una norma constitucional de un Estado es contraria a la Convención, la Corte Interamericana ha dispuesto que la misma tiene que ser modificada, a fin de ajustarla a la Convención. Ello ocurrió así en el llamado Caso *Olmedo Bustos y otros vs. Chile (La última tentación de Cristo)*, en la sentencia de 5 de febrero de 2001. En el cual, decía la Corte que "al mantener la censura cinematográfica en el ordenamiento jurídico chileno (artículo 19 número 12 de la Constitución Política y Decreto Ley número 679) el Estado está incumpliendo con el deber de adecuar su derecho interno a la Convención de modo a hacer efectivos los derechos consagrados en la misma, como lo establecen los artículos 2 y 1.1 de la Convención".

Una vez señalado esto en la sentencia en mención, dispuso la Corte Interamericana que "el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película 'La última tentación de Cristo', y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto".<sup>8</sup>

La sentencia así emitida por la Corte Interamericana llevó a que el Estado chileno, mediante "la Ley de Reforma Constitucional No. 19.742, que eliminó la censura previa, reemplazándola por un sistema de calificación cinematográfica", modificara su Constitución dando, de esa manera, cumplimiento a la sentencia de la Corte Interamericana.

Lo relevante del caso en mención es que, en éste, parte del debate se centraba en la existencia de una norma constitucional del Estado chileno que, al establecer la censura previa en materia cinematográfica, la hacía contraria a la Convención Americana. Ello motivó a que la Corte Interamericana determinara la inconven-

<sup>8</sup> Corte IDH. Caso *Olmedo Bustos y otros vs. Chile ("La última tentación de Cristo")*. Sentencia de 5 de febrero de 2001, párrs. 35 y 39.

cionalidad de dicha disposición, con el resultado de la respectiva condena de responsabilidad internacional del Estado chileno y la consecuente modificación de su Constitución. Tal modificación tenía como finalidad, adecuar su derecho interno constitucional a la Convención Americana, lo que terminó haciendo el Estado chileno.

Por debatible que pueda ser este aspecto del control de convencionalidad, y que tiene que ver con la competencia que asume la Corte Interamericana como guardiana e intérprete última de lo establecido en la Convención Americana, lo cierto es que de nada serviría que los Estados suscriban y ratifiquen tratados y convenios sobre derechos humanos, y después puedan aducir su derecho interno, para desconocer lo que en dichos tratados y convenios se haya dispuesto en materia de derechos humanos.

Es por ello por lo que, cuando una norma jurídica del derecho interno de un Estado parte de la Convención Americana —independientemente de la jerarquía que sea, lo que incluye su Constitución— es contraria, menoscaba, desconoce, restringe o vulnera la Convención, no deba prevalecer en detrimento del objeto y fin de la Convención: el garantizar y hacer eficaz los derechos humanos. De ahí que, en estos casos, una vez acreditada la vulneración de la Convención por parte del derecho interno del Estado demandado, el mismo deba adecuarse a los parámetros convencionales, a fin de hacer valer la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos. Y, si esa norma jurídica es la Constitución, es ésta la que debe adecuarse a la Convención.

Con relación a este tema discutible y controversial del control de convencionalidad, nos dice Néstor Pedro Sagüés que,

en el supuesto de oposición entre una cláusula de la Constitución y la Convención Americana (Pacto de San José de Costa Rica), el asunto es más discutido, pero de todos modos, si el Estado debe cumplir con la convención a todo costo, y no puede alegar su Constitución para incumplir al Pacto, esto provoca, como resultado concreto final, que el pacto está jurídicamente por encima de la Constitución. En efecto, la

consecuencia del control de convencionalidad, es que la regla constitucional que lesiona al Pacto debe quedar inaplicada, o si se prefiere, de aceptarse la expresión de Sudré, 'paralizada' (lo mismo acaece, desde luego, con las normas subconstitucionales violatorias del pacto).<sup>9</sup>

De todo lo expuesto en estas ideas introductorias y generales sobre el control de convencionalidad, se sigue que lo que éste viene a implicar es que, desde el momento en que un Estado ratifica un tratado o convenio sobre derechos humanos queda obligado a su cumplimiento. Lo que significa que a partir de ahí, el mismo no podrá alegar su derecho interno para dejar de cumplir o acatar lo dispuesto en el tratado o convenio ratificado. Ello conllevará a que, todo su derecho interno deberá adecuarse y ser, en consecuencia, conforme al contenido del tratado o convenio sobre derechos humanos. Esto hará posible que se haga eficaz el objeto y fin de lo pactado en materia de derechos humanos, por parte del Estado que así ha procedido, es decir, que se reconozcan, respeten y garanticen los derechos humanos de todas las personas a los que van dirigidos los mismos.

De ahí que en el evento en que se produzca una contravención de lo dispuesto y reconocido en la Convención de Derechos Humanos, se contará con el control de convencionalidad, ya sea que lo ejerza la misma Corte Interamericana o, cuando ello deba hacerlo el Poder Judicial de uno de los Estados miembros del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, a objeto de hacer prevalecer la Convención sobre el derecho interno, lo que ha de permitir que se cumpla con el objeto y fin de tal Convención.

### 3. Particularidades del control de convencionalidad

De los distintos y variados fallos que ha ido emitiendo la Corte Interamericana con respecto al control de convencionalidad, se pueden extraer una serie de

<sup>9</sup> Néstor Pedro Sagüés, "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. Estudios Constitucionales", Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, año 8, núm. 1, 2010, pp. 128-129.

particularidades que permiten precisar la relevancia de dicho control, como mecanismo que permite hacer efectiva, en el derecho interno de los países miembros del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la Convención Americana. Dichas particularidades han ido estableciéndose, desarrollándose y matizándose por la Corte Interamericana, a lo largo de los distintos casos en los que ha intervenido como intérprete última de la Convención Americana.

En ese sentido, desde un principio, la Corte planteó una serie de aspectos que con el tiempo fue ampliando y concretando, lo que permite, además de hacer un uso adecuado y eficaz del control de convencionalidad, comprender los alcances del mismo. En ese sentido, dichas particularidades del control de convencionalidad pueden identificarse de la siguiente manera:

1. La Corte Interamericana parte del supuesto, y como un hecho no discutible, que los Jueces y tribunales del Poder Judicial de los Estados miembros de la Convención están sometidos al sistema jurídico de su país.

Esto lo dejaba claramente establecido en esos términos la Corte Interamericana desde el fallo emitido por razón del Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, cuando en la sentencia de 26 de septiembre de 2006, en su párrafo 124, y al cual ya se hizo referencia, consignaba que, "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". De donde se sigue que, el ejercicio del control de convencionalidad no conlleva ni implica desconocer el sometimiento al que quedan sujetas todas las autoridades del Estado de que se trate, lo que incluye desde luego a todos sus Jueces y tribunales, a las normas de su derecho interno.

2. No obstante ello, la Corte Interamericana también dejaba consignado que desde el momento en que un Estado ratifica la Convención Americana de los Derechos Humanos, tal compromiso así asumido exige que sus Jueces y tribunales de justicia queden también sujetos a la observancia y cumplimiento de

dicha Convención. De ahí entonces que, en el ejercicio de sus funciones, estén obligados a tener presente, lo que sobre derechos humanos tiene regulado y previsto la Convención Americana.

En el ya citado fallo, en efecto, señalaba la Corte Interamericana que, "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". Dicho de otra manera, desde el momento en el que un Estado ratifica un tratado o convención sobre derechos humanos, sus Jueces y tribunales quedan comprometidos a acatar, como autoridades de dicho Estado, además de su derecho interno, al Derecho que sobre derechos humanos queda consignado en dichos tratados y convenciones.

3. De lo anterior se deriva que, en la medida en que los Jueces y tribunales de los Estados partes de la Convención Americana están sujetos a ésta de la misma manera que a su derecho interno, quedan obligados a verificar que, en el ejercicio de sus competencias, no existan ni se apliquen normas jurídicas que sean contrarias o menoscaben los derechos humanos reconocidos en la Convención.

4. Como consecuencia de la anterior particularidad del control de convencionalidad, si el Juez o tribunal que conoce de una causa se percató que existe una ley o norma jurídica del derecho interno del Estado al que pertenece, que sea contraria, infrinja, menoscabe o restrinja uno o varios derechos de los reconocidos en la Convención Americana, una u otra carecerá, desde un inicio, de efectos jurídicos. Por lo que ya sea la ley o la norma jurídica así acreditada, no podrá ser aplicada por el Juez o tribunal en el caso que viene conociendo. La razón de la no aplicación tiene como fundamento su desconocimiento, menoscabo o restricción de un derecho humano previsto en la Convención Americana. La no aplicación del derecho interno que es contrario a la Convención hace que sea ésta la que prevalezca, trayendo como resultado que se garantice y haga cumplir su objeto y fin.



La no aplicación del derecho interno por ser contrario a la Convención Americana, y la obligación de tener que adecuar, ajustar, modificar o derogar lo que es infractor de la Convención, obedece al compromiso de acatarla asumido por el Estado al ratificarla. Y ese compromiso asumido pasa por hacer eficaz, por garantizar, los derechos humanos en la Convención reconocidos aunque con ello deban sus autoridades dejar de aplicar su derecho interno.

5. Muy íntimamente relacionada con las anteriores particularidades se produce otra, y que se deriva como consecuencia lógica de las antes aludidas, y que consiste en que si se demuestra o establece que existe una ley o norma jurídica que es contraria a la Convención Americana, no sólo debe dejarse de aplicar dicha ley o norma, sino que se debe adecuar el derecho interno del Estado de que se trate al contenido de lo que sobre derechos humanos tiene regulada la Convención. Dicho de otra manera, para hacer prevalecer la Convención Americana sobre el derecho interno que es contrario a la misma, no es suficiente con no aplicar éste al caso que está conociendo un Juez o tribunal en particular, sino que se requiere que el Estado adopte las medidas necesarias para hacer efectiva la Convención con su objeto y fin, lo que implica adecuar, modificar y, si es el caso, derogar, aquellas leyes o normas jurídicas que sean contrarias a la Convención.

Esto también implica la posibilidad o la obligación por parte del respectivo Estado de adoptar medidas o aprobar normas jurídicas, con miras a hacer efectivos los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana.

Esto queda claramente establecido por la Corte Interamericana en la sentencia emitida por razón del Caso *la Cantuta vs. Perú*, cuando señalaba dicho tribunal de derechos humanos que en el artículo 2o. de la Convención se "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 consagrados, la cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*)". A lo que adiciona

Ciertamente el artículo 2o. de la Convención no define cuáles son las medidas pertinentes para la adecuación del derecho interno a la misma, obviamente por depender ello del carácter de la norma que la requiera y las circunstancias de la situación concreta. Por ello, la Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: *i*) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y *ii*) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. El Tribunal ha entendido que la obligación de la primera vertiente se incumple mientras la norma o práctica violatoria de la Convención se mantenga en el ordenamiento jurídico y, por ende, se satisface con la modificación, la derogación, o de algún modo anulación, o la reforma de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda.<sup>10</sup>

6. ¿Cómo se hace efectiva la Convención Americana a fin que se pueda alcanzar y garantizar su objeto y fin? Para hacer efectiva la Convención Americana sobre Derechos Humanos, todos los Jueces y tribunales de los Estados miembros de la Convención están obligados a llevar a cabo, dentro de sus respectivas competencias, un control de convencionalidad entre las normas jurídicas del derecho interno del Estado al que pertenecen y la Convención. Este control deben hacerlo, como lo ha señalado la Corte Interamericana en distintos fallos sobre el tema, *ex officio*; lo que significa que no deben esperar a que así se lo requiera una de las partes del proceso del que conocen. Su obligación, su deber, es llevar a cabo dicho control de convencionalidad, de manera que, en el evento que ello se requiera, se haga prevalecer la Convención Americana sobre el derecho interno que le sea contrario a ésta.

7. Por último, y sin que ello signifique que éstas puedan ser consideradas las únicas particularidades del control de convencionalidad, la Corte Interamericana ha señalado que los Jueces y tribunales del Poder Judicial de los Estados miembros de la Convención, al momento de ejercer el control de convencionalidad,

<sup>10</sup> Corte IDH. Caso *La Cantuta vs. Perú*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006, (Fondo, Reparaciones y Costas), párrs. 90-91.

deben tener presente no solamente lo que tiene previsto la Convención Americana, sino también la jurisprudencia que sobre ésta ha ido emitiendo la Corte en los distintos casos que han sido de su conocimiento.

Expresado en otros términos, deberán aplicar en el control de convencionalidad a la Convención Americana de derechos humanos y la jurisprudencia producto de la interpretación realizada por la Corte Interamericana, en su condición de intérprete última de tal Convención sobre derechos humanos. Lo que significa que el parámetro de convencionalidad a tener presente sería la Convención Americana y la jurisprudencia que sobre ella ha ido emitiendo la Corte Interamericana. Ello obliga, de ahí, a conocer y estar al tanto de las sentencias que vaya profiriendo la Corte Interamericana al ejercer sus funciones contenciosas.

Las particularidades reseñadas son resumidas, en una forma u otra, en la sentencia de 26 de noviembre de 2010, en la que la Corte Interamericana dejaba consignado que:

Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas *están sujetas al imperio de la ley* y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus Jueces, *también 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*. Los Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles *están en la obligación de ejercer ex officio un 'control de convencionalidad'* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los Jueces y órganos 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 última* de la Convención Americana<sup>11</sup> (las cursivas son nuestras).

<sup>11</sup> Corte IDH, Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 86.

Todas y cada una de las particularidades antes aludidas nos permiten conocer lo que implica el control de convencionalidad, así como su importancia y alcance como mecanismo a través del cual es posible hacer prevalecer y, por tanto garantizar, la aplicación de la Convención Americana. Con su aplicación en el derecho interno por parte de los respectivos Estados miembros de la misma se logra dar cumplimiento a su objeto y fin, que no es otro que se hagan valer los derechos humanos en ella reconocidos a toda persona humana por el solo hecho de serlo.

#### **4. A manera de reflexión final**

Las reflexiones expuestas apenas son y constituyen unas ideas generales sobre el concepto, sentido y particularidades del control de convencionalidad. No cabe duda que es mucho lo que todavía se puede, y debe debatir, sobre este mecanismo de tutela o de protección de los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De lo que sí no cabe duda es que, el control de convencionalidad representa todo un cambio de paradigma en la forma de entender la protección de los derechos humanos. De ahí la importancia de su estudio, análisis, reflexión, debate y cuestionamiento por todos los estudiosos del Derecho, independientemente sea la disciplina jurídica de su preferencia.

¿Por qué se afirma que el control de convencionalidad ha venido a representar, todo un cambio de paradigma, en la forma de concebir y proteger los derechos humanos? Pues porque pone a prueba, amplía y supera toda una serie de concepciones y principios que se han ido elaborando y estableciendo desde la óptica del Estado y su Derecho, en cuanto al reconocimiento y garantía en materia de derechos humanos.

El control de convencionalidad, así, se ubicaría en aquella corriente doctrinal que alude a las distintas etapas por las que ha pasado y evolucionado el Estado de Derecho, hasta culminar en la que lo ha incorporado y dado lugar a una nueva forma de entender dicho Estado, en cuanto a la manera de reconocer y proteger

los derechos humanos. En ese sentido, diversos autores han aludido a tales etapas, identificando y diferenciando al Estado de Derecho como Estado legal de Derecho, Estado constitucional de Derecho y Estado constitucional y convencional de Derecho o, simplemente, Estado convencional de Derecho.

Uno de estos autores es, por ejemplo, Manuel Fernando Quinche Ramírez, quien al abordar el tema ha señalado que:

De análoga forma a como en la modernidad el Estado legislativo de derecho suponía metodológicamente la existencia del principio de supremacía de la ley, y como el Estado constitucional democrático de la segunda mitad del siglo XX supone la existencia metodológica del principio de supremacía de la Constitución, de la misma manera en el ámbito del Estado actual y del compromiso internacional por la defensa, garantía y protección de los derechos humanos, se impone la existencia y vigencia del principio de supremacía de la Convención Americana y del derecho convencional.<sup>12</sup>

Ello significaba, según la concepción imperante, que en el Estado legal de Derecho se partía del supuesto de que todos los poderes públicos quedaban subordinados a la ley proferida por el Parlamento, en el que se encontraba representada la voluntad popular. Prevalecía, como se infiere, el principio de legalidad, y el método de interpretación jurídica que se resaltaba era el de la interpretación exegética que implicaba ajustarse a la letra o voluntad del creador de la ley. En esta concepción los derechos fundamentales dependían, en cuanto a su reconocimiento y eficacia, a lo que se dejara establecido en la ley.

Al superarse esta concepción, surge el denominado Estado constitucional de Derecho. En éste se hace prevalecer el principio de supremacía constitucional, al reconocerse a la Constitución como norma jurídica con plena eficacia normativa. Ahora, todos los poderes públicos, incluyendo al Parlamento, quedarían

<sup>12</sup> Manuel Fernando Quinche Ramírez, *El control de convencionalidad*, Temis, Colombia, 2014, p. 65.

sujetos y subordinados a lo establecido en la Constitución, al ser ésta producto del poder constituyente originario, cuyo titular es el pueblo.

Con respecto a esta concepción, nos dice Rodolfo Vigo que, al entenderse a la Constitución como "norma jurídica superior", "ella no se reduce a ser un programa político que limita y estructura el poder del Estado, sino que tiene todas las características de una regla jurídica, aunque cuantitativamente superior, que por estar en ese lugar jerárquicamente superior, logra imponerse a cualquier otra norma del derecho vigente que preside".<sup>13</sup>

En ambos supuestos se reconocían y reconocen los derechos fundamentales, incluso, en el caso del Estado constitucional de Derecho, como ya se aludió, se prevenían y se prevén, mecanismos que protegen de manera específica los derechos fundamentales cuando son vulnerados. Hacer respetar los derechos fundamentales depende, de manera preponderante, del papel que jueguen y desempeñen las autoridades, lo que corresponde sobre todo, al Poder Judicial del Estado constitucional.

De igual forma, la amplitud, desarrollo y garantía de los derechos fundamentales quedaban y quedan supeditados a lo que se determine en el derecho interno del Estado de que se trate. Esto encuentra mayor relevancia cuando dichos derechos son reconocidos en la Constitución, por lo que pasan a conocerse como derechos fundamentales.

Lo básico, en todo caso, es que la problemática que gira alrededor de la protección de los derechos fundamentales se plantea, se debate y dilucida dentro del ámbito de la soberanía del Estado constitucional y de las competencias de sus autoridades judiciales.

---

<sup>13</sup> Luis Rodolfo Vigo, *Constitucionalización y judicialización del Derecho*, Porrúa-Universidad Panamericana, México, 2013, p. 38.

Todo esto viene cambiar desde la óptica del Estado constitucional y convencional de Derecho. De ahora en adelante, y por razón del derecho internacional sobre derechos humanos y el control de convencionalidad, cuando sobre lo que se debate tiene que ver con la posible vulneración de un derecho que, además de estar reconocido en la Constitución, también lo está en un tratado o convención sobre derechos humanos. Dilucidar y decidir si éste ha resultado o no desconocido o menoscabado no termina ni en el ámbito del Estado de que se trate ni acorde a su derecho interno.

A partir del reconocimiento de los derechos humanos, y desde el momento en el que éstos van a quedar formulados en tratados y convenios internacionales, va a haber toda una jurisdicción a cargo de tribunales supranacionales a los que corresponderá pronunciarse sobre las posibles violaciones a los mismos. Adicional a ello, y como resultado de la obligación contraída por los distintos Estados, al ratificar dichos instrumentos jurídicos de índole internacional —que para el caso nuestro lo constituye la Convención Americana sobre derechos humanos entre otros—, sus autoridades quedarán sujetas y obligadas a hacer valer los derechos humanos así reconocidos a lo interno de sus Estados, aun en contra de su derecho cuando éste le sea contrario. En un caso y otro, es por medio del control de convencionalidad que será posible hacer eficaz los tratados y convenios en materia de derechos humanos, y con ello, los derechos en que estos regulan.

Lo que vendría a significar, dicho de otra manera, que la última palabra en materia de derechos humanos, cuando sobre éstos haya una controversia por su posible violación, no la tendrán los tribunales del Poder Judicial de los Estados respectivos, sino los tribunales de la jurisdicción internacional creados con el fin de hacer valer, los instrumentos jurídicos internacionales en los que estos derechos han sido reconocidos, que para el caso del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, es la Corte Interamericana.

Es por todo lo anotado por lo que, a ningún jurista que se aprecie de serlo, o a ningún académico que se considere como tal, debe serle ajeno ni ignorar que,

a partir del reconocimiento de la existencia del control de convencionalidad, "ningún abogado que inicia un proceso de cualquier tipo —ni al Juez que debe resolverlo— le puede pasar inadvertido que el pleito no termina ya —como antes dentro de la frontera, sino que puede trascender sus límites y dirigir sus pasos hacia una senda trasnacional".<sup>14</sup>

Es a partir del establecimiento de esta concepción del Estado de Derecho, que pasa a entenderse como Estado constitucional y convencional de Derecho. Es decir, en este tipo de Estado, su derecho configurado sobre la base de la existencia de la Constitución como su norma suprema no puede obviarse o ignorarse al derecho convencional de los derechos humanos. Y ello porque el reconocimiento, garantía y protección de los derechos humanos no se restringen al derecho regulado en la Constitución, sino que también forman parte de todo ese entramado jurídico que es el derecho convencional, al grado tal que, cuando el derecho interno del Estado constitucional sea contrario y violatorio de un derecho humano, el derecho convencional será el que deberá prevalecer sobre el derecho interno, aun cuando en este último se incluya la Constitución.

He ahí la importancia de promover el estudio y debate con respecto a tan importante mecanismo para la eficacia y garantía de los derechos humanos como lo es el control de convencionalidad.

## Fuentes

BREWER-CARÍAS, Allan R., "Sobre el marco conceptual del control de convencionalidad: antecedentes, derecho de amparo y derecho administrativo", en Allan R. Brewer-Carías, Jinesta Brewer-Canarias, Héctor Hernández-Mendible et al, *Estudios sobre el control de convencionalidad*, Colección Estudios Jurídicos No. 109. Editorial Jurídica Venezolana, Venezuela, 2015, pp. 35-111.

<sup>14</sup> Mario A. R. Midón, *Control de convencionalidad*, Astrea, Argentina, 2016, p. 7.



CARBONELL, Miguel, *Teoría de los derechos humanos y del control de convencionalidad*, Centro de Estudios Carbonell, México, 2015.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, España, 1995.

MIDÓN, Mario A.R., *Control de convencionalidad*, Astrea, Argentina, 2016.

QUINCHE Ramírez, Manuel Fernando. *El control de convencionalidad*, Temis, Colombia, 2014

SÁDABA, Javier y VELÁSQUEZ, José Luis, *Hombres a la carta. Los dilemas de la bioética*, Temas de hoy, España, 1998.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad", *Estudios Constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 8, núm. 1, 2010, pp. 117-136.

TRAVIESO, Juan Antonio, *Historia de los derechos humanos y garantías en la comunidad*, Heliasta, Argentina, 2005.

VIGO, Luis Rodolfo, *Constitucionalización y judicialización del Derecho*. Editorial Porrúa-Universidad Panamericana, México, 2013.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)

Caso *Almonacid Arrellano y otros vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006.

Caso *Olmedo Bustos y otros vs. Chile* ("La Última Tentación de Cristo"). Sentencia de 5 de febrero de 2001.

Caso *La Cantuta vs. Perú*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006.

Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010.

# Estatus del cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictadas en ejercicio del control de convencionalidad contra la República de Panamá

Jerónimo Mejía  
Edward\*  
Iris Díaz\*\*

## 1. A manera de introducción

La República de Panamá reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte Interamericana) sobre todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) el 9 de mayo de

\* Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de República de Panamá, Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad del Istmo (UDI) y Codirector del Programa de Diplomados y Maestrías en Derecho penal y Derecho procesal penal del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), sede Nicaragua, por parte de la Corte Suprema de Justicia de República de Panamá, en el marco del Convenio que suscribieron ambas instituciones.

\*\* Asistente de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá y Profesora de Derecho Constitucional del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), sede Nicaragua; y Coordinadora del Programa de Diplomados y Maestrías en Derecho penal y Derecho procesal penal del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), sede Nicaragua, por parte de la Corte Suprema de Justicia de República de Panamá, en el marco del Convenio que suscribieron ambas instituciones.

1990,<sup>1</sup> casi doce años después de haber ratificado la CADH por medio de la Ley No. 15 de 28 de Octubre de 1977<sup>2</sup> que entró en vigor el 18 de julio de 1978. Al reconocer la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, desde ese instante Panamá quedó sujeta a su jurisdicción y al cumplimiento de las decisiones que expida en su contra.

Como es sabido, el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos está conformado por un conjunto de normas regionales que resultan aplicables a los Estados que son parte de la Organización de los Estados Americanos (OEA), que tiene como principal instrumento normativo a la CADH. En el artículo 77, la CADH dejó abierta la posibilidad de ampliar la protección de los derechos contemplados en su texto, a través de protocolos adicionales que incorporen progresivamente otros derechos y libertades que no fueron regulados en el texto original, lo que ha permitido, a la fecha, la adopción de dos instrumentos de esta naturaleza, a saber: el Protocolo Adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como "Protocolo de San Salvador", y el Protocolo Adicional a la CADH relativo a la Abolición de la Pena de Muerte.<sup>3</sup>

De acuerdo a lo previsto en los artículos 1o. y 2o. de la CADH, el respeto de los derechos y libertades reconocidos en ésta, así como la garantía de su libre y pleno ejercicio a toda persona —sin discriminación alguna— que se encuentre bajo su jurisdicción, constituyen la principal obligación que asumen los Estados Partes, quienes a su vez tienen el deber de adoptar, de conformidad con sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la CADH, las medidas

<sup>1</sup> Este reconocimiento se hizo a través de un instrumento presentado ante la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos (OEA) con fecha de 29 de febrero de 1990.

<sup>2</sup> La Ley No. 15 de 28 de octubre de 1977 fue publicada en la Gaceta Oficial No. 18.468 de 30 de noviembre de 1977. Consultado octubre 9, 2017.

<sup>3</sup> Nelson Camilo Sánchez, "Introducción al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", en Claudio Nash Rojas e Ignacio Mujica Torres (eds.), *Derechos Humanos y Juicio Justo*, Red Interamericana de Gobernabilidad y Derechos Humanos COLAM - Organización Interamericana Universitaria, Gráfica Columbus S.R.L., Lima, p. 17.

legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Es cierto que el reconocimiento de derechos y libertades en Convenios Internacionales de Derechos Humanos por parte de los Estados constituye un paso significativo para la protección de la persona y de su dignidad, pues les obliga a velar por la promoción y el aseguramiento del libre y pleno ejercicio de sus derechos y libertades. Sin embargo, ante la falta de cumplimiento de esos deberes, es necesario que exista un ente y un procedimiento que le permita a la persona cuyos derechos y libertades hayan sido desconocidos, poder plantear su pretensión cuando los órganos competentes del Estado no hayan tutelado sus derechos y libertades.

El artículo 33 de la CADH establece dos órganos principales para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes, a saber: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión) y la Corte Interamericana.<sup>4</sup> Cada uno de estos órganos ejerce sus funciones de conformidad con la CADH y su correspondiente Estatuto.

La función jurisdiccional de la Corte Interamericana se rige por lo establecido en los artículos 61, 62 y 63 de la CADH. De estos preceptos se colige que la Corte Interamericana es competente para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la CADH que se le someta, respecto de los Estados partes que hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, los cuales aceptan que dicho organismo jurisdiccional tiene potestad de decidir y ordenar lo conducente a efectos de que: 1. Se le garantice al lesionado el goce del derecho o libertad conculcados; 2. Se reparen las consecuencias de

<sup>4</sup> Nelson Camilo Sánchez explica que la Corte fue establecida a partir de la adopción de la Convención Americana de Derechos Humanos como uno de los dos órganos de supervisión de dicho tratado (art. 33) y que "Aun cuando la Convención se abrió a firmas en 1969, hubo que esperar hasta 1978 para que esta entrara en vigor. En consecuencia, la Corte Interamericana fue integrada y formalmente inaugurada en 1979. Al año siguiente, en 1980, se aprobó y entró en vigor el estatuto de la Corte Interamericana". *Ibidem*.

la medida o situación que ha configurado la vulneración de los derechos y se pague una justa indemnización al lesionado; y 3. Se dicten las medidas provisionales para prevenir daños irreparables cuando lo estime pertinente, en aquellos casos de extrema gravedad y urgencia.

En este sentido, Sergio García Ramírez sostiene que la reparación es la consecuencia jurídica de la violación, por lo que "... cuando se produce un hecho ilícito imputable a un Estado, surge la responsabilidad internacional de este, con el consecuente deber de reparar."<sup>5</sup> Sin embargo, este autor reconoce que el texto de la CADH confiere a la Corte Interamericana "potestades ejecutivas limitadas",<sup>6</sup> porque a diferencia de lo que ocurre en el ámbito interno de los Estados en los que hay diversos medios para el cumplimiento de los fallos de un tribunal mediante la ejecución forzada de las sentencias, este método es ajeno al orden internacional ya que "...aquí es preciso valerse de otros medios que conduzcan al cumplimiento".<sup>7</sup>

La Corte ha señalado que tiene competencia para supervisar el cumplimiento de las sentencias que expide, lo que está en armonía con la necesidad de que se asegure el cumplimiento de lo decidido y, con ello, la tutela del derecho o libertad que ha sido lesionado. Como afirma Viviana Krsticevic "La reparación de las violaciones de derechos humanos en virtud de una resolución internacional hace realidad la tutela comprometida por las naciones de la región al ratificar la Convención Americana y otros tratados interamericanos; por esto, sin ejecución de las sentencias en la esfera local, no es posible hablar de verdadera tutela regional. Su incumplimiento erosiona la autoridad de las decisiones de la Comisión y la Corte y desprotege a quienes acuden a este ámbito en búsqueda de amparo".<sup>8</sup>

<sup>5</sup> Sergio García Ramírez, "La Corte Interamericana de Derechos Humanos", 2a. ed., Porrúa, México, 2015, pp. 299-300.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 71.

<sup>7</sup> *Idem*.

<sup>8</sup> Viviana Krsticevic, "Reflexiones Sobre la Ejecución de las Decisiones del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos" en *Implementación de las Decisiones del Sistema Interamericano de Derechos*

Hasta el presente han sido cinco los Casos contenciosos en los cuales la República de Panamá ha sido condenada por la Corte Interamericana, a saber: *Baena Ricardo y Otros vs. Panamá*; *Santander Tristán Donoso vs. Panamá*; *Heliodoro Portugal vs. Panamá*; *Vélez Loo vs. Panamá*; y *Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros vs. Panamá*. Con excepción del Caso *Santander Tristán Donoso vs. Panamá*, los otros cuatro casos se encuentran aún en estado de supervisión de cumplimiento de la sentencia.<sup>9</sup>

En el presente trabajo, abordaremos los aspectos más relevantes de las sentencias dictadas por la Corte Interamericana contra la República de Panamá en el ejercicio del control de convencionalidad, de las resoluciones dictadas en la etapa de supervisión de cumplimiento de dichas sentencias y expondremos cómo se ha suplido en Panamá, en cada caso, la ausencia de mecanismos procedimentales idóneos para llevar a cabo su ejecución.

## 2. Ejecución de las Sentencias de la Corte Interamericana contra la República de Panamá

La posición de la República de Panamá frente a las decisiones dictadas en su contra por la Corte Interamericana en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, ha transitado desde la objeción planteada contra la supervisión del cumplimiento y las dificultades de orden presupuestario para ejecutar la Sentencia en el Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*; al pronto cumplimiento de la Sentencia en el Caso *Santander Tristán Donoso vs. Panamá* y a la voluntad manifiesta de cumplir lo ordenado que se ha evidenciado por parte del Órgano Ejecutivo en el Caso *Vélez Loo vs. Panamá* y, en mayor medida, en el Caso *de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. Sin embargo, el denominador común de la fase de ejecución de las sentencias

---

*Humanos. Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*, 1a. reimp., Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil), San José, 2007, p. 15.

<sup>9</sup> Los casos en fase de supervisión de cumplimiento de sentencia ante la Corte Interamericana aparecen en la página web de la Corte Interamericana. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/casos\\_en\\_etapa\\_de\\_supervision.cfm](http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/casos_en_etapa_de_supervision.cfm) (Última fecha de consulta: 9 de octubre de 2017).

dictadas por la Corte Interamericana contra la República de Panamá, ha sido la existencia de importantes retos jurídicos y financieros, que han requerido —en algunos casos— la participación de los tres órganos del Estado para procurar alcanzar su cumplimiento.

### 2.1. Caso *Baena Ricardo vs. Panamá*

La primera condena de la Corte Interamericana contra Panamá fue dictada a través de la Sentencia de 2 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas), que decidió el Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*.<sup>10</sup>

El referido proceso versó sobre la responsabilidad internacional de la República de Panamá "... por el despido arbitrario a 270 empleados públicos efectuado a través de la Ley No. 25 de 14 de diciembre de 1990, así como a la falta de un debido proceso que amparara sus reclamos, luego de que el Gobierno los acusara de haber participado en manifestaciones de protesta y de resultar cómplices de un asonado militar".<sup>11</sup> La referida Ley fue demandada ante la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá quien se pronunció mediante Sentencia de 23 de mayo de 1991 en la cual sólo declaró inconstitucional el párrafo del artículo 2 de la Ley 25 de 1990 y determinó la constitucionalidad del resto de dicho cuerpo normativo, manteniéndose así los despidos de los 270 funcionarios.<sup>12</sup>

En la Sentencia de 2 de febrero de 2001, la Corte Interamericana declaró que Panamá violó los principios de legalidad y de irretroactividad consagrados en el artículo 9 de la CADH; los derechos a las garantías judiciales y a la protección

<sup>10</sup> Corte IDH, Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Sentencia de 2 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.cfm?nld\\_Ficha=222&lang=es](http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=222&lang=es)

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> Las constancias procesales informan que entre los 270 trabajadores se presentaron al menos 49 demandas de amparo de garantías constitucionales ante el pleno de la Corte Suprema de Justicia y múltiples demandas contencioso administrativas de plena jurisdicción interpuestas ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, las cuales tampoco prosperaron. *Cfr.* Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. *Ibidem*.



judicial previstos en los artículos 8.1, 8.2 y 25 de la CADH; y el derecho a la libertad de asociación reconocido en el artículo 16 de la CADH. La sentencia también estableció que Panamá incumplió las obligaciones generales de los artículos 1.1 y 2 de la CADH en conexión con las violaciones de los derechos sustantivos señalados.<sup>13</sup> Vale la pena destacar que dicha Sentencia es considerada como un "...hito histórico en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ser la primera vez que el Tribunal se pronunció sobre derechos laborales, materia que no está comprendida expresamente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aunque sí lo está en el Protocolo de San Salvador."<sup>14</sup>

La Corte Interamericana en los puntos resolutive de la Sentencia de 2 de febrero de 2001, ordenó las siguientes reparaciones en favor de los trabajadores demandantes:

- a. En el punto 6 decidió que el Estado debe pagar a los 270 trabajadores "...los montos correspondientes a los salarios caídos y demás derechos laborales que les correspondan según su legislación, pago que, en el caso de los trabajadores que hubiesen fallecido, deberá hacerse a sus derechohabientes." Igualmente dispuso que el Estado debe "...fijar, siguiendo los trámites nacionales pertinentes, los montos indemnizatorios respectivos, a fin de que las víctimas y en su caso sus derechohabientes los reciban en un plazo máximo de 12 meses contados a partir de la notificación de la Sentencia".<sup>15</sup>

- b. En el punto 7 decidió que el Estado debe

reintegrar en sus cargos a los 270 trabajadores... y, si esto no fuera posible, brindarles alternativas de empleo que respeten las condiciones, salarios y

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> Soraya Long Saborio, "Aciertos y Desaciertos de la Corte interamericana de Derechos Humanos en el Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá (Caso Ley 25)", *Revista Cejil. Debates Sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*, año IV, núm. 5, 2009, p. 39.

<sup>15</sup> Corte IDH, Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. *Ibid*.

remuneraciones que tenían al momento de ser despedidos. En caso de no ser tampoco posible esto último, el Estado deberá proceder al pago de la indemnización que corresponda a la terminación de relaciones de trabajo, de conformidad con el derecho laboral interno. De la misma manera, a los derechohabientes de las víctimas que hayan fallecido el Estado les brindará las retribuciones por concepto de pensión o retiro que les corresponda. El Estado deberá proceder a cumplir con lo establecido en el presente punto resolutivo en un plazo máximo de 12 meses contados a partir de la notificación de la presente Sentencia.<sup>16</sup>

- c. En el punto 8 decidió que "...el Estado debe pagar a cada uno de los 270 trabajadores... la suma de US\$ 3.000 (tres mil dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de daño moral...en un plazo máximo de 90 días contados a partir de la notificación de la presente Sentencia".<sup>17</sup>
- d. En el punto 9 decidió que "...el Estado debe pagar al conjunto de los 270 trabajadores... la suma de US\$ 100.000 (cien mil dólares de los Estados Unidos de América) como reintegro de gastos generados por las gestiones realizadas por las víctimas y sus representantes, y la suma de US\$ 20.000 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América) como reintegro de costas, causados en los procesos internos y en el proceso internacional ante el sistema interamericano de protección".<sup>18</sup>
- e. En el punto 10 de la misma resolución, la Corte Interamericana decidió que "...supervisará el cumplimiento de esta Sentencia y que sólo después dará por concluido el caso".<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> *Ibidem.*

<sup>17</sup> *Idem.*

<sup>18</sup> *Idem.*

<sup>19</sup> *Idem.*

La ejecución de la Sentencia del Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá* ha representado, sin lugar a dudas, todo un reto para Panamá. Se ha extendido por más de 16 años, debido a que ha resultado sumamente difícil concretar el reintegro o el pago de las indemnizaciones y otros derechos a las 270 víctimas o sus derechohabientes, lo que ha propiciado que hasta la fecha se hayan generado 11 Resoluciones de la Corte Interamericana en la fase de cumplimiento de este caso.<sup>20</sup>

En efecto, han sido múltiples los obstáculos jurídicos y financieros que han llevado a que la etapa de ejecución se haya prolongado desde el año 2001 hasta el presente. Y es que si bien la sentencia de la Corte Interamericana fijó los plazos para la ejecución de sus puntos resolutive e indicó que el reintegro o el pago de las indemnizaciones a las víctimas o sus derechohabientes debía efectuarse según la legislación panameña y siguiendo los trámites nacionales pertinentes, lo cierto es que no existía en Panamá —ni existe a la fecha— un procedimiento diseñado especialmente para la ejecución de las sentencias dictadas por un tribunal supranacional contra el Estado.

<sup>20</sup> En la etapa de cumplimiento de Sentencia del Caso *Baena Ricardo vs. Panamá* la Corte Interamericana ha dictado las siguientes resoluciones:  
Resolución de Cumplimiento de Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de junio de 2002.  
Resolución de Cumplimiento de Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2002. Resolución de Cumplimiento de Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 6 de junio de 2003.  
Resolución de Cumplimiento de Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de noviembre de 2005.  
Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 11 de febrero de 2008.  
Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de octubre de 2008.  
Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de julio de 2009.  
Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de mayo de 2010.  
Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de febrero de 2011.  
Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de junio de 2012.  
Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de febrero de 2013.

El primer paso oficial para el cumplimiento de esta Sentencia lo dio la Secretaría de la Corte Interamericana, luego de haber transcurrido los noventa días establecidos para el cumplimiento del punto resolutivo 8 de la Sentencia. Así, el 26 de mayo de 2001 se dirigió al Canciller de Panamá con el propósito de recordarle que el plazo para el pago del daño moral había vencido el 13 de mayo de 2001 y que el Estado tenía el deber de observar los plazos. El 3 de agosto de 2001, la República de Panamá hizo efectivo el pago correspondiente a la mayor parte de los ofendidos.<sup>21</sup>

Las víctimas, por su parte, trataron de hacer uso de los procedimientos que contempla el orden jurídico interno para la ejecución de sentencias expedidas por tribunales nacionales contra el Estado, para tratar de lograr la ejecución de la Sentencia de 2 de febrero de 2001 de la Corte Interamericana, pero no tuvieron éxito en esos intentos. La Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia no admitió ninguna de las demandas presentadas.<sup>22</sup>

Para dar cumplimiento a lo ordenado por la Corte Interamericana, el Órgano Ejecutivo de la República de Panamá dictó el Decreto de Gabinete No. 8 de 16 de abril de 2002 "Por el cual se reconocen las obligaciones impuestas a la República de Panamá en la Sentencia de 2 de febrero de 2001, expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso *Baena Ricardo y otros (270 Trabajadores vs. Panamá)* y se dictan disposiciones para su implementación".<sup>23</sup>

El expresado Decreto de Gabinete, tras reafirmar la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, el respeto a las normas del Derecho Internacional y aceptar que Panamá debe cumplir con la decisión de la Corte Interamericana

---

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> *Cfr.* Sentencias de 21 de octubre de 2003; 11 de febrero de 2004; 3 de marzo de 2004; 18 de octubre de 2004 y 11 de agosto de 2009 dictadas por la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá. Disponible en: <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html> (Última consulta: 9 de octubre de 2017).

<sup>23</sup> *Cfr.* Decreto de Gabinete No. 8 de 10 de abril de 2002, publicado en la Gaceta Oficial No. 24, 532 del martes 16 de abril de 2002. Disponible en: <http://docs.panama.justia.com/federales/decretos-de-gabinete/decreto-de-gabinete-8-de-2002-apr-16-2002.pdf> (Última consulta: 9 de octubre de 2017).

de 2 de febrero de 2001, consideró como parte de la deuda nacional las obligaciones económicas impuestas por la Corte Interamericana en concepto de reparación y fijó en Diez Millones Novecientos Mil Balboas (B/.10,900,000.00) la suma correspondiente al pago de las obligaciones correspondiente al punto 6 de la parte resolutive de la sentencia de la Corte Interamericana, que se refiere al pago de salarios caídos y demás derechos laborales que se les deben dar a las víctimas conforme a la ley panameña. De los considerando del Decreto de Gabinete No. 8 de 10 de abril de 2002 se desprende que esa cifra fue sometida al Consejo de Gabinete con el concepto favorable del Consejo Económico Nacional, luego de evaluar la documentación y mecanismos relacionados con el trámite necesario para cumplir con este compromiso y las evaluaciones que sobre esos montos había realizado el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral.<sup>24</sup>

De igual modo, a fin de cumplir con el punto 9 de la parte resolutive de la Sentencia de 2 de febrero de 2001, el Decreto de Gabinete reconoció como parte de la deuda nacional la suma de Cien Mil Balboas (B/.100,000.00) —en concepto de reintegro de gastos generados por las gestiones realizadas por los demandantes y sus representantes— y la suma de Veinte Mil Balboas (B/. 20,000.00) como reintegro de costas causadas en los procesos internos y en el proceso internacional. Al mismo tiempo, designó al Ministerio de Economía y Finanzas como la entidad encargada de implementar la sentencia de la Corte Interamericana en lo que respecta al trámite del pago de las obligaciones económicas, incluyendo la obtención de los recursos necesarios para ello.<sup>25</sup>

Se estableció una Comisión Interinstitucional *ad hoc* para estudiar las alternativas propuestas en el punto 7 de la Sentencia. Se dispuso que el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio de Economía y Finanzas, el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral y la Contraloría General de la República se mantendrían actuando de forma coordinada hasta la completa implementación de todos los puntos que comprende la parte resolutive de la Sentencia, dejando en

---

<sup>24</sup> *Ibidem.*

<sup>25</sup> *Idem.*

manos de la Contraloría la labor de realizar una auditoría para el proceso de pago de las obligaciones económicas impuestas en la Sentencia.<sup>26</sup>

Las víctimas y sus representantes no estuvieron de acuerdo con la forma en cómo el Decreto de Gabinete pretendió cumplir con el punto 6 de la Sentencia de 2 de febrero de 2001. En este sentido, tanto CEJIL —que representaba a la mayoría de las víctimas (230 de ellas)— como las víctimas que se representaron por sí mismas, le expresaron a la Corte Interamericana su desacuerdo con la determinación realizada por el Estado respecto a los montos de las indemnizaciones por concepto de salarios caídos y demás derechos laborales, pues el Estado dedujo los montos correspondientes al impuesto sobre la renta, excluyó a algunos trabajadores de la determinación de los montos relativos al pago de las cantidades correspondientes al XIII mes (prima anual) y, a los 195 que sí fueron incluidos en ese cálculo, les exigió la firma de un finiquito como requisito para entregarles el cheque.<sup>27</sup>

Sobre estos reclamos la Corte Interamericana se pronunció en la Resolución de Cumplimiento de 22 de noviembre de 2002, estableciendo que el pago de las indemnizaciones compensatorias

...no puede ser gravado por el Estado con tributo alguno existente o que pueda existir en el futuro, incluido el impuesto sobre la renta... como parte de la justa indemnización a que hace referencia el artículo 63.1 de la Convención, es 'equitativo' que las víctimas o sus derechohabientes reciban dichas cantidades en forma íntegra y efectiva. Una vez que las víctimas o sus derechohabientes reciban el pago íntegro de los montos correspondientes a las indemnizaciones, éstos pasarán a formar parte de sus patrimonios y, el uso, administración o destino que le den a esas cantidades a partir de ese momento estarán sujetas a las normas panameñas aplicables.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> *Idem.*

<sup>27</sup> Corte IDH, Resolución de Cumplimiento de Sentencia de 22 de noviembre de 2002, ya citada.

<sup>28</sup> *Ibidem.*

Esta decisión tenía implicaciones financieras significativas, pues elevaba el monto de las erogaciones que debía efectuar el Estado para poder cumplir con la decisión de la Corte Interamericana. Por ello, el 27 de febrero de 2003 la República de Panamá objetó la falta de previsión normativa de la facultad de la Corte Interamericana para determinar su propia competencia; argumentó que las normas que regulan la jurisdicción y el procedimiento ante dicho organismo jurisdiccional no contemplan una etapa —post adjudicativa—, y que en la Resolución de 22 de noviembre de 2002 la Corte Interamericana interpretó su propia Sentencia sin tener facultad para ello.<sup>29</sup>

En la Resolución de 6 de junio de 2003, la Corte Interamericana mantuvo lo decidido en su Resolución de 22 de noviembre de 2002 y determinó que seguiría supervisando el cumplimiento integral de la Sentencia de 2 de febrero de 2001, no sin antes precisar que "...como todo órgano internacional con funciones jurisdiccionales, tiene el poder inherente de determinar el alcance de su propia competencia...", enfatizando que "Los instrumentos de aceptación de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (artículo 62.1 de la Convención) presuponen la admisión, por los Estados que la presentan, del derecho de la Corte a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción, como lo es el caso de la supervisión del cumplimiento de sus sentencias".<sup>30</sup>

El 30 de julio de 2003, Panamá le comunicó a la Corte Interamericana la creación de una comisión interinstitucional para determinar las posibilidades existentes en el derecho interno para cumplir el punto 7 de la Sentencia y que había efectuado el pago de la indemnización por concepto de "salarios caídos y demás derechos laborales" a 75 trabajadores que, conforme a la legislación nacional, no tenían tales derechos.

Con base en las conclusiones a las que arribó esa comisión, el Órgano Ejecutivo emitió la Resolución de Gabinete No. 47 de 17 de agosto de 2005 mediante la

<sup>29</sup> Corte IDH, Resolución de Cumplimiento de Sentencia 6 de junio de 2003, ya citada.

<sup>30</sup> *Ibidem*.

cual se comprometió a realizar los trámites administrativos necesarios para reintegrar o reubicar en alguna de las instituciones del Gobierno Central a 255 de los 270 trabajadores, garantizándoles estabilidad en los cargos y autorizó el pago de las indemnizaciones correspondientes a los derechohabientes de 15 trabajadores fallecidos.<sup>31</sup>

El 28 de noviembre de 2005, la Corte Interamericana dictó una nueva Resolución de Cumplimiento de Sentencia en la que reconoció que Panamá había dado cumplimiento parcial al pago de los montos correspondientes a los salarios caídos y demás derechos laborales de las 270 víctimas o sus derechohabientes. No obstante, pese a reconocer el avance en el cumplimiento del punto resolutivo 6 de la Sentencia, estimó que persistían discrepancias sobre la determinación de los derechos, los montos de indemnizaciones y reintegros respecto del cumplimiento de lo dispuesto en los puntos resolutivos sexto y séptimo de la Sentencia e indicó que esas divergencias debían ser resueltas en el ámbito interno, siguiendo los trámites nacionales pertinentes, lo cual comprendía la posibilidad de recurrir ante los tribunales nacionales competentes.<sup>32</sup>

En atención a lo planteado por la Corte Interamericana en la Resolución de Supervisión de Cumplimiento de 28 de noviembre de 2005, una de las 270 víctimas promovió ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, un Proceso de Ejecución de Sentencia contra el Estado para que cumpliera con la Sentencia de fondo de 2 de febrero de 2001 y la Resolución de Cumplimiento de Sentencia del 28 de noviembre de 2005 de la Corte Interamericana, pero su admisión le fue negada a través del Auto de 21 de abril de 2009 (dictado en Sala Unitaria por el Magistrado Ponente), el cual fue confirmado en grado de apelación por el resto de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante

<sup>31</sup> Resolución de Gabinete No. 47 de 17 de agosto de 2005 publicada en la Gaceta Oficial No. 25,367 de 19 de agosto de 2005. Disponible en: [https://www.gacetaoficial.gob.pa/gacetas/25367\\_2005.pdf](https://www.gacetaoficial.gob.pa/gacetas/25367_2005.pdf) (Última consulta: 9 de octubre de 2017).

<sup>32</sup> *Ibidem*.



Resolución de 11 de agosto de 2009.<sup>33</sup> La no admisión tuvo como sustento los siguientes argumentos:

- a. Quien puede iniciar un proceso de ejecución de sentencia contra el Estado fundado en el artículo 1047 del Código Judicial panameño, es "... el tribunal que dictó la Sentencia...". En este caso, el proceso lo debe iniciar la Corte Interamericana, por conducto del Órgano Ejecutivo y éste a su vez debe dirigir la solicitud al Presidente de la Corte Suprema de Justicia, correspondiéndole a ésta disponer lo necesario para cumplir la sentencia, por lo que el proponente —que en este caso era una de las víctimas—, carecía de legitimación para solicitar la ejecución.<sup>34</sup>
- b. Si la pretensión del recurrente era que se efectuara la liquidación de condena en abstracto del punto 6 de la Sentencia de fondo de 2 de febrero de 2001, debió utilizar el procedimiento de indemnización contra el Estado previsto en los artículos 97 y 996 del Código Judicial de Panamá, que es la vía judicial correcta para solicitar la totalidad de los derechos derivados de la Sentencia de fondo de 2 de febrero de 2001.<sup>35</sup>

La Corte Interamericana mediante la Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de 11 de febrero de 2008, convocó a una audiencia privada con los representantes de las partes y el Estado para escuchar sus alegatos, la cual tuvo lugar el 3 de mayo de 2008.<sup>36</sup>

Posteriormente, mediante escritos de 3 de agosto y 12 de septiembre de 2008, Panamá remitió a la Corte el "Acuerdo que Establece las Bases para el Cumplimiento

<sup>33</sup> Resolución de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral de 11 de agosto de 2009 con número de expediente 183-09. Disponible en: <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html> (Última consulta: 9 de octubre de 2017).

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> *Idem*.

<sup>36</sup> Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 11 de febrero de 2008, ya citada.

de la Sentencia de 2 de Febrero de 2001 Emitida por la Corte Interamericana de Derechos de la Organización de Estados Americanos (OEA) dentro del Caso Baena Ricardo y Otros vs. Panamá". Para esa época, el monto total de las reparaciones calculadas ascendía a la suma de treinta y dos millones cuatrocientos quince mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 32,415,000.00), de los cuales se habían pagado once millones cuatrocientos quince mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 11,415,000.00), quedando pendientes veintidós millones de dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 21,000,000.00) que el Estado propuso terminar de pagar en cuatro años.<sup>37</sup>

Algunas de las víctimas objetaron que el procedimiento de cálculo y pago contradice la ley interna panameña y que no se incluyó en el mismo las cuotas obrero-patronales que debían pagarse a la Caja de Seguro Social, pues si bien estas cuotas no son recibidas por las víctimas, forman parte del patrimonio jurídico de los trabajadores y de sus derechos sociales. De igual modo, argumentaron que la distribución del monto de 20 millones efectuada unilateralmente por el Estado no se realizó de manera correcta y que el plazo de cuatro años —adicionales a los siete ya transcurridos desde que se dictó la sentencia—, que fue propuesto para liquidar a todas las víctimas las sumas adeudadas, afectaba de manera directa a aquellos trabajadores que nunca fueron reubicados en otro puesto de trabajo.<sup>38</sup>

Con todo, la Corte Interamericana accedió a homologar los acuerdos propuestos por el Estado, tras considerar que 202 de las víctimas o sus derechohabientes firmaron dichos acuerdos; que estos representan una fórmula para resolver los diferendos pendientes sobre reparaciones que se encuentran bajo su supervisión y que el papel del Tribunal es contribuir a resolver las diferencias entre las partes dentro del marco de sus atribuciones. En relación con aquellas personas que

<sup>37</sup> Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de octubre de 2008. *Ibid.*

<sup>38</sup> *Ibidem.*

por decisión propia quedaron fuera de los acuerdos, precisó que "... las discrepancias pendientes deberán ser atendidas y resueltas en definitiva y con prontitud dentro del derecho interno, siguiendo los parámetros establecidos en la Sentencia de este Tribunal ".<sup>39</sup>

Las Resoluciones de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de 1 de julio de 2009,<sup>40</sup> 28 de mayo de 2010, 22 de febrero de 2011<sup>41</sup> y 28 de junio de 2012<sup>42</sup> de la Corte Interamericana han registrado los pagos que de manera parcial ha efectuado el Estado dentro del cronograma establecido en el año 2008, reiterándole a la República de Panamá el requerimiento de continuar adoptando las medidas para dar cumplimiento efectivo a los pagos pendientes y solicitándole nuevos informes de lo avanzado en ese sentido.

En la última resolución de Supervisión de Cumplimiento de la Sentencia dictada el 5 de febrero de 2013 por la Corte Interamericana en este caso, se indica que el procedimiento de ejecución se mantiene abierto sólo a fin de recibir "...a) el comprobante del tercer pago a los derechohabientes de la víctima Ricardo Rivera; b) el comprobante del cuarto pago al o los derechohabientes de la víctima David Jaén Marín, y c) las explicaciones u observaciones por parte de Panamá sobre los alcances de la sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia en relación con el presente caso" por lo que requiere al Estado de Panamá "...que continúe adoptando las medidas necesarias para dar efectivo y pronto cumplimiento a los pagos pendientes previstos en los acuerdos, en relación con las víctimas o derechohabientes".<sup>43</sup>

<sup>39</sup> *Idem.*

<sup>40</sup> Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de julio de 2009. *Ibidem.*

<sup>41</sup> Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de febrero de 2011. *Ibidem.*

<sup>42</sup> Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de junio de 2012. *Ibidem.*

<sup>43</sup> Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de febrero de 2013. *Ibidem.* La explicación que se requiere es con relación a la Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de 11 de agosto de 2009, a la que se alude en párrafos anteriores.

Sin embargo, el Departamento de Derechos Humanos de la Dirección General de Asuntos Jurídicos y Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Panamá, da cuenta que aún se encuentra pendiente de pago la cuota obrero patronal de 120 trabajadores, debido a que se trata de una suma de dinero muy alta que se adeuda a la Caja de Seguro Social.<sup>44</sup>

No cabe duda que el mayor obstáculo que ha presentado este caso ha sido la dificultad de determinar con precisión los montos adeudados a cada una de las 270 víctimas y la falta de un procedimiento al que se pueda acudir para ejecutar las Sentencias contra el Estado dictadas por tribunales supranacionales.

Vale la pena destacar que en el 2014 se presentó en la Asamblea Nacional un proyecto de Ley que pretende suplir la ausencia de un procedimiento "...para el cumplimiento de sentencias de tribunales supranacionales, como lo es la Corte Interamericana de Justicia...", asumiendo que la falta de ese procedimiento "...no contribuye a la efectiva reparación de los daños de las víctimas de violaciones a los derechos humanos en que se haya determinado la responsabilidad del Estado. En consecuencia, se propone un procedimiento sencillo que involucre al Órgano Judicial, sea para ordenar el pago de la condena líquida o para estimar el monto de la condena en abstracto, lo cual debe ocurrir en los plazos que se fijan. El Órgano Ejecutivo tendrá que acatar lo que dispongan nuestras autoridades judiciales al respecto. Debido a que según norma constitucional, todas las entradas y salidas de ingresos deben estar previstas en la Ley de presupuesto General del Estado, se propone que el Ministerio de Economía y finanzas incorpore y mantenga una partida que sirva de fondo suficiente para atender exclusivamente el pago de sumas de dinero en concepto de reparación

---

<sup>44</sup> El Informe de 1 de julio de 2015 rendido por la Lcda. Mónica Campos, sobre la Misión Oficial en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en un horario de las 10 de la mañana hasta las doce horas del mediodía y reunión en el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil), con el abogado Luis Carlos Buob, en un horario de tres a cinco de la tarde, ambas en San José, Costa Rica, el 28 de mayo de 2015, *Inédito*, registra que el Estado adeuda a la Caja de Seguro Social "...alrededor de 15 millones de dólares, divididos en cuotas empleado-empleador y seguro educativo, todo ello más intereses".

de daños y perjuicios ordenados por sentencias de tribunales internacionales en procesos por violación de derechos humanos, así como el pago de las sumas que se determinen en las resoluciones a que hace alusión esta ley".<sup>45</sup>

## 2.2. Caso *Santander Tristán Donoso vs. Panamá*

El segundo proceso seguido ante la Corte Interamericana contra la República de Panamá fue el Caso *Santander Tristán Donoso vs. Panamá*, decidido mediante Sentencia de 27 de enero de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). En este proceso el ofendido, el abogado panameño Santander Tristán Donoso, estuvo representado por el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (Cejiil).<sup>46</sup>

Según los hechos de la causa, en junio de 1996 el abogado Santander Tristán Donoso se desempeñaba como asesor legal de la diócesis de Colón y Kuna Yala, República de Panamá. El Obispo de Colón le solicitó que apoyara con sus servicios profesionales a la familia de una persona que se encontraba detenida. El 8 de julio de 1996, se produjo una conversación telefónica entre el abogado Santander Tristán Donoso y el padre de su cliente, que fue interceptada, grabada y luego divulgada por el Procurador General de la Nación de aquel entonces. La divulgación de esa conversación fue denunciada por el abogado Tristán Donoso en una conferencia de prensa celebrada el 25 de marzo de 1999 en el Colegio Nacional de Abogados de Panamá. Como consecuencia de la denuncia hecha en la referida conferencia de prensa, al abogado Santander Tristán Donoso se le abrió un proceso penal por delito contra el honor que culminó con una condena

<sup>45</sup> Exposición de Motivos del Proyecto de Ley 005 de 7 de julio de 2014 propuesto por el H.D. Elías A. Castillo G., a la Comisión de "Gobierno, Justicia y Asuntos Constitucionales de la Asamblea Nacional de Diputados de la República de Panamá. Disponible en: [http://www.asamblea.gob.pa/proyley/2014\\_P\\_005.pdf](http://www.asamblea.gob.pa/proyley/2014_P_005.pdf) (Última consulta: 9 de octubre de 2017).

<sup>46</sup> Corte IDH, Caso *Santander Tristán Donoso vs. Panamá*, Sentencia de 27 de enero de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_193\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_193_esp.pdf) (Última consulta: 9 de octubre de 2017).

en su contra, en la cual se le impuso la pena de 18 meses de prisión, que fue reemplazada por la obligación de pagar 75 días-multa.<sup>47</sup>

El caso fue decidido por la Corte Interamericana mediante Sentencia de 27 de enero de 2009, en la cual consideró que la conversación telefónica entre el señor Tristán Donoso y el familiar de su cliente "... era de carácter privado y ninguna de las dos personas consintió que fuera conocida por terceros. Más aún, dicha conversación, al ser realizada entre la presunta víctima y uno de sus clientes debería, incluso, contar con un mayor grado de protección por el secreto profesional." El fallo de la Corte Interamericana precisó que "... si el ex Procurador consideraba que del contenido de la grabación se desprendería que la presunta víctima y [...] estaban realizando actos preparatorios de un delito, como integrante del Ministerio Público era su obligación, incluso constitucional, realizar una denuncia con el fin de que se iniciara una investigación penal, conforme a los procedimientos legales previstos" —pues— "... poner en conocimiento una conversación privada ante autoridades de la Iglesia Católica porque en ella se menciona un 'monseñor' no es el procedimiento previsto para prevenir las alegadas conductas delictivas. De igual manera, la divulgación de la grabación a ciertos directivos del Colegio Nacional de Abogados tampoco constituye el procedimiento que la legislación panameña establece ante una eventual falta a la ética de los abogados".<sup>48</sup>

La Corte Interamericana estimó que la forma en que se realizó la divulgación de la conversación telefónica constituye "...una afectación a la honra y reputación incompatible con la Convención en perjuicio del señor Tristán Donoso..." —ya que— "La opinión que las autoridades de la Iglesia Católica y del Colegio Nacional de Abogados tuvieron sobre la valía y actuación de la presunta víctima necesariamente incidía en su honra y reputación...". Por ello, concluyó que Panamá violó los derechos a la vida privada y a la honra y reputación del señor

<sup>47</sup> Corte IDH, Caso *Santander Tristán Donoso vs. Panamá*. Consultado octubre 9, 2017. [http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.cfm?nld\\_Ficha=253](http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=253).

<sup>48</sup> *Ibidem*.

Tristán Donoso, reconocidos en los artículos 11.1 y 11.2 de la Convención Americana, en relación con la obligación de respeto consagrada en el artículo 1.1 del mismo tratado, por la divulgación de la conversación telefónica; el derecho a la libertad de expresión reconocido en el artículo 13 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Santander Tristán Donoso, respecto de la sanción penal impuesta; y el derecho a las garantías judiciales reconocido en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Santander Tristán Donoso, por la falta de motivación de la decisión judicial sobre la divulgación de la conversación telefónica.<sup>49</sup>

En los puntos resolutivos 12 a 17 de la Sentencia de 27 de enero de 2009, la Corte Interamericana declaró que la República de Panamá está obligada a las siguientes reparaciones:

- a. Pagar al señor Santander Tristán Donoso en concepto de indemnización por los daños inmateriales una compensación por la suma de US \$ 15,000.00 (quince mil dólares de los Estados Unidos de América) en el plazo de un año a partir de la notificación de la Sentencia;
- b. Dejar sin efecto la condena penal impuesta al señor Santander Tristán Donoso y todas las consecuencias que de ella se deriven, en el plazo de un año a partir de la notificación de la Sentencia;
- c. Publicar en el *Diario Oficial* y en otro diario de amplia circulación nacional, por una sola vez, parte de la Sentencia y la parte resolutive de la misma, en el plazo de seis meses contado a partir de su notificación.
- d. Pagar a la víctima el monto de US \$ 15,000.00 (quince mil dólares de los Estados Unidos de América) en concepto de reintegro de las costas

---

<sup>49</sup> *Idem.*

y gastos realizados ante la jurisdicción interna así como los generados en el curso del proceso ante el sistema interamericano, dentro del plazo de un año a partir de la notificación del fallo.

La Corte Interamericana dispuso que supervisaría el cumplimiento íntegro de la Sentencia y estableció el deber del Estado de rendirle un informe sobre las medidas adoptadas dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la Sentencia.

La ejecución de esta Sentencia involucró el pago por parte del Órgano Ejecutivo de B/. 30.000,00 (treinta mil balboas, equivalentes a treinta mil dólares de los Estados Unidos de América), en concepto de indemnización por el daño inmaterial causado y reintegro de costas y gastos, lo cual tuvo lugar el 29 de marzo de 2010 según informa la Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de 1 de septiembre de 2010.<sup>50</sup>

Como quiera que la decisión de la Corte Interamericana ordenó dejar sin efecto la condena penal impuesta al señor Santander Tristán Donoso y todas sus consecuencias, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia dictó el Acuerdo Número 240 de 12 de mayo de 2010, en el cual expresó que "...la República de Panamá, como miembro de la comunidad internacional, reconoce, respeta y acata las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", y remitió el Fallo de la Corte Interamericana a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia "...a fin que se revise la sentencia penal de 1 de abril de 2005, mediante la cual se condenó al señor Tristán Donoso y todas las consecuencias que de ella se deriven".<sup>51</sup>

Ese mismo día la Sala Segunda de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia emitió de oficio una sentencia de revisión, previo reconocimiento de la competencia

<sup>50</sup> Resolución de Supervisión de Cumplimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de septiembre de 2010. Consultado octubre 9, 2017. [http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/tristan\\_01\\_09\\_10.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/tristan_01_09_10.pdf).

<sup>51</sup> *Ibidem*.



contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en atención a lo dispuesto en la Sentencia de 27 de enero de 2009 absolvió a Santander Tristán Donoso de los cargos como autor del delito de calumnia y dejó sin efecto las penas principales y accesorias impuestas; dejó sin efecto la condena al pago de la indemnización civil por daño material y moral causado a la víctima y las comunicaciones realizadas para la ejecución de la sentencia penal de 1 de abril de 2005; y ordenó a la Dirección de Investigación Judicial de la Policía Nacional omitir del historial de antecedentes penales de la víctima, cualquier registro penal relativo a la Resolución de condena que había sido dictada el 1 de abril de 2005 en contra de Santander Tristán Donoso.<sup>52</sup>

En la Resolución de Supervisión de Cumplimiento de 1 de septiembre de 2010, la Corte Interamericana manifestó que Panamá había dado cumplimiento íntegro a las medidas de reparación ordenadas en el Caso *Santander Tristán Donoso vs. Panamá* y reconoció "...el esfuerzo que ha realizado la Corte Suprema de Justicia de Panamá, con el fin de implementar el procedimiento apropiado, de conformidad con su ordenamiento interno, para dar cumplimiento a una medida de reparación que inicialmente, según se había indicado, presentaba alguna complejidad", por lo que dispuso archivar el expediente y comunicar la Resolución a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en su próximo período ordinario de sesiones.<sup>53</sup>

A diferencia de lo acontecido en el Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, en esta ocasión, a pesar de que persistía la ausencia de procedimientos jurídicos específicos para la ejecución de la sentencia y de las complicaciones que podría haber presentado la existencia de una condena penal en firme en contra de la víctima, la República de Panamá logró concretar en menos de un año, el total cumplimiento de la decisión de la Corte Interamericana.

---

<sup>52</sup> *Ibidem.*

<sup>53</sup> *Idem.*

Mucho tuvo que ver el hecho de que la responsabilidad de ejecutar la Sentencia quedó en manos del Pleno de Corte Suprema de Justicia, quien remitió de inmediato el asunto a la Sala Segunda de lo Penal, la cual ubicó el mecanismo procesal viable para lograr esa finalidad de manera expedita, mediante una interpretación pro persona.

El otro aspecto que confluye en este caso y que favoreció la pronta ejecución de la Sentencia de la Corte Interamericana es que, a diferencia del Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, en este proceso sólo hay una víctima y el monto de la indemnización y de los gastos no alcanzó una cifra elevada, lo que sin lugar a dudas facilitó el cumplimiento oportuno de la obligación financiera generada a raíz de la condena contra el Estado en un tiempo razonable.

### 2.3. Caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*

El tercer proceso decidido en la Corte Interamericana en el que figura como demandada la República de Panamá es el Caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, seguido en virtud de la denuncia interpuesta por la desaparición forzada y ejecución extrajudicial del señor Heliodoro Portugal, la falta de investigación y sanción de los responsables de tal hecho y la ausencia de reparación adecuada en favor de sus familiares. Este caso fue decidido a través de la Sentencia de 12 de agosto de 2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).<sup>54</sup>

Los hechos que originan este proceso tuvieron lugar el 14 de mayo de 1970, durante el gobierno militar en Panamá. Para esa fecha, Heliodoro Portugal, promotor del "Movimiento de Unidad Revolucionaria", de 36 años de edad, se encontraba en un café ubicado en la ciudad de Panamá, cuando dos personas vestidos de civil se bajaron de una camioneta y lo obligaron a subir a un vehículo, el cual partió con rumbo desconocido. Sus familiares presentaron una serie de recursos judiciales con el fin de localizarlo, pero fue hasta 1999 cuando se identificó su

<sup>54</sup> Corte IDH, Caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Sentencia de 12 de agosto de 2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

cadáver, el cual se encontraba en un cuartel en el área de Tocumen, Ciudad de Panamá. Hasta el momento en que se presentó la denuncia, el proceso penal continuaba abierto, sin que se hubiese condenado a los responsables.<sup>55</sup>

La Corte Interamericana consideró que no tenía competencia para pronunciarse sobre la muerte o posibles torturas o malos tratos que se alega sufrió el señor Portugal, debido a que los hechos denunciados ocurrieron antes de que Panamá aceptara su competencia contenciosa, pero sí la tenía con relación a la vulneración del derecho a la libertad personal del señor Heliodoro Portugal, conforme se encuentra reconocido en el artículo 7 de la CADH y, luego de analizar el caso, consideró que la privación de libertad por parte de agentes estatales, sin que se informara acerca de su paradero, daba lugar a una desaparición forzada, que continuó hasta que se identificaron sus restos en el año 2000. De este modo, la Corte Interamericana concluyó que:

- a. Desde el 9 de mayo de 1990, el Estado es responsable por la desaparición forzada del señor Heliodoro Portugal y por la violación del derecho a la libertad personal reconocido en el artículo 7 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, así como por la violación de los artículos I y II de la Convención sobre Desaparición Forzada, a partir de la ratificación de dicho instrumento normativo que tuvo lugar el 28 de febrero de 1996.<sup>56</sup>
- b. Los hechos del caso dan cuenta que se afectó la integridad psíquica y moral de la esposa e hijos del señor Heliodoro Portugal, lo que hace responsable al Estado por la violación del derecho a la integridad personal reconocido en el artículo 5.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1, en perjuicio de las referidas personas.

<sup>55</sup> Corte IDH, Caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Consultado octubre 9, 2017. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/heliodoroportugal.pdf>.

<sup>56</sup> *Ibidem*.

- c. El Estado incumplió su obligación de tipificar el delito de desaparición forzada de conformidad con lo estipulado en los artículos II y III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y de tipificar como delito la tortura, derivada de los artículos 1o., 6o. y 8o. de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura ya que, si bien Panamá había tipificado el delito de desaparición forzada en el artículo 150 del Código Penal de 2007 y esta tipificación permitía la penalización de ciertas conductas que constituyen desaparición forzada de personas, la misma excluía algunos supuestos que debían ser tipificados.

Por las razones expuestas, la Corte Interamericana, mediante la Sentencia de 12 de agosto de 2008, condenó a Panamá a las siguientes reparaciones:

- a. En el punto 10 dispuso que el Estado debe pagar a los causahabientes de la víctima, una indemnización por daño material de US \$ 20,000.00 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América), dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación del fallo.
- b. En el punto 11 dispuso que el Estado debe pagar a los causahabientes de la víctima, una indemnización por daño inmaterial de US \$ 20,000.00 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América), dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación del fallo.
- c. En el punto 12 se dispuso que el Estado tiene la obligación de investigar los hechos que generaron las violaciones de derechos humanos e identificar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables.
- d. En el punto 13 dispuso que el Estado debe publicar la Sentencia en el *Diario Oficial* y en otro diario de amplia circulación nacional, en un plazo de seis meses a partir de la notificación de la sentencia.

- e. En el punto 14 dispuso que el Estado debe realizar un acto público de reconocimiento de su responsabilidad internacional en relación con las violaciones declaradas en la Sentencia, en un plazo de seis meses a partir de la notificación de la sentencia.
- f. En el punto 15 dispuso que el Estado debe, a través de sus instituciones de salud especializadas, brindarles gratuitamente y de forma inmediata, el tratamiento médico y psicológico requerido a las víctimas.
- g. En el punto 16 determinó que el Estado debía adaptar su derecho interno en el sentido de tipificar los delitos de desaparición forzada de personas y tortura, en un plazo razonable.
- h. En el punto 17 dispuso que el Estado debe efectuar el pago de reintegro de costas y gastos, en el plazo de un año contado a partir de la notificación de la sentencia.

El cumplimiento de la Sentencia de 12 de agosto de 2008 ha presentado complejidades distintas a las de los casos anteriores ya que, si bien Panamá cumplió oportunamente con las indemnizaciones por daño material e inmaterial más las costas y gastos del proceso y con las obligaciones de efectuar las publicaciones y el acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional ordenados en los puntos 13 y 14 de la Sentencia, no ha sido posible acatar con la misma celeridad los puntos resolutivos 12 y 15 de la Sentencia.<sup>57</sup>

En este sentido, es importante precisar que antes de que se dictara la Sentencia de la Corte Interamericana, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia había emitido la Sentencia de 2 de marzo de 2004, mediante la cual declaraba no prescrita la acción penal y negaba el incidente de prescripción promovido por la

<sup>57</sup> Corte IDH, Caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Resolución del Presidente de 20 de abril de 2010. Resolución de Cumplimiento de Sentencia.

defensa de uno de los imputados dentro del proceso seguido por el homicidio de Heliodoro Portugal.<sup>58</sup>

En esa ocasión, la Sala Penal consideró que Panamá aprobó la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, suscrita en Belém Do Pará, Brasil, que

... se inspira entre otras razones en que la desaparición forzada de personas constituye una afrenta a la conciencia del hemisferio y una grave ofensa de naturaleza odiosa a la dignidad intrínseca de la persona humana, en contradicción con los principios y propósitos consagrados en la carta de la Organización de los Estados Americanos, que al hacer desaparecer personas se violan derechos inderogables del ser humano. De allí, la importancia y el derecho que le asiste a la sociedad conocer qué sucedió con las personas que desaparecieron del entorno, como consecuencia de sus ideas políticas. Es así, que no puede en este aspecto, bajo ninguna circunstancia, operar principios penales como el principio de legalidad e irretroactividad de las leyes penales...

Por ello, la Sala consideró que no se puede soslayar que para la fecha de la desaparición forzada de Heliodoro Portugal imperaba un régimen que impedía el libre acceso a la justicia, lo que hace impertinente otorgar un sobreseimiento definitivo, basándose en la prescripción de la acción penal. En ese sentido, la Sala Penal dispuso que se continuara con el proceso y la toma de declaración jurada al ex general Manuel Antonio Noriega, quien se encontraba recluido en un centro penitenciario fuera de Panamá.<sup>59</sup>

Luego de la decisión de la Corte Interamericana se incorporaron al proceso las declaraciones juradas de varios testigos, de la víctima y las indagatorias de tres de los cuatro sindicados en esta fase de reapertura, así como pruebas documentales y periciales. Se practicaron careos y se realizaron diligencias para

<sup>58</sup> Sentencia de 2 de marzo de 2004 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Disponible en: <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html> (Última consulta: 9 de octubre de 2017).

<sup>59</sup> *Ibidem*.

obtener la declaración indagatoria de Manuel Antonio Noriega, que fue solicitada vía asistencia judicial a los Estados Unidos.<sup>60</sup>

En cuanto a la obligación de tipificar los delitos de desaparición forzada de personas y tortura, su cumplimiento tuvo lugar a través de la Ley No. 1 de 13 de enero de 2011, publicada en la *Gaceta Oficial* No. 26702-A.<sup>61</sup>

No obstante, si bien la Corte Interamericana consideró que con la nueva redacción prevista en el artículo 152 del Código Penal el Estado de Panamá dio cumplimiento a su obligación de tipificar el delito de desaparición forzada conforme a sus obligaciones internacionales, acotó que dicha regulación no incluía "...la naturaleza continuada o permanente del delito ni referencias sobre la imprescriptibilidad de la acción penal derivada de la desaparición forzada de personas, por lo que consideró que la tipificación mencionada cumple parcialmente con los requisitos previstos en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y ordenados en la Sentencia..." —y determinó que el Estado debía— "...adoptar las medidas necesarias a fin de adecuar, en un plazo razonable, su derecho interno en relación con la naturaleza continuada y permanente del delito de desaparición forzada y a la imprescriptibilidad de la acción penal por dicho delito, y presentar información sobre este punto".<sup>62</sup>

En lo que respecta al delito de tortura, éste quedó tipificado en el artículo 156-A del Código Penal panameño y la Corte Interamericana estimó que, como quiera que la definición utilizada en la legislación actual transcribe el artículo 2o. de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y no limita el

<sup>60</sup> *Idem.*

<sup>61</sup> Ley No. 1 de 13 de enero de 2011, publicada en la *Gaceta Oficial* No. 26702-A.

<sup>62</sup> El tipo penal para el delito de desaparición forzada era del tenor siguiente: **Artículo 152.** "La privación de libertad de una o más personas, cualquiera que sea su forma, cometida por Agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con la cual se impide el ejercicio de los recursos o de las garantías procesales pertinentes, será sancionado con prisión de quince a veinte años".

sujeto activo a funcionarios públicos, cumple con lo ordenado por la Corte en ese sentido.<sup>63</sup>

En la Resolución de Cumplimiento de 19 de junio de 2012 la Corte Interamericana dio seguimiento a la ejecución de la Sentencia del Caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, insistiendo en que quedaban por cumplir el deber del Estado de investigar los hechos que generaron las violaciones del presente caso, identificar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables; proveer el tratamiento psicológico a las víctimas considerando sus circunstancias y necesidades particulares y que se debía adecuar el tipo penal para el delito de desaparición forzada de personas, incluyendo lo relativo a la naturaleza continua o permanente del ilícito y a la imprescriptibilidad de la acción penal y de la pena.<sup>64</sup>

En relación a este último aspecto, cabe indicar que a través de la Ley 55 de 30 de noviembre de 2016<sup>65</sup> se modificó el artículo 152 del Código Penal, en el que se estableció que la desaparición forzada será considerada como delito continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima y serán imprescriptibles tanto la acción penal como la pena.<sup>66</sup>

---

<sup>63</sup> Los tipos penales relativos al delito de tortura expresan: **Artículo 156.** "El servidor público que someta a un privado de libertad a castigos indebidos que afecten su salud o dignidad será sancionado con prisión de dos a tres años. Si el hecho consiste en castigo infamante, vejación o medidas arbitrarias o si se comete en la persona de un menor de edad, la sanción será de cinco a ocho años de prisión". **Artículo 156-A.** "Quien inflija a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o cualquier otro fin, será sancionado con prisión de diez a quince años. Igual sanción se impondrá a la persona que aplique métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia síquica".

<sup>64</sup> Resolución de supervisión de cumplimiento de Sentencia de 19 de junio de 2012.

<sup>65</sup> Ley 55 de 30 noviembre de 2016.

<sup>66</sup> Luego de la modificación el texto del artículo 152 del Código Penal expresa: **Artículo 152.** "La privación de la libertad de una o más personas, cualquiera que sea su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo, directo o indirecto, o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con la cual se impide el ejercicio de los recursos legales o de las garantías procesales pertinentes, será sancionada con prisión de quince a veinte años. Este delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima. La acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena impuesta judicialmente al responsable de esta serán imprescriptibles".



En la actualidad, la Sentencia de 12 de agosto de 2008 sigue en fase de ejecución ya que queda pendiente que el Estado rinda informe sobre el cumplimiento de la obligación de investigar los hechos denunciados y el seguimiento de la atención de salud a las víctimas. Cabe precisar que aunque se logró la repatriación de Manuel Antonio Noriega —quien era uno de los coimputados—, éste falleció sin que culminara el proceso, con lo cual éste ha continuado con los otros coimputados y está pendiente de la realización de audiencia de fondo en noviembre de 2017.

#### 2.4. Caso *Vélez Loor vs. Panamá*

Mediante la Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Panamá fue condenada por la Corte Interamericana por la violación de los derechos a la libertad personal, garantías judiciales y los principios de legalidad e integridad personal en perjuicio del señor Jesús Tranquilino Vélez Loor, así como por no haber emprendido una investigación sobre los actos de tortura denunciados y por el incumplimiento de la obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia.<sup>67</sup>

De conformidad con la ficha Técnica del Caso *Vélez Loor vs. Panamá*, Jesús Tranquilino Vélez Loor, de nacionalidad ecuatoriana, fue retenido el 11 de noviembre de 2002 en el Puesto Policial de Tupiza, en la Provincia del Darién, República de Panamá, por no portar la documentación necesaria para permanecer en el país. Posteriormente, la Directora Nacional de Migración y Naturalización del Ministerio de Gobierno y Justicia dictó una orden de detención en su contra, por lo que fue trasladado a una cárcel pública y el 6 de diciembre de 2002 se le impuso una pena de dos años de prisión por haber infringido las disposiciones del Decreto Ley No. 16 de 30 de junio de 1960 sobre Migración, resolución que no le fue notificada al señor Vélez Loor. El 18 de diciembre de 2002 fue trasladado al centro penitenciario La Joyita y mediante resolución de 8 de septiembre de 2003 la

<sup>67</sup> Corte IDH, Caso *Vélez Loor vs. Panamá*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010.

Directora Nacional de Migración dejó sin efecto la pena impuesta, siendo deportado hacia Ecuador el 10 de septiembre de 2003. Luego de su deportación, Vélez Loor alegó haber sido víctima de actos de tortura y malos tratos ocurridos durante su estancia en los diversos centros penitenciarios de la República de Panamá.<sup>68</sup>

En los puntos resolutivos del fallo de 23 de noviembre de 2010, la Corte Interamericana dispuso las siguientes medidas de reparación:

- a. En el punto 12, que el Estado debe pagar la suma de US \$ 7,500.00 (siete mil quinientos dólares de los Estados Unidos de América) en concepto de tratamiento y atención médica y psicológica especializada, así como medicamentos y otros gastos futuros, dentro del pazo de seis meses.
- b. En el punto 13, que el Estado debe realizar las publicaciones de sentencia en el *Diario Oficial de Panamá*, el resumen oficial de la misma en un diario de amplia circulación nacional en Panamá y en Ecuador y publicar íntegramente la sentencia en un sitio web oficial dentro del plazo de un año a partir de su notificación.
- c. En el punto 14 le ordenó al Estado continuar eficazmente y conducir con la mayor diligencia, dentro de un plazo razonable, la investigación penal iniciada en relación con los hechos denunciados por el señor Vélez Loor.
- d. En el punto 15 estableció que Panamá debe adoptar las medidas necesarias para disponer de establecimientos con capacidad suficiente para alojar a las personas detenidas por razones migratorias, cuyo personal sea civil y esté debidamente calificado y capacitado.

<sup>68</sup> Corte IDH, Ficha Técnica Caso *Vélez Loor vs. Panamá*. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.cfm?lang=es&nld\\_Ficha=34](http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?lang=es&nld_Ficha=34) (Última fecha de consulta: 9 de octubre de 2017).

- e. En el punto 16 dispuso que el Estado debe implementar un programa de formación y capacitación para el personal del Servicio Nacional de Migración y Naturalización, así como para otros funcionarios en cuanto a los estándares internacionales relativos a los derechos humanos de los migrantes.
- f. En el punto 17 dispuso que el Estado debe garantizar en un plazo razonable programas de capacitación sobre la obligación de iniciar investigaciones de oficio siempre que exista denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un hecho de tortura bajo su jurisdicción.<sup>69</sup>
- g. En el punto 18 determinó que el Estado debe pagar la indemnización por daño inmaterial y por el reintegro de costas y gastos por la suma de US \$ 24,000.00 (veinticuatro mil dólares de los Estados Unidos de América), en el término de un año a partir de la notificación de la sentencia.

En este caso, el proceso de ejecución de la sentencia ha sido expedito en cuanto al pago de las obligaciones económicas impuestas al Estado, no así en los otros aspectos.

Para dar cumplimiento a la Sentencia de 23 de noviembre de 2010, el Órgano Ejecutivo dictó el Decreto de Gabinete No. 2 de 14 de febrero de 2012<sup>70</sup> en el cual Panamá se reconoce como "deuda nacional" las obligaciones económicas impuestas por la Sentencia de la Corte IDH a favor de Tranquilino Vélez Loo y Cejil en concepto de reparación a la violación de derechos de la que es responsable la República de Panamá y se designa al Ministerio de Economía y Finanzas como

<sup>69</sup> Caso *Vélez Loo vs. Panamá*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. *Ibid.*

<sup>70</sup> Decreto de Gabinete No. 2 de 14 de febrero de 2012, publicado en la *Gaceta Oficial de Panamá* No. 26977, de 17 de febrero de 2012. Disponible en: <https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/26977/37010.pdf> (Última fecha de consulta: 9 de octubre de 2017).

entidad encargada para ejecutar el trámite correspondiente para dicho pago. En el mismo Decreto de Gabinete, el Consejo de Gabinete ordenó la publicación de la Sentencia de 23 de noviembre de 2010 de la Corte Interamericana en la Gaceta Oficial y el resumen oficial de la misma en un diario de circulación Nacional, publicación que fue efectuada en el periódico "La Estrella de Panamá" el 6 de marzo de 2012.

Dado que a la fecha del primer Decreto se había excedido el plazo fijado por la Corte Interamericana para realizar el pago de la indemnización, se dictó el Decreto de Gabinete No. 11 de 27 de marzo de 2012<sup>71</sup> mediante el cual se dispuso que la indemnización a la víctima se entregaría sin deducciones y que el Estado reconocería el pago de intereses bancarios a partir del 11 de diciembre de 2011, fecha en la que la República de Panamá cayó en mora respecto a esas obligaciones.

En la Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de 13 de febrero de 2012, la Corte Interamericana estimó que la República de Panamá dio total cumplimiento a la obligación de pagar las sumas fijadas en concepto daño material e inmaterial, reintegro de las costas y gastos y de tratamiento y atención médica, psicológica, medicamentos y otros gastos futuros, al igual que realizó las publicaciones dispuestas en la Sentencia.<sup>72</sup> Sin embargo, no encontró satisfechas las obligaciones de investigar los hechos denunciados por la víctima; de adoptar las medidas necesarias para disponer de establecimientos con capacidad y condiciones materiales adecuadas para alojar a las personas cuya detención es necesaria por razones migratorias; y de implementar un programa de formación y capacitación para el personal del Servicio Nacional de Migración y Naturalización y para otros funcionarios que por motivo de su competencia

<sup>71</sup> Decreto de Gabinete No. 11 de 27 de febrero de 2012, publicado en la *Gaceta Oficial de Panamá* No. 27003 A, de 28 de marzo de 2012. Disponible en: [https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/27003\\_A/37428.pdf](https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/27003_A/37428.pdf) (Última fecha de consulta: 9 de octubre de 2017).

<sup>72</sup> Corte IDH, Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de 13 de febrero de 2013. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/Velez\\_13\\_02\\_13.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/Velez_13_02_13.pdf) (Última fecha de consulta: 9 de octubre de 2017).

tengan trato con personas migrantes, en cuanto a los estándares internacionales relativos a los derechos humanos que les son aplicables.

Cabe destacar que el Estado rindió informe en el sentido de que las instalaciones del Servicio Nacional de Migración contaban con dos albergues (uno masculino y uno femenino), pero no aportó evidencia que demostrara sus capacidades y condiciones. De igual modo, la República de Panamá precisó que en ambos albergues se ofrece alimentación y servicios médicos y que los custodios son civiles y reciben capacitación de la Academia Migratoria (de reciente formación), haciéndose énfasis en conocimientos generales de la Ley migratoria y en derechos humanos. También señaló que se habría creado una unidad de Asuntos Humanitarios dentro del Servicio Nacional de Migración con la finalidad de atender los casos de las mujeres embarazadas y con menores de edad y para que los migrantes que necesitan ayuda legal puedan solicitarla a instituciones sin fines de lucro, a la Defensoría del Pueblo y al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), entre otros.<sup>73</sup>

El tema de la implementación de un programa de formación y capacitación para el personal del Servicio Nacional de Migración y Naturalización, así como para otros funcionarios que por motivo de su competencia tengan trato con personas migrantes, en cuanto a los estándares internacionales relativos a los derechos humanos de los migrantes, las garantías del debido proceso y el derecho a la asistencia consular, también ha requerido grandes esfuerzos del Estado. Y es que la Corte Interamericana consideró que el Programa Psicoeducativo ejecutado en ese sentido, no cumplía con lo necesario, pues el programa de formación y capacitación debe referirse a los estándares internacionales relativos a los derechos humanos de los migrantes, las garantías del debido proceso y el derecho a la asistencia consular, y debe hacer especial mención a la Sentencia

<sup>73</sup> *Ibidem*. En los albergues existen letreros y directorios telefónicos, los cuales cuentan con información de consulados, organizaciones, fundaciones y números de teléfono de cada una de ellas. Dicha información se encuentra visible en dos idiomas, español e inglés, y se tiene acceso a ella a través de la página web <http://www.panamatramita.gob.pa/>

y a los instrumentos internacionales de derechos humanos de los que Panamá es parte. Lo propio ocurrió con los programas de capacitación sobre la obligación de iniciar investigaciones de oficio siempre que exista denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un hecho de tortura en su jurisdicción, dirigido al personal del Ministerio Público, Poder Judicial, Policía Nacional, así como a personal del sector salud con competencia en este tipo de casos y que por motivo de sus funciones sean los primeros llamados a atender a las víctimas de tortura.

La Corte Interamericana consideró que si bien el Estado presentó dos Convenios Interinstitucionales de 24 de enero de 2006 y 25 de agosto de 2009, suscritos entre el Ministerio de Gobierno y Justicia y el Ministerio de Salud para brindar servicios de salud a las personas privadas de libertad, los mismos no contienen referencia alguna a programas de capacitación relativos a la obligación de esos funcionarios de iniciar investigaciones de oficio siempre que exista denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un hecho de tortura bajo su jurisdicción.<sup>74</sup>

En el Informe Anual 2015 de la Corte Interamericana se registra que el 5 de febrero de 2015, durante el 107 Período Ordinario de Sesiones, se llevó a cabo la audiencia en la cual se supervisaron las medidas dictadas en este caso.<sup>75</sup>

En esa audiencia, la República de Panamá informó que —en la investigación penal iniciada en relación con los hechos denunciados por el señor Vélez Loor, con el fin de determinar las responsabilidades penales y aplicar, en su caso, las sanciones y demás consecuencias de ley— pidió una asistencia judicial en materia penal a Bolivia, lugar de residencia de la víctima, a fin de tomarle una declaración, la cual se materializó en el año 2014. El señor Vélez Loor fue trasladado a Panamá donde fue evaluado por los peritos del Instituto de Medicina

---

<sup>74</sup> *Ibidem.*

<sup>75</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Informe Anual 2015, p. 70. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/spa/spa\\_2015.pdf](http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/spa/spa_2015.pdf) (Última fecha de consulta: 9 de octubre de 2017).

Legal y Ciencias Forenses de Panamá y se le tomó declaración en calidad de víctima. En cuanto a la adopción de las medidas necesarias para disponer de establecimientos con capacidad suficiente para alojar a las personas detenidas por motivos migratorios, el Estado ha trabajado en sensibilizar a los funcionarios, inculcándoles una cultura de vocación al servicio y una filosofía de trabajo basada en respeto a las garantías del proceso, los derechos humanos, el respeto a la dignidad de la persona y la eliminación de prácticas que impliquen tratos crueles e inhumanos.<sup>76</sup>

Se ha solicitado al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos la dotación de Asistencia Técnica para la revisión de la currícula del Instituto Superior Policial con el objeto de asegurar que la formación de las fuerzas de seguridad tenga un enfoque transversal de Derechos Humanos y el Estado se ha comprometido a la creación de un Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura. De igual modo, el Ministerio de Relaciones Exteriores impulsa la aceptación de la competencia del Comité Internacional contra la Tortura, se ha establecido una coordinación entre el Servicio Nacional de Migración y el Consejo Noruego para Refugiados (NRC) y se realizan acercamientos con la Defensoría del Pueblo de Panamá, a fin de que dicha entidad pueda acopiar las quejas de los extranjeros que se encuentran detenidos por motivos migratorios e iniciar investigaciones por posibles violaciones de derechos humanos.

El 20 de octubre de 2017 en la Ciudad de Panamá, en el marco del 58 período de sesiones Extraordinarias de la Corte Interamericana, se estará llevando a cabo una audiencia privada a fin de que el Estado panameño rinda informe sobre el cumplimiento del fallo de 23 de noviembre de 2010, en lo que respecta al estado de la investigación iniciada por Panamá con relación a los hechos denunciados por el señor Vélez Loo y sobre el cumplimiento de las garantías de no repetición ordenadas a Panamá, relativas a adoptar las medidas necesarias para disponer de albergues con capacidad suficiente para alojar a las personas cuya detención

---

<sup>76</sup> *Ibidem*.

es necesaria por cuestiones migratorias; la capacitación tanto del personal del Servicio Nacional de Migración y Naturalización como de los demás funcionarios que intervengan en los asuntos migratorios, en cuanto a los estándares internacionales relativos a los derechos humanos de los migrantes y sobre la obligación de iniciar investigaciones de oficio siempre que exista denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un hecho de tortura bajo su jurisdicción.

### ***2.5. Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá***

El último Caso en el que la República de Panamá ha sido condenada por la Corte Interamericana es el de los *Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*, el cual fue decidido mediante la Sentencia de 14 de octubre de 2014 (Excepciones Preliminares, fondo, Reparaciones y Costas).<sup>77</sup>

En esta ocasión se reclamó la responsabilidad internacional de Panamá por la violación continuada del derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros, por el alegado incumplimiento del pago de indemnizaciones relacionadas con el despojo e inundación de sus territorios ancestrales, como consecuencia de la construcción de la Represa Hidroeléctrica del Bayano entre los años 1972 y 1976; la falta de reconocimiento, titulación y demarcación de las tierras otorgadas (con respecto al pueblo Kuna durante un largo período de tiempo y con respecto al pueblo Emberá hasta esa fecha); la falta de protección efectiva del territorio y los recursos naturales de invasión y la tala ilegal del bosque por parte de terceros y el incumplimiento de Panamá de proveer un procedimiento adecuado y efectivo para el acceso a la propiedad colectiva territorial y para obtener una respuesta a las

<sup>77</sup> *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_284\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_284_esp.pdf) (Última fecha de consulta: 9 de octubre de 2017).



múltiples denuncias de injerencias en sus territorios. De conformidad con los denunciantes, la secuencia de violaciones cometidas por el Estado es una manifestación de discriminación de los pueblos Kuna y Emberá, la cual se vería reflejada en la vigencia de normas que responden a una política de carácter asimilacionista.<sup>78</sup>

La Sentencia de 14 de octubre de 2014 de la Corte Interamericana declaró por unanimidad que la República de Panamá violó el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, por la falta de delimitar, demarcar y titular sus territorios; el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 21, 8 y 25 de la misma, por la ausencia de normativa interna antes de 2008 respecto de la delimitación, demarcación y titulación de territorios indígenas; los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, por el incumplimiento del principio del plazo razonable respecto de ciertos procesos internos, en perjuicio de las comunidades Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros.

La referida Sentencia dispuso en sus puntos resolutivos las siguientes medidas:

- a. En el punto 10 dispuso que en el plazo de seis meses a partir de su notificación, publicar en el Diario Oficial de Panamá y en un diario de amplia circulación nacional, por una sola vez, el resumen oficial de la Sentencia; publicar la Sentencia íntegramente en un sitio web oficial del Estado durante el período de un año y difundirla a través de una emisora radial.
- b. En el punto 11 determinó que el Estado debe realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional en relación con los hechos del caso.

---

<sup>78</sup> *Ibidem*.

- c. En el punto 12 dispuso que el Estado debe demarcar, dentro de un plazo de máximo un año, las tierras que corresponden a las comunidades Ipetí y Piriati Emberá y titular las tierras Ipetí como derecho a la propiedad colectiva de la comunidad Ipetí Emberá.
- d. En el punto 13 dispuso que el Estado debe adoptar las medidas necesarias para dejar sin efecto el título de propiedad privada otorgado al señor C.C.M. dentro del territorio de la Comunidad Emberá de Piriati.
- e. En el punto 14 dispuso que el Estado debe pagar una compensación total de US \$250.000 (doscientos cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América), por concepto de daño material para las Comunidades Emberá de Ipetí y Piriati y de US \$1.000.000 (un millón de dólares de los Estados Unidos de América) para el pueblo Kuna de Madungandí, la cual deberá ser entregada a los representantes de las respectivas Comunidades indígenas; una compensación total de USD \$250.000 (doscientos cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) para las Comunidades Emberá de Ipetí y Piriati, y de USD \$1.000.000 (un millón de dólares de los Estados Unidos de América) para el pueblo Kuna de Madungandí, en concepto de daño inmaterial, la cual deberá ser entregada a los representantes de las respectivas Comunidades indígenas; todo dentro del plazo máximo de un año, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia; y la suma de USD \$120.000 (ciento veinte mil dólares de los Estados Unidos de América), por las labores realizadas en el litigio del caso a nivel nacional e internacional, que se distribuirán de la siguiente forma: la cantidad de USD\$60.000 (sesenta mil dólares de los Estados Unidos de América), para ser entregada a los representantes del pueblo Kuna de Madungandí por un lado, y a los representantes de las comunidades Emberá Ipetí y Piriati respectivamente.
- f. En el punto 15 dispuso que el Estado debe reintegrar al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte Interamericana de Derechos

Humanos la cantidad erogada durante la tramitación del presente caso, que equivale a la suma de USD \$ 4.525,49 (cuatro mil quinientos veinte y cinco dólares de los Estados Unidos de América con cuarenta y nueve centavos), que deben ser reintegrados a la Corte Interamericana en el plazo de noventa días, contados a partir de la notificación del presente Fallo.

- g. En el punto 16 dispuso que el Estado debe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, rendir al Tribunal un informe sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma.

De igual modo, la Corte Interamericana determinó que supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

Una vez notificada la Sentencia de 14 de octubre de 2014 a la República de Panamá, su ejecución se inició con bastante celeridad.

Las principales previsiones para la ejecución de la Sentencia fueron tomadas por el Consejo de Gabinete. Dicha entidad dictó el Decreto de Gabinete No. 23 de 11 de agosto de 2015 "Que reconoce obligaciones impuestas a la República de Panamá en Sentencia de 14 de octubre de 2014, en el Caso de los *pueblos indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*".<sup>79</sup>

El referido Decreto reconoce como parte de la deuda nacional las obligaciones económicas que le fueron impuestas al Estado en la Sentencia de 14 de octubre de 2014 de la Corte Interamericana (artículo 1o.); reconoce el pago de Doscientos

<sup>79</sup> Decreto de Gabinete No. 23 de 11 de agosto de 2015, *Gaceta Oficial de Panamá* No. 27850, de 20 de agosto de 2015. Disponible en: <https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/27850/52368.pdf> (Última fecha de consulta: 9 de octubre de 2017).

Cincuenta Mil Dólares de los Estados Unidos (USD 250,000.00) por concepto de daño material para las comunidades Emberá de Ipetí y Piriati, y de Un Millón de Dólares de los Estados Unidos de América (USD 1,000.000.00), para el pueblo Kuna de Madungandí (artículo 2); reconoce el pago de Doscientos Cincuenta Mil Dólares de los Estados Unidos (USD 250,000.00) por concepto de daño inmaterial para las comunidades Emberá de Ipetí y Piriati, y de Un Millón de Dólares de los Estados Unidos de América (USD 1,000.000.00), para el pueblo Kuna de Madungandí (artículo 3o.); reconoce el pago de Ciento Veinte Mil Dólares de los Estados Unidos (USD 120,000.00) por las labores realizadas en el litigio del caso a nivel nacional e internacional (artículo 4o.); reconoce el pago de Cuatro Mil Quinientos Veinticinco Dólares de los Estados Unidos (USD 4,525.00) al fondo de Asistencia de Víctimas por los gastos incurridos (artículo 5o.); ordena las publicaciones de la Sentencia, su difusión y la celebración del acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional dispuesto por la misma (artículos 6o., 7o., 8o. y 9o.); ordena la demarcación de las tierras que corresponden a las comunidades Ipetí y Piriati Emberá y a titular las tierras de Ipetí como derecho a la propiedad colectiva (artículo 10); ordena la ejecución de las medidas necesarias para dejar sin efecto el título de propiedad otorgado al señor C.C.M. dentro del territorio de la Comunidad Emberá de Piriati (artículo 11); designa al Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) como la entidad encargada para ejecutar el pago de las obligaciones económicas a nombre de la República de Panamá (artículo 12); y dispone que los pagos deben realizarse de forma íntegra, sin reducciones derivadas de cargas fiscales y que en caso de vencimiento del plazo, se reconocen los intereses bancarios sobre las sumas adeudadas.<sup>80</sup>

La Resolución de Supervisión de Cumplimiento de la Corte Interamericana de 28 de agosto de 2015 da cuenta que Panamá cumplió con la obligación de reintegrar al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte Interamericana la suma adeudada desde el 1 de julio de 2015.<sup>81</sup> Por su parte, el Informe Anual 2015

<sup>80</sup> *Ibidem.*

<sup>81</sup> Resolución de 28 de agosto de 2015 (Reintegro al fondo de Asistencia Legal de Víctimas). Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/kuna\\_fv\\_15.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/kuna_fv_15.pdf) (Última fecha de consulta: 9 de octubre de 2017).

de la Corte Interamericana permite constatar que la República de Panamá también honró la obligación de publicar la Sentencia de 14 de octubre de 2014 en la página web del Ministerio de Relaciones Exteriores el día 29 de marzo de 2015; en el Periódico La Prensa de Panamá el día 22 de abril de 2015; y el 12 de mayo de 2015 en la Gaceta Oficial de Panamá, número 27778-A. Dicha Sentencia fue igualmente difundida a través del Sistema Estatal de Radio y Televisión (SERTV), por el dial 92.5 de Radio Nacional FM.

Este informe da cuenta que el 13 de octubre de 2015, con el consentimiento de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano, se efectuó el acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional de la República de Panamá, en la Casa del Congreso Kuna en el área de Akua Yala, en una ceremonia pública en donde se contó con la presencia de altas autoridades del Estado y de los miembros de las comunidades, en la cual estuvieron presente los medios de comunicación y que fue traducida a los idiomas Kuna y Emberá.<sup>82</sup>

El referido Informe Anual 2015 de la Corte Interamericana da cuenta que el 15 de octubre de 2015 una delegación de la Corte "... efectuó por primera vez una diligencia in situ en el marco de la supervisión de cumplimiento de una sentencia. Dicha visita se llevó a cabo en Panamá, específicamente, en el territorio de las Comunidades Ipetí y Piriati de Emberá de Bayano dentro de la tramitación del proceso de supervisión de cumplimiento la Sentencia del Caso de los Pueblos indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano".<sup>83</sup> En esta diligencia *in situ*, realizada a solicitud de Panamá, la Corte Interamericana recibió información directa acerca de "... los desafíos, obstáculos y propuestas de solución en relación con la implementación de las dos reparaciones relativas al deber del Estado de garantizar el derecho de propiedad colectiva de las Comunidades Ipetí y Piriati Emberá".<sup>84</sup>

<sup>82</sup> Informe Anual 2015. Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya citado.

<sup>83</sup> *Ibidem*.

<sup>84</sup> *Idem*.

Uno de esos desafíos guarda relación con el cumplimiento de la obligación de "... demarcar, dentro de un plazo de máximo un año, las tierras que corresponden a las comunidades Ipetí y Piriati Emberá y titular las tierras Ipetí como derecho a la propiedad colectiva de la comunidad Ipetí Emberá"<sup>85</sup> que —según indica la Corte Interamericana—, debe efectuarse en los términos del párrafo 232, que precisa lo siguiente

La Corte dispone que el Estado deberá proceder a demarcar las tierras que corresponden a las comunidades Ipetí y Piriati Emberá y a titular las tierras Ipetí como derecho a la propiedad colectiva, en un plazo máximo de un año a partir de la notificación de la presente Sentencia, con la plena participación, y tomando en consideración el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres, de las referidas comunidades. Mientras no se hayan demarcado y titulado adecuadamente las referidas tierras, el Estado se debe abstener de realizar actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de las comunidades Ipetí y Piriati Emberá.<sup>86</sup>

También debe cumplirse con el párrafo 233 que indica que "... el Estado debe realizar las medidas necesarias para dejar sin efecto el título de propiedad privada otorgado al señor C.C.M. dentro del territorio de la Comunidad Emberá de Piriati en el plazo máximo de 1 año desde la notificación de la presente Sentencia".<sup>87</sup>

El 23 de mayo de 2017, la Corte Interamericana dictó una Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia en la cual se precisa que el Estado cumplió con la obligación de publicar y difundir la Sentencia de 14 de octubre de 2014 dentro del plazo dispuesto. Cabe destacar que si bien los representantes del Pueblo Kuna de Madungandí objetaron que "... las horas en que se emitieron no

<sup>85</sup> Corte IDH, *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. Sentencia de 14 de octubre de 2014, ya citado.

<sup>86</sup> *Idem*.

<sup>87</sup> *Idem*.

fueron horas donde la población estuviere despiert[a], ya que la misma se transmitió a las 9:00 p.m...", la Corte Interamericana estimó que la objeción se presentó más de seis meses después de realizadas las difusiones radiales y que en los términos de la Sentencia no se incluía una exigencia de acordar el horario de difusión con los representantes de las víctimas, la manera como se llevó a cabo la difusión de la Sentencia saldaba la obligación impuesta al Estado de realizar las publicaciones y radiodifusión del resumen oficial de la Sentencia.<sup>88</sup>

De igual modo, en dicha Resolución, la Corte Interamericana se pronunció con relación al acto público de reconocimiento de responsabilidad realizado el 13 de octubre de 2015, en el cual participaron las autoridades del Pueblo Kuna de Madungandí y de la comunidad Emberá de Bayanó, concluyendo que la República de Panamá cumplió con lo dispuesto en la Sentencia, a pesar de la objeción de los representantes del Pueblo Emberá que estimaron que el referido acto no fue consultado y resultó "improvisado", lo que ocasionó que una parte de esa comunidad no pudiera asistir.<sup>89</sup> La Corte Interamericana calificó de "positivo" que Panamá solicitara y asumiera los costos de la visita que fue realizada el 15 de octubre de 2015 en la Comunidad de Piriati-Emberá, lo cual —a su juicio—, "Demuestra la voluntad del Estado de buscar un acercamiento con los dirigentes y miembros de dicha comunidad para dar cumplimiento de la mejor forma posible a las reparaciones relativas a garantizar su derecho de propiedad."<sup>90</sup>

En la misma Resolución declaró que la República de Panamá dio cumplimiento total del pago de indemnizaciones por concepto de daño material e inmaterial y reintegro de costas y gastos a favor de las víctimas y sus representantes, destacando que todas las cantidades fueron pagadas dentro del plazo de un año dispuesto en la Sentencia. En cuanto al reclamo de las víctimas por los gastos generados en la etapa de supervisión de la Sentencia, la Corte Interamericana

<sup>88</sup> Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de mayo de 2017. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/Kuna\\_23\\_05\\_17.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/Kuna_23_05_17.pdf)

<sup>89</sup> *Ibid.*

<sup>90</sup> *Ibid.*

explicó que, para que el Estado esté obligado a pagar tales gastos, "... previamente los representantes de las víctimas deben plantear una solicitud a este Tribunal para que valore ordenar el reembolso de los gastos razonables y debidamente comprobados", lo que no ha ocurrido.<sup>91</sup>

La citada Resolución de Cumplimiento dispuso mantener abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento relativo a las medidas de demarcar las tierras que corresponden a las comunidades Ipetí y Piriati Emberá, titular las tierras Ipetí como derecho a la propiedad colectiva de la comunidad Ipetí Emberá y adoptar las medidas necesarias para dejar sin efecto el título de propiedad privada otorgado al señor C.C.M. dentro del territorio de la Comunidad Emberá de Piriati.

Con relación a la titulación de las tierras colectivas de la comunidad indígena de Ipetí Emberá, es importante precisar que la misma fue realizada mediante Resolución No. ADMG-012-2015 del 19 de Enero de 2015, pero en cuanto al globo de tierra que había sido adjudicado a título oneroso al señor C.C.M. a través de la Resolución No. ANATI.8-7-1254 de 13 de agosto de 2013 de la Autoridad Nacional de Administración de Tierras (ANATI), debe tenerse presente que el mismo fue segregado, convirtiéndose en cuatro fincas separadas que fueron traspasadas a favor de un Fiduciario, antes de que se dictara el fallo de la Corte Interamericana. Esto implica que, al momento en que se dictó la Sentencia, existían nuevos titulares adquirientes de buena fe.<sup>92</sup> Esta situación ha creado un problema jurídico importante pues el Registro Público de Panamá no tiene un procedimiento registral para inscribir una sentencia extranjera y la Sentencia de la Corte Interamericana tampoco contiene la información que sería necesaria para la calificación e inscripción de una sentencia en el Registro Público.<sup>93</sup>

---

<sup>91</sup> *Ibid.*

<sup>92</sup> Informe de 1 de julio de 2015 rendido por la Lcda. Mónica Campos, sobre la Misión Oficial en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en un horario de las 10 de la mañana hasta las doce horas del mediodía y reunión en el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil), con el abogado Luis Carlos Buob, en un horario de tres a cinco de la tarde, ambas en San José, Costa Rica, el 28 de mayo de 2015. Inédito.

<sup>93</sup> *Ibidem.*



En la documentación generada en la página electrónica de la Corte Interamericana donde figuran las resoluciones dictadas en la etapa de supervisión de cumplimiento, no se registra que, hasta la fecha, Panamá haya satisfecho la obligación consistente en dejar sin efecto el título de propiedad otorgado al señor C.C.M. dentro del territorio de la Comunidad Emberá de Piriati.

### 3. Conclusión

El examen del estado de la ejecución de las Sentencias de la Corte Interamericana dictadas contra la República de Panamá evidencia que, aun cuando no se cuenta con un instrumento legal que determine el modo en que el Estado debe dar cumplimiento a las Sentencias de la Corte Interamericana, es posible encontrar mecanismos para su cumplimiento partiendo del respeto a los principios de buena fe y del deber de garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios que derivan de la Convención de Viena y de la CADH.

Esto se evidencia con las actuaciones de los tres Órganos del Estado que han asumido, según sus competencias, la responsabilidad de ejecutar las decisiones de la Corte, lo cual no es un proceso simple ante la ausencia de regulación específica sobre la materia y la necesidad de asignar recursos del Estado para saldar las indemnizaciones y pagos.

Sin embargo, la creación de una Ley que establezca un procedimiento definido para el cumplimiento de sentencias de tribunales supranacionales contra el Estado, permitiría una reparación más expedita y ordenada de los daños causados a las víctimas de violaciones de derechos humanos ordenadas por la Corte Interamericana.<sup>94</sup>

<sup>94</sup> Exposición de Motivos del Proyecto de ley 005 de 7 de julio de 2014 propuesto por el H.D. Elías A. Castillo G., a la Comisión de "Gobierno, Justicia y Asuntos Constitucionales de la Asamblea Nacional de Diputados de la República de Panamá. Disponible en: [http://www.asamblea.gob.pa/proyley/2014\\_P\\_005.pdf](http://www.asamblea.gob.pa/proyley/2014_P_005.pdf)

## Fuentes

Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil), *Los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. Compilación de Instrumentos*, 2a. ed., Cejil, San José, 1997.

GARCÍA Ramírez, Sergio, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2a. ed., Editorial Porrúa, México, 2015.

KRSTICEVIC, Viviana. "Reflexiones Sobre la Ejecución de las Decisiones del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos", *Implementación de las Decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*, Centro por la Justicia y el Derecho Internacional CEJIL, San José, 2007, pp. 15-67.

LONG Saborio, Soraya. "Aciertos y Desaciertos de la Corte interamericana de Derechos Humanos en el Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá (Caso Ley 25)", *Revista Cejil. Debates Sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*, año IV, núm. 5 (2009), pp. 38-49.

NASH Rojas, Claudio. "El desafío de reparar las violaciones de los derechos humanos", *Revista Iberoamericana de Derechos Humanos*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, núm. 3 (2008), pp. 69-99.

NOGUEIRA Alcalá, Humberto, *Lineamientos de Interpretación Constitucional y del Bloque Constitucional de Derechos*, Librotecnia, Chile, 2006.

PASTOR, Marta María. "La Corte Interamericana Intérprete Última de la Convención Americana", Susana Albanese (coord.), *El Control de Convencionalidad*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2008.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, "El 'Control de Convencionalidad' en el Sistema Interamericano, y sus Anticipos en el Ámbito de los Derechos Económico-sociales, Concordancias y Diferencias con el Sistema Europeo".

SÁNCHEZ, Nelson Camilo. "Introducción al Sistema Interamericano de Protección de los y Derechos Humanos". En "*Derechos Humanos y Juicio Justo*", editado por Claudio Nash e Ignacio Mujica. Lima.

### **Disposiciones Internacionales y de Derecho Interno**

Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Ratificada por la República de Panamá mediante Ley No. 15 de 28 de octubre de 1977 dictada por la Asamblea Nacional de Representantes de Corregimientos, *Gaceta Oficial* No. 18.468 de 30 de noviembre de 1977. Consultado octubre 9,

### **Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados**

Constitución Política de la República de Panamá de 1972, reformada en 1978, 1983, 1994 y 2004. Consultado octubre 9, 2017.

Decreto de Gabinete No. 8 de 10 de abril de 2002, *Gaceta Oficial* No. 24, 532 del martes 16 de abril de 2002. Consultado octubre 9, 2017.

Resolución de Gabinete No. 47 de 17 de agosto de 2005, *Gaceta Oficial* No. 25,367 de 19 de agosto de 2005. Consultado octubre 9, 2017.

Ley No. 1 de 13 de enero de 2011, *Gaceta Oficial* No. 26702-A. Consultado octubre 9, 2017.

Decreto de Gabinete No. 2 de 14 de febrero de 2012, *Gaceta Oficial de Panamá* No. 26977, de 17 de febrero de 2012. Consultado octubre 9, 2017.

Decreto de Gabinete No. 11 de 27 de febrero de 2012, publicado en la Gaceta Oficial de Panamá No. 27003-A, de 28 de marzo de 2012. Consultado octubre 9, 2017.

Decreto de Gabinete No. 23 de 11 de agosto de 2015, publicado en la Gaceta Oficial de Panamá No. 27850, de 20 de agosto de 2015.

Ley 55 de 30 noviembre de 2016. *Gaceta Oficial de Panamá*, Consultado octubre 9, 2017.

### Jurisprudencia de la Corte Interamericana

Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Sentencia de 2 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_72\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf)

Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Resolución de Cumplimiento de Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de junio de 2002. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/baena\\_21\\_06\\_02.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/baena_21_06_02.pdf)

Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Resolución de Cumplimiento de Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2002. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/baena\\_22\\_11\\_022.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/baena_22_11_022.pdf)

Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Resolución de Cumplimiento de Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 6 de junio de 2003. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/baena\\_06\\_06\\_031.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/baena_06_06_031.pdf)

Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Resolución de Cumplimiento de Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de noviembre

de 2005. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/baena\\_28\\_11\\_05.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/baena_28_11_05.pdf)

Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 11 de febrero de 2008. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/baena\\_11\\_02\\_08.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/baena_11_02_08.pdf)

Caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 12 de agosto de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_186\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_186_esp.pdf)

Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de octubre de 2008. Disponible en: [http://corteidh.or.cr/docs/supervisiones/baena\\_30\\_10\\_08.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/supervisiones/baena_30_10_08.pdf)

Caso *Santander Tristán Donoso vs. Panamá*. Sentencia de 27 de enero de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_193\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_193_esp.pdf)

Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de julio de 2009. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/baena\\_01\\_07\\_09.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/baena_01_07_09.pdf)

Caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de abril de 2010. Resolución de Cumplimiento de Sentencia. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/portugal\\_20\\_04\\_10.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/portugal_20_04_10.pdf)

Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de mayo de 2010.

Caso *Santander Tristán Donoso vs. Panamá*. Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de septiembre de 2010.

Caso *Vélez Loor vs. Panamá*. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2010 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de febrero de 2011.

Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de junio de 2012. Consultado octubre 9, 2017.

Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de febrero de 2013.

Caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 19 de junio de 2012. Resolución de Cumplimiento de Sentencia.

Caso *Vélez Loor vs. Panamá*. Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de 13 de febrero de 2013.

Caso *de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros vs. Panamá*. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de octubre de 2014 (Fondo, Reparaciones y Costas).

*Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros vs. Panamá.* Resolución de 28 de agosto de 2015 (Reintegro al fondo de Asistencia Legal de Víctimas).

*Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros vs. Panamá.* Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de mayo de 2017.

### **Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá**

Resolución de 21 de octubre de 2003 la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral con número de expediente 621-03.

Resolución de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral de 11 de febrero de 2004 con número de expediente 653-03.

Sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de 2 de marzo de 2004.

Resolución de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral de 3 de marzo de 2004 con número de expediente 460-03.

Resolución de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral de 18 de octubre de 2004 con número de expediente 460-03.

Resolución de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral de 11 de agosto de 2009 con número de expediente 183-09.

## Informes

INFORME ANUAL 2015. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2015/>

INFORME ANUAL 2016. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2016/>

INFORME de 1 de julio de 2015 rendido por la Lcda. Mónica Campos, sobre la "Misión Oficial en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en un horario de las 10 de la mañana hasta las doce horas del mediodía y reunión en el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil), con el abogado Luis Carlos Buob, en un horario de tres a cinco de la tarde, ambas en San José, Costa Rica, el 28 de mayo de 2015". Inédito.

## Otros

Ficha Técnica del Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.cfm?nld\\_Ficha=222&lang=es](http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=222&lang=es)

Ficha Técnica del Caso *Santander Tristán Donoso vs. Panamá*. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.cfm?nld\\_Ficha=253](http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=253)

Ficha técnica del Caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/heliodoroportugal.pdf>

Ficha Técnica Caso *Vélez Loor vs. Panamá*. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.cfm?lang=es&nld\\_Ficha=34](http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?lang=es&nld_Ficha=34)



Exposición de Motivos del Proyecto de Ley 005 de 7 de julio de 2014 propuesto por el H.D. Elías A. Castillo G., a la Comisión de "Gobierno, Justicia y Asuntos Constitucionales de la Asamblea Nacional de Diputados de la República de Panamá. Disponible en: [http://www.asamblea.gob.paproyley/2014\\_P\\_005.pdf](http://www.asamblea.gob.paproyley/2014_P_005.pdf)



# Tercera parte

Una mirada al control  
constitucional en la región





# Acceso jurisdiccional a la justicia constitucional y convencional

Silvio Antonio  
Grijalva Silva\*

## 1. Introducción

Conforme el artículo 6o. de la Constitución Política, la nación nicaragüense se constituye en un Estado democrático y social de Derecho. Este concepto es una forma de organización estatal encaminada a realizar el bienestar y la justicia social y reconocer la dignidad humana mediante la sujeción de las autoridades públicas a los principios, derechos, y deberes sociales de orden constitucional.

El Estado democrático y social de Derecho es un sistema que se propone fortalecer servicios y garantizar derechos considerados esenciales para mantener el nivel de vida necesario para participar como miembro pleno de la sociedad.

---

\* Secretario General. Profesor e Investigador del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua, Asesor de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de la República de Nicaragua.

De lo anterior se deduce que el Estado democrático y social de Derecho está orientado a la garantía efectiva de los derechos fundamentales. Por ello el artículo 46 de la Constitución Política de Nicaragua proclama que en

el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre; en el Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas; y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos.

Así pues, el reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales, constituye la dimensión sustantiva del Estado Social de Derecho. El Estado existe para la protección de los derechos de las personas: el poder se organiza, por tanto, para la preservación de la libertad y para el interés general de la sociedad.

En este orden de ideas, dentro de la organización del Estado corresponde al Poder Judicial conforme al art. 160 const., tutelar y garantizar los derechos fundamentales de las personas a través de la función jurisdiccional. La función jurisdiccional, por tanto, puede y debe ser definida como la garantía que corrige los márgenes de desviación e ilegitimidad en que otros poderes o los individuos hubieran podido incurrir. Esta garantía tiene que ser efectiva porque en ella convergen todas las demás garantías del sistema y es través de ella que se hace realidad la supremacía constitucional, el control de los poderes públicos y la tutela de los derechos fundamentales. De ahí que la función jurisdiccional sea un poder, un poder que necesariamente debe ser real, que goce de capacidad para imponerse a los demás poderes del Estado cuando así lo exija el Derecho, que tenga la capacidad política para alternar con los otros poderes, para hacer efectiva su función de aplicar la ley, en las inconstitucionalidades e ilegalidades del Estado. La función jurisdiccional debe, además, ser ejercida por un poder independiente e imparcial lo que significa que Jueces y tribunales deciden conforme a derecho y sólo a derecho y que es un tercero entre las partes.

La concepción garantista de la función jurisdiccional implica asumir que la constitución es una norma de aplicación directa. Ello significa que la norma constitucional debe ser tomada como regla material idónea para la solución administrativa y judicial de conflictos intersubjetivos concretos, que ella ha de ser la pauta normativa que orientara la decisión de los casos concretos particulares, que el Juez o la Administración habrán de tomarla como regla de decisión, sin tener que acudir a la ley que la reglamente o la desarrolle. Así lo ha reconocido la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua al afirmar que la Constitución tiene eficacia directa e inmediata, sin necesidad de esperar que resulte desarrollada por el legislador, en lo que se refiere principalmente a los derechos fundamentales, incluyendo en gran medida a los derechos sociales. Esta aplicación directa de la Constitución Política, permite en nuestro país el control difuso de la constitucionalidad de la norma a cargo de cualquier Juez, no importando su posición jerárquica dentro de la organización judicial.

En este mismo orden de ideas, a nivel individual, la garantía básica de los derechos fundamentales reside en la facultad que tiene toda persona víctima de la violación de sus derechos fundamentales de poder obtener o acceder a la justicia constitucional. Acceder a la justicia significa, ante todo, poder abrir procedimientos, intentar recursos y, eventualmente, entablar un proceso de manera que la persona sea restablecida o confirmada en sus derechos. En Nicaragua, la apertura de estos procedimientos y el ejercicio de estos recursos ocurren en el seno de la jurisdicción ordinaria y a través de procesos ordinarios o en jurisdicciones especiales a través de mecanismo especiales de tutela. Estos mecanismos especiales son los que permiten el acceso jurisdiccional a la Justicia Constitucional, en el sentido que las diferentes infracciones a los derechos individuales garantizados por la constitución, ya sea por separado o conjuntamente con otros sean llevados ante un Tribunal Constitucional.

Así pues, el objetivo de la justicia constitucional es el control de constitucionalidad de las normas de rango inferior a la constitución política y a las leyes con rango constitucional y a la protección de los derechos constitucionales de los ciudadanos. En resumen la supremacía constitucional el eje central sobre el que gira el sistema de control constitucional en Nicaragua, finalidad que se

encuentra establecida en diversas disposiciones que se transcriben a continuación: artículo 182 constitucional, que a la letra dice: "La Constitución Política es la Carta Fundamental de la República; las demás leyes están subordinadas a ellas. No tendrá valor alguno las leyes, tratados, órdenes o disposiciones que se le opongan o alteren sus disposiciones." (Supremacía Constitucional); artículo 183: "Ningún Poder del Estado, organismo de gobierno o funcionario tendrá otra autoridad, facultad o jurisdicción que las que le confiere la Constitución Política y las Leyes de la República" (Principio de Legalidad); artículo 160 const.: "La administración de justicia garantiza el principio de la legalidad; protege y tutela los derechos humanos mediante la aplicación de la ley en los asuntos o procesos de su competencia"; artículo 6 const.: "Nicaragua es un Estado independiente, libre soberano unitario e indivisible. Se constituye en un Estado democrático y social de Derecho, que promueve como valores superiores la dignificación del pueblo a través de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los Derechos Humanos, la ética y el bien común"; artículo 130 const.: "Ningún cargo concede a quien lo ejerce, más funciones que las que le confiere la Constitución y las Leyes" y el artículo 1o. de la Ley de Amparo y sus reformas incorporadas: "La presente Ley constitucional, tiene como objeto el mantener y restablecer la supremacía constitucional según lo dispuesto en los artículos 130 párrafo primero, 182, 183, y 196 de la Constitución Política de la República de Nicaragua, regulando el Recurso por Inconstitucionalidad, el mecanismo del control de inconstitucionalidad en casos concretos, el Recurso de Amparo, el Recurso de Exhibición Personal, el Recurso de Hábeas Data y la solución de los Conflictos de competencia y Constitucionalidad entre los Poderes del Estado".

A continuación, procederé a exponer los sistemas de control constitucional que tradicionalmente existen, para luego pasar al análisis sobre el funcionamiento y regulación del control constitucional en Nicaragua.

## **2. Sistemas de control de constitucionalidad**

Los sistemas de control de constitucionalidad han sido clasificados tradicionalmente atendiendo al órgano que ejerce el control, a saber: Sistema de Control



Político, el cual es ejercido por un órgano político, generalmente el congreso y sistema de control jurisdiccional asignado a los Jueces. Se clasifica a su vez en control de constitucionalidad difuso y control concentrado de constitucionalidad. A efecto de este trabajo solo hablaremos sobre el control jurisdiccional.

### **2.1. Control de constitucionalidad difuso**

Al control de constitucionalidad difuso se le conoce también con el nombre de modelo americano. Este Sistema se caracteriza por ser difuso, incidental y declarativo. Difuso porque cualquier Juez o tribunal tiene competencia para inaplicar la ley al caso concreto, cuando se demuestre contraria a la constitución.

Este mecanismo se conoce con el nombre de "sistema de revisión judicial", el cual como bien lo precisan los doctrinarios: Es difuso por que Faculta a todos los Jueces ordinarios de un determinado país para que actúen como Jueces constitucionales, en razón de que todos tienen el poder-deber de desaplicar las leyes y otras normas contrarias al marco constitucional. Se toman en consideración los hechos y circunstancias del caso al que se va aplicar la norma legal impugnada. En este Sistema todos los Jueces son Jueces de legalidad y de constitucionalidad. El procedimiento es incidental porque el control se desarrolla como incidente en el ámbito de un juicio que tiene un objeto distinto, respecto al que se presenta como una cuestión prejudicial. Es declarativo por que la sentencia mediante la cual se declara la inaplicabilidad de la norma, se limita a declarar la invalidez de la ley, por ser incompatible con la constitución. Los efectos de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad son retroactivos, pero limitados al caso concreto, pues solo surte efectos inter partes, lo que implica que la norma continúa formando parte del ordenamiento jurídico, aunque el Juez que emite su resolución están vinculados al precedente. Es un sistema que tutela los derechos subjetivos de las partes y se fundamenta al igual que en el concentrado en el principio de supremacía constitucional, que impone a Jueces y tribunales la obligación de preferir la norma constitucional e inaplicar las leyes u otras normas que sean contrarias a la norma fundamental.

## 2.2. Control de constitucionalidad concentrado

El sistema concentrado también es conocido como sistema kelseniano, europeo o austriaco. En este modelo se confiere en forma exclusiva el control de constitucionalidad a un organismo judicial especializado, denominado Corte, Tribunal Constitucional o Sala Constitucional y no a la generalidad de los Jueces. En este sistema convergen el control abstracto o directo de constitucionalidad y el control incidental, indirecto o concreto. Se caracteriza por ser principal, constitutivo y general. Principal porque el control de constitucionalidad se solicita mediante un recurso dirigido a obtener un control abstracto de la compatibilidad de la ley con la constitución, es decir que los casos a resolver por el Tribunal Constitucional no implica una controversia jurídica entre dos partes. Es constitutivo porque la sentencia fija una nueva situación de derechos con efectos hacia el futuro. En consecuencia los actos celebrados durante la vigencia de la ley declarada inconstitucional permanecen inalterables. General por que la sentencia que se dicta produce efectos generales, es decir *erga omnes*. Se trata de un sistema dirigido esencialmente a asegurar la constitucionalidad del derecho objetivo, mediante la eliminación de las leyes inconstitucionales.

## 2.3. Sistema mixto de control de constitucionalidad

La doctrina contemporánea ha venido sosteniendo que unos muchos países se aplica un sistema mixto, que es una combinación del control constitucional difuso y el control constitucional concentrado, es decir al mismo tiempo existe un órgano con funciones de control abstracto y concentrado y el resto de Jueces o tribunales pueden realizar un control difuso y concreto.

En Nicaragua rige el sistema mixto, dado que los órganos de justicia ordinarios, los Jueces especializados que actúan como Sala Constitucional dentro del Poder Judicial y la Corte Suprema de justicia comparten las funciones de control de constitucionalidad y las acciones de tutela. Se dice que un sistema es mixto por que existe una mezcla de elementos constitutivos de los dos modelos clásicos, dando lugar a un tercero diferente a los anteriores sin ser algo enteramente

autóctono y original. Existe, pues, una combinación entre el sistema concentrado y el difuso ya que combina un control concentrado y abstracto ejercido exclusivamente por la Corte Suprema de Justicia que resuelve los recursos por inconstitucionalidad de la ley, con un control concentrado y concreto ejercido por Jueces especializados, que actúan como Sala Constitucional dentro del Poder Judicial que conocen y resuelven los recurso de amparo y un control difuso y concreto ejercido por todos los Jueces ordinarios del país en ocasión de aplicar la ley a un caso concreto.

### 3. Mecanismo de control constitucional en Nicaragua

Nuestra Constitución Política no sólo establece derechos, deberes, principios y garantías, sino que contempla un sistema de recursos que tiene como objeto mantener y restablecer en todo momento la supremacía de la Constitución Política como Norma fundamental y Suprema, frente a las demás leyes, reglamentos, decretos y cualquier acto administrativo generales o concretos que pretendan vulnerarla, esto es lo que en doctrina se denomina "El control de la constitucionalidad de la leyes y los actos administrativos". Así Conforme a los artículos 187, 188, 189 y 190 de la Constitución Política (constitucional), Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 5 y la Ley No. 49, ley de Amparo y sus reforma los mecanismos de control constitucional establecidos son: los recursos por Inconstitucionalidad, el mecanismo de control de inconstitucionalidad en casos concretos, el recurso de amparo, de exhibición personal, y el Recurso de *habeas data*. De igual manera, en la Constitución Política y en la Ley de Amparo se establece un recurso que tiene por objeto establecer un equilibrio en el ejercicio del poder político, resolviendo los conflictos constitucionales referidos al ámbito de las competencias asignadas por la constitución a los Poderes del Estado. Dicho recurso se denomina "Recurso de conflicto de competencia y Constitucionalidad entre los Poderes del Estado".

Para acceder a estos mecanismos de control constitucional, doctrinariamente se establecen dos formas de accesos a saber: el acceso directo y el indirecto.

Acceso directo: El acceso es directo cuando el sujeto legitimado pueda acudir directamente al Juez constitucional, sea un Juez especializado (Tribunal Constitucional,) o sea un Juez ordinario. Lo importante es que el Juez o tribunal ordinario determine el juicio de constitucionalidad de un acto que puede ser estimado o desestimado por el mismo Juez, sin acudir a una instancia superior para su resolución.

Acceso indirecto: El problema de inconstitucionalidad surge frente a un Juez, que no puede, por sí mismo, tomar decisión sobre la inconstitucionalidad que le ha sido presentada, sino que tiene que remitir la cuestión al tribunal especializado. Es decir al Juez que se le plantea la inconstitucionalidad no está autorizado para declarar inaplicable norma jurídica alguna, pues cuando tenga duda sobre la constitucionalidad de una norma a aplicar al caso de la litis, debe promover el incidente de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

Conforme a lo expresado anteriormente, estimo que en Nicaragua el acceso a los medios de control constitucional se da a través del el acceso directo, sea con control concentrado, sea con control abstracto. Así, en el caso del el Juez ordinario con facultades de control concreto, se caracteriza como en el modelo americano que el Juez tiene que resolver sobre la inconstitucionalidad planteada, (no así como en la concepción europea en que los tribunales europeos, sólo tiene la posibilidad de plantear la cuestión al Tribunal Constitucional quien es la que debe resolver el problema de la constitucionalidad), aunque dicha resolución deba ser remitida a la Corte Suprema de Justicia para su ratificación conforme a la Ley de Amparo y a la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Corte Suprema de Justicia es el único Órgano que tiene la palabra final sobre la interpretación constitucional de la leyes, aún permitiendo el control difuso de los Jueces ordinarios. Con ello, se pretende evita fallos contradictorios; a la incoherencia y la incertidumbre en la ley ya que los diferentes Jueces y tribunales puedan interpretar la constitucionalidad de la norma de forma distinta. Es decir que la Corte Suprema de justicia es como un tribunal de última instancia en el control constitucional.

### 3.1. Recurso por Inconstitucionalidad de la Ley

El control constitucional se solicita vía el recurso denominado de inconstitucionalidad, dirigido a obtener del órgano concentrado (Corte Suprema de Justicia) un control abstracto de la compatibilidad de la ley con la Constitución. Este control se ejerce *a posteriori*, es decir después de entrada en vigencia la ley impugnada, pues través de él se busca la verificación de la compatibilidad de la disposición legal impugnada con los principios y normas de la constitución, de manera que, si se establece su incompatibilidad, se declara su inaplicabilidad. Se ejerce un control directo por que la persona efectúa la impugnación de la disposición legal sin condicionamiento alguno. Es abstracta porque la impugnación se plantea como una acción no vinculada a un caso concreto, es decir, independientemente de su proyección aplicativa o de un interés subjetivo.

#### 3.1.1. Objeto del Recurso

El Recurso por Inconstitucionalidad procede contra toda ley, decreto o reglamento que se oponga a la Constitución Política (artículos. 187 Constitución Política y 2 de la Ley No 49/1988, 16 de Noviembre).

Podemos afirmar que este recurso tiene como objeto y naturaleza mantener la supremacía de la Constitución Política frente a todas aquellas disposiciones que crean modifican, o extinguen situaciones de carácter general, abstracto, impersonales y obligatoria; es decir, que contenga esencialmente una regla de derecho, una norma jurídica, siendo el bien jurídico tutelado el interés público y general de todos los ciudadanos. Este recurso constituye un instrumento general de depuración de normas, cualquiera que sea su rango. Sólo existe una excepción a este amplio objeto del recurso establecida en el artículo 9 de la Ley de Amparo, en virtud del cual no procede el recurso de inconstitucionalidad contra la constitución política y su reforma, excepto cuando estando en vigencia se alegue la existencia de vicios de procedimientos en su tramitación, discusión y aprobación.

De lo anterior, puede decirse que se permite controlar formalmente el procedimiento a seguir para aprobar las leyes de reforma constitucional, con el objeto de asegurarse que el procedimiento de reforma seguido ha sido el determinado por la constitución, de manera que el poder constituyente constituido se ha conformado legítimamente ya que sólo así la reforma constitucional podrá efectivamente integrarse con la norma constitucional.

### 3.1.2. Legitimación activa y pasiva

La persona legitimada para interponer este recurso es cualquier ciudadano o ciudadanos cuando una ley, decreto o reglamento perjudique directa o indirectamente sus derechos constitucionales (artículo 9 de la Ley No 49/1988) y debe interponerse en contra el titular del órgano que emitió la ley, decreto o reglamento (artículo 10 de la Ley No 49/1988). Si bien es una acción pública, la misma está reservada sólo a los ciudadanos nicaragüenses, sin necesidad de demostrar agravio directo y concreto.

Se interpondrá dentro de 60 días calendarios contados desde la fecha en que entre en vigencia la Ley, decreto o reglamento. (artículo 13 de la Ley No 49/1988, y sus reformas). El Recurso por Inconstitucionalidad podrá interponerse personalmente, o por apoderado especialmente facultado para ello. En este segundo caso el poder deberá ser otorgado ante Notario Público domiciliado en Nicaragua (artículo 16 de la Ley No 49/1988, Ley de Amparo con reformas incorporadas).

El órgano encargado de recibir este recurso es la Secretaria de la Corte Suprema de Justicia, y la entidad competente para instruir (tramitar) y proyectar las resoluciones es la Sala Constitucional (inciso 5 del artículo 34 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) y el órgano competente para conocer y resolverlo es la Corte Suprema de Justicia en pleno (artículo 11 de la Ley No 49/1988).

### 3.2. Procedimiento

El recurso por inconstitucionalidad se tramita en dos fases. En primer lugar, el artículo 17 de la Ley de Amparo prevé un pronunciamiento expreso sobre la

admisibilidad a trámite del recurso. En la primera fase se examinan los requisitos procesales para su interposición (legitimación, plazo, forma, etc.). Las omisiones de forma o defectos subsanables pueden ser objeto de subsanación por el recurrente en un plazo de cinco días que le otorga la Corte; transcurrido ese plazo sin procederse a la subsanación por el recurrente, el recurso se tendrá por no interpuesto.

La segunda fase es la del conocimiento sobre el fondo o mérito del recurso. En esta fase, el funcionario o autoridad contra la que se hubiera interpuesto el recurso, deberá emitir informe dentro de quince días de recibida la notificación correspondiente, pudiendo alegar todo lo que tenga a bien; así mismo, la Procuraduría General de la República, una vez rendido el informe por el funcionario recurrido o sin él, dictaminará el recurso. En todo caso, la Corte puede en cualquier momento, y con intervención de todas las partes (recurrente, funcionario, Procuraduría General de la República) solicitar información sobre datos que no aparezcan en el proceso para resolver el recurso. Agotado los anteriores trámites, el asunto queda para deliberación y sentencia. Debe señalarse, que aunque la Constitución reserve la competencia exclusiva a la Corte Suprema de Justicia para resolver los recursos de inconstitucionalidad, la Sala Constitucional de conformidad al artículo 34.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial instruye y proyecta las resoluciones en materia de recursos de inconstitucionalidad para que sean resueltas por la Corte Plena.

### 3.3. Efecto de la sentencia

Conforme el artículo 21 de la Ley de Amparo, "la declaración de inconstitucionalidad tendrá efecto, a partir de la sentencia que lo establezca, la inaplicabilidad de la ley, decreto o reglamento o la disposición o disposiciones impugnadas de los mismos, si la constitucionalidad fuera parcial."

De acuerdo al artículo 22 de la misma Ley de Amparo la sentencia que declare si es inconstitucional o no, el todo o parte de una ley, decreto o reglamento producirá cosa juzgada en forma general (efecto *erga omnes*) en cuanto a los puntos

declarados constitucionales o inconstitucionales. Es decir, desde el punto de vista material tiene efectos generales, a pesar que se refiere a la inaplicabilidad de la ley y no a anulabilidad o nulidad.

### 3.4. Recurso de Amparo

#### 3.4.1. Función y objeto

El recurso de amparo es un mecanismo de protección de derechos y garantías constitucionales de las personas que han sido vulnerados o que puedan llegar a serlo por parte de actos de autoridad. Es un mecanismo de protección amplio en cuanto al objeto, pues se destaca el hecho que los derechos y garantías hayan sido violados o estén en peligro de serlo (artículos 45, y 188 constitucionales; y 26 de la Ley de Amparo)

**Los actos de autoridad son diversos y amplios, señalando la constitución y la ley de amparo los siguientes: disposición, acto o resolución y en general toda acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismos.** En el Recurso de Amparo, el bien jurídico que se protege es el interés particular de cada una de las personas naturales o jurídicas, que por un acto u omisión de un funcionario, viole o trate de violar sus derechos y garantías reconocidos en la constitución.<sup>1</sup> Así las cosas, el Recurso de Amparo, no es un medio de impugnación de decisiones emanadas de autoridad que afectan o vulneran derechos constitucionales, sino que es un mecanismo de protección de derechos y garantías constitucionales de forma autónoma y eventualmente, como se expondrá más adelante, como un medio de control de normas en caso concreto.

El Recurso de Amparo, es un control constitucional directo, individual, concentrado y concreto. Es directo, por que la persona legitimada para interponerlo

---

<sup>1</sup> Véase Sentencia de Corte Plena No. 34/2002, de 3 de junio, Considerando I y Sentencia Sala Constitucional No. 52/2009, de 25 de febrero, Considerando I



acude directamente ante el Juez constitucional especializado. Si bien es cierto que el recurso debe interponerse ante la Sala Civil de los Tribunales de apelaciones, esta no tiene competencia para pronunciarse sobre el fondo del recurso, ni tampoco plantea al órgano especializado la cuestión de inconstitucionalidad del acto. Así pues, su competencia está limitada a ejercer el control de admisibilidad del recurso, por ello conoce de las primeras actuaciones hasta la suspensión del acto inclusive, y luego lo remite a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, quien resuelve el fondo del recurso. Es concentrado por que la competencia exclusiva para conocer del recurso de amparo es atribuida a un solo órgano especializado que este caso es la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Es individual por que solo puede interponerlo la persona agraviada. Entendiéndose por persona agraviada la persona natural o jurídica a quien perjudique o esté en inminente peligro de ser perjudicada por toda disposición, acto o resolución, y en general, contra toda acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismos, que viole o trate de violar los derechos y garantías del ciudadano.

#### 3.4.2. Naturaleza jurídica del Recurso de Amparo

Expuesto lo anterior, consideramos que el Recurso de Amparo en Nicaragua, tiene una doble naturaleza, ya que tiene por finalidad la protección de derechos y garantías constitucionales y el control de las normas al caso concreto y que según valoración del recurrente del amparo las considere inconstitucionales. No obstante en este apartado hablaremos sobre el recurso de amparo en la protección de los derechos y garantías de los ciudadanos y luego hablaremos sobre la otra naturaleza del recurso de amparo, es decir la vía o mecanismo por la que se puede plantear la inconstitucionalidad en el caso concreto.

El Recurso de Amparo se interpondrá dentro del término de 30 días calendarios, que se contarán desde que se haya notificado o comunicado legalmente el agravio, la disposición, acto, o resolución. En todo caso este término se aumentará en razón de la distancia. También podrá interponerse el Recurso desde que la acción u omisión haya llegado a su conocimiento.

Para interponer el recurso de amparo, el recurrente tiene que haber agotado los recursos ordinarios establecidos por la ley, o no haberse dictado resolución en la última instancia dentro del término que la ley respectiva señala. Agotar la vía administrativa, implica cumplir con el principio de definitividad, el cual consiste en que el agraviado debe haber agotado de previo y necesariamente todos los recursos administrativos ordinarios que la ley que rige el acto reclamado establece para atacarlo, de tal suerte que si existiendo estos medios ordinarios de impugnación, sin que lo interponga el agraviado, el amparo es improcedente.

No obstante lo anterior, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de justicia ha expresado en diferentes sentencias que dicho principio no es absoluto, sino que tiene excepciones que permiten que no se agote la vía administrativa, tal es el caso: en situaciones de hecho, cuando la parte afectada no ha sido parte del proceso administrativo, cuando exista una manifiesta violación a la constitución o a la ley, y cuando la autoridad administrativa obre fuera de su competencia, con total desprecio a la seguridad jurídica

La interposición del Recurso de Amparo, puede producir la suspensión del acto reclamado, de oficio o petición de parte. Procederá la suspensión de oficio cuando se trate de algún acto que de llegar a consumarse, haría físicamente imposible restituir al quejoso en el goce del derecho reclamado, o cuando sea notoria la falta de jurisdicción o competencia de la autoridad, funcionario o agente contra quien se interpusiera el recurso, o cuando el acto sea de aquellos que ninguna autoridad pueda ejecutar legalmente.

La suspensión puede ser a solicitud de parte, siempre y cuando concurren las siguientes circunstancias:

- a) Que la suspensión no cause perjuicio al interés general ni se contravengan disposiciones de orden público.
- b) Que los daños y perjuicios que pudieran causarle agravio con su ejecución sean de difícil reparación a juicio del Tribunal.

- c) Qué el reclamante otorgare garantía suficiente para reparar el daño o indemnizar los perjuicios que la suspensión pudiera causar a terceros, si el amparo fuere declarado sin lugar.

A pesar que el recurso de amparo tiene un concepto amplio para interponerse (disposición acto, o resolución y en general, contra acciones u omisiones de la autoridad) que son susceptible de protección mediante el recurso de amparo, la ley de Amparo contiene restricciones en las que no procede el Recurso de Amparo, tales como:

1. Contra las resoluciones de las autoridades judiciales en asuntos de su competencia.
2. Cuando hayan cesado los efectos del acto, reclamado o este se haya consumado de modo irreparable.
3. Contra los actos que hubieren sido cometidos por el agraviado de modo expreso o tácito. Se presumen consentidos aquellos actos por los cuales no se hubiera recurrido de Amparo dentro del término legal, sin perjuicio de la suspensión del término de conformidad al derecho común.
4. Contra las resoluciones dictadas en materia electoral.
5. Contra los actos relativos a la organización de los Poderes del Estado y el nombramiento y destitución de los funcionarios que gozan de inmunidad.
6. Contra el proceso de formación de la ley, desde la introducción de la correspondiente iniciativa hasta la publicación del texto definitivo.

### 3.5. Efecto de la sentencia

La sentencia de amparo tiene un carácter declarativo cuyo objeto es la preservación y el restablecimiento de un derecho contenido en la Constitución, por ello solamente protege a las personas naturales o jurídicas que interpusieron el recurso. La sentencia de amparo según sea el carácter del acto administrativo, puede tener efecto restitutorio o de mandato de respeto al cumplimiento de la

garantía o de la ley de que se trate. Si la pretensión del recurrente (actos o actos reclamados de carácter positivo) es declarada con lugar, el efecto de la sentencia que concede el Amparo tendrá por objeto restituir al agraviado en el pleno goce de los derechos transgredidos, restableciendo las cosas al estado que tenían antes de la transgresión. Cuando el reclamo (acto o actos reclamados sean de carácter negativo) es declarado con lugar, el efecto del Amparo será obligar a las autoridades o funcionarios responsables a que actúen en el sentido de respetar la ley o garantía de que se trate y a cumplir lo que la ley exija. Por lo anterior, la sentencia que dicte la Sala Constitucional solo tendrá efecto entre partes.

#### **4. Recurso de inconstitucionalidad en casos concreto a través del recurso de amparo y casación**

El artículo 23 de la Ley de Amparo, establece que a través el Recurso de Amparo o el recurso de Casación podrán alegar la inconstitucionalidad de una ley, decreto o reglamento que se haya aplicado al caso concreto. Es un control incidental pues se hace en ocasión de aplicar la ley en un proceso concreto. Dichos recursos van dirigidos para resolver la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación resulta contrario a la constitución. La tarea del Tribunal Constitucional, como de casación consiste en subsumir los hechos del caso a la norma constitucional, para extraer de allí la solución del conflicto.

El Tribunal no hace un enjuiciamiento sobre la validez de la norma legal que abstractamente se confronta con la constitución, por ello afirmamos que es un control incidental pues se hace en ocasión de la aplicación de la ley en un caso concreto dentro de un proceso. La declaración de inaplicabilidad de la ley al caso concreto, produce efectos relativos, es decir entre partes. Sin embargo conforme a la ley orgánica del Poder Judicial y la ley de Amparo, la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la norma abre la puerta para que el control de constitucionalidad transite del control concreto, al abstracto en un caso específico, es decir opera como presupuesto procesal o requisito habilitante para se realice el control abstracto de la compatibilidad de la ley con la Constitución de parte de la Corte Suprema de Justicia.

Así pues, la resolución que dicten tanto la Sala Constitucional como la Sala Penal en materia de casación, además de amparar al recurrente y casar la sentencia deberá remitir la resolución al pleno de la Corte Suprema de Justicia, para que ratifique la inconstitucionalidad, en caso de ratificarla, procederá a declarar su inaplicabilidad no sólo en el caso concreto, sino con efectos generales o absolutos (*erga omnes*) Es decir, no será aplicable para todos los casos futuros que eventualmente puedan presentarse. Podemos decir que, en estos casos, estamos en presencia de un sistema de control de constitucionalidad compartido, pues tanto los órganos especializados (Sala Constitucional y Sala Penal) como la Corte Suprema de Justicia comparten el control sobre la inconstitucionalidad de la norma al caso concreto, ejerciéndose primero un control preventivo y concreto por las salas especializadas y luego un control definitivo y abstracto por la Corte Suprema de Justicia. Control que como afirmamos anteriormente reduce los riesgos de discrepancias interpretativas e introduce elementos de control concentrado. Estadísticamente son muy pocos los casos, en que a través de un recurso de amparo o de casación se han resuelto cuestiones de inconstitucionalidad en el caso concreto.

### **5. Control constitucional en caso concreto, conocido y resuelto por Juez ordinario**

El principio de supremacía constitucional lleva a que cualquier órgano judicial pueda declarar inaplicable una norma jurídica con fuerza de ley si se opone a la Constitución. Aunque estadísticamente ningún órgano judicial ha hecho uso de esta facultad/obligación, el principio de supremacía constitucional otorga a cualquier órgano judicial en control difuso a que declare inaplicable una norma si se opone a la Constitución Política.

Así, el artículo 5o. de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece: "Control Constitucional en caso concreto: Cuando en un caso sometido para su conocimiento, la Autoridad Judicial considere en su sentencia que una norma, de cuya validez dependa el fallo, es contraria a la Constitución, debe declarar su inaplicabilidad

para el caso concreto". En caso que una de las partes haya alegado la inconstitucionalidad de una norma, la autoridad judicial deberá pronunciarse necesariamente sobre el punto, acogiendo o rechazando la pretensión. Cuando no hubiera casación y por sentencia firme hubiese sido resuelto un asunto con declaración expresa de inconstitucionalidad de alguna ley, decreto o reglamento, la Autoridad judicial en su caso, deberá remitir su resolución a la Corte Suprema de Justicia. Si la Corte Suprema de Justicia ratifica esa resolución de inconstitucionalidad de la ley, decreto o reglamento, procederá a declarar su inaplicabilidad para todos los casos similares de conformidad con la Ley de Amparo. No existe, pues, límite alguno a esta facultad de los órganos judiciales, de manera que la puede ejercitar cualquiera de ellos y en cualquier tipo de proceso, y tanto de oficio como a instancia de parte, exigiéndose exclusivamente la relevancia de la norma para la resolución del asunto.

Conforme la normativa anterior, estamos en presencia de un control combinado, entre el difuso y el concentrado. Difuso porque todo Juez ordinario puede ejercer control de constitucionalidad, el que se realiza en el momento en que la ley deba aplicarse al caso concreto. Los efectos de la sentencia que dicta el Juez de declaración de inconstitucionalidad son retroactivos y limitados, es decir inter parte, pues solo se determina la inaplicabilidad de la disposición jurídica al caso concreto en estudio.

Este control tiene carácter incidental, ya que la ley no puede ser impugnada directamente, sino que necesariamente debe existir un proceso concreto. Sin embargo, al igual que cuando se recurre de Amparo, de casación o cuando no se hizo uso del recurso de casación y por sentencia firme hubiese sido resuelto un caso en la que se declaró expresamente la inconstitucionalidad de una norma, la autoridad judicial deberá remitir su resolución a la Corte Suprema de Justicia para que ratifique la declaratoria de inconstitucionalidad. Como lo explicamos anteriormente, la declaratoria de inconstitucionalidad declarada por la autoridad judicial, es el requisito habilitante para que el control de constitucionalidad transite del control concreto al abstracto en un caso específico. Es decir, opera como presupuesto procesal para que se realice el control abstracto y concentrado

de la compatibilidad de la ley con la constitución de parte de la Corte Suprema de Justicia. En el caso que ratifique la inconstitucionalidad procederá a declarar su inaplicabilidad no solo en el caso concreto, sino con efectos generales o absolutos (*erga omnes*). Es decir no será aplicable para todos los casos similares que eventualmente puedan presentarse, de conformidad con la Ley de Amparo.

## 6. Recurso de exhibición personal

Otro de los mecanismo de control constitucional es el recurso de exhibición personal, el cual procede a favor de aquellas personas cuya libertad, integridad física y seguridad sean violados o estén en peligro de serlo por cualquier funcionario, autoridad, entidad o institución estatal, autónoma o no y por actos restrictivos de la libertad personal de cualquier habitante de la república realizado por particulares. No obstante, tal como sucede en muchos otros ordenamientos jurídicos la competencia para conocer de este tipo de acciones no se otorga directamente a los órganos de justicia constitucional, pues se busca que la autoridad jurisdiccional que conozca de las mismas resulte lo más cercana posible a los afectados.

El artículo 56 de la Ley de Amparo otorga la competencia para tramitar y resolver los Recursos de exhibición Personal en el caso de detención ilegal por cualquier autoridad, a los Tribunales de Apelaciones respectivos, o ante la Sala Penal de los mismos, donde estuviera dividido en Sala. Pero si los actos restrictivos de libertad son realizados por particulares, las autoridades competentes serán los Jueces de distrito de lo penal.

El recurso de exhibición personal puede interponerse en cualquier tiempo aún en estado de emergencia, mientras subsista la privación ilegal de la libertad personal o amenaza de la misma. Todos los días y horas son hábiles para este fin.

El recurso podrá interponerlo cualquier habitante de la República de Nicaragua a favor del agraviado, por escrito, carta, telegrama o verbalmente, levantándose en este último caso el acta correspondiente, en contra del funcionario o autoridad

responsable, representante o funcionario de la entidad o institución que ordene la violación o la cometa, en contra del agente executor, o en contra de todos; y en contra del particular que restrinja la libertad personal. El solicitante, al interponer el recurso deberá expresar los hechos que lo motivan, el lugar en que se encuentra detenido, si se supiere, y el nombre o el cargo que ejerce la autoridad o del funcionario, representante o responsable de la entidad o institución que ordenó la detención, si se supiere.

A pesar que la Ley de Amparo otorga la competencia a la Sala Penal de los Tribunales de Apelaciones y a los Jueces de distrito conocer y resolver los recursos de exhibición personal, en este último caso cuando los actos restrictivos de la libertad son por particulares, otorga a la Corte Suprema de Justicia la competencia para conocer y resolver sobre los recursos de queja que en forma expresa y tasada señala la Ley de Amparo. En primer lugar, a través de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia debe decidir de los recurso de queja que se interpongan contra las decisiones de los Tribunales de Apelaciones que declare sin lugar la solicitud de exhibición personal o desoiga la petición sin fundamento (artículo 75 Ley de Amparo). En segundo lugar, en los casos de amenaza de detención ilegal si el recurso es rechazado por el Tribunal conforme el artículo 62 parte in fine de la (Ley de Amparo). El perjudicado puede recurrir de queja ante la Sala Constitucional. En tercer lugar el artículo 71 de la citada Ley de Amparo establece el recurso de queja para los funcionario perjudicados por las resoluciones dictada por los Tribunales de Apelaciones, quien lo interpondrán ante la Corte Suprema de Justicia. Por último la Corte Suprema de Justicia, es la encargada de hacer cumplir las decisiones de exhibición cuando mediere la desobediencia de la autoridad intimada (artículo 72 Ley de Amparo).

## **7. Recurso de hábeas data**

Este recurso carecía de regulación constitucional, vacío que fue llenado por medio de la Ley No. 831, Ley de Reforma y Adiciones a la Ley No. 49, Ley de Amparo, la que entró en vigencia el catorce de febrero del año dos mil trece, y actualmente regulado en el artículo 190 Constitución Política, y artículo 87 de la



Ley de Amparo. Anteriormente antes de configurarse el recurso de *hábeas data* el derecho a la intimidad y a la autodeterminación informativa, se tutelaban vía recurso de amparo. No obstante, el legislador nicaragüense consideró que el recurso de amparo tiene una finalidad distinta al *hábeas data*. Mientras el recurso de amparo, como recurso procesal, requiere que exista ilegalidad o arbitrariedad de un acto u omisión de un funcionario público que viole derechos constitucionales. El *hábeas data*, en cambio, tiene una finalidad muy específica: la de otorgar a toda persona un medio procesal eficaz para proteger su intimidad, o evitar que terceras personas hagan un uso indebido de información de carácter personal que le concierne. Por lo anterior, el legislador incorporó en la reforma de la ley de amparo el recurso de *hábeas data*, el que se constituye como un amparo especializado y se configura como un procedimiento de resolución inmediata, que se caracteriza por tener plazos cortos y efectos inmediatos, que tiene como finalidad la cesación o prevención de daños a personas físicas o jurídicas ante un rechazo o negación de sus derechos.

Así las cosas, es un recurso que responde a las características de urgencia presente en una violación potencial o real de la disponibilidad de la persona sobre aquello que afecte su identidad, reputación, intimidad, en fin, todo lo que le permita proyectarse a los demás, que debe ser resguardado con mucha agilidad y prontitud que la ofrecida por el recurso de amparo. Por ello el *hábeas data* cuenta con medidas capaces de evitar el daño o restablecer la situación que ha sido menoscabada.

### 7.1. Objeto del recurso

El recurso fue configurado como recurso legal a disposición de cualquier persona natural o jurídica, que tiene el derecho de solicitar el acceso o a la exhibición de registros o bases de datos públicos o privados, en los cuales están incluidos sus datos personales, para tomar conocimiento de su exactitud y veracidad, como también solicitar en su caso, la modificación, supresión, bloqueo, inclusión, complementación, rectificación y actualización.

En virtud de lo anterior, puede decirse que el *hábeas data* tiene dos modalidades; una preventiva, que permita al titular de los datos personales ser informado sobre la existencia de bancos o registros de datos que contengan información que le concierne y si así fuese, acceder a los mismo; y una correctiva, cuando a través de él se exige que determinados datos personales sean corregidos, bloqueados, cancelados, etc.; pues el tratamiento que se hace de ellos es indebido, en el sentido que vulnera o conculca sus derechos constitucionales.

De esta manera el *hábeas data* se configura como el instrumento a través del cual, los titulares de datos pueden ver protegidos sus derechos frente a acciones que resulten ilegales o arbitrarias o que importen un uso indebido de información de carácter personal que le concierne por parte del responsable del fichero o banco de datos.

## 7.2. Derechos protegidos

Tiene por finalidad tutelar el derecho a la vida privada y la de su familia, a su honra y reputación y a la autodeterminación informativa; entendida esta como el derecho que tiene toda persona a conocer toda información que sobre ella hayan registrado las autoridades estatales e instituciones privadas, así como el derecho a saber por qué y con qué finalidad tienen esa información. El titular de los datos personales tiene el derecho a saber quién, cuando, con qué fines y en qué circunstancias toman contacto con sus datos personales y su publicidad indebida. En consecuencia conforme a los numerales 1, 2, y 3 del artículo 84 de la Ley de Amparo, toda persona puede acceder al recurso de *hábeas data* para:

1. Acceder a información personal que se encuentre en poder de cualquier entidad pública y privada de la que generen, produzcan, procesen o posean, información personal, en expedientes, estudios, dictámenes, opiniones, datos estadísticos, informe técnicos y cualquier documento que tenga en su poder;

2. Exigir la oposición, modificación, supresión, bloqueo, inclusión, complementación, rectificación, o cancelación y actualización, de datos personales, sensibles independientemente que sean físicos o electrónicos almacenados en ficheros de datos, o registros, de entidades públicas o instituciones privadas que brinden servicio o acceso a terceros, cuando se presuma la falsedad, inexactitud, desactualización, omisión total o parcial o la ilicitud de la información de que se trate.
3. Exigir la oposición, modificación, supresión, bloqueo, inclusión, complementación, rectificación, o cancelación y actualización de cualquier publicidad de datos personales sensibles que lesionen los derechos constitucionales.

### 7.3. Órgano competente

El órgano competente para conocer y resolver del recurso de *hábeas data* es la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

### 7.4. Legitimación activa y pasiva

Cualquier persona (natural, tutores y sucesores o apoderados de las personas naturales afectadas y las personas jurídicas afectadas por medio de representantes legales o apoderados designados para tales efectos) puede interponer el *hábeas data*. Entiéndase "cualquier persona" al afectado que ha visto vulnerado sus derechos reconocidos en la ley, con el objeto de solicitar protección de ellos a la Sala Constitucional. El *hábeas data* busca, solamente, que la persona perjudicada tome conocimiento de los datos de él referidos y no datos de terceros. El recurso se interpondrá dentro de los treinta días calendarios posteriores a la notificación de la autoridad administrativa competente en materia de protección de datos personales. Uno de los requisitos de interposición es que el perjudicado previamente haya agotado la vía administrativa, considerándose también agotada si dentro del plazo de los treinta días si la autoridad administrativa no emite su resolución correspondiente (silencio administrativo).

El legitimado pasivo es el responsable y cualquier otra persona que hubiera hecho uso indebido de ficheros de datos públicos o privados o ambos.

### 7.5. Efectos de la sentencia

Por su propia naturaleza, y a diferencia de lo que sucede con otros mecanismos de control constitucional que protegen la constitucionalidad del derecho objetivo (recurso de inconstitucionalidad), lo resuelto en la sentencia de *hábeas data* (protege derecho subjetivos) solo tiene efecto interpartes y ordena:

1. Restituir al recurrente en el pleno goce del Derecho constitucional vulnerado. Además producirá la eliminación o supresión inmediata de la información o dato impugnado.
2. Ordenar al recurrido efectuar las correcciones, alteraciones o supresiones correspondientes.
3. Otorgar al recurrente el derecho a demandar el pago de daños y perjuicios ocasionados, los que se liquidaran mediante un proceso de ejecución de sentencia. La sentencia de la Sala no impide la utilización de la jurisdicción ordinaria civil y penal para ejercer los derechos a través de las acciones correspondientes.

### 8. Recurso de conflicto de competencia y constitucionalidad entre los poderes del Estado

Este recurso fue introducido mediante la reforma constitucional de 1995 y de regulación procesal mediante reformas a la Ley de Amparo 2008. Este recurso corresponde conocerlo al pleno de la Corte Suprema de Justicia (artículo 163, párrafo 2 constitucional), siendo su objeto los conflictos positivos o negativos de competencia o atribuciones constitucionales entre los Poderes del Estado. Cuando el Poder Judicial sea parte del conflicto estarán inhibidos de conocer y resolver todos los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia que la integran

y se deberá llamar a los conJueces para que conozcan y resuelvan dicho recurso. Veamos algunos casos que se han resuelto a través de este recurso:

### 8.1. Conflicto interno en el Poder Legislativo

La Corte Suprema de Justicia por Sentencia No. 161/1996, resolvió el conflicto interno del Poder Legislativo suscitado por el hecho de que una minoría se había apoderado de la Junta Directiva y con la participación de una mayoría de 54 diputados de 92, en el plenario habían reformado el Estatuto de la Asamblea Nacional y su Reglamento, procediendo además a hacer una serie de actos legislativos y administrativos. El recurso fue dirigido en contra de la aprobación de los proyectos de Ley No. 245 denominado Ley de Reforma a la Ley Orgánica del Banco Central de Nicaragua y Ley 246, denominado Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia. Los recurridos invocaron la inexistencia de un Recurso específico para resolver los conflictos internos de un Poder, y entre los Poderes del Estado (recordemos que con la reforma constitucional de 1995, dejó establecido que la Corte Suprema de Justicia es la competente para conocer los conflictos de competencia, pero no fue regulado procesalmente, sino hasta el año 2000, mediante reformas a la Ley de Amparo).

La Corte Suprema de Justicia consideró que no existía impedimento para resolver esta cuestión por el hecho de no existir reglamentación especial para ello. Expresó que la sola existencia del artículo 164, inc., 12 de la Constitución Política (facultad de la Corte, para resolver conflictos de competencia y constitucionalidad entre los Poderes del Estado) constituye un derecho y a la vez una obligación constitucional para la Corte Suprema de Justicia el resolverlos, aplicando también lo dispuesto en el artículo 443 del Código de Procedimiento Civil de Nicaragua, que le manda a no abstenerse de resolver una causa llevada a su conocimiento, por el hecho de no existir ley para ello y declaró con lugar el recurso que en ese momento se le llamó innominado resolviendo: "Por haber estado, la Presidencia de la República, en imposibilidad material de sancionar, promulgar, publicar o vetar los proyectos de leyes No. 245 y 246 Ley de Reforma a la Ley Orgánica del Banco Central y Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia,

se declaran nulas absolutamente y sin ningún efecto legal las publicaciones de los citados proyectos de ley".

## 8.2. Conflicto entre Poderes del Estado

El 22 de noviembre de 1996 se presenta moción en el seno de la Asamblea Nacional para cambiar la agenda y el orden del día, para que el plenario conociera de temas que no fueron aprobados ni programados por la Junta Directiva. La moción se sometió a votación en el seno de la Junta Directiva, produciéndose un empate 2-2, ya que de los 7 miembros de la Junta Directiva solo había cuatro. La moción es rechazada por el ejercicio del voto doble del presidente en funciones. La sesión se suspendió por el desorden que siguió a la votación. Habiéndose retirado los dos miembros que habían votado en contra procedieron los otros dos miembros a constituir Junta Directiva, asumiendo uno de ellos ilegalmente la Primera Secretaría y continuaron la sesión a pesar de haber sido suspendida. En síntesis 2 miembros desobedecen la resolución de la mayoría de suspender sesión, violando así los artículos 27 inc., 2 y 3, artículo 28 inc., 2 y 29 del Estatuto General de la Asamblea Nacional; artículos que señalan que la Junta Directiva tiene la potestad de convocar, presidir y aprobar las agendas y el orden del día de las sesiones de la Asamblea Nacional, así como el Presidente de la Asamblea tiene la facultad de convocar, presidir y dirigir las sesiones de la Asamblea. Asimismo se violentó el artículo 138 inc., 17, 18 y 25 de la Constitución Política, los cuales establecen la potestad a la Asamblea Nacional a dotarse de sus propios órganos de gobierno.

La Corte Suprema de Justicia al referirse al recurso interpuesto por diputados de la Asamblea Nacional en contra de la directiva que se había tomado la Asamblea Nacional y otros en los considerando V y VI expresó: "Que en varias oportunidades se ha expresado que existe jurisprudencia de esta Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que la Asamblea Nacional es soberana para tomar sus propias decisiones en el marco de los procedimientos que establece la Constitución Política y además, el plenario de la Asamblea Nacional es soberano para tomar cualquier decisión, aún en contra de lo que puedan opinar miembros de

la Junta Directiva". El que la Asamblea Nacional es soberana para tomar sus propias decisiones es innegable, siempre que se enmarque dentro de los procedimientos que señala la Constitución Política, pero que pueda tomar cualquier decisión en contra de los resuelto por la Junta Directiva es inaceptable, porque la Junta Directiva es el Órgano rector y director de la Asamblea Nacional electa por ella misma y encargada de velar por su buena marcha. ¿Cuál sería el objeto entonces de elegir a una Junta Directiva si la Asamblea Nacional, es decir, el plenario no está sujeto a sus decisiones?

Se debe dejar establecido una vez más que el Estatuto y el Reglamento Interno son de obligatorio cumplimiento por todos los organismos que conforman la Asamblea Nacional, sea este el plenario, la Junta Directiva, las Comisiones Permanentes y Especiales, y las Bancadas, que juntos conforman ese poder del Estado y, si como atrás se ha expresado, el Estatuto y Reglamento Interno, son leyes internas de obligatorio cumplimiento para la Asamblea Nacional, el violarlas constituye una infracción al artículo 183 de la Constitución Política, que establece el principio de legalidad, porque ningún Poder del Estado, Organismos de Gobierno o funcionario tendrá otra autoridad, facultad o jurisdicción que las que les confiere, la Constitución Política y Leyes de la República, lo que se refuerza con lo dispuesto en el artículo 130 de la Constitución Política, que establece el principio de no existir privilegios especiales en el ejercicio del cargo, ya que ningún cargo concede al que lo ejerce más funciones que las le confiere la Constitución y las Leyes. Por lo anterior la Corte en su parte resolutive declara inconstitucional el Decreto Legislativo No. 1598 denominado: "Reforma al Estatuto General y al Reglamento Interno de la Asamblea Nacional, publicado en el diario Barricada el día 28 de noviembre de 1996. En consecuencia las disposiciones declaradas inconstitucionales no tienen valor alguno y por consiguiente son inaplicables. Y en base a lo prescrito en los artículos 182 y 183 de la Constitución Política, se declara la nulidad de todos los actos, actuaciones legislativas, elecciones, nombramientos, leyes, decretos, y resoluciones aprobadas por la Asamblea Nacional, a partir de la secuencia número 1437 de la siete y treinta y cuatro minutos de la noche del veintidós de noviembre de mil novecientos noventa y seis, iniciándose las nulidades con la moción del Diputado (...), con el

objeto de cambiar la agenda y orden del día. En suma se declaró la nulidad de 47 actos administrativos".

### 8.3. Conflicto entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo

El conflicto se origina entre la omisión constitucional de parte de la Asamblea Nacional al no nombrar a determinados funcionarios integrantes de los diferentes Poderes del Estado e instituciones de creación constitucional que constituyen los pilares que sostienen la gobernabilidad, como el Poder Electoral, el Poder Judicial, la Contraloría General de la República, la Superintendencia de Bancos, entre otras instituciones, en el tiempo estipulado, a fin de garantizar el respeto, la vigencia real y material de la Supremacía de la Constitución Política y el Decreto Presidencial 3-2010, dictado ante la omisión de dicho nombramientos por la Asamblea Nacional en la que se ratifica y prorrogan en su cargo a todas las autoridades de los Poderes e instituciones del Estado y a quienes se les vena el periodo inmediato, hasta tanto la Asamblea Nacional no nombre a nuevos funcionarios o ratifique los actuales.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia que dictó para resolver este conflicto expresó.

Habida cuenta que la omisión de la Asamblea Nacional, se ve subsanada por la publicación en la Gaceta, Diario Oficial, Número 176 del día dieciséis de septiembre del dos mil diez, que contiene el texto íntegro de la Constitución Política de la República de Nicaragua, incorporando el plenamente vigente párrafo segundo, hoy devenido párrafo tercero del artículo 201 Cn., omitido de incluir en las publicaciones de las constituciones posteriores a la del año 1995, este Alto Tribunal considera que aunque para algunos EL CONFLICTO POSITIVO DE COMPETENCIA Y CONSTITUCIONALIDAD ENTRE PODERES DEL ESTADO: LEGISLATIVO Y EJECUTIVO, perdió su contenido porque su objeto ha sido totalmente superado; dada la trascendencia política que tiene dicho conflicto esta Corte Suprema de Justicia, decidió conocer el fondo para analizar si hubo o no violación a la Constitución Política. Una cosa es que hayan cesado los actos que motivaron el presente Recurso y otra es, el interés jurídico que este tiene. Por último, esta Corte Suprema de Justicia considera que la reciente



publicación en la Gaceta No. 176 del 16 de septiembre del presente año, del texto íntegro y oficial de la Constitución Política con todas sus reformas incorporadas, publicación ordenada por el Presidente de la Asamblea Nacional, incluye al anterior párrafo segundo y ahora tercer párrafo del arto. 201 que literalmente dice: "*Los miembros de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo Supremo Electoral y las demás autoridades y funcionarios de los diversos poderes continuaran en el ejercicio de sus cargos mientras no tomen posesión quienes deben sustituirlos de acuerdo a la Constitución.*" No hace más que ponerle punto final a la discusión sobre si dicho párrafo estaba o no vigente, pues esta publicación a partir de la fecha, se debe tener como el texto oficial de la Constitución Política de Nicaragua, ya que la Constitución misma le otorga esa facultad a la Asamblea Nacional a través de la Presidencia de la misma y en consecuencia todos los funcionarios del Estado, sin excepción deben acatar el mandato constitucional y continuar en sus cargos.<sup>2</sup>

## 9. Control de convencionalidad

En la actualidad, por guardar estrecha relación con el sistema tutelar de los derechos humanos en el doble plano nacional e internacional, figura el denominado control de convencionalidad de carácter judicial. Dicha figura en su doble dimensión: externo (propio, original) e interno, ha sido objeto de un largo y sólido desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este control se asienta en un sistema jurídico político construido a partir de voluntades soberanas, con sustento en valores y principios compartidos, que constan, explícita e implícitamente, en los documentos iniciales del sistema: Declaración Americana de Derechos de Derechos y Deberes del Hombre y Convención Americana sobre Derechos Humanos; además de otros instrumentos

<sup>2</sup> Hay que destacar el dato histórico que en el marco de esta crisis el Magistrado Sergio J. Cuarezma Terán se retiró de la Corte Suprema de Justicia, el 10 de agosto del 2010, 19 meses antes de que se venciera su período. El Magistrado Cuarezma Terán fundamentó su retiro (renunciando, por cierto, a todas las prerrogativas de su cargo) de la manera siguiente: "Me retiré porque la jurisdicción de la CSJ no se desarrollaba en el marco constitucional y porque no imperaba el principio del Juez predeterminado por la Constitución (Juez nombrado por la Constitución Política), es decir el Magistrado funge dentro y no fuera del período que la misma determina, fuera de ese razonamiento constitucional estamos ante la "nada", dijo para el diario La Prensa, el 28 de marzo del 2012, el día que finalizaba su mandato como Magistrado.

con semejante contenido y una instancia supranacional con poder de interpretación vinculante (CIDH).

En consecuencia, la figura del control de convencionalidad, es originaria de este sistema y asociada a él, guardando una relación estrecha con los datos o componentes que conforman el sistema. En resumen, el control de convencionalidad es una técnica de control normativo que describe el uso de los instrumentos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), como la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y otros que los Jueces nacionales y la CIDH efectúan a fin de determinar la conformidad del derecho interno de los Estados de los estándares impuestos por las obligaciones de los Derechos Humanos que han sido asumidos por ellos mismos. Así las cosas, el control de convencionalidad es un mecanismo que debe ser llevado a cabo, primero por los cuerpos judiciales domésticos, haciendo una comparación entre el derecho local y el supranacional, a fin de velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, sea que surja de los tratados, del *ius cogens* o de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y luego esta tarea debe ser ejercida por la Corte interamericana de Derechos Humanos si es que el caso llega a su conocimiento (control concentrado y difuso). De lo anterior se colige que la competencia de la CIDH se activa de forma subsidiaria, pues son los Jueces nacionales los primeros llamados a llevar a cabo este tipo de examen normativo en el marco de su competencia, y la CIDH interviene sin en el derecho interno el individuo no recibió la tutela efectiva. En este sentido se descarta que la CIDH asuma un rol de tribunal de alzada.

En Nicaragua, el control interno le corresponde a los Jueces a todos los niveles, quienes están obligados a ejercer no solo el control de constitucionalidad, sino también el de convencionalidad (control difuso), evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes. Conforme a lo anterior, el Juez nacional debe hacer dicho control a solicitud de parte y de oficio. Dicho control de convencionalidad —a mi juicio— se deriva del principio de legalidad y de la protección y tutela de los derechos humanos que se realiza a través de la Administración de justicia y que se encuentra

establecido en el artículo 160 de la Constitución Política, en concordancia con el art. 9o. de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La Corte Interamericana ha sostenido que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional, como la Convención Americana, sus Jueces también están sometidas a ellas, los que les obliga a velar por que el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a su disposición, 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. Destacando por supuesto la prioridad de la regla supranacional.

Dicho órgano interamericano ha dejado claro siempre que, en principio, no se ocupa en sí de las cuestiones locales sino que su tarea es la de inspeccionar si los países han violado o no las convenciones sujetas a su competencia.

Por ello ha establecido, sin entrometerse en las jurisdicciones locales que en una sentencia con carácter de cosa juzgada de los Jueces domésticos tiene que ser necesariamente cumplida debido a que en ella se adopta una decisión de forma definitiva, otorgando certeza sobre el derecho o controversia discutida en el caso concreto, y tiene como uno de sus efectos la obligatoriedad. Y agrego, ante este Tribunal eventualmente puede discutirse la autoridad de cosa juzgada de una decisión cuando esta afecta derecho de individuos protegidos por la Convención y se demuestra que existe una causal de cuestionamiento de la cosa juzgada. En ese mismo sentido añadió, que sólo circunstancias excepcionales pueden conducir a que el cuerpo supranacional deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos.

No obstante lo anterior, consideramos que si bien en Nicaragua no existe arraigada en nuestros tribunales la cultura jurídica de ejercer el control de convencionalidad y dada la supremacía constitucional establecida en su art. 182, el control de convencionalidad no se realiza de manera directa, pero sí se lleva a cabo el control de constitucionalidad vinculado a los convenios o tratados

Internacionales de Derechos Humanos contemplados en el art. 46 Cn, de manera indirecta realizamos el control de convencionalidad. Asimismo, los juzgados laborales lo ejercen en relación a los tratados internacionales de la Organización Internacional del Trabajo y los Jueces de la niñez y la adolescencia controlan la aplicación de la convención sobre los derechos del niño y, con la entrada en vigencia la Ley 779/2014, Ley Integral Contra la violencia hacia las mujeres y de reformas a la Ley 641 Código Penal, los Jueces especializados en violencia realizan el control de convencionalidad con los instrumentos internacionales que protegen a la mujer contra la discriminación y violencia, tales como la CEDAW y la Convención de Belém do Pará.

# El Tribunal Constitucional y la cláusula constitucional del Estado regulador

Eduardo Jorge Prats\*

## 1. Introducción

La Constitución de 2010 no sólo dispone que el Estado dominicano sea un Estado social y democrático de Derecho (artículo 7), sino que, además, contiene una cláusula que implícitamente consagra a este Estado como un "Estado garante" o "Estado regulador". ¿Cuáles son las implicaciones de esta cláusula? Este trabajo tiene el objetivo de introducir al lector al estudio de esta cláusula con todas sus implicaciones desde la óptica tanto del Derecho Constitucional y público en general como de la ciencia de la regulación económica y, en particular, del papel del Tribunal Constitucional en su función de intérprete máximo de dicha cláusula.

---

\* Abogado especialista en derecho público, constitucional y administrativo en ejercicio desde hace más de 25 años. Durante su carrera profesional ha ejercido Derecho en práctica privada, fundando la firma Jorge Prats Abogados & Consultores en el año 2003, y también fue Consultor Jurídico del Banco Central de la

## 2. Evolución del Estado y la Regulación como fenómeno

### 2.1. Las mutaciones del Estado

El Estado se transforma y reinventa desde su propia emergencia en el siglo XVI como tipo de organización política. Esto parecería paradójico, máxime si tomamos en cuenta que la propia etimología de la palabra sugiere la permanencia y la estabilidad como rasgos característicos de esta entidad. Lo cierto es, sin embargo, que la profundidad de las transformaciones culturales, económicas, sociales, políticas e internacionales que sufre el Estado, sugiere —aunque no la

---

República Dominicana (2000-2003). Ha fungido como asesor y miembro de varias comisiones redactoras de leyes, dentro de las cuales se destaca su participación como Miembro de la Comisión de Juristas designada por el Presidente de la República para la elaboración del Anteproyecto de Reforma Constitucional (2006-2009) y Miembro de la Comisión de Juristas designada por el Presidente de la República para la revisión de las leyes de desarrollo de la Constitución de 2010. Desde el año 1991 ha sido catedrático universitario, habiendo dictado las materias de "Derecho Constitucional", "Derecho Administrativo" "Introducción al Derecho", "Filosofía del Derecho" y "Derecho de la Regulación Monetaria y Financiera" en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM) a nivel de grado. A nivel de postgrado ha dictado las materias "Teoría de las Relaciones Internacionales" en la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, en la Universidad Autónoma de Santo Domingo y en el Instituto Militar de Educación Superior, y "Teoría de la Constitución" en la Maestría de Derecho Constitucional de la Universidad Iberoamericana (UNIBE). A su vez, fue Coordinador de la Maestría en Derecho Constitucional con doble titulación de la Universidad Castilla-La Mancha y la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM) en el período 2006-2015, y Coordinador de la Maestría en Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM) en el período 2012-2013. Actualmente es Presidente del Centro de Estudios de Derecho Público y de la Regulación Económico-Financiera (CEDEPREF), Presidente del Instituto Dominicano de Derecho Constitucional (IDDEC), Miembro de la Asociación Dominicana de Derecho Administrativo (ADDA) y Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA). También ha publicado varias obras relacionadas con el Derecho Constitucional dominicano, entre ellas: el manual "Derecho Constitucional", volúmenes I (Santo Domingo: Ius Novum, 2013, cuarta edición) y II (Santo Domingo: Ius Novum, 2012, segunda edición), así como co-autor de la obra "Constitución y Economía" (Santo Domingo: PUCMM, 1995), y "Derecho de la Regulación Monetaria y Financiera" (Santo Domingo: Ius Novum, 2012, segunda edición). Autor del ensayo "Los peligros del populismo penal" (Gaceta Judicial: Ius Novum, 2012) y de "Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales" (Santo Domingo: Ius Novum, 2013, segunda edición). Obtuvo la Licenciatura en Derecho, magna cum laude, de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, Santiago, en 1987 y un Máster en Asuntos Internacionales de la universidad New School for Social Research, Nueva York, en 1991. Actualmente es Delegado de Derecho Público de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM), a cargo de todas las maestrías de Derecho Público de esa universidad. Agradezco sinceramente la valiosísima ayuda de la Lic. Priscilla Polanco en la búsqueda, adecuación y cotejo de las fuentes jurisprudenciales y bibliográficas. Sin su esfuerzo, no hubiese sido posible este trabajo.

desaparición del Estado tal como se ha conocido desde la Edad Moderna—, sí una profunda mutación en la estructura y función estatales.

No es que estas transformaciones sean algo nuevo. Si nos remontamos a 1974 cuando Manuel García-Pelayo impartió en la Universidad Autónoma de México su curso "El Estado Social y sus implicaciones", veremos que todavía podemos seguir diciendo que "es obvio que nos encontramos ante un momento histórico caracterizado por grandes transformaciones en distintos aspectos y sectores tales como el cultural, el económico, el social, el internacional, etcétera, transformaciones que son mucho más profundas que las grandes divisiones políticas del planeta en Estados capitalistas, neocapitalistas y socialistas o en países desarrollados y en tránsito al desarrollo, aunque, naturalmente, las mencionadas transformaciones tengan modalidades distintas en cada uno de los países y sistemas".<sup>1</sup> El Estado viene entonces transformándose desde hace ya un tiempo, aunque la velocidad y la profundidad de los cambios ha aumentado al extremo de que muchos piensan que presenciamos el final de la forma política estatal.

En todo caso, lo que resulta claro es que el Estado está mutando y en el plano jurídico ello acarrea cambios que deben ser analizados. Aproximarse al Estado desde el punto de vista jurídico implica vislumbrar el significado de la misma desde una óptica estrictamente jurídica, que siempre ha estado estrechamente vinculada a la teoría del Estado. Ello debe hacerse a sabiendas de que, como bien sugería Max Weber, partimos de un modelo ideal al cual se acercan o alejan los Estados realmente existentes y que la definitiva configuración del Estado como forma política, más que la expresión de una fuerza telúrica, natural e indecible como pretende cierto neoliberalismo y su pensamiento único, es fruto del accionar de las fuerzas sociales, políticas y económicas que actúan a nivel global, regional y estatal.

---

<sup>1</sup> Manuel García-Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1996, p. 13.

De entrada, puede afirmarse que el Estado sufre transformaciones en las cuatro dimensiones del Estado constitucional tipo de la civilización euro-atlántica: como Estado-nación, como Estado democrático, como Estado de Derecho y como Estado Social.

En cuanto al *elemento territorial*, ya es un lugar común afirmar que el Estado sufre los embates de la globalización. También lo es situar las causas de este fenómeno en el plano de la economía y el desarrollo tecnológico. Ahora bien, ¿cuáles son los efectos de la globalización respecto a la conceptualización del Estado? La respuesta es obvia, aunque no del todo las consecuencias a largo plazo: la erosión de la base territorial del Estado-nación en donde se toman las decisiones políticas y jurídicas fundamentales. En otras palabras, la crisis de la soberanía, que pasa a ser compartida con las grandes transnacionales y con las organizaciones nacionales y supranacionales. Las transnacionales, sin interferencia de los gobiernos, definen y promulgan las normas que rigen sus relaciones económicas mediante la denominada *lex mercatoria*, que no es más que la expresión de la autorregulación de los mercados. Por su parte, las organizaciones supranacionales (OMC, MERCOSUR, Unión Europea, Banco Mundial, FMI, BID, etc.) dictan un conjunto de normas que, en principio constituyen un *soft law*, pero que a corto plazo —vía el efecto directo de éstas— o a la larga —a través de los programas de condicionalidad a la FMI— limitan el Derecho de los Estados.

Por su parte, el paradigma del *Estado democrático* sufre los embates de la descentralización —que quita poder a los representantes del pueblo a nivel nacional—, de la lucha por una democracia participativa —que privilegia la participación ciudadana frente a la representación política— y de la emergencia de Administraciones independientes, configuradas como entes políticamente neutralizados, conformados por expertos, para la regulación de sectores económicos antiguamente sujetos a la reglamentación del soberano central.

A nivel del Estado de Derecho, el cambio más importante radica en la constitucionalización de los derechos y en su protección a nivel internacional. Y lo que



no es menos importante: el creciente reconocimiento de que los derechos sociales son también fundamentales.

En cuanto al Estado Social, la crisis fiscal de los 70 del siglo pasado ha puesto en jaque las bases del Estado bienestar construido a partir de 1945. Esto, combinado con el movimiento de privatización de los 1980, ha significado un serio retroceso de los avances alcanzados en materia de seguridad social en los últimos cien años. Sin embargo, paralelamente emerge un clamor de los países menos desarrollados en aras de una mejor distribución de la riqueza global y surge un nuevo paradigma jurídico que reivindica la universalidad de los derechos sociales y su plena justiciabilidad.

## 2.2 El Estado no desaparece

Una de las paradojas de la economía de mercado es que para que ésta funcione adecuada y eficientemente se requiere un Estado fuerte o, para decirlo en otros términos, "el dilema neoliberal (...) radica en que solo un Estado fuerte puede organizar con eficacia su propia debilidad".<sup>2</sup> Esto fue advertido por el jurista Carl Schmitt en su famoso discurso ante la reunión de los hombres de negocios alemanes celebrada el 23 de noviembre de 1932 en Dusseldorf y esta idea, desarrollada por los economistas Hayek y Mises, nutrió la justificación ideológica de los gobiernos de Franco y de Pinochet, los cuales, sin ser democráticos, fomentaron las libertades asociadas al capitalismo.

Sin que esta genealogía ofusque nuestro entendimiento, ya que nadie justificaría hoy un liberalismo autoritario, lo cierto es que, desde Adam Smith, es evidente que aunque el Estado quede reducido a las funciones primarias de defensa del territorio, de seguridad ciudadana y de justicia, éste es esencial para el funcionamiento de la economía libre de mercado. Y es que es "la mano visible" del

<sup>2</sup> Boaventura de Sousa Santos, *El milenio huérfano: ensayos para una nueva cultura política*, Trotta, Madrid, 2005, p. 371.

Estado la que asegura que "la mano invisible" del mercado funcione adecuadamente en un entorno en donde los individuos pueden ser propietarios e intercambiar libremente mercancías.

Lógicamente, aún en las economías más liberalizadas, el Estado no queda reducido a estas funciones primarias. Es cierto que cesa de actuar como productor y empresario pero su papel queda redimensionado pues es el vigilante de que la economía funcione apegada a los principios medulares de competitividad, eficiencia y libre mercado. La naturaleza de la intervención estatal en la economía cambia pero sigue presente bajo la modalidad de Estado regulador y de Estado Social.

### 2.3. El Estado garante y regulador

Por la preeminencia de los derechos fundamentales originada en la constitucionalización e internacionalización de los derechos, el Estado asume un rol de garante de estos derechos. Esta garantía no implica necesariamente que el Estado asume la prestación de una serie de servicios a favor de los ciudadanos sino que garantiza la misma, a cargo del sector privado o del Tercer Sector, en condiciones de no discriminación, efectividad y universalidad.

Y es que el fenómeno regulatorio emerge en el momento mismo en que el Estado abandona su papel de empresario, los servicios públicos son liberalizados y privatizados, y la intervención económica estatal es echada de lado o cambia profundamente de signo. Paradójicamente, la liberalización económica trae aparejada la adopción por parte del Estado de una regulación intensa de las entidades privadas que intervienen como agentes económicos en los sectores económicos liberalizados. Esta función regulatoria que conlleva la potestad de autorizar la actuación económica de las entidades privadas, la potestad tarifaria, la potestad normativa, la potestad de dirimir conflictos entre los entes regulados y los usuarios de los servicios, la potestad sancionatoria y la facultad de adoptar políticas públicas, requiere instrumentos jurídico-técnicos de alta precisión que el superado Estado empresario e interventor carece.

Los economistas neoliberales pensaron que la apertura de los mercados conllevaría la desregulación, lo cual la práctica y la teoría revelaron como una falsa apreciación. La liberalización implica la asunción por parte del Estado de tareas regulatorias que deben desempeñarse con estricto apego a las normas jurídicas y desde una óptica de especialización técnica. El Estado regulador debe ser necesariamente un Estado de Derecho pues sólo un Estado de Derecho brinda seguridad jurídica, respeto a la igualdad y control de la arbitrariedad; elementos esenciales para atraer y garantizar la inversión tanto nacional como extranjera.

El resultado de todos estos cambios es

el nuevo equilibrio alcanzado entre Estado y sociedad: el Estado, por así decirlo, pierde la prestación directa de bienes y servicios, pero gana, a cambio, un enorme poder de regulación y vigilancia de los mercados. El Estado deja de ser un Estado prestador y se convierte en un Estado regulador-controlador, un Estado garante. O visto desde la perspectiva de la sociedad: la sociedad gana nuevos espacios, se permite (e incluso estimula) su actuación en ámbitos antes reservados a la iniciativa pública, pero a cambio debe soportar una muy intensa regulación y control por parte de la Administración, del Estado. El equilibrio resultante se enmarca todavía dentro de la órbita del Estado social. No sólo porque el repliegue prestacional de la Administración no haya sido total (...), sino también, porque el nuevo equilibrio afecta más a los medios que a los fines perseguidos por el Estado.<sup>3</sup>

## 2.4. La política de la regulación y el ¿retorno del Estado gestor?

### 2.4.1 Crisis financiera y paradigmas regulatorios

Cuando el secretario del Tesoro, Henry Paulson, propuso hace algunos años la mayor reforma financiera en los Estados Unidos desde la Gran Depresión, lo que se denominó el Plan Paulson, más que intentar resolver la crisis de los mercados, originada en los productos derivados de las hipotecas basuras, se intentaba

<sup>3</sup> Oriol Mir Puigpelat, *Globalización, Estado y Derecho*, Thomson/Civitas, Madrid, 2004, p. 112.

delinear un modelo óptimo para la supervisión financiera, en un mundo caracterizado por mercados financieros crecientemente globalizados, desmaterializados e informatizados.

La propuesta consistía en distinguir tres supervisores financieros: el supervisor de la estabilidad del mercado (que sería la Reserva Federal), el supervisor prudencial (que fusionaría tres agencias reguladoras independientes y estaría a cargo de supervisar la salud financiera de los bancos) y el supervisor de la conducta en el mercado (que succionaría las funciones de una pléyade de reguladores actualmente existentes y velaría por la protección de los usuarios financieros e inversionistas). A todo esto se sumaría una comisión federal que fiscalizaría el mercado hipotecario, actualmente supervisado por decenas de reguladores de los estados de la federación norteamericana, con lo cual se buscaba regular a los originadores de préstamos bancarios que no tienen naturaleza de bancos.

Lo que llamó la atención del Plan Paulson, más allá de su contenido, es que, a partir de una crisis coyuntural, se trató de aprovechar el momento para lanzar una reforma estructural que cambiase dramáticamente las reglas de juego. Aquí podríamos decir que opera la máxima de Milton Friedman —que inspiró "La doctrina del shock" de Naomi Klein—: "Sólo una crisis —actual o percibida— produce un cambio real. Cuando esa crisis ocurre, las acciones que son tomadas dependen de las ideas subyacentes. Esa, yo creo, es nuestra función básica: desarrollar alternativas a las políticas existentes, mantenerlas vivas y disponibles hasta que lo políticamente imposible deviene políticamente inevitable".<sup>4</sup>

La prudencia, sin embargo, recomendaba no precipitar las cosas, no vaya a ser que se perdiesen las libertades económicas en el medio de la crisis financiera como se afectaron las libertades públicas con la *Patriotic Act* adoptada tras el 11/09/01. Y es que, entre las medidas recomendadas a corto plazo, se proponía abrir la financiación de la Reserva Federal a entidades no bancarias ante situa-

---

<sup>4</sup> Citado por Naomi Klein, *La doctrina del shock*, Paidós, Madrid, 2007, p. 220.

ciones de "riesgo sistémico" que amenacen la estabilidad del sistema, lo cual finalmente se hizo con el rescate de la industria automotriz. Con ello se legitimó el salvataje del banco de inversiones Bear Stearns en donde la Reserva Federal comprometió más de 30,000 millones de dólares, al tiempo que lanzó nuevas facilidades de crédito y aceptó activos de riesgo en garantía.

Si se compara este salvataje con la actuación de las autoridades monetarias dominicanas durante la crisis bancaria de 2003, es nada lo que hay que criticar a un regulador que al tiempo que asistió en la venta de bancos en crisis, suministró liquidez a bancos solventes enfrentando deficiencias temporales de liquidez a cambio de garantías de primera y sólo al final garantizó los depósitos de todos los ahorrantes. La Ley Monetaria y Financiera es si se quiere un decálogo de principios liberales al lado de un capitalismo estadounidense en caída libre que sólo puede ser salvado, al parecer, por un nuevo modelo de enfrentar los problemas de liquidez, que capitaliza las ganancias pero socializa las pérdidas y que respalda con los dineros del contribuyente a Wall Street pero se niega a ayudar a los propietarios de viviendas que no pueden hacer frente a sus hipotecas.

La crisis financiera internacional ha levantado los ánimos de quienes defienden el rol intervencionista del Estado en la economía y ha sumido en la depresión a quienes sostienen que el Estado debe limitarse a ser simple garante de la seguridad jurídica de los agentes económicos libres del mercado. Pero lo cierto es que la crisis implica un cuestionamiento de ambas visiones, la estatista y la neoliberal.

Lo que fracasó en Estados Unidos y, en menor grado, en Europa, no fue el modelo de las economías de mercado sujetas a regulación estatal. Todo lo contrario: es la ausencia de regulación financiera adecuada, la multiplicidad de reguladores, la superposición de funciones regulatorias, la tolerancia de hoyos negros regulatorios, y la conexión de mercados financieros regulados con no regulados, lo que explica en gran medida el colapso de los mercados y el renacimiento del Estado interventor como solución a las fallas del mercado. Que la regulación

financiera no ha fracasado queda claro al ver como Canadá, país que nunca relajó sus estándares regulatorios, ha podido salir indemne de la crisis.

Lo irónico de la actual situación es que, mientras para el Tercer Mundo los organismos financieros internacionales predicaron la aplicación de normas prudenciales a los intermediarios financieros y la criminalización de las insolvencias bancarias, en los Estados Unidos se permitió la existencia de un complejo medieval de entes regulatorios, con normas anacrónicas e inadecuadas, que propiciaron la creación de los denominados "activos tóxicos" y facilitaron la inversión en estos instrumentos por parte de entidades financieras reguladas. La solución a este estado de cosas ha conducido a una nacionalización de las pérdidas de los bancos.

Así se ha echado por la borda el sentido de las facilidades de última instancia: suministro de liquidez a entidades solventes enfrentando una situación temporal de iliquidez. Y, lo que es peor, se ha incrementado el riesgo moral a partir de la creencia de que los depósitos bancarios están en su totalidad garantizados, no importa cual sea la calidad de la gestión bancaria ni la naturaleza institucional del inversionista, que pudo perfectamente prever la toxicidad de los activos en los cuales invertía el banco, pues ello era conocido por los expertos desde el año 2000.

¿Puede ser un modelo para nuestros países empobrecidos el que emerge de este caos al cual se pretende poner fin mediante una (cuasi) nacionalización bancaria? Entendemos que no. Y ello por varias razones: en primer término, la disponibilidad de recursos es un límite para un despropósito que sólo puede conducir a enormes déficits (cuasi) fiscales. En segundo lugar, esta nacionalización sólo puede verse como un recurso excepcional, lo que algunos llaman una "preprivatización".

El caso dominicano es particular. Hasta finales de marzo de 2003, las facilidades de última instancia fueron concedidas a todos los bancos solventes que atravesaban una situación temporal de iliquidez. De los bancos en problemas, uno fue

intervenido y liquidado, otros fueron vendidos con la asistencia financiera del Banco Central y otro fue capitalizado por sus propietarios. Todo ello fue una respuesta excepcional a una situación extraordinaria y que responde a la tradicional ambigüedad creativa con que tiene que responder el Banco Central a situaciones de riesgo sistémico. Lo que no se compadece con este esquema es la criminalización de lo que siempre pudo ser resuelto por la vía administrativa, como se ha hecho en Estados Unidos y Europa. De hecho, el saneamiento de nuestra banca ha sido alcanzado no en los tribunales penales sino a través de un esfuerzo intenso y serio de reglamentación y supervisión administrativas.

De este enredo financiero internacional sólo puede emerger, entonces, un único paradigma válido: que la actividad financiera es una actividad privada pero que, por razones de interés público, está sometida a regulación. Ello implica que los bancos, aun los estatales, deben estar sometidos a unas reglas de gobierno corporativo y de prudencia financiera a las cuales no se ciñeron los grandes conglomerados financieros transnacionales. El modelo fue, es y seguirá siendo el del Estado regulador, que no es mero espectador como el Estado neoliberal, pero que tampoco es hiperactivo como el Estado interventor, que anula la iniciativa privada allí donde ella es económicamente eficiente.

#### 2.4.2. Populismo y regulación

Un fantasma recorre el mundo: el fantasma del retorno del *Estado interventor*. Nos asusta azuzado por la crisis financiera global y por la eterna presencia en nuestra América del siempre vivo populismo. Por un lado, la crisis ha resucitado los viejos instrumentos del Estado interventor y el populismo le ha suministrado el discurso con sus viejos y nuevos clichés. Por otro, derrumba instituciones financieras y, al parecer, desmitifica dogmas hasta hace poco incuestionables. ¿Cómo enlaza la respuesta a la crisis con el modelo económico neoliberal?

Si observamos la respuesta, veremos que nunca ha sido tan obvio lo advertido en el "Manifiesto Comunista": "El Ejecutivo del Estado moderno no es sino un

comité de administración de los asuntos comunes del conjunto de la burguesía".<sup>5</sup> Y es que la intervención estatal ante la crisis ha significado el salvamento de los bancos cuyos principales beneficiarios han sido los que prestan y no los que toman prestado. Por eso, la pregunta ahora es, como bien señala Naomi Klein, "¿si el Estado puede intervenir para salvar corporaciones que tomaron riesgos imprudentes en los mercados de la vivienda, por qué no puede intervenir para impedir que millones de estadounidenses sufran inminentes ejecuciones hipotecarias?". Más aún, "si cada vez más corporaciones necesitan fondos públicos para permanecer a flote ¿por qué no pueden los contribuyentes exigir a cambio cosas como topes a la paga de ejecutivos, y una garantía contra más pérdidas de puestos de trabajo?".<sup>6</sup>

La cuestión, en consecuencia, no radica en si debe haber o no intervención estatal. Como bien afirma Slavoj Žižek, "no existe algo así como un mercado neutro; en cada situación particular, las coordenadas de la interacción mercantil están siempre reguladas por decisiones políticas. El verdadero dilema no es aquel de saber si el Estado debe o no intervenir, sino bajo qué forma debe de hacerlo."<sup>7</sup> Por ello James K. Galbraith recomienda alivio integral para los deudores hipotecarios, apoyo presupuestario a los proyectos de infraestructura, aumento de los beneficios y de la universalidad de la seguridad social, programas de activación de empleos, vacaciones en el pago de impuestos en nómina para los asalariados, reventa de los bancos al sector privado, y aumento de la deuda pública para el fomento del empleo, la reconstrucción de las infraestructuras, la seguridad energética y el medio ambiente. La tesis de este economista es que "lo que se requiere es una cuidadosa y sostenida planeación, políticas consistentes y el reconocimiento de que ahora no existen soluciones fáciles, no hay un camino fácil a la normalidad".

<sup>5</sup> Karl Marx. *El Manifiesto Comunista*. Disponible en: <http://www.laeditorialvirtual.com.ar/pages/Marx/ManifiestoComunista.htm> (última consulta: 10 de enero de 2012).

<sup>6</sup> Naomi Klein, *La doctrina del shock*, op. cit., p. 224.

<sup>7</sup> Slavoj Žižek, "Lutte des classes à Wall Street, par Slavoj Žižek", *Le Monde, Idées*, 9 de noviembre de 2008. Disponible: [http://www.lemonde.fr/opinions/article/2008/10/09/lutte-des-classes-a-wall-street-par-slavoj-zizek\\_1104997\\_3232.html](http://www.lemonde.fr/opinions/article/2008/10/09/lutte-des-classes-a-wall-street-par-slavoj-zizek_1104997_3232.html)



¿Significa todo esto el abandono de la economía de mercado? No. Significa ante todo el reconocimiento de que la economía es política, que puede ser regulada y que debe ser una *economía social de mercado*. ¿Implica lo que vivimos el retorno al viejo Estado interventor? Obviamente que no porque ese viejo Estado fomentó el capitalismo de Estado y el capitalismo plutocrático. Si el modelo neoliberal nos condujo a la desregulación, la crisis no hace más que validar la necesidad de un Estado regulador, que concilia la necesidad de asegurar un mercado que funcione sin distorsiones con los requerimientos de justicia social del Estado social y democrático de Derecho. La regulación, en consecuencia, es el instrumento para llevar el capitalismo a su propia legalidad y de conciliar los intereses del mercado con los de la sociedad.

¿Y qué del *populismo*, con su liderazgo personalizado, su política como espectáculo, su supresión de la autonomía social, su legitimación plesbicitaria y su mitología política (nación, pueblo, líder, movimiento, orden)? La crisis es su mejor oportunidad para renacer por la izquierda o por la derecha. De ahí que ante éste lo mejor es hacerle caso a Zizek y "esforzarnos entonces por resistir a la tentación populista de dar expresión a nuestra cólera y darnos de golpes. En lugar de ceder a una expresión impotente como esa, debemos dominar nuestra molestia para transformarla en la firme resolución de pensar, reflexionar de una manera realmente radical, de preguntarnos sobre el tipo de sociedad, que estamos en camino de dejar (...)."<sup>8</sup> Un populismo de izquierda a lo Chavez/Maduro tenderá a restringir la participación del sector privado en la provisión de servicios públicos y retornarnos al viejo Estado interventor/expropiador/nacionalizador/empresario, en tanto que un populismo de derecha a lo Trump pretenderá conducirnos por el camino de una nueva "desregulación" que trata de reproducir un régimen de *laissez faire laissez passer* imposible aun en la época de Adam Smith y su "mano invisible". Resistamos pues el chantaje populista, democraticemos el Estado y la sociedad, y conciliemos definitivamente los mercados libres con la justicia social.

---

<sup>8</sup> *Ibidem*.

En este sentido, hay que recuperar la idea de Karl Polanyi<sup>9</sup> de que el mercado no es un hecho natural como pretenden los teóricos liberales, desde Smith hasta Hayek, sino una institución creada por el Estado. Por eso, para que un mercado funcione libremente se requiere la intervención del Estado y por eso cuando hay "fallas del mercado" el Estado debe regular. El mercado puede autorregularse, contrario a lo que señalaba Polanyi, pero muchas veces es preciso una "regulación pública de la autorregulación" (p. ej., el gobierno corporativo de las empresas financieras) y no todo puede dejarse a la autorregulación ni al mercado (ej. los recursos naturales). Es verdad que, como señaló Franz Neumann, "liberalismo económico y liberalismo político no son gemelos", como bien evidencia el Chile de Pinochet y la China pos Mao. Pero no puede concluirse, como afirma Polanyi, que democracia y capitalismo son incompatibles; de hecho, lo que nunca ha existido en el mundo real es una democracia comunista, ni siquiera una democracia iliberal comunista, es decir, una que solo reconozca el derecho a la participación política prescindiendo de las demás libertades. El comunismo real siempre ha sido leninista. Felizmente, y como lo confiesa uno de los últimos filósofos marxistas vivos, Wolfgang Fritz Haug, "tal vez el momento de la revolución, como la entendía Marx, pasó para siempre". De ahí que la única utopía concreta y posible es la realización de un capitalismo domesticado por un Estado garante de los derechos de las personas y regulador de la economía y los servicios, un Estado Social reformulado para democratizar la economía y transformarla en una social de mercado.

### 3. El concepto de regulación

#### 3.1. El fenómeno de la regulación

Por regulación se ha entendido tradicionalmente la función normativa del Estado. Regular, por tanto, ha significado durante mucho tiempo legislar, reglamentar, normar. Hoy, sin embargo, la regulación abarca una serie de potestades del

<sup>9</sup> Véase Karl Polanyi, *La gran transformación: crítica del liberalismo económico*, Ediciones de la Piqueta, Madrid. Disponible en: [paje.fe.usp.br/~mbarbosa/dpi/polanyiqt.pdf](http://paje.fe.usp.br/~mbarbosa/dpi/polanyiqt.pdf)

Estado que se manifiestan en las relaciones de la Administración y los ciudadanos y que conforman un variado abanico de formas de intervención estatal en la actividad social y económica. Las técnicas y los instrumentos de esas formas de intervención estatal han sido englobadas en la disciplina jurídica del Derecho Público o Administrativo de la Economía, en la cual se estudiaba una parte general, relativa a la intervención pública en la economía y una parte especial, la cual abarcaba el ordenamiento público de los diferentes sectores económicos, tales como la energía, el transporte, y las finanzas. La dogmática de esa disciplina jurídica ha alcanzado su cenit con la emergencia del modelo tradicional de intervención pública en la economía a partir de la segunda mitad del siglo XX.

Este modelo parte del supuesto de una separación entre el Estado y la sociedad. El Estado, atendiendo a las necesidades de los ciudadanos, es decir, a los intereses generales, se encarga de proveer los bienes y servicios a los ciudadanos, a través de una compleja organización integrada por la propia Administración, empresas propiedad del Estado, y arrendatarios o concesionarios de servicios que actúan como colaboradores de la Administración, sin perjuicio de la titularidad estatal sobre los mismos. Las personas físicas y jurídicas desarrollan sus actividades económicas en un mercado no regulado salvo aquellos imperativos aplicados coactivamente por el Estado, en virtud de su "poder de policía" y en atención a la necesidad de evitar que la actividad económica privada atente contra el orden público y los intereses generales. Las empresas y particulares que desarrollan actividades económicas compiten procurando el máximo beneficio sin tener que acatar mayores normas de competencia. Por su parte, los organismos y empresas estatales de servicios públicos tienen posiciones privilegiadas en los sectores en donde actúan, en donde, por demás, quedan derogadas las escasas reglas de competencia.

Esa relación entre Estado y economía, Estado y sociedad, cambia dramáticamente en los últimos dos decenios del siglo pasado. A partir del modelo neoliberal implantando por Margaret Thatcher en Inglaterra y por Ronald Reagan en Estados Unidos, se privatizan las empresas estatales y se liberalizan la mayor parte de los sectores, abriéndose éstos a la libre competencia. Los servicios

públicos pasan a organizarse y operar en mercados sometidos a la libre competencia de modo que la provisión de bienes y servicios a los ciudadanos ya no depende de los planes de la Administración sino del comportamiento adecuado de las empresas privadas que desarrollan actividades de utilidad pública. El Estado ya no ofrece directamente prestaciones estatales sino que las exige a las empresas que las suministran y tiene que asegurarse que las cumplen. Por su parte, las empresas ya no sólo soportan limitaciones impuestas por el Estado atendiendo a la evitación de comportamientos dañosos para el interés general, sino que además deben suministrar prestaciones irrenunciables para la distribución equitativa de los recursos y para el mantenimiento de un nivel adecuado de justicia social. El Estado deja de ser el prestador y asegurador directo del funcionamiento y la calidad de los servicios públicos que suministra y pasa a ser un Estado garante, un Estado que vigila la conducta de los mercados para que los agentes económicos respeten la competencia y satisfagan las misiones de servicio público que le confía el Estado.

El cambio del papel del Estado, de Estado prestador de servicios a Estado garante de los mismos, implicó un cambio de signo en la *función de regulación*, la cual de ser entendida como el simple poder de dictar normas, pasó a ser comprendida como un conjunto de instrumentos no sólo normativos sino también ejecutivos, destinados a orientar el funcionamiento de los mercados hacia la competencia y a imponer obligaciones de servicio público a los operadores, de modo que su natural afán de beneficio fuese compatible con los imperativos del interés general. Este redimensionamiento de la función regulatoria del Estado ha alcanzado un nivel tal que muchos hablan de la emergencia sino de un Derecho regulatorio que se contrapone al Derecho del Estado legal de Derecho por lo menos de un Derecho Administrativo que debe ser explicado enteramente alrededor de la idea de regulación y, en particular, de la regulación económica.

Es importante resaltar que el contenido de la regulación económica no es fijo sino cambiante. Es cierto que en Estados Unidos, país que se toma casi siempre como referencia por ser el que más ha experimentado con las fórmulas y técnicas regulatorias, la regulación ha estado ligada estrechamente a la noción

de que los mercados operan en plena competencia y que, por tanto, el gobierno debe sólo intervenir allí donde sea necesario para corregir distorsiones o fallos de los mercados a fin de que éstos satisfagan las necesidades públicas. Pero esta imagen estereotipada de la regulación en Estados Unidos no responde a la realidad de un mercado que, como el norteamericano, no siempre ha operado en plena competencia y en donde la regulación ha permitido la existencia de cerrados monopolios naturales, que han cerrado el acceso a los mercados de operadores nuevos y que han permitido a determinados grupos económicos prestar todos los servicios correspondientes a los mercados principales y a los secundarios conectados con los primeros. De ahí que, durante mucho tiempo y contrario a la visión tradicional de la regulación como correctora de las fallas de los mercados, la regulación económica en los Estados Unidos ha respondido más que a la lógica de la competencia a la preservación del beneficio de las empresas monopolistas. Así, para sólo citar un ejemplo, los precios o tarifas de los servicios no se forman en el mercado sino que son determinados por los reguladores de modo que se asegure un beneficio de retorno a las empresas (*rate of return*) completamente seguro. Esto último fue advertido por los economistas de la Escuela de Chicago quienes señalaron en la década de los cincuenta del siglo pasado que la regulación colocaba a las empresas fuera del mercado, que los monopolios naturales no debían obstaculizar el acceso a las infraestructuras de otras empresas y que, en todo caso, esta situación entorpecía el desarrollo y la innovación. Es esta situación la que motiva en los Estados Unidos durante la década de los ochenta la desregulación o neo regulación equivalentes a los procesos de liberalización y apertura a la competencia que vivieron, para la misma época, Europa y América Latina.

En otras palabras, en Estados Unidos, la regulación, orientada originalmente a la preservación de los beneficios de las empresas monopolistas, cambia de signo para ser una regulación que busca la garantía de la libre competencia, en tanto que en Europa y América Latina, la regulación surge de la necesidad de garantizar la liberalización y apertura a la competencia de sectores previamente (o parcialmente) cerrados a las empresas así como la adecuada prestación de los servicios públicos por parte de las mismas. Las telecomunicaciones en República

Dominicana son una muestra de un proceso semejante al norteamericano, en el que un sector tradicionalmente en manos de una empresa monopólica se abre a la competencia de otros operadores, en tanto que la electricidad evidencia el camino seguido en Europa y América Latina de liberalizar y privatizar para luego regular a las empresas que acceden al sector previamente cerrado a la participación de las empresas privadas.

### 3.2. El concepto jurídico de regulación

Usualmente los juristas utilizan el término "regulación" como sinónimo de reglamentación o, en sentido más amplio, para designar cualquier manifestación de la intervención del Estado que abarque la ordenación de un sector mediante la aplicación de instrumentos jurídicos vinculantes tales como reglamentos, órdenes o actos administrativos. Existen dos conceptos jurídicos de regulación, uno restrictivo y uno amplio, aunque no puede afirmarse que existe un acuerdo generalizado entre los juristas acerca de los contenidos concretos de la regulación en sus diferentes conceptualizaciones, existiendo entrecruzamiento entre las diferentes doctrinas.

#### 3.2.1. Regulación en sentido estricto

En sentido estricto, la regulación es entendida como una forma de conformación, orientación y supervisión estatal de los mercados que tiene por finalidad garantizar la eficiencia económica en la prestación privada de servicios. El objeto de esta regulación siempre es el mercado, es decir, las actividades económicas que se realizan en el mismo, independientemente del carácter público o privado de los agentes que las realizan, todo ello en el entendido de que las actividades económicas reguladas pueden ser efectuadas por sujetos públicos o privados. La regulación viene a ser, sin embargo, la forma de intervención estatal que sustituye la actividad estatal de naturaleza prestacional por lo que no abarca como sujetos regulados a los entes estatales que llevan a cabo actividad prestacional.

El fin de esta regulación es básicamente el aumento de la eficiencia económica del mercado en la prestación de los servicios básicos, por lo que, desde el punto de vista funcional, la regulación en sentido estricto implica que la intervención estatal tiene por objeto determinar si y bajo qué condiciones las empresas pueden actuar en el mercado. De este modo, la regulación influye o bien en los requisitos de entrada y participación en el mercado o bien en la conducta de los agentes económicos que operan en él. Se admite que la regulación puede tener también fines extraeconómicos como, por ejemplo, garantizar el cumplimiento de la función de procura existencial en los sectores privatizados, todo ello en el entendido de que la sustitución del Estado prestacional por el Estado regulador no puede suponer el olvido de las obligaciones que la cláusula constitucional del Estado Social impone a los poderes públicos.

### 3.2.2 Regulación en sentido amplio

Aquí la regulación viene a ser entendida como concepto general omnicomprendivo de los diversos modos de actuación que los poderes públicos despliegan con el fin de satisfacer las finalidades públicas que tienen encomendadas a través de todos los instrumentos jurídicos de influencia estatal en los procesos sociales. Dentro de este concepto amplio, se distinguen tres tipos básicos de estrategias de regulación: la regulación, la autorregulación regulada (o regulación pública de la autorregulación) y la autorregulación social (o regulación a secas). Esta última no es considerada propiamente como una técnica de regulación porque el Estado, si bien permite su existencia, no condiciona los contenidos de la autorregulación como ocurre con la autorregulación reguladas. Lo cierto es que las fronteras entre la autorregulación regulada y la social se borran en la medida en que el Estado exige, más o menos rigurosamente, códigos de conducta vinculados a la responsabilidad social empresarial y al buen gobierno corporativo, con lo que las fórmulas de autorregulación social se transforman en nuevas concreciones de la regulación pública de la autorregulación.

### 3.3. La actividad administrativa regulatoria y las técnicas e instrumentos de la regulación

El estudio jurídico de la regulación se efectúa desde la óptica del Derecho administrativo pues, al ser la regulación de la economía una actividad desplegada por una serie de órganos, autoridades e instancias públicas, es esencialmente actividad administrativa, es decir, actividad de la Administración, sujeta a Derecho administrativo y, en sentido general, a Derecho público. Esto es importante resaltarlo pues hay una marcada tendencia en nuestro país, tanto en la academia como en el sector público y en la empresa privada, de abordar la regulación desde la perspectiva del Derecho privado y del Derecho comercial en particular. Por eso insistimos, una cosa es que con una entidad privada regulada como lo es un banco sea una sociedad comercial que realiza actos de comercio en su vida social cotidiana, lo cual cae bajo el ámbito del Derecho comercial y del Derecho bancario, y otra es que este banco, en sus relaciones con las autoridades reguladoras comprendidas en la Administración Monetaria y Financiera, esté y deba estar sujeta a Derecho Administrativo, como bien establece la Ley Monetaria y Financiera.

Aclarado que la regulación económica es actividad administrativa queda por determinar entonces con qué tipo de actividad administrativa estamos lidiando. El Derecho Administrativo clasifica la actividad administrativa en actividad de policía, actividad de fomento y actividad de prestación o de servicio público. La actividad de policía implica en los comienzos del Estado liberal la tutela por el Estado del orden público en el entendido de que queda en manos del mercado y de los particulares la ordenación de las relaciones económicas y sociales. Esta actividad de policía, que se despliega fundamentalmente a través de la reglamentación, la autorización previa, las órdenes de policía, las prohibiciones, la inspección y la sanción, a medida en que el Estado interviene administrativamente en la economía se manifiesta en un control administrativo sobre la economía a los fines de asegurar el orden público económico. Por su parte, la actividad de fomento implica que la Administración asume un mayor



protagonismo mediante la orientación e incentivo de la actividad de los particulares con direcciones y objetivos determinados. Este protagonismo de la Administración se incrementa cuando el Estado mismo asume la titularidad exclusiva de determinados servicios y el mismo desarrolla actividades de prestación.

Pues bien, la regulación aparece como una *actividad administrativa* que redimensiona la antigua *policía administrativa* y que emerge como una actividad de *ordenación y control* que se despliega a través de las siguientes técnicas e instrumentos: la reestructuración de sectores económicos (desintegración vertical y separación de actividades); la imposición de obligaciones de servicio público (en particular el servicio universal); la información sobre empresas y mercados; la regulación de la seguridad y la calidad; certificaciones, auditorías y otras técnicas de verificación; acceso al mercado (mediante autorizaciones y licencias); y acceso a infraestructuras, redes, instalaciones y servicios; y tarifas, precios y peajes.

### 3.4. Las administraciones reguladoras independientes

Como bien señala Muñoz Machado, "es muy característico de la regulación actual la atribución de la responsabilidad de ejercitarla fundamentalmente a un órgano independiente, suficientemente desvinculado de los operadores y también del legislativo y de la Administración."<sup>10</sup> Las "administraciones reguladoras independientes" son en República Dominicana un fenómeno relativamente reciente. Con excepción del Banco Central creado en 1947, las primeras instituciones de este tipo se crearon a partir del establecimiento del Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones en 1998 y hoy se extienden al ámbito del mercado de valores, el sistema de seguros y pensiones, y el sector eléctrico. Estas entidades, también conocidas como "autoridades independientes", "autoridades administrativas independientes", "administraciones independientes", "agencias independientes" o "comisiones reguladoras" o "entes reguladores autónomos",

<sup>10</sup> Santiago Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, t. I., Thomson/Civitas, Madrid, 2004, p. 1174.

remiten a ciertos organismos públicos, creados o reformados por el legislador, que disponen de una considerable autonomía frente a los poderes ejecutivo y legislativo, que actúan en ámbitos de especial trascendencia económica, política o social, y que llevan a cabo, principalmente, funciones reguladoras y, en otros casos, de prestación de servicios. Surgido en Estados Unidos e Inglaterra a finales del siglo XIX y comienzos del XX, el fenómeno de las administraciones independientes se extiende en la segunda mitad del siglo pasado a toda Europa. Desde el punto de vista de su organización, el principal rasgo de las administraciones independientes es el grado de autonomía que disfrutan, por lo que se prefiere llamarlas "independientes" en lugar de "autónomas" para aludir la naturaleza de "autonomía reforzada" de la que gozan. Puesto que la función que llevan a cabo es eminentemente reguladora y dado que gozan de una gran autonomía, preferimos denominarlas como "administraciones reguladoras independientes" y definir las como "aquellos entes que, dotados de potestades de ordenación para la realización de funciones de regulación sectorial y no general, ejercen éstas en un régimen de no dependencia respecto del conjunto administrativo del Estado."<sup>11</sup>

El fundamento de las administraciones reguladoras independientes reside en la necesidad de neutralizar políticamente la toma de decisiones en una serie de ámbitos técnicos, económicos y sociales atribuyendo la misma a centros de decisión autónomos e independientes, conformados por expertos que atribuyen a estos centros objetividad, imparcialidad y conocimiento técnico. Esta neutralidad política en la toma de decisiones y en su aplicación es esencial en el ámbito de la regulación económica. Ellos fue patente en Estados Unidos, donde surgen las primeras administraciones independientes a finales del siglo XIX, y en donde gran parte de la Administración estaba absolutamente politizada y dedicada a la compra de votos, por lo que se entendió que la regulación y el control de la actividad privada en un sector especial trascendencia económica, como el ferrocarril, no podía dejarse en manos de los organismos públicos existentes, los

---

<sup>11</sup> Enrique García Llovet, "Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho", *Revista de Administración Pública*, núm. 131, mayo-agosto 1993, p. 99.

cuales estaban sumidos en la corrupción. Era preciso para lograr la continuidad de las políticas públicas en ciertos ámbitos socioeconómicos sustraer de los vaivenes y veleidades de la política los mismos, máxime cuando los mecanismos políticos no son lo más apropiados para las decisiones económicas y cuando la regulación económica por naturaleza implica una intensa limitación de las libertades de los ciudadanos lo cual requiere garantías de que las decisiones estarán tomadas e implementadas en el margen de las interferencias políticas y las consideradas partidarias.

Hoy se admite la necesidad de "establecer centros de decisión en los que ciertas funciones, materialmente integradas en el ejecutivo, quedan sustraídas por el legislador a la influencia de la mayorías políticas". Se afirma que "estos organismos deben ser independientes para asegurar su neutralidad, y deben ser neutrales, porque de quedar abandonados a las fuerzas políticas mayoritarias en cada momento, podrían ponerse en peligro algunos valores superiores, esenciales al mismo orden constitucional", siendo "la nota determinante que aglutina a estas entidades (...) la potenciación del dato de su independencia o neutralidad frente a la actividad gubernamental, más propia de las luchas partidistas por la consecución del poder político y, como tal, perfectamente mutable según los intereses del partido o coalición en el poder."<sup>12</sup> Se trata de configurar órganos que, como bien expresa la doctrina británica, estén "fuera del alcance del Gobierno" (*bodies wich are 'at arm's length' from the Government*), con lo que se logra no sólo la neutralidad sino una excesiva concentración de poder en el ejecutivo, el cual tiende de forma natural como bien ha subrayado la doctrina francesa.<sup>13</sup>

Se arguye, además, que la Administración no es capaz de regular adecuadamente sectores que se caracterizan por una gran complejidad técnica y que están sujetos a constantes cambios. De ahí que se propongan autoridades

<sup>12</sup> José Manuel Sala Arquer, "El Estado neutral. Contribución al estudio de las Administraciones independientes", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 42, 1984, p. 414.

<sup>13</sup> Gazier/Cannac, "Etude sur les autorités administratives independantes", *Etudes et Documents du Conseil d'Etat*, núm. 35, 1983/1984.

independientes, compuestas por técnicos especializados y cualificados en la materia de que se trate. La independencia viene dada aquí por "la neutralidad de los expertos". Dado que las administraciones independientes están alejadas de los vaivenes de la política partidaria y del centralismo de la burocracia de la Administración, se supone que funcionan de un modo más flexible y rápido que la Administración.

### **3.5. Discrecionalidad regulatoria y control judicial de la regulación**

El Derecho Administrativo implica el sometimiento de la Administración a la legalidad mediante el control jurisdiccional de la actuación administrativa. La actividad regulatoria de la Administración plantea el problema de cómo controlar la gran discrecionalidad de ésta en esta materia, tomando en cuenta que las leyes que ordenan sectores regulados son generalmente leyes marco que establecen los principios generales del sector y que confieren una gran potestad normativa a las autoridades reguladoras para ordenar dicho sector. En este sentido, la jurisprudencia ha diseñado un conjunto de técnicas diseñadas a los fines de asegurar la previsibilidad de las decisiones de las autoridades reguladoras. Se exige así una actuación razonable del regulador, la autoprogramación normativa de sus decisiones y la autovinculación del propio órgano decisor, a fin de que los sujetos regulados puedan predecir con certeza y seguridad los márgenes dentro de los cuales pueden actuar en los mercados regulados.

Como en el ámbito económico son frecuentes las "leyes-marco" que confieren al poder reglamentario un gran ámbito de discrecionalidad, el nivel de discrecionalidad reglamentaria es mucho mayor que cuando estamos en presencia de leyes de detalle donde los reglamentos son básicamente ejecutivos. Esto no quiere decir que haya arbitrariedad pues esa discrecionalidad está sometida a control. Así, por ejemplo, un reglamento puede hacer acopio de elementos de la ciencia o de la técnica que son controlables conforme al estado actual del conocimiento técnico o científico. Cuando los datos de la ciencia no son del todo claros (por ejemplo, qué es riesgo sistémico o que actividad puede ser contami-

nante o cuán contaminante) entonces la discrecionalidad se controla conforme la aceptabilidad de los riesgos por la comunidad. De ahí la importancia de la consulta pública como elemento previo a la reglamentación.

## 4. El rol regulador del Estado en la economía

### 4.1. Fines de la regulación

Que el Estado sea subsidiario cuando se trata de su actuación empresarial, no significa que el mismo no desempeñe un papel activo en el plano económico y social. Y es que el papel del Estado conforme una Constitución que proclama a la República Dominicana como un Estado Social (artículo 7o.) es un rol activo con vistas a asegurar a la persona la obtención de los medios que permitan su perfeccionamiento de modo igualitario, equitativo y progresivo (artículo 8o.), por lo que éste juega un papel fundamental en la prevención y combate de la discriminación, la marginalidad, la vulnerabilidad y la exclusión (artículo 39.3) así como en la garantía de los derechos sociales de las personas, base indispensable para el orden de libertad individual y de justicia social que quiere y manda el artículo 8o. de la Constitución. Ese papel activo del Estado se manifiesta también en la dimensión del *Estado regulador* económico, es decir, del Estado que puede "dictar medidas para regular la economía" (artículo 50.2).

Uno de los fines fundamentales de la regulación estatal de la economía en una economía de mercado como la que consagra y protege la Constitución es el de ser un *instrumento al servicio del mercado* y no su sustituto. En este sentido, la regulación aparece como regulación de la competencia que busca enfrentar los fallos o distorsiones del mercado propios de un régimen de competencia imperfecta o monopolística, donde muchas veces es difícil o imposible la libertad de acceso, existen grandes concentraciones empresariales y se producen abuso de posiciones de dominio. Esta regulación de la competencia, ordenada por la propia Constitución cuando establece que "el Estado favorece y vela por la competencia libre y leal y adoptará las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos del monopolio y del abuso de posición dominante"

(artículo 50.1), se concreta a través del Derecho anti-monopolio, la disciplina de la competencia desleal, la normativa publicitaria, la protección de los consumidores y el control de las concentraciones, pero también se manifiesta a través del estímulo de la iniciativa económica privada mediante políticas que promuevan el desarrollo del país (artículo 219). De modo que la regulación, en el esquema de la Constitución económica, "resulta siendo un fruto necesario y natural del establecimiento de un modelo competitivo pues el mercado, por sí mismo, no siempre puede cumplir con los objetivos sociales y económicos socialmente pactados."<sup>14</sup>

La regulación, sin embargo, no es ni puede ser solo *regulación de la competencia*. La promoción de la competencia libre y leal no es el único mandato constitucional al cual debe ceñirse el Estado regulador en el ámbito económico. La regulación económica debe sujetarse a la *cláusula del Estado Social* y a un conjunto de mandatos constitucionales en la esfera económica que no se limitan a la promoción de la competencia, como es el caso de las acciones que debe el Estado desplegar a fin de procurar "un crecimiento equilibrado y sostenido de la economía, con estabilidad de precios, tendente al pleno empleo y al incremento del bienestar social, mediante utilización racional de los recursos disponibles, la formación permanente de los recursos humanos y el desarrollo científico y tecnológico" (artículo 218). Por eso, puede decirse que "la regulación no es, pues, un fin en sí mismo, sino una actividad de los poderes públicos orientada hacia unos objetivos. Una actividad que puede cambiar su estrategia y configuración en función de factores diversos, desde la estructura de los mercados hasta las orientaciones políticas o doctrinas económicas que se presenten como dominantes en cada momento. Y así es como pueden sucederse diversos modelos de regulación". De ahí que la regulación económica no se identifica con el "*modelo de regulación orientado a la competencia y a la recreación del mercado* (...) De la misma manera que han existido otros modelos o paradigmas regulatorios con

<sup>14</sup> Baldo Kresalja y César Ochoa, *Derecho Constitucional Económico*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009, p. 370.

anterioridad al que se ha impuesto en los últimos años, nada impide que en el futuro más inmediato pueda adoptarse otro modelo."<sup>15</sup>

#### 4.2. Concepto constitucional de regulación

La Constitución no define expresamente qué se entiende por regulación. El término aparece por vez primera en el articulado constitucional con la reforma constitucional de 1947 que dispuso que "la regulación del sistema monetario y bancario de la Nación corresponderá a la entidad emisora" de billetes, es decir, el Banco Central. En todo caso, para entender qué entiende la Constitución por regulación hay que partir de la imagen que del instituto de la regulación se ha formado históricamente, a nivel mundial y en el seno de la comunidad política, empresarial y jurídica dominicana. Aunque usualmente se confunde la regulación con el ejercicio por parte del Estado de sus funciones normativas, lo cierto es que la regulación no solo es *legislación y reglamentación*, a pesar de la importancia de la potestad normativa en el conjunto de potestades regulatorias del Estado. "Regular no es, pues, producir normas (lo es también, desde luego, pero no desde la perspectiva que ahora nos interesa), sino una actividad continua de seguimiento de una actividad. Tal control exige la utilización de poderes de diverso signo: algunos tienen carácter normativo y se traducen en reglamentaciones; otros, sin embargo, consisten en la supervisión del ejercicio de la actividad; otros la ordenación del funcionamiento del mercado; en fin, puede concurrir un poder de resolución de controversias y también el poder sancionador."<sup>16</sup> Es ese *concepto amplio de regulación* y no restringido a las normas el que precisamente el legislador acogió en el artículo 1.b de la Ley Monetaria y Financiera cuando dispuso que la regulación del sistema monetario y financiero "comprende la fijación de políticas, reglamentación, ejecución, supervisión y aplicación de sanciones, en

<sup>15</sup> José Esteve Pardo, "El encuadre de la regulación de la economía en la sistemática del Derecho público", en Santiago Muñoz Machado y José Esteve Pardo (dirs.), *Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid, 2009, p. 401.

<sup>16</sup> Santiago Muñoz Machado, "Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica", en Santiago Muñoz Machado y José Esteve Pardo (dirs.), *Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid, 2009, p. 111.

los términos establecidos en esta Ley y en los Reglamentos dictados para su desarrollo". Y ese ha sido también el sentido del término desde que el mismo apareció por vez primera en los textos constitucionales, hasta que se consagra expresamente con la reforma constitucional de 2010 la facultad del Estado regular todos los sectores de la economía y no sólo el monetario y financiero. Ello así porque, como bien explica la Corte Constitucional colombiana, la regulación debe entenderse en sentido amplio dado que "la amplitud del ámbito sobre el que se extiende la intervención del Estado en la economía y la variedad de fines que persigue, hace necesario que éste disponga de múltiples instrumentos, aplicables de diferentes maneras en los diversos sectores de la actividad económica."<sup>17</sup>

### 4.3. Organismos reguladores

La Constitución establece que la regulación económica puede llevarse a cabo por "organismos creados para tales fines" por el legislador (artículo 147.3). Estos organismos reguladores deben gozar de *independencia* o *autonomía reforzada* pues no puede ser de otro modo, si tenemos en cuenta el hecho de que "es muy característico de la regulación actual la atribución de la responsabilidad de ejercerla fundamentalmente a un órgano independiente, suficientemente desvinculado de los operadores y también del legislativo y de la Administración."<sup>18</sup> Estas agencias, autoridades, comisiones o administraciones reguladoras independientes o de autonomía reforzada, tienen a su cargo la regulación de sectores en los que concurren actividades de utilidad pública (mercados financieros, telecomunicaciones, energía, etc.) o que afectan derechos fundamentales básicos (por ejemplo, el derecho a la intimidad, sujeto a afectación por la existencia de bancos informatizados de datos personales). La opción por la regulación a través de estos entes reguladores, en lugar de regular vía el legislador o la propia Administración, se explica en la necesidad de fuerte especialización que requieren sectores económicos altamente dependientes de la innovación tecnológica, el

<sup>17</sup> Sentencia C-150 de 2005.

<sup>18</sup> Muñoz Machado, "Fundamentos e instrumentos jurídicos...", *op. cit.*, p. 1173.



imperativo de concentrar las potestades regulatorias del Estado en un solo órgano que reglamente, administre y juzgue las controversias entre los agentes económicos regulados y, lo que no es menos importante, el deber de asegurar la neutralidad de la regulación en sectores económicos en donde la politización o partidización propia de las coyunturales mayorías legislativas o gubernamentales podría afectar sensiblemente la estabilidad o la eficiencia de los sistemas regulados. Se diferencian así estos organismos reguladores de los previstos en el artículo 141 los cuales son "*organismos autónomos o descentralizados en el Estado*, provistos de personalidad jurídica, con autonomía administrativa, financiera y técnica" y "adsritos al sector de la Administración compatible con su actividad, bajo la vigilancia de la Ministra o Ministro titular del sector", pues los organismos reguladores del artículo 147.3 deben gozar, por la definición misma de regulación económica y de ente regulador, de independencia o autonomía reforzada. A estos organismos reguladores es preferible denominarlos *organismos reguladores independientes*, pues la *autonomía* se predica en nuestro ordenamiento tanto de los organismos autónomos o descentralizados, fuertemente vinculados a la Administración central, como de los entes municipales. "En este contexto de confusión, el término independencia tiene el añadido de que, al menos, indica un grado tal de autonomía muy superior al de los demás entes de la denominada Administración instrumental."<sup>19</sup>

La necesidad de una regulación económica desvinculada de una Administración Pública centralizada, conforme al modelo francés napoleónico imperante en Europa y América Latina en donde las decisiones administrativas están demasiado ligadas a las decisiones políticas del gobierno, debe ser enfatizada, para entenderla en su justa medida y escapar de la usual satanización de todo intento de configuración de autonomías a la que nos tienen acostumbrados muchos de nuestros políticos. "La falta de profesionalidad e imparcialidad de nuestros órganos e instituciones administrativas comienza a un nivel muy bajo en la escala administrativa. Y si esto es malo en todos los sectores, mucho peor resulta en

<sup>19</sup> Andrés Betancor, *Regulación: mito y derecho*, Civitas/Thomson Reuters, Navarra, 2010, p. 344.

aquellos de carácter económico que afectan decisivamente la propiedad de los ciudadanos o la buena marcha de las empresas. Tales decisiones tienen un carácter cuasi judicial y deben estar, por ello, revestidas de todas aquellas garantías de objetividad, regularidad e independencia que caracterizan las decisiones judiciales.<sup>20</sup> Por ello, se encomiendan estas decisiones a organismos reguladores, de carácter técnico y no político, compuestos por personas independientes y expertas, de estatuto protegido y a salvo de remociones sin justa causa, por lo menos durante un período fijo más o menos largo y que preferiblemente no debe coincidir con los ciclos electorales y con renovación periódica y gradual de sus integrantes, de modo que participen todas las mayorías políticas en su conformación. Estos organismos aseguran así poder ser verdaderos órganos imparciales que puedan, sin ser capturados por las empresas ni controlados por el Estado, arbitrar debidamente los conflictos entre los diferentes intereses en juego, los cuales ponen de frente no solo empresas privadas frente a otras empresas privadas sino también empresas estatales frente a las primeras.

Esta necesidad de *entes reguladores independientes* se hace más acuciante en los casos de privatización o liberalización de actividades antiguamente prestadas en régimen de monopolio público o en el marco de una fuerte intervención pública. Aquí

la regla general que se ha implantado es que la *función de regulación*, ejercida en los servicios públicos tradicionales por la propia Administración titular del servicio, se separe de la *función de gestión* del servicio, empresa o actividad. El fundamento de esta regla es, en casi todos los casos, el mismo: si el regulador y el gestor del servicio no están separados, los organismos públicos o empresas responsables de la gestión se sitúan en una posición de dominio que resulta incompatible con la competencia. Las empresas privadas que quieran actuar en el mismo sector quedarían en una situación de desigualdad.<sup>21</sup>

<sup>20</sup> Mariano Carbajales. *El Estado regulador*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2006, p. 200.

<sup>21</sup> Santiago Muñoz Machado, "Fundamentos e instrumentos jurídicos...", *op. cit.*, p. 133.

No por azar la Constitución consagra la posibilidad de crear estos organismos reguladores en el momento mismo en que establece todo un estatuto de los servicios públicos (artículo 147), los cuales podrán ser prestados directamente por el Estado o por delegación a los particulares, bajo cualquier forma legal o contractual (concesión, autorización, asociación, etc.). Lo que resulta obvio, a la luz de lo antes dicho, es que, aunque la creación de entes reguladores de los servicios públicos es una opción para el legislador, ello se hace imperativo cuando en la prestación de estos servicios concurren empresas privadas y empresas estatales, en tanto que el mantenimiento agrupado de las funciones de regulación y gestión constituiría una situación de privilegio de los operadores públicos frente a los privados, que no se compadece con el deber de dar igual tratamiento a la actividad empresarial y pública (artículo 221). Lógicamente de nada serviría separar la gestión y la regulación si el organismo estatal al que se le asigna las funciones regulatorias del servicio no goza de relativa autonomía reforzada o independencia pues, de ese modo, el *Estado propietario o empresario* podría seguir imponiendo, ahora con la careta de Estado regulador y de modo si se quiere indirecto a través de su control omnímodo del ente regulador, restricciones al acceso de los competidores privados a los mercados.

Como se puede observar, tres principios se deducen del artículo 147.3 y del resto de la Constitución económica respecto a los organismos reguladores. En primer término, más allá de que los entes reguladores en el Derecho de la Regulación Económica siempre han sido conceptuados como entes más o menos independientes, estos organismos reguladores deben y solo pueden ser *independientes* pues, si no fuese así, no tendría sentido crearlos, cuando, por demás, es perfectamente posible y constitucionalmente válido que el legislador deje la regulación en sus propias manos o en las de la Administración. En segundo lugar, el legislador puede optar entre crearlos y no crearlos porque se trata claramente de una *opción constitucional* ("la ley podrá establecer"). Por último, la creación de estos organismos reguladores, si bien es opcional cuando el servicio público es prestado única y exclusivamente por el Estado o cuando se trata de la regulación "de otras actividades económicas", se vuelve absolutamente imperativa cuando el Estado participa junto con las empresas privadas en la prestación de

un servicio público, pues solo la *separación del gestor del regulador* impide la creación de un privilegio a favor del gestor, el cual es inconstitucional a la luz del principio de igualdad de tratamiento de las empresas públicas y las empresas privadas.

No es ocioso recordar que, aunque el artículo 147.3 de la Constitución permitiría la creación de un organismo regulador en los casos en que el Estado ejerce un *monopolio* o controla la prestación de un servicio público, lo cierto es que "la opción por la *titularidad pública* sobre servicios y actividades se sitúa extramuros del espacio de la regulación. Hay dos razones claras que explican esta exclusión. La primera es que semejante opción queda fuera del alcance de los reguladores al recaer sobre ella una reserva de ley por determinación expresa de la Constitución. La segunda porque la titularidad pública nos sitúa en otro segmento de la actividad administrativa que, aunque se ha reducido muy considerablemente, todavía se mantiene y es el de la *actividad de prestación* —directa o indirecta, con las fórmulas que se adscriben a otra modalidad—, de servicios y actividades de titularidad pública."<sup>22</sup> Y es que, a fin de cuentas, "cuando las actividades económicas están monopolizadas por los poderes públicos, no se produce ninguna tensión entre los intereses públicos y los intereses privados", aparte de que "el mercado tampoco funciona, por definición, en los sectores ocupados por los monopolios,"<sup>23</sup> lo que haría innecesaria no solo la creación de un organismo regulador sino la regulación misma, por lo menos en lo que respecta a la regulación económica, principalmente cuando ésta se manifiesta como *regulación de la competencia*.

Finalmente, es preciso enfatizar que la independencia o autonomía reforzada de estos organismos reguladores no es absoluta. La doctrina es más que clara al respecto. "Es una independencia relativa, como lo debe ser teniendo en cuenta que los organismos de los que hablamos son entidades que forman parte de un

<sup>22</sup> Esteve Pardo, "El encuadre de la regulación de la economía en la sistemática del Derecho público", *op. cit.*, p. 403.

<sup>23</sup> Santiago Muñoz Machado, "Fundamentos e instrumentos jurídicos...", *op. cit.*, 2004, p. 1174.

sistema jurídico-político llamado Estado de Derecho. No son, como es obvio, un Estado dentro del Estado; son entidades estatales y, como tales, sujetos a las reglas y a las limitaciones derivadas de esa pertenencia. En consecuencia, el Gobierno, el Legislativo y el Poder Judicial tienen poderes que les permiten, en mayor o menor grado, interferir o controlar el ejercicio de las funciones por parte de los organismos".<sup>24</sup> "No hay, pues, independencia en sentido propio, ni tampoco ruptura propiamente dicha de los lazos con el Gobierno y el Parlamento, contraria a los principios constitucionales, sino más bien, un simple reforzamiento de la autonomía de gestión para el mejor servicio de los valores que la Constitución proclama [...], valores que se entiende serán mejor satisfechos, si la gestión de ciertas funciones se pone a cubierto de la lucha política partidista."<sup>25</sup>

#### 4.4. El estatus constitucional de la autorregulación

La autorregulación es manifestación del principio constitucional de participación de los ciudadanos en la vida económica. La Constitución establece que "la regulación de los servicios públicos es facultad exclusiva del Estado" (artículo 147.3). De esta disposición, resulta claro que la autorregulación queda solo prohibida constitucionalmente en el ámbito de los servicios públicos y es perfectamente válida en el resto de las actividades económicas pues, como bien señala la propia Constitución, lo que no está prohibido está permitido (artículo 40.15). De todos modos, aún en el ámbito de los servicios públicos, es constitucionalmente admisible determinados niveles de autorregulación, siempre y cuando se trate de una *autorregulación regulada*, es decir, que exista una *regulación pública de la autorregulación*<sup>26</sup> que permita al Estado establecer los fines, el contenido y los medios de dicha autorregulación. Entre esos instrumentos de autorregulación regulada encontramos los códigos de conducta empresarial, la implantación de esquemas de estandarización y verificación, la adopción de

<sup>24</sup> Betancor, *op. cit.*, p. 344.

<sup>25</sup> Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*. T. I., Palestra/Temis, Lima-Bogotá, 2006, p. 465.

<sup>26</sup> Ma. Mercé Darnaculleta i Gardella, *Autorregulación y Derecho público: la autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

acuerdos con la industria para la protección del medio ambiente. La regulación pública de la autorregulación puede adoptar diversas modalidades: el Estado puede asignar a un organismo privado la facultad de regulación de normas fijadas por el propio Estado, el Estado puede aprobar la regulación impuesta por un organismo privado o, finalmente, el Estado fomenta la autorregulación, exige unos contenidos mínimos y sanciona el incumplimiento de este deber de autorregulación a cargo de los privados.

#### 4.5. La regulación de los servicios públicos

El artículo 147 de la Constitución establece que "los servicios públicos están destinados a satisfacer las necesidades de interés colectivo" y que "serán declarados por ley". Estos servicios, que pueden ser suministrados directamente por el Estado o por particulares en quien haya delegado el Estado, "mediante concesión, autorización, asociación en participación, transferencia de la propiedad accionaria u otra modalidad contractual", de conformidad con la Constitución y la ley, serán regulados exclusivamente por el Estado o por organismos creados para tales fines. Como se puede observar, la Constitución parte del supuesto de que lo fundamental, en materia de servicios públicos, no es tanto la titularidad estatal del servicio como la obligación constitucional del Estado de garantizar la prestación del mismo. Y es que, como bien ha establecido el Tribunal Constitucional peruano, "hoy en día, lo fundamental en materia de servicios públicos, no es necesariamente, la titularidad estatal, sino la obligación de garantizar la prestación del servicio, por tratarse de actividades económicas de especial relevancia para la satisfacción de necesidades públicas, y en ese sentido, deviene en indistinto si la gestión la tiene un privado o la ejerce el Estado."<sup>27</sup> Lo crucial es que los servicios públicos, no importa la modalidad de suministro o gestión, "deben responder a los principios de universalidad, accesibilidad, eficiencia, transparencia, responsabilidad, continuidad, calidad, razonabilidad y equidad tarifaria" (artículo 147). Veamos estos principios a detalle...

<sup>27</sup> Expediente No. 034-2004-PI/TC.

#### 4.5.1. Universalidad

La universalidad implica que el servicio público debe ser un servicio de calidad, accesible a todos los usuarios, con independencia de su localización geográfica y a un precio asequible. La universalidad presupone la igualdad ante el servicio público. Esta igualdad significa generalidad del servicio: el servicio público puede ser exigido y usado por todos los habitantes, sin exclusión ni discriminación alguna. La igualdad significa, además, uniformidad: el usuario tiene el derecho de exigir y recibir el servicio en uniformidad de condiciones, sin privilegios pero tampoco sin discriminaciones. La uniformidad no se opone a la existencia de categorías de usuarios (por ejemplo, servicio familiar, profesional, comercial, industrial, etc.) siempre y cuando en cada categoría se mantenga el trato igualitario para los usuarios y no se establezcan privilegios en beneficio de algunos usuarios y en detrimento de los demás.

#### 4.5.2. Accesibilidad

Por su propia naturaleza y por la necesidad colectiva que se cubre a través de la prestación, es necesario que todos los integrantes de la colectividad puedan acceder al servicio público. La accesibilidad es derivación del principio de igualdad que implica que los usuarios tienen derecho a acceder a los servicios públicos en condiciones de igualdad y no discriminación (artículo 39). Para asegurar el acceso y el uso de los servicios públicos, es clave que, en aquellos servicios que no son gratuitos por imperativo constitucional, como es el caso de la educación pública gratuita en el nivel inicial, básico y medio (artículo 63.3), las tarifas no constituyan un impedimento para el acceso al servicio. De ahí que la accesibilidad está estrechamente vinculada con la asequibilidad, es decir, con la equidad tarifaria.

#### 4.5.3. Eficiencia

La eficiencia significa que el servicio público debe cubrir la necesidad que justifica su existencia garantizando su acceso equitativo a toda la población, oportu-

namente y con costos razonables de prestación. Esa eficiencia es exigible a todos los prestadores del servicio público (Estado, concesionario, licenciatario).

#### 4.5.4. Transparencia

La transparencia implica el derecho fundamental de los usuarios a "obtener información adecuada y veraz, entre la cual se encuentran la correcta medición del uso y la adecuada facturación por el servicio, detallando los conceptos, las fechas de vencimiento y los recargos por mora que puedan corresponder."<sup>28</sup>

#### 4.5.5. Responsabilidad

La responsabilidad implica para el Estado la obligación de regular el servicio público, es decir, reglamentarlo, supervisararlo, fiscalizarlo, sancionar los ilícitos cometidos por los prestadores del servicio y los usuarios y resolver las controversias entre los agentes participantes en el sector regulado. Por el lado del prestador, la responsabilidad implica el deber de asegurar un servicio de calidad, caracterizado por las notas distintivas constitucionales (universalidad, accesibilidad, eficiencia, transparencia, continuidad, calidad, razonabilidad y equidad tarifaria). La responsabilidad implica la obligatoriedad del servicio. De ahí que, como bien ha señalado la jurisprudencia argentina, "la empresa prestadora no se puede desobligar sobre la base de la genérica invocación de razones fundadas en el estado y condiciones de la red telefónica transferida"<sup>29</sup> y que "la obligación de la empresa concesionaria de seguir prestando al usuario el servicio es una carga que está ínsita en la prestación de un servicio público."<sup>30</sup>

#### 4.5.6. Continuidad

La continuidad del servicio público significa que éste debe prestarse mientras la necesidad que satisface esté presente, o sea, que el servicio debe ser regular, per-

<sup>28</sup> Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000, p. 648.

<sup>29</sup> CNFedCivCom, Sala 1a., 11/7/95, "Goyena, Raúl H. c/ Telecom Argentina Stet France", JA, 1996-I-604

<sup>30</sup> CSJN, 5/11/96, "Establecimientos Metalúrgicos S. Becció e Hijos SA c/ Ente Nacional Regulador de Gas, JA, 1997-II-130.



manente e ininterrumpido. Esta continuidad es absoluta en el caso de la electricidad, la telefonía, la provisión de agua potable cuyo servicio debe estar disponible 24 horas para los usuarios. La continuidad es relativa cuando el servicio no debe prestarse ininterrumpidamente sino solo en determinados momentos, como es el caso de la instrucción primaria y el servicio de bomberos. La continuidad del servicio público incide en el derecho a huelga de los empleados del servicio y el derecho al paro de las empresas privadas de los empleadores pues, si bien ambos derechos son reconocidos por la Constitución, en aras de preservar los derechos de los usuarios, la ley "dispondrá las medidas para garantizar el mantenimiento de los servicios públicos o los de utilidad pública" (artículo 62.6).

#### 4.5.7. Calidad

La Constitución establece que "el Estado garantiza el acceso a servicios públicos de calidad" (artículo 147.1), lo que significa que la Administración debe asegurar la mejora continua del servicio público en relación a la seguridad, volumen y características de las prestaciones, regularidad del servicio, puntualidad o tiempos de espera, exactitud, cobertura, transparencia de la facturación e información al usuario. Dado que la calidad es relativa, la exigencia constitucional de calidad implica el deber del Estado de regular, planificar, ejecutar, evaluar y controlar el servicio de manera que se aseguren y mejoren los estándares de prestación de los diferentes servicios, y el deber de los operadores y contratistas de servicios públicos de cumplir con esos estándares mínimos y promover las mejoras impuestas por los avances tecnológicos y el mercado.

#### 4.5.8. Razonabilidad

La razonabilidad implica la mutabilidad del servicio público, es decir, que los poderes públicos pueden modificar las condiciones de prestación de los servicios públicos, aun sean suministrados por empresas privadas, en la medida en que sea conveniente para satisfacer el interés general y siempre y cuando la modificación sea razonable y, en caso de alterar el equilibrio financiero del contrato de concesión o de cualquier modalidad contractual bajo la cual se opere

el servicio público cuyas condiciones de prestación han sido modificadas. La razonabilidad significa, además, que, sin perjuicio del principio de accesibilidad, pueden establecerse condiciones de acceso al servicio diferentes, siempre que sean razonables.

Estas diferencias pueden obedecer a finalidades sociales o de discriminación positiva (por ejemplo, la reducción de los precios del transporte para personas de la tercera edad o para los jóvenes, o la limitación de algunas prestaciones asistenciales a personas en situación particularmente menesterosa), pero también a estrategias comerciales en el caso de los servicios liberalizados (piénsese en las ofertas económicas de las compañías telefónicas a empresas o grupos de personas determinados), siempre que se ofrezca condiciones transparentes y no discriminatorias.<sup>31</sup>

#### 4.5.9. Equidad tarifaria

La equidad tarifaria está estrechamente vinculada a la accesibilidad al servicio público: para que el servicio sea accesible, debe ser asequible y, para que sea asequible, la tarifa debe ser equitativa. Cuando el valor de la tarifa impide el acceso al servicio, el Estado debe subsidiar a quienes no pueden abonarlas.

### 4.6. El Tribunal Constitucional y el control de los actos regulatorios

#### 4.6.1. Ampliación del objeto del control concentrado

La Constitución establece que las acciones directas de inconstitucionalidad podrán interponerse "contra las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas" (artículo 185.1), disposición que es reproducida textualmente por el artículo 36 de la LOTCPC. Esta disposición constitucional amplía considerablemente el objeto del control concentrado pues, antes de la reforma constitucional de 2010, la Constitución se refería expresamente sólo a las leyes, lo cual

<sup>31</sup> Miguel Sánchez Morón, *Derecho Administrativo. Parte general*, Tecnos, Madrid, 2006, p. 751.

originó una intensa controversia doctrinal, dividiéndose los autores entre quienes consideraban que el control recaía solo sobre las leyes aprobadas por el Congreso Nacional<sup>32</sup> y los que entendían que todos los actos enumerados por el artículo 46, actual artículo 60. de la Constitución estaban sujetos a dicho control.<sup>33</sup> La Suprema Corte de Justicia se colocó en el justo medio de ambas posiciones, afirmando que "si bien es cierto que el artículo 67, inciso 1, de la Constitución de la República menciona solo a las leyes como el objeto de la acción en inconstitucionalidad por vía directa ante la Suprema Corte de Justicia", no es menos cierto que "el artículo 46 de la misma Constitución proclama que son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución o acto contrarios a la Constitución" y que

al consagrar la Asamblea Revisora de la Carta Magna en 1994 el sistema de control concentrado de la constitucionalidad (...) para conocer de la constitucionalidad de las leyes, es evidente que no está aludiendo a la ley en sentido estricto; esto es, a las disposiciones de carácter general y aprobadas por el Congreso Nacional y promulgadas por el Poder Ejecutivo, sino a la norma social obligatoria que emane de cualquier órgano de poder reconocido por la Constitución y las leyes, pues, aparte de que el artículo 46 no hace excepción ni distinción al citar los actos de los poderes públicos que pueden ser objeto de una acción en nulidad o inconstitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia, como guardiana de la Constitución de la República y del respeto de los derechos individuales y sociales consagrados en ella, está en el deber de garantizar, a toda persona, a través de la acción directa, su derecho a erigirse en centinela de la conformidad de las leyes, decretos, resoluciones y actos en virtud del principio de la supremacía de la Constitución" (SCJ. No. 1 del 6 de agosto de 1998. B.J. 1053.4).

Posteriormente, la Suprema Corte de Justicia ampliaría aún más el objeto del control concentrado para incluir actos no normativos como es el caso de contratos administrativos y otros actos administrativos (SCJ. junio 2010. B.J. 1195).

<sup>32</sup> Véase Amadeo Julián Cedano, "La acción directa en inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia", *Estudios Jurídicos*, vol. 6, núm. 1, enero-abril 1966.

<sup>33</sup> Véase Juan MI Pellerano Gómez, *Constitución, interpretación e inconstitucionalidad*, FINJUS, Santo Domingo, 2008.

Con la reforma constitucional de 2010, la discusión pierde bastante interés pues la Constitución incluye como objetos del control no solo las leyes sino también los "decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas" (artículo 185.1). Puede afirmarse, a partir del citado texto, que el control concentrado se extiende a todos los actos enumerados por el artículo 6 ("ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a esta Constitución") y por el artículo 185.1 de la Constitución. Como afirmaba Pellerano Gómez, antes de ampliarse el objeto del control y como diría ahora con mucha mayor razón, dada la amplia lista de actos sujetos a control consagrada expresamente por la Constitución,

el sistema dominicano de control jurisdiccional de la constitucionalidad se fundamenta en dos textos de una misma naturaleza, que son el artículo 46 [actual artículo 6] y el acápite 1ro. del 67 de la Constitución [actual artículo 185.1]. El primero rige para el control difuso y ambos para el control concentrado. En este sistema el principio de la supremacía de la Constitución que proclama el primero de esos textos, es norma aplicable a ambos tipos de control, por lo que es valedero afirmar que es imposible que algunos de los actos que enumera el artículo 46 [actual artículo 6] puedan quedar libres del control difuso como del control concentrado de la constitucionalidad, todo a causa de que ambos tipos de control son los medios procesales creados por el constituyente para hacer que dicho principio sea realmente efectivo en la vida social.<sup>34</sup>

#### 4.6.2. Los actos administrativos como objeto del control concentrado

El Tribunal Constitucional, en sus sentencias 51/12, 73/12 y 41/13, ha considerado que "la acción directa en inconstitucionalidad, como proceso constitucional, está reservada para la impugnación de aquellos actos señalados en los artículos 185.1 de la Constitución de la República y 36 de la Ley Orgánica No. 137-11 (leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas), es decir, aquellos actos estatales de carácter normativo y alcance general" y no puede incoarse contra "un simple acto administrativo de efectos particulares y concretos" (Sentencia

---

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 65.

TC 51/12). Ocurre, sin embargo, que ni la Constitución ni la LOTCPC restringieron el objeto de la acción directa en inconstitucionalidad a las normas sino que, muy por el contrario, dado que la reforma constitucional de 2010 extendió el control concentrado, restringido en principio solo a las "leyes", para abarcar también a los "decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas", es obvio que se pueden atacar por la vía de la acción directa no solo las normas sino todo tipo de actos administrativos. Como se puede observar, actos normativos propiamente dichos en esa lista solo son las leyes, las ordenanzas y los reglamentos, pues los decretos y las resoluciones pueden consistir en actos administrativos. En el caso de las resoluciones, es más que obvio que, como señala Eduardo Couture en su célebre diccionario jurídico, se trata de una "decisión o fallo de un órgano administrativo o judicial". Tanto es así que la LOTCPC, al reglamentar el procedimiento de la acción directa en inconstitucionalidad, se refiere siempre a "normas" y "actos" (artículos 39, 41, 45 y 49), evidencia de que para el legislador orgánico era manifiestamente claro que la acción en inconstitucionalidad procede contra normas y actos, como lo quiere y manda expresamente el artículo 185.1 de la Constitución. Más aún, la propia inclusión del interés legítimo como condición sine qua non para la legitimación procesal activa en la acción directa en inconstitucionalidad (artículo 185.1 de la Constitución) revela claramente que la intención del constituyente era incluir los actos administrativos en la lista de actos susceptibles de ser controlados en su constitucionalidad por la vía concentrada y exigir que quien cuestionara estos actos fuese una parte de estos actos o un interesado en los mismos.

#### 4.6.3. Los actos sujetos a control concentrado conforme el Tribunal Constitucional

En la Sentencia 41/13 el Tribunal Constitucional estableció que, aparte de las leyes, los actos sujetos al control concentrado de constitucionalidad son los siguientes:

- 1) Los actos administrativos de carácter normativo y alcance general. Estos "son susceptibles de ser impugnados mediante la acción directa, pues al tratarse de un control abstracto o de contenido de la norma,

el Tribunal Constitucional verifica si la autoridad pública responsable de producir la norma observó los valores, principios y reglas de la Constitución de la República y del bloque de constitucionalidad (supremacía constitucional)".

- 2) Los actos administrativos de efectos particulares y que sólo inciden en situaciones concretas. Estos actos "deben ser tutelados mediante la acción en amparo si se violan derechos fundamentales (Art. 75 de la Ley No. 137-11) o por la jurisdicción contenciosa-administrativa en caso de violarse situaciones jurídicas o derechos no fundamentales dentro del ámbito administrativo, estando la decisión final sujeta a un recurso de revisión constitucional de sentencias (Art. 53 de la Ley No. 137-11), por lo que no escapa en ningún caso al control de la justicia constitucional".
- 3) Los actos administrativos producidos en ejecución directa e inmediata de la Constitución y en ausencia de una ley que los norme. Estos actos "aún no ostenten un alcance general o normativo, pueden ser impugnados mediante la acción directa en inconstitucionalidad al tratarse de actuaciones que la Ley Sustantiva ordena realizar bajo ciertas formalidades de tiempo o modo y a los fines de que se garantice la supremacía constitucional, el tribunal debe verificar el cumplimiento íntegro y cabal del mandato constitucional".

#### 4.6.4. Crítica a la posición del Tribunal Constitucional respecto a la exclusión de los actos administrativos del objeto del control concentrado de constitucionalidad

El Tribunal Constitucional básicamente ha establecido que "la acción directa en inconstitucionalidad, como proceso constitucional, está reservada para la impugnación de aquellos actos señalados en los artículos 185.1 de la Constitución de la República y 36 de la Ley Orgánica No. 137-11 (leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas), es decir, aquellos actos estatales de carácter

normativo y alcance general" (Sentencia TC 51/12). Ya hemos dicho que ni la Constitución ni la LOTCPC excluyen expresamente los actos administrativos como objeto del control concentrado de constitucionalidad ni tampoco señalan que solo serán atacables por la acción directa en inconstitucionalidad las normas o los actos de alcance general. Ahora bien, aunque el Tribunal Constitucional no lo dice del todo expresamente, debemos tratar de determinar cuál es la "pre-comprensión" de la cual parte la jurisdicción constitucional especializada para excluir los actos administrativos del control concentrado de constitucionalidad. Para el Tribunal Constitucional, el control concentrado de constitucionalidad ha sido diseñado, en principio, solo para controlar la constitucionalidad de las leyes; de aquellos "actos administrativos de carácter normativo y alcance general", que "son susceptibles de ser impugnados mediante la acción directa, pues al tratarse de un control abstracto o de contenido de la norma, el Tribunal Constitucional verifica si la autoridad pública responsable de producir la norma observó los valores, principios y reglas de la Constitución de la República y del bloque de constitucionalidad (supremacía constitucional)"; y de los "actos administrativos producidos en ejecución directa e inmediata de la Constitución y en ausencia de una ley que los norme", que "aún no ostenten un alcance general o normativo, pueden ser impugnados mediante la acción directa en inconstitucionalidad al tratarse de actuaciones que la Ley Sustantiva ordena realizar bajo ciertas formalidades de tiempo o modo y a los fines de que se garantice la supremacía constitucional, el tribunal debe verificar el cumplimiento íntegro y cabal del mandato constitucional" (Sentencia TC 41/13).

Parte aquí el Tribunal, como lo reconoce en la Sentencia TC 73/12, de la doctrina de Allan Brewer-Carías, quien, frente al silencio del legislador, que no ha definido, como no lo hizo tampoco el constituyente, cuáles decretos, resoluciones y ordenanzas son susceptibles de ser impugnados por vía de la acción en inconstitucionalidad, propone que el Tribunal Constitucional determine cuáles de estos actos mencionados en la Constitución no son actos administrativos sujetos al control del Tribunal Constitucional y cuáles lo son y, por tanto deben estar solo sujetos al control de la jurisdicción contencioso-administrativa y, eventual y subsidiariamente, vía revisión, ante el Tribunal Constitucional. Esta precisión jurisprudencial del Tribunal Constitucional debe ser hecha, conforme Brewer-Carías, a

partir de "la interpretación del sistema jurídico conforme a la doctrina de la creación del derecho por grados de manera que llámense como se llamen los actos estatales, deberían estar sometidos al control de la Jurisdicción Constitucional, aquellos actos estatales, como lo son las leyes, dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o de previsiones constitucionales, con rango legal en la formación del orden jurídico. Del resto, los otros actos estatales serían de rango sub-legal como los actos administrativos, dictados en ejecución directa de la legislación (e indirecta de la Constitución) y, por tanto, sometidos al control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa". A juicio del distinguido constitucionalista venezolano, "solo en el caso de los 'reglamentos', sin embargo, en particular los dictados por el Presidente de la República (Reglamentos Ejecutivos), aun tratándose de actos administrativos, en virtud de la mención expresa de la Constitución, podrían considerarse que como excepción, la competencia para conocer de su impugnación corresponde en forma exclusiva a la Jurisdicción Constitucional". Pero, aclara, no obstante la mención expresa en la Constitución, "ello no debería aplicarse a reglamentos, es decir, actos normativos dictados por otros funcionarios de la Administración".<sup>35</sup>

Como se puede observar, la doctrina de Brewer-Carías, reiterada en escritos posteriores, que es la que en gran medida adopta el Tribunal Constitucional, reduce sustancialmente el ámbito del control concentrado de constitucionalidad, el cual solo procedería contra las leyes del Congreso Nacional, contra los reglamentos dictados por el Presidente de la República y contra los actos de ejecución directa de la Constitución en ausencia de una ley que los norme, quedando fuera los reglamentos dictados por las demás autoridades y todos los actos administrativos, que consisten en la actividad esencial y cotidiana de la Administración, principalmente cuando hoy el Estado es fundamentalmente un Estado administrativo. El Tribunal Constitucional, quizás constreñido por la claridad y rotundez del texto constitucional que habla de reglamentos, ha acogido parcialmente la

<sup>35</sup> Allan Brewer-Carías, "Los actos sujetos al control por parte del Tribunal Constitucional en República Dominicana y el necesario deslinde entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción contencioso-administrativa", *Tribunal Constitucional de la República Dominicana*, Anuario 2012, Impresora AMSI, Santo Domingo, 2013, pp. 308-312.



tesis del venezolano, incluyendo, como debe ser, en el objeto del control, los actos administrativos de carácter normativo (Sentencia TC 41/13), aún no sean reglamentos dictados por el Presidente, aunque ya no incluye dentro del objeto del control concentrado los actos administrativos que, sin ser de naturaleza normativa, tienen efectos generales, como si lo hizo en la primera sentencia que dictó sobre este tema (Sentencia TC 51/12). En todo caso, quedan fuera del control concentrado del Tribunal Constitucional los decretos y resoluciones administrativos, de efectos individuales o particulares, y que constituyen la casi totalidad de la actividad de la Administración.

Lo que propone Brewer-Carías, y que el Tribunal Constitucional acoge en gran medida como precedente vinculante, parte, como lo reconoce el destacado iuspublicista, de la "doctrina de la creación del derecho por grados", atribuida principalmente a Hans Kelsen, el inventor de la jurisdicción constitucional especializada. Pero, si examinamos en detalle la posición de Kelsen sobre los actos sujetos a control por el Tribunal Constitucional, veremos que el austríaco en modo alguno excluye los actos administrativos de este control. Es cierto que el núcleo de la concepción kelseniana del Tribunal Constitucional radica en las garantías de la Constitución frente a las leyes, las que él denomina las "garantías de la regularidad de las normas inmediatamente subordinadas a la Constitución".<sup>36</sup> Pero no menos cierto es que el propio Kelsen, inmediatamente después de señalar que la competencia básica de la jurisdicción constitucional es el control de constitucionalidad de las leyes, aclara que otras normas de carácter general y no solo la ley, son susceptibles de ser controladas en su constitucionalidad por el Tribunal Constitucional, por lo que prescribe la necesidad de extender el control concentrado a "reglamentos con fuerza de ley".<sup>37</sup> Pero Kelsen va más allá de una jurisdicción constitucional especializada en el control de actos normativos pues entiende que "la noción pura de garantía de la Constitución", que conduce "a incorporar en ella el control de todos los actos inmediatamente subordinados a la Constitución", como es el caso de los reglamentos autónomos

<sup>36</sup> Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, UNAM, México, 2001, pp. 15 y 59.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 61.

y los decretos leyes, que no se hacen depender formalmente de una ley, debe combinarse, a partir de "las necesidades de la Constitución considerada" y "haciendo a un lado todo prejuicio doctrinario", con la posibilidad de que el Tribunal Constitucional controle no solo actos normativos y de ejecución directa de la Constitución, sino también "actos generales y actos individuales".<sup>38</sup> Respecto a estos actos estatales individuales, Kelsen afirma que "no son solamente las normas generales (leyes o reglamentos) las que se encuentran inmediatamente subordinadas a la Constitución sino, además, ciertos actos individuales que pueden, por tanto, ser inmediatamente inconstitucionales",<sup>39</sup> en la medida en que la ejecución de las leyes en casos concretos genera la necesidad de un control "reflejo" de constitucionalidad de actos que pueden y deben ser objeto del control concentrado de constitucionalidad. Al control concentrado de constitucionalidad de estos actos individuales, que son fundamentalmente "actos de la administración",<sup>40</sup> Kelsen lo denomina "garantía de la regularidad de los actos de ejecución de las leyes".<sup>41</sup> Y cita un ejemplo de este tipo de actos, que bajo los actuales precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional, no podrían ser impugnados por la vía de la acción directa en inconstitucionalidad, por ser "actos administrativos de efectos particulares y que sólo inciden en situaciones concretas", pero que, sin embargo, para Kelsen caerían dentro de las competencias de la jurisdicción constitucional:

Los actos administrativos hechos en aplicación de estas leyes pueden ser inconstitucionales, en un sentido distinto del que tiene todo acto administrativo ilegal. Así, por ejemplo, si la Constitución dispone que la expropiación no puede tener lugar sino mediante plena y completa indemnización y si, en un caso concreto, se procede a una expropiación sobre la base de una ley perfectamente constitucional (que señala también el principio de plena indemnización), entonces el acto administrativo no es ilegal e indirectamente inconstitucional en el sentido habitual, pues no va únicamente

---

<sup>38</sup> *Idem.*, p. 64.

<sup>39</sup> *Idem.*, p. 26.

<sup>40</sup> Alfonso Herrera García, "El recurso de amparo en el modelo kelseniano de control de constitucionalidad de las leyes", en Víctor Bazán (coord.), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, T. II.: Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 970.

<sup>41</sup> Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, *op. cit.*, p. 27.

contra la ley y contra el principio constitucional general de la legalidad de la ejecución, sino, además, contra un principio especial expresamente señalado por la Constitución (a saber, que toda expropiación debe ser acompañada de una plena y entera indemnización) excediendo así el límite específico que la Constitución impone a la legislación. Con base en esto se comprende que contra los actos ilegales de esta naturaleza se pone en movimiento una institución que sirve a la garantía de la Constitución.<sup>42</sup>

Como se puede observar, es obvio

que el modelo kelseniano de la jurisdicción constitucional nunca quedó reducido al exclusivo control del legislador. Más aún, tampoco se sostiene que el modelo kelseniano se reduzca al control de constitucionalidad de las leyes o de normas de carácter general (considerando dentro de esta categoría a los reglamentos o a los decretos-leyes). Sería más acertado afirmar que el modelo kelseniano de la jurisdicción constitucional concentrada es sólo esencialmente, que no exclusivamente control de constitucionalidad de normas. Como se ha visto, la tesis kelseniana no sólo sostiene, sino que además prescribe, que también se concentre el control de regularidad de actos individuales que el constituyente desee atribuirle. Ello a pesar de que esta opción constituyente pudiera no compadecerse bien con la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico. Por consecuencia, no porque el control de ciertos actos individuales esté atribuido al conocimiento del tribunal constitucional, ese control 'traicionaría' el paradigma kelseniano. Antes bien, como se ha visto, Kelsen aseguraba la necesidad de combinar el control de los actos inmediatamente subordinados a la Constitución y el control de actos generales e individuales como parámetros a tomar en cuenta para configurar la jurisdicción constitucional concentrada. La tarea de discernir las materias sujetas a esta jurisdicción queda en manos de la asamblea constituyente como resultado de los mayores o menos consensos políticos conseguidos por sus integrantes. Así, considerar como sinónimos el concepto de exclusivo control concentrado de constitucionalidad de las leyes y el modelo de control de constitucionalidad de Kelsen no satisface con rigor su idea integral de la jurisdicción constitucional. Si existe un modelo kelseniano 'puro' de la jurisdicción constitucional, éste no coincide exactamente con el modelo de tribunal constitucional que

---

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 29.

cuenta con la única función de controlar las leyes. En Kelsen, tal atribución es solo la esencial, pero no la única existente, y ni siquiera, bajo su misma tesis, la única recomendable. En sus escritos aconsejó la necesidad de combinar dos directrices teóricas a la hora de configurar la jurisdicción constitucional: la primera es la sujeción al tribunal constitucional del control de regularidad de todos los actos inmediatamente subordinados a la Constitución (leyes y algunos tipos de reglamentos). La segunda es la combinación entre actos generales y tantos actos individuales cuantos concierten las fuerzas políticas participantes en las labores constituyentes. Dentro de los actos individuales que pueden ser considerados se encuentran las decisiones judiciales o administrativas definitivas, muy especialmente cuando en ellas se involucre un problema de irregularidad constitucional de una ley que en tales decisiones se aplique.<sup>43</sup>

En el caso dominicano, el constituyente de 2010, a la luz de la experiencia constitucional precedente en la que el control concentrado estaba restringido a las leyes y solo posteriormente fue ampliado por la Suprema Corte de Justicia en 1998 para incluir las normas y otros actos estatales, tomó una decisión política fundamental, que el Tribunal Constitucional ha pasado por alto: en el mejor espíritu kelseniano de combinar el control concentrado de las normas y de los actos dictados en ejecución inmediata de la Constitución y el control concentrado de los actos generales e individuales, amplió el objeto de control concentrado de constitucionalidad, estableciendo una lista de actos susceptibles de ser impugnados ante el Tribunal Constitucional, de la cual solo quedan excluidas las sentencias, dado que, para impugnar las mismas ante el Tribunal Constitucional, el artículo 277 diseña un recurso de revisión constitucional, que posteriormente el legislador orgánico reglamentó. Este legislador orgánico fue respetuoso de la decisión constituyente y tomó el cuidado de referirse en la LOTCPC en todo momento en que disponía sobre la acción directa en inconstitucionalidad a normas y actos, como objeto del control. Paradójicamente, hoy los dominicanos, a pesar de tener un texto constitucional que como el artículo 185.1 plantea un objeto amplio del control concentrado de constitucionalidad, hemos retroce-

<sup>43</sup> Alfonso Herrera García, "El recurso de amparo en el modelo kelseniano de control de constitucionalidad de las leyes", *op. cit.*, p. 971.

dido en comparación con el período 1994-2011, cuando, a pesar de tener un artículo constitucional como el 67.1, que restringía el control concentrado a las leyes, gracias a la gran labor pretoriana de la Suprema Corte de Justicia en funciones de Tribunal Constitucional, disfrutamos de una amplia garantía jurisdiccional concentrada, conquista que el Tribunal Constitucional ha enterrado con una interpretación que no se compadece ni con el texto, ni con la intención constituyente ni con el espíritu teleológico y sistémico del modelo de control concentrado de constitucionalidad decidido por el constituyente en 2010. Y es que, a fin de cuentas, como bien señala la mejor doctrina encabezada por el hoy Magistrado del Tribunal Constitucional, Hermógenes Acosta de los Santos, lo que la Constitución de 2010 hizo fue plasmar textualmente "la tesis extensiva desarrollada por la Suprema Corte de Justicia" en 1998 y establecer que "el objeto del control concentrado no sólo abarcaba la ley adjetiva y de alcance general, sino también los decretos, reglamentos y resoluciones."<sup>44</sup>

#### 4.6.5. Admisión excepcional por el Tribunal Constitucional de acciones directas en inconstitucionalidad contra actos administrativos

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia TC 127/13, ha admitido excepcionalmente la acción directa en inconstitucionalidad contra un acto administrativo, cuando este fue dictado con la intención deliberada de violar la Constitución, lo cual parecería un buen augurio de que los Jueces constitucionales podrían repensar la exclusión de los actos administrativos del objeto del control concentrado. En efecto, el Tribunal Constitucional ha establecido que

en presencia de una acción directa de inconstitucionalidad contra un acto estatal de efectos particulares, cada vez que esté comprobado o exista la presunción grave de que ha sido producido con dolo, es decir, con el propósito deliberado de violar la Constitución, dicha acción debe ser admitida, pues esta solución, que se constituye en excepción a la jurisprudencia constitucional de que dicho recurso está

<sup>44</sup> Hermógenes Acosta de los Santos, *El control de la constitucionalidad como garantía de la supremacía de la Constitución*, Unapec, Santo Domingo, 2010, p. 271.

reservado para los actos estatales de efectos generales, es la más adecuada en la misión de este tribunal constitucional de defender la vigencia del estado social y constitucional de derecho.

El caso fallado por el Tribunal Constitucional se trataba de

un decreto de expropiación que, no obstante haber sido anulado por la jurisdicción judicial, fue nuevamente reintroducido con idénticas motivaciones al que había sido precedentemente anulado. Más todavía, dicho decreto afecta las mismas parcelas que ya habían sido liberadas mediante una decisión judicial que adquirió la autoridad de lo cosa definitiva e irrevocablemente juzgada. En tal virtud, nos encontramos con una clara violación al principio de seguridad jurídica, a la tutela judicial efectiva y al derecho de propiedad, razón por la cual este tribunal conocerá el fondo del presente caso.

#### 4.6.6. Las relaciones Tribunal Constitucional y jurisdicción contencioso-administrativa

Conforme al Tribunal Constitucional, "es el fuero administrativo el competente para dirimir cuestiones que han tenido su origen en actos administrativos ejercidos por mandato de la ley, y es al Tribunal Contencioso Administrativo al que corresponde examinar la cuestión". Según los Jueces constitucionales, "aun cuando los medios invocados por la accionante son de índole constitucional", si el "acto administrativo ha sido dictado en ejercicio directo de poderes y competencias establecidas en disposiciones normativas infraconstitucionales, es decir, normas de derecho inferiores a la Constitución", no procede la acción en inconstitucionalidad. En otras palabras, la Administración, en ejercicio de competencias conferidas por las leyes, puede dictar resoluciones o actos violatorios de la Constitución y esos actos no pueden ser atacados ante el Tribunal Constitucional sino que deben ser cuestionados ante la jurisdicción contencioso administrativa. El Tribunal Constitucional considera que el artículo 139 de la Constitución confiere a la jurisdicción contencioso-administrativa el control de legalidad de los actos administrativos, que ese control es de conformidad con el Derecho, es decir, control de juridicidad que abarca el control constitucional.

Lo anterior nadie lo niega pues la justicia constitucional no es más que "la potestad del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial de pronunciarse en materia constitucional en los asuntos de su competencia" (artículo 5o. de la LOTCPC). Pero el Tribunal Superior Administrativo conoce los recursos contencioso administrativos (artículo 165.2 de la Constitución) y no las acciones en inconstitucionalidad contra resoluciones administrativas, cuyo conocimiento es una competencia irrenunciable del Tribunal Constitucional conforme el artículo 185.1 de la Constitución. El control concentrado de constitucionalidad de los actos administrativos si bien resulta excepcional a la luz de la historia del control de constitucionalidad hoy ya no es una novedad y existe en Austria, Chile, Bolivia y Perú. La ampliación del objeto del control concentrado para incluir, aparte de las normas, a los actos administrativos, como lo ha hecho el constituyente en 2010, responde a una concepción del Tribunal Constitucional que va más allá del simple legislador negativo extirpador de normas y que lo encuadra como supremo intérprete de la Constitución mediante sentencias interpretativas reconocidas en la misma LOTCPC (artículo 47).

Por otro lado, a juicio del Tribunal Constitucional, "el objeto de la acción directa en inconstitucionalidad está orientado a garantizar la supremacía de la Constitución de la República respecto de otras normas estatales de carácter infraconstitucional, pero no puede constituirse en un instrumento para reivindicar situaciones particulares y concretas, las cuales deben encaminarse por ante la jurisdicción contenciosa-administrativa" (Sentencia TC 51/12). Según el Tribunal Constitucional, "aun cuando los medios invocados por la accionante son de índole constitucional, en virtud de la naturaleza del acto atacado (resolución que prescribe sobre el desarrollo de un contrato administrativo) tales alegatos corresponden ser examinados en la jurisdicción administrativa. Sobre el particular, cabría referirnos al contenido del artículo 139 de la Constitución que sujeta el control de la legalidad de los actos de la administración pública a los tribunales, lo cual debe combinarse con el artículo 165.2 del texto constitucional, que a su vez otorga competencia a la jurisdicción contenciosa administrativa para 'conocer los recursos contenciosos contra los actos, actuaciones y disposiciones de autoridades administrativas, contrarias al Derecho como consecuencia de las relaciones entre

la Administración del Estado y los particulares' (...) Sobre este último aspecto en doctrina se ha llegado a establecer que cuando el artículo 165.2 de la Constitución emplea la denominación 'contrariedad al derecho' ello implica contrariedad a la Constitución, y además, a las leyes y demás fuentes de derecho, por lo que la impugnación de los actos administrativos por razón de inconstitucionalidad, es una competencia de los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa y no puede corresponder a la jurisdicción constitucional" (Sentencia TC 73/12).

Sin perjuicio de que, tal como establece el Tribunal Constitucional, la jurisdicción contencioso administrativa es la constitucionalmente competente para conocer de las impugnaciones de actos administrativos, aun cuando dichas impugnaciones estén basadas en violaciones a la Constitución, lo cierto es que en ninguna parte de la Constitución encontramos un texto que establezca que se debe agotar la vía contencioso administrativa previo a incoar una acción en inconstitucionalidad contra un acto administrativo ni tampoco uno que excluya expresamente a los actos administrativos del objeto del control concentrado. Además, ¿cuál sería el perjuicio o el inconveniente que se causaría con que estuviese abierto un caso ante la jurisdicción contencioso administrativa y otro ante el Tribunal Constitucional? Si el caso fue fallado, el afectado puede ejercer sus recursos, de casación ante la Suprema Corte de Justicia y de revisión, eventualmente, ante el Tribunal Constitucional, aun estando pendiente de conocimiento una acción en inconstitucionalidad contra el acto administrativo en el Tribunal Constitucional. La decisión de la jurisdicción constitucional especializada que intervenga a fin de cuentas va a ser vinculante para aquellos Jueces que no hayan fallado el caso. Pero, en modo alguno, hay retardo en la justicia, porque la acción en inconstitucionalidad no es suspensiva, ni tampoco provoca conflictos entre las jurisdicciones ya que, al final, la decisión prevaleciente y vinculante es la del Tribunal Constitucional. Como se puede observar, el modelo de control concentrado de constitucionalidad dominicano ni impide que la jurisdicción contencioso administrativa conozca el caso, ni supedita el ejercicio de la acción en inconstitucionalidad al agotamiento previo de la vía contencioso administrativa, ni da la posibilidad de conflictos porque, o bien la jurisdicción contencioso



administrativa resuelve el caso con anterioridad al Tribunal Constitucional, o bien falla el caso después que el Tribunal Constitucional, debiendo ceñirse al criterio vinculante de la jurisdicción constitucional especializada. Si la decisión de la jurisdicción contencioso administrativa fue anterior a la del Tribunal Constitucional y fue desfavorable al accionante en inconstitucionalidad, es de suponer que éste ejerció el recurso de casación ante la Suprema Corte de Justicia y que, si ésta no ha fallado, el precedente del Tribunal Constitucional le será oponible. Si ya la Suprema Corte falló es de suponer que, si la sentencia le es desfavorable al accionante, éste habría recurrido ante el Tribunal Constitucional, caso en el cual ambos casos habrían arribado al Tribunal Constitucional, eliminándose la posibilidad de eventual conflicto. Son muy remotas las posibilidades, salvo negligencia de una de las partes, de que el fallo del Tribunal Constitucional intervenga luego de haber intervenido una sentencia firma del Poder Judicial. En el hipotético e improbable caso de que así fuese, no hay duda de que el fallo del Tribunal Constitucional deroga cualquier disposición contraria, aún judicial, no importa cuán antigua sea la sentencia, del mismo modo que una sentencia del Tribunal Constitucional deroga una ley. No hay aquí atentado contra la seguridad jurídica porque, en todo caso, las partes del acto administrativo cuestionado ante la jurisdicción constitucional especializada han sido puestas en causa, por lo que no hay violación al debido proceso en tanto garantía fundamental de las partes.

#### 4.6.7. La distinción entre acto normativo o general y acto no normativo o individual como base de la definición conceptual del interés legítimo y jurídicamente protegido

La LOTCPC dispone que la acción directa en inconstitucionalidad puede ser interpuesta por "cualquier persona con un interés legítimo y jurídicamente protegido". Reproduce aquí la LOTCPC textualmente el artículo 185.1 de la Constitución. Pero... ¿qué significa tener "interés legítimo y jurídicamente protegido"? La LOTCPC no define el concepto por lo que corresponde a la doctrina y a la jurisprudencia definir el mismo.

Para responder esta pregunta, hay que acudir al Derecho Administrativo, disciplina en donde emerge la noción de interés legítimo y desde donde se importa la misma al Derecho Constitucional. La noción de interés legítimo surge en Derecho Administrativo por la necesidad de ampliar la legitimación procesal más allá de los estrechos contornos del Derecho Civil. Y es que, mientras en Derecho Civil esta legitimación se conecta exclusivamente con la existencia de un derecho subjetivo en juego, que está en el objeto del proceso y del que es titular el actor o demandante, de modo que, por ejemplo, solo quien es titular de un derecho real o de crédito tiene legitimidad para exigir ante los tribunales la tutela de su derecho, en el proceso contencioso administrativo esta legitimidad se le reconoce no solo a quien es titular de un derecho subjetivo sino también a quien ostente un interés legítimo. Así, en Derecho Administrativo no sólo los propietarios de terrenos sobre los que discurre una carretera construida por el Estado tienen legitimidad para accionar en la jurisdicción contencioso-administrativa contra la Administración sino también aquellas personas que en virtud de un interés legítimo se sienten afectadas por dicha carretera ya sea porque corta sus vías de comunicación, como porque ésta contamina acústicamente el entorno o tiene un nefasto impacto paisajístico o ambiental. De este modo, tal como establece la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, para reputar que existe este interés legítimo "basta con que la declaración jurídica pretendida coloque al accionante en condiciones naturales y legales de consecución de un determinado beneficio, sin que simultáneamente quede asegurado que forzosamente le haya de obtener", aplicándose el criterio de interés legítimo "con un criterio laxo, con el fin de que en situaciones dudosas se evite cerrar el acceso del administrado a la revisión jurisdiccional del acto", todo ello en el entendido de que este problema de la legitimación activa debe manejarse "con criterio más bien amplio y progresivo que restrictivo", pues el interés legítimo "no consiente una interpretación angosta" (Sentencia del 5 de julio de 1972).

Como se puede observar, la introducción y la consolidación de la noción de interés legítimo como criterio fundante de la legitimación procesal activa en Derecho Administrativo busca en todo momento concebir la misma en términos ostensiblemente más amplios que en Derecho Civil, todo ello necesariamente

derivado de la dimensión pública de la actividad de la Administración y de la naturaleza pública del Derecho Administrativo. Esta amplitud de la legitimación procesal activa se extiende con más intensidad en el campo del Derecho Constitucional, en particular, en el ámbito de la acción directa en inconstitucionalidad. En el Derecho Constitucional, la conceptualización del interés legítimo debe partir del supuesto de que la garantía constitucional en la jurisdicción constitucional especializada del Tribunal Constitucional implica la democratización del acceso a la justicia constitucional, lo cual, en el caso dominicano, conlleva a presumir que, por lo menos en lo que respecta al cuestionamiento por la vía de la acción directa de inconstitucionalidad de los actos normativos o de efectos generales, que cualquier persona tiene interés legítimo y jurídicamente protegido para accionar, que esta acción es una verdadera acción popular y que el Tribunal Constitucional es un tribunal del pueblo, un tribunal ciudadano, por lo que se admite incluso la institución norteamericana del "amigo de la corte" (*amicus curiae* brief), como lo ha hecho la Suprema Corte de Justicia (S.C.J. Sentencia No. 7. 10 de febrero del 2004). Por tanto, se puede afirmar que, partiendo de la idea de que el círculo de personas legitimadas para interponer la acción en inconstitucionalidad se amplía en la medida en que crece el número de destinatarios de los actos impugnados, habría que reconocer que, en lo que respecta a las acciones en inconstitucionalidad dirigidas contra leyes del Congreso Nacional y reglamentos dictados por el Poder Ejecutivo y las Administraciones Públicas, existe un interés legítimo y jurídicamente protegido en la cabeza de todos y cada uno de los habitantes del territorio nacional, ciudadano o extranjero, en tanto eventual destinatario de dichas normas generales, por el mero hecho de habitar en territorio dominicano, en cuestionar directamente ante el Tribunal Constitucional la constitucionalidad de dichas normas, aún incluso en ausencia de una lesión o daño directo o indirecto en los accionantes. De ahí que cualquier persona, como bien ha establecido la Sala Constitucional venezolana, "sin necesidad de un hecho histórico concreto que lesione la esfera jurídica privada del accionante", puede ser "un tutor de la constitucionalidad y esa tutela le da el interés para actuar, haya sufrido o no un daño proveniente de la inconstitucionalidad de una ley" (Sentencia No. 1077 de 22 de septiembre de 2000, Caso Servio Tulio Briceño). Actúa aquí el ciudadano como un verdadero defensor de la

Constitución, garante de la supremacía constitucional, lo cual se explica en el hecho de que debe suponerse que "toda persona que pudiera ser sujeto de la aplicación de una norma, tenga capacidad para debatir en juicio de su validez" (Sentencia No. 37 de 27 de enero de 2004, Caso Impugnación de los artículos 129 y 132 de la Ley de Minas). La legitimación procesal activa es amplia porque cualquier persona, haya o no sufrido un daño, hayan sido o no vulnerados sus derechos o pudieren o no violarse los mismos, tiene un derecho a la supremacía constitucional, derecho que, si se quiere, es un derecho colectivo.

La acción de inconstitucionalidad contra normas y otros actos de efectos generales es, en consecuencia, una verdadera acción popular, que garantiza el derecho constitucional de todo individuo a denunciar la inconstitucionalidad y a proteger así no solo un derecho subjetivo violado sino a garantizar el ordenamiento constitucional, actuando como verdadero centinela de la Constitución y de las leyes, sin que tenga que alegar en el proceso la vulneración de algún derecho, interés o bien jurídico protegido que se encuentre dentro de su esfera patrimonial. Y es que en Derecho Constitucional el interés, contrario a lo que ocurre en Derecho Civil, no es la medida de la acción, sino la lesión o vulneración de la Constitución. Esta acción popular convierte así al Tribunal Constitucional en un verdadero "tribunal ciudadano".<sup>45</sup> En consecuencia, quien acciona en inconstitucionalidad contra leyes y reglamentos ante el Tribunal Constitucional en virtud del artículo 185.1 de la Constitución, actúa en virtud de un interés no personal, sino de la comunidad a la que pertenece, es decir un interés general, derivado de un lato derecho fundamental a la legalidad constitucional, tal como se infiere del artículo 6 de la Constitución, y que busca que la jurisdicción constitucional se transforme en espacio de participación ciudadana, destinado a concretar el control de los gobernantes por los gobernados, más allá del simple momento electoral y del periódico —y efímero— ejercicio del derecho de sufragio. Queda así consagrada la acción en inconstitucionalidad contra normas estatales como un mecanismo de defensa del orden constitucional en manos de todos los destina-

<sup>45</sup> Peter Häberle, "La jurisdicción constitucional institucionalizada en el Estado constitucional", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, Porrúa, México, 2006. p. 256.

tarios de dichas normas, que no son más que los integrantes de la "comunidad de intérpretes constitucionales".<sup>46</sup>

En síntesis, en lo que respecta a las acciones directas en inconstitucionalidad dirigidas contra actos normativos, no cabe duda que la legitimación activa pertenece a toda persona habitante del territorio nacional pues, desde la óptica constitucional, el interés legítimo viene dado por el interés en el mantenimiento del Derecho objetivo y no, como ocurre en el Derecho privado, por el interés de quien ha sufrido perjuicios morales o patrimoniales por el acto de que se trata. En este sentido, la práctica constitucional comparada revela que la legitimación activa ante los tribunales constitucionales es un instituto

destinado a velar por la defensa objetiva de la Constitución y el interés general o bien común, para lo cual se predetermina un conjunto de autoridades u órganos del Estado que por su posición institucional tienen por tarea la defensa del bien común o del interés general, legitimándolos para demandar sin que haya un caso concreto o un interés subjetivo, por vía de acción directa, sin condicionamiento alguno, al Tribunal Constitucional, para que este último depure el ordenamiento jurídico de normas inconstitucionales o impida el ingreso de tales normas a dicho ordenamiento, constituyendo este un rasgo distintivo del modelo germano austríaco de control de constitucionalidad.<sup>47</sup>

De ahí que para la defensa de la Constitución por la vía de la acción directa en inconstitucionalidad, todos los integrantes de la comunidad nacional, sean personas físicas o morales, nos convertimos en "guardianes de la Constitución" y asumimos, individualmente o de manera colectiva, la protección de la Constitución y de los derechos que ella consagra, pues "al ser la Constitución un pacto de todos los integrantes de la sociedad, queda radicada en todos y cada uno de ellos, la facultad para exigir el cumplimiento de dicho pacto, pues lo pactado

<sup>46</sup> *Ibidem*.

<sup>47</sup> Humberto Nogueira Alcalá, "La legitimación activa de los procedimientos ante los Tribunales Constitucionales de América del Sur", *Ius et Praxis*, año 10, núm. 2, p. 202.

obliga".<sup>48</sup> Exigir una lesión o un interés cualificado a una persona para poder accionar ante el Tribunal Constitucional contra una norma inconstitucional es desapoderar al ciudadano, cerrar las puertas de este Tribunal al pueblo y privatizar la acción directa en inconstitucionalidad. Por eso, el interés legítimo, desde un punto de vista estrictamente constitucional, despojado de cualquier inconstitucional impregnación iusprivatista, debe ser comprendido en sentido amplio, en cabeza de cada uno de los ciudadanos, y abarcando, como bien ha señalado el Tribunal Constitucional chileno, "tanto los mecanismos de defensa de los derechos propiamente tales o derechos subjetivos cuanto de los intereses legítimos cuya eficaz protección también favorece el libre y pleno desarrollo de la personalidad" (Ley 18.575, rol no. 634, 2007), visión que compatibiliza el interés subjetivo personal con el interés general del bien común.

Ahora bien, en lo que respecta a las acciones en inconstitucionalidad dirigidas contra actos no normativos, es decir, actos administrativos de efectos particulares o circunscritos a una esfera delimitada de destinatarios, como lo sería un decreto de expropiación o un contrato administrativo, la situación es manifiestamente diferente. Aquí es evidente que, a fin de proteger la seguridad jurídica de las personas, en especial de los beneficiarios o destinatarios de dichos actos de aplicación individual, a menos que entren en juego los intereses difusos o colectivos tutelados por la Constitución, no puede admitirse que cualquier persona, actuando *utis civis* y no *utis singulus*, pueda cuestionar ante el Tribunal Constitucional el acto generador o protector de una situación jurídica subjetiva. De ahí que, en lo que respecta a los actos no normativos o singulares, en aras de preservar la seguridad jurídica de las personas, no puede admitirse que cualquier persona, una persona que, para utilizar dos adagios populares, "no tiene vela en el entierro", o "no es ariente o pariente" de las partes del acto, pueda cuestionar ante el Tribunal Constitucional el acto generador o protector de una situación jurídica subjetiva. El accionante en inconstitucionalidad contra un

<sup>48</sup> Gonzalo Guerrero Valle, *La legitimación activa de la acción constitucional de nulidad*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2010, p. 34.

acto no normativo o particular debe ser, en consecuencia, una verdadera "parte interesada", es decir, como ya lo ha dicho la Suprema Corte de Justicia, "aquella que figure como tal en una instancia, contestación o controversia de carácter administrativo o judicial, contra la cual se realice un acto por uno de los poderes públicos, basado en una disposición legal, pretendidamente inconstitucional" (S.C.J. 30 de septiembre de 1998. B.J. 1054, Vol. I. 20) o que "tiene un interés legítimo y jurídicamente protegido", es decir, "demuestre ser titular de un derecho o interés consagrado por la Constitución de la República, leyes, decretos, reglamentos, resoluciones, ordenanzas, cuya violación sea susceptible de causarle un perjuicio" (S.C.J. 19 de mayo de 2010). El artículo 185.1 de la Constitución es pertinente pues, al ampliarse el objeto del control para incluir no solo las leyes sino también los decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas, y, en sentido general, todos los actos referidos por el artículo 6o., se hace imprescindible el establecimiento de un filtro que permita preservar la seguridad jurídica de los particulares contra los cuestionamientos a los actos que los amparan por parte de terceros sin interés legítimo y jurídicamente protegido.

La categoría procesal del interés legítimo y jurídicamente protegido ha quedado desvirtuada por los precedentes del Tribunal Constitucional (Sentencias TC 51/12, 73/12 y 41/13) que afirman que los actos administrativos no son impugnables por la vía del control concentrado en la medida en que en la gran mayoría de los casos hay que admitir que un eventual destinatario de una norma atacada por inconstitucional tiene interés legítimo y jurídicamente protegido para accionar en inconstitucionalidad. Hasta la fecha no ha habido un solo caso de acción directa en inconstitucionalidad contra normas en donde se haya inadmitido la acción por falta de interés. Esto revela que, en la práctica, la acción directa en inconstitucionalidad en contra de las normas es una acción popular y que el interés legítimo solo tendría un efecto procesal precisamente en los casos de acciones contra actos administrativos, que son aquellas que el Tribunal Constitucional han considerado inadmisibles no obstante la claridad del texto del artículo 185.1 y de la propia LOTCPC.

## 4.7. El Tribunal Constitucional y la autonomía de los órganos extra poder y los organismos reguladores

### 4.7.1. El Tribunal Constitucional y los órganos extra poder

La Sentencia TC/305/14, dictada por el Tribunal Constitucional (TC) a raíz de un conflicto de competencias entre la Junta Central Electoral (JCE) y la Dirección General de Contrataciones Públicas, viene a delinear la autonomía de los órganos extra poder, lo que es un gran paso para la comprensión y debido tratamiento normativo y dogmático de la organización constitucional de la Administración puesta en pie por la Constitución de 2010, una organización, hay que decirlo, compleja y heterogénea, como debe ser en un Estado que se pretende Social y Democrático de Derecho, y muy lejos del modelo centralizado, jerarquizado y vertical de la Administración napoleónica y trujillista.

Al margen de los trascendentales votos de los Magistrados Leyda Piña, Lino Vásquez y Hermógenes Acosta, cuyo estudio es crucial para entender el modo cómo el TC conceptúa el proceso constitucional del conflicto de competencias y las eventuales críticas a dicho modelo conceptual desde la óptica del Derecho Procesal Constitucional, lo que resalta de esta sentencia constitucional es el hecho de que, por vez primera en la historia jurisprudencial dominicana, se establece clara, ordenada, didáctica y detalladamente el estatuto de los órganos constitucionales autónomos o extra poder, que "son creados directamente por la Constitución para actualizar y perfeccionar el principio de la separación de los poderes" y que "surgen de la necesidad de separar determinadas funciones públicas de los procesos normales de gobierno". Estos órganos, como es el caso de la JCE, conforme el TC,

- a. constituyen órganos fundamentales del Estado, pues están situados en el vértice de la organización política, en posición de relativa paridad e independencia respecto de los poderes públicos tradicionales; b. escapan a toda línea jerárquica y a los controles de vigilancia y tutela jurídica de la autoridad rectora de la Administración



Pública; c. reciben directamente de la Constitución el estatus y competencias esenciales que definen su posición institucional en la estructura del Estado; y d. concretan externamente las formas de gobierno y el Estado manifiesta a través de ellos su voluntad con la máxima eficacia formal; e. los parámetros bajo los cuales ejercen sus funciones no pasan por los criterios inmediatos del momento, sino que, al ser órganos troncales o supremos, preservan el equilibrio institucional de la República y participan con los poderes tradicionales en la dirección política del Estado.

Para el TC, "la autonomía de la que han sido revestidos los órganos extra poder en la Constitución de 2010 es cualitativamente superior a la autonomía meramente administrativa que la Constitución reconoce a los organismos autónomos y descentralizados de la Administración Pública, los cuales podrán ser creados por ley y 'estarán adscritos al sector de la administración compatible con su actividad, bajo la vigilancia de la Ministra o Ministro titular del sector'. Ella se distingue también de la autonomía de la Administración Local o Municipal, que la Constitución establece para estimular la descentralización territorial en el contexto de una República unitaria. Así, los órganos constitucionales están dotados de una autonomía reforzada, es decir, de un grado tal de autonomía muy superior al de los entes administrativos y municipales, que les garantiza una esfera libre de controles e injerencias del Poder Ejecutivo".

La STC 305/14 garantiza la autonomía reforzada del Banco Central y de su órgano superior, la Junta Monetaria (JM), en la medida en que, de acuerdo al razonamiento del TC, estos entes, en tanto órganos constitucionales, "reciben directamente de la Constitución —en específico en sus artículos 223 a 228 (EJP)— el estatus y competencias esenciales" y por irradiación cubriría al menos "los entes reguladores del sistema [monetario y financiero, EJP] y del mercado financiero" (banca, seguros, mercado de valores, pensiones), cuya "coordinación" queda a cargo de la Junta Monetaria, pues se supone que un órgano extra poder, como lo es la JM, no puede coordinar organismos que se encuentren bajo la dependencia del Ejecutivo o bajo la supervigilancia de un Ministro. Sin embargo, el TC no se ha pronunciado expresamente sobre la autonomía de los organismos reguladores de los servicios públicos y de otras actividades económicas, que consagra el artículo 147 de la Constitución y cuyas competencias son

estructuradas por el legislador. Estos organismos, que tienen a su cargo la regulación de sectores en los que concurren actividades de utilidad pública (telecomunicaciones, energía, etc.) deben gozar de independencia o autonomía reforzada pues no puede ser de otro modo, ya que el fenómeno de la regulación económica se caracteriza precisamente porque esta se atribuye a un órgano independiente, desvinculado de los operadores económicos y también de los poderes públicos. La creación de estos organismos reguladores independientes se vuelve absolutamente imperativa cuando el Estado participa junto con las empresas privadas en la prestación de un servicio público, pues solo la separación del gestor del regulador impide la creación de un privilegio a favor del gestor, el cual no solo politiza lo que debe ser una regulación económica neutral, técnica y especializada, sino que es manifiestamente inconstitucional a la luz del principio de igualdad de tratamiento de las empresas públicas y las empresas privadas (artículo 221 de la Constitución).

#### 4.7.2. El Tribunal Constitucional y la autonomía constitucional del Banco Central

Ya hemos visto que la Sentencia TC/305/14 del Tribunal Constitucional (TC) delinea la autonomía de los órganos extra poder consagrados por la Constitución, estableciendo de modo claro que dichos órganos, al ser "creados directamente por la Constitución para actualizar y perfeccionar el principio de la separación de poderes", gozan de una autonomía "cualitativamente superior" a la de los organismos autónomos y descentralizados y a las administraciones municipales, lo que "les garantiza una esfera libre de controles e injerencias del Poder Ejecutivo". Como se puede observar, esta sentencia garantiza la autonomía reforzada del Banco Central y de su órgano superior, la Junta Monetaria (JM), en la medida en que, de acuerdo al razonamiento del TC, estos entes, en tanto órganos constitucionales, "reciben directamente de la Constitución —en específico en sus artículos 223 a 228 (EJP)— el estatus y competencias esenciales".

Poco tiempo después, para ser exactos, el 28 de enero del 2015, el TC vino a aclarar aún más el régimen de la autonomía de los órganos constitucionales y,

en específico, el estatuto de autonomía del Banco Central, al dictar la Sentencia TC/1/15 que falla sobre una acción directa en inconstitucionalidad interpuesta en 2005 por el ente emisor de la moneda contra los artículos 32 y 35 de la Ley 10-04 sobre la Cámara de Cuentas de la República Dominicana. En dicha sentencia, el TC cataloga expresa y claramente al Banco Central, como un órgano extra poder dotado de una autonomía reforzada, en los siguientes términos:

El estatus institucional de la entidad monetaria, que desde 1947 la legislación denominó Banco Central, permaneció inalterado en las revisiones constitucionales de 1955, 1959, 1960, 1961, 1962, 1963, 1966, 1994 y 2002. La Constitución de 2010, en cambio, consagró directamente su denominación jurídica: Banco Central; precisó las manifestaciones de su autonomía: funcional, presupuestaria y administrativa (artículo 225); y definió su objetivo esencial: velar por la estabilidad de precios (artículo 228). Estas menciones expresas no tienen un efecto puramente nominal, sino que otorgan al Banco Central una estructura institucional más acabada, despejando cualquier duda que pudiera subsistir acerca de su configuración jurídico política. Es incuestionable, entonces, que la Constitución de 2010 ha erigido al Banco Central en un verdadero órgano constitucional autónomo, perfeccionando así el estatus que ostentaba desde 1947, y revistiéndolo de la mayor relevancia en el ordenamiento dominicano.

Esta sentencia del TC recoge y desarrolla cabalmente dos ideas en las que vengo insistiendo desde hace años. Primero, lo que recoge textualmente el TC en el numeral 9.2.3 de la referida sentencia, que "el fundamento de esta autonomía del Banco Central es la neutralidad que debe caracterizar a una institución que, para utilizar las palabras de C. T. Samm refiriéndose al Bundesbank alemán, debe ser 'independiente defensor de la moneda'",<sup>49</sup> pues, como señala el TC

...las políticas monetarias y financieras deben estar radicadas en un órgano que esté libre de presiones políticas y electorales. Existe, pues, una estrecha relación entre la misión que le fue asignada con carácter prevalente, esto es, velar por la estabilidad de precios, y la amplia autonomía de la que ha sido investido. Así, la Constitución ha

<sup>49</sup> Eduardo Jorge Prats, *Derecho Constitucional*, vol. II, Ius Novum, Santo Domingo, 2011, p. 693.

querido dotar al Banco Central de una estructura institucional que le permita remover los obstáculos que eventualmente podrían llegar a entorpecer el cumplimiento de su función primordial, que ha de ser confiada a un cuerpo especializado, puesto por encima de todo tipo de exigencias coyunturales, a fin de brindarle condiciones óptimas para cumplir a cabalidad con tan alta misión, fundamental en el mediano y largo plazo para la salud del sistema económico y para el bienestar de la nación.

Y, segundo, lo que no es menos importante y plasma el numeral 9.2.4 de la sentencia: nuestros Jueces constitucionales especializados entienden que "la configuración y el rol del Banco Central como órgano autónomo son concretados por una ley que podría calificarse de naturaleza 'súper-orgánica'", tal como ya decíamos en 2010,<sup>50</sup> al analizar el dato normativo de que el artículo 232 de la Constitución requiere una mayoría de dos terceras partes de la matrícula de ambas cámaras legislativas para modificar la legislación bancaria, cuando la modificación no es iniciativa del Ejecutivo con el voto favorable de la Junta Monetaria.

Sin duda que, con esta sentencia, el TC no solo ha terminado de delinear claramente el régimen de autonomía reforzada de los órganos extra poder —quedando como tareas pendientes en este sector del Derecho constitucional dominicano únicamente el estatuto de los entes reguladores de los mercados financieros y los demás entes reguladores de servicios públicos y de la economía— sino que, al establecer el especial estatus del Banco Central y su Junta Monetaria, se ha convertido en un valiente, necesario y justo guardián del estatuto constitucional de autonomía del defensor de la moneda y de la estabilidad macroeconómica de la nación dominicana.

## Fuentes

ACOSTA de los Santos, Hermógenes, *El control de la constitucionalidad como garantía de la supremacía de la Constitución*, Unapec, Santo Domingo, 2010.

<sup>50</sup> Eduardo Jorge Prats, *Derecho Constitucional*, vol. I, Ius Novum, Santo Domingo, 2010, p. 333.

BETANCOR, Andrés, *Regulación: mito y derecho*, Civitas/Thomson Reuters, Navarra, 2010.

BREWER-CARÍAS, Allan, "Los actos sujetos al control por parte del Tribunal Constitucional en República Dominicana y el necesario deslinde entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción contencioso-administrativa", *Tribunal Constitucional de la República Dominicana*, Anuario 2012, Impresora AMSI, Santo Domingo, 2013, pp. 308-312.

CARBAJALES, Mariano, *El Estado regulador*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2006.

CEDANO, Amadeo Julián, "La acción directa en inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia", *Estudios Jurídicos*, vol. 6, núm. 1, enero-abril 1966.

DARNACULLETA i Gardella, Ma. Mercé, *Autorregulación y Derecho público: la autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000.

GARCÍA de Enterría, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*. T. I., Palestra/Temis, Lima-Bogotá, 2006.

GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1996.

GAZIER, Cannac, "Etude sur les autorités administratives independantes", *Etudes et Documents du Conseil d'Etat*, núm. 35, 1983/1984.

GUERRERO Valle, Gonzalo, *La legitimación activa de la acción constitucional de nulidad*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2010.

- HÄBERLE, Peter, "La jurisdicción constitucional institucionalizada en el Estado constitucional", en Eduardo FERRER Mac-Gregor (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, Porrúa, México, 2006.
- HERRERA García, Alfonso, "El recurso de amparo en el modelo kelseniano de control de constitucionalidad de las leyes", en Víctor BAZÁN (coord.), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, T. II.: Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010.
- KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, UNAM, México, 2001.
- NOGUEIRA Alcalá, Humberto, "La legitimación activa de los procedimientos ante los Tribunales Constitucionales de América del Sur", *Ius et Praxis*, año 10, núm. 2.
- MUÑOZ Machado, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, t. I., Thomson/Civitas, Madrid, 2004.
- MUÑOZ Machado, Santiago, "Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica", en Santiago Muñoz Machado y José Esteve Pardo (dirs.), *Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid, 2009.
- KLEIN, Naomi, *La doctrina del shock*, Paidós, Madrid, 2007.
- KRESALJA, Baldo y OCHOA, César, *Derecho Constitucional Económico*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009.
- MIR Puigpelat, Oriol, *Globalización, Estado y Derecho*, Thomson/Civitas, Madrid, 2004.

PRATS, Eduardo Jorge *Derecho Constitucional*, vol. I y II, Ius Novum, Santo Domingo, 2010.

POLANYI, Karl, *La gran transformación: crítica del liberalismo económico*, Ediciones de la Piqueta, Madrid. Disponible en: [paje.fe.usp.br/~mbarbosa/dpi/polanyigt.pdf](http://paje.fe.usp.br/~mbarbosa/dpi/polanyigt.pdf)

SALA Arquer, José Manuel, "El Estado neutral. Contribución al estudio de las Administraciones independientes", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 42, 1984

SÁNCHEZ Morón, Miguel, *Derecho Administrativo. Parte general*, Tecnos, Madrid, 2006.

SOUSA Santos, Boaventura de, *El milenio huérfano: ensayos para una nueva cultura política*, Trotta, Madrid, 2005.

ZIZEK, Slavoj, "Lutte des classes à Wall Street, par Slavoj Zizek", *Le Monde, Idées*, 9 de noviembre de 2008. Disponible: [http://www.lemonde.fr/opinions/article/2008/10/09/lutte-des-classes-a-wall-street-par-slavoj-zizek\\_1104997\\_3232.html](http://www.lemonde.fr/opinions/article/2008/10/09/lutte-des-classes-a-wall-street-par-slavoj-zizek_1104997_3232.html)





# La potestad sancionadora del Estado y la doctrina de la convencionalidad en sede administrativa

Eduardo J.  
Mitre Guerra\*

## 1. Introducción

### 1.1. Planteamiento previo

En procura del interés público y general, el Estado ejerce distintas facultades a través de las cuales se producen, modifican, extinguen y generan obligaciones jurídicas a los particulares. Estas facultades o potestades del Estado se presentan diferenciadas de acuerdo a la función, sector y atribuciones

---

\* Doctor en Derechos Humanos y Libertades Fundamentales por la Universidad de Zaragoza, España. Máster Universitario en Especialización e Investigación en Derecho, en la Especialidad de Derecho de Aguas, de los Recursos Naturales y del Medioambiente por la Universidad de Zaragoza, España. Maestría en Derecho Procesal por la Universidad Latina de Panamá. Postgrado en Especialización en Docencia Superior por la Universidad de Panamá. Licenciatura en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Latina de Panamá. Asistente de Magistrado en la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá. Profesor de Derecho administrativo en la Universidad del Istmo, Panamá y Profesor de Derecho administrativo del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua.

que la ley otorga a las entidades u órganos del poder público. Son potestades típicas de la administración: la potestad de planificación, de fomento, de policía, la expropiatoria, la reglamentaria, de contratación, la sancionadora, entre otras.

Entre las mencionadas facultades, la sancionadora es una de las de mayor intensidad en la práctica de las distintas instituciones y órganos administrativos del Estado. Ello, en virtud de que a través de su ejercicio se busca garantizar la efectividad de la función pública al someter a derecho las conductas que se realicen al margen de la ley y de los fines del Estado de Derecho.

Esta concepción tiene su origen en la conformación misma del Estado de Derecho y sus nociones democrática y constitucional, a través de las cuales se legitima a los poderes públicos como garantes de la convivencia social y se los instituye con las facultades necesarias para garantizar los derechos y libertades de las personas, como también para restringirlos, cuando así amerite, con el objeto de preservar a la sociedad y sus bienes jurídicos esenciales.

El ejercicio de esta facultad es, entonces, de orden punitivo y como tal, debe sus fundamentos y principios al Derecho penal. Si echamos una mirada rápida a la evolución del ejercicio del *ius puniendi*, observaremos que el monopolio en la aplicación de las sanciones punitivas originalmente estaba en manos de los Jueces penales (s. XVIII-XIX), esto, luego de que el antiguo Derecho penal de policía terminara integrándose al Derecho penal propiamente tal. Sin embargo, desde la asunción del Estado liberal hasta la actualidad (s. XIX-XX), el poder sancionador también es ejercicio por órganos administrativos, es decir, separado del ámbito penal, y ahora, además, sometido a las reglas de procedimiento (s. XX-XXI).<sup>1</sup> Una vez superado el "Derecho represivo prebeccariano", como fuera

---

<sup>1</sup> Entre los pilares del Estado liberal que terminan por imponerse sobre la concepción absolutista al inicio de los Estados nacionales estaba, como hasta hoy, la separación de poderes. En materia sancionadora, este principio da lugar a la separación del poder de sanción, antes centralizado en el monarca (Antiguo Régimen); con el advenimiento del Estado liberal el poder sancionador queda en manos de los Jueces penales; sin embargo, en materia administrativa tal potestad seguirá regida por el Poder Ejecutivo (Estado de policía). No será hasta la intervención del concepto germánico-anglosajón de justicia administra-

calificado por García Enterría y Fernández al referirse al derecho sancionador "anterior a todos los refinamientos técnicos que el acogimiento de los principios de Beccaria ha supuesto para el Derecho penal actual",<sup>2</sup> el rasgo distintivo de la potestad administrativa sancionadora se centra en que hace parte de un Derecho Administrativo que, como indica Jaime Rodríguez-Arana, "encuentra su plena justificación y su sentido precisamente en la defensa, protección y promoción de los derechos fundamentales de la persona en relación con la actividad del servicio objetivo al interés general".<sup>3</sup>

Bajo este entendido, el ejercicio de la actividad sancionadora hoy por hoy se plantea como una atribución al servicio del interés general, que pivota en medio de un sistema de garantías que disciplinan su práctica. Así lo afirma Eduardo Gamero Casado, quien nota también que el ejercicio de potestades como esta supone para el órgano competente un *deber*, que se anuda en la finalidad para la que se reconoce la potestad que es la satisfacción del interés general.<sup>4</sup> Si entendemos que ésta es una atribución al servicio del interés general, cuyo ejercicio es *obligado* para su titular, quien la ostenta conforme al principio de legalidad, es de suponer que no caben fines distintos al interés que resguarda la ley en su práctica y ésta no debe ser confundida como un instrumento de persecución al servicio del poder, o por medio de la cual se encubran propósitos distintos a los previstos en la Constitución y la ley.

Para que el ejercicio de esta facultad se mantenga ceñida a derecho, como indica Eberhard Schmidt-Assmann,<sup>5</sup> deben prevalecer en todo momento los derechos

---

tiva que la potestad sancionadora se verá favorecida con un procedimiento sometido a control posterior ante tribunales contencioso administrativos separados del poder ejecutivo (Estado constitucional y democrático).

<sup>2</sup> Eduardo García De Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2002, p. 167.

<sup>3</sup> Jaime Rodríguez-Arana, *Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales*, Instituto Nacional de Administración Pública y Global Law Press, Sevilla, 2015, p. 21.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 45.

<sup>5</sup> Eberhard Schmidt-Assmann, *La Teoría general del Derecho administrativo como sistema*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2003, p. 21.

de los particulares como garantías de equilibrio en las relaciones asimétricas que pudieran darse entre la Administración y los individuos.

Sobre estos derechos y garantías —como límites al arbitrio del poder público— es que haremos referencia en este trabajo, con especial alusión a las normas constitucionales que sirven de fundamento a la actividad administrativa sancionadora en Panamá, y a la conexión de estas normas con los instrumentos internacionales de derechos humanos complementarios que llaman a su aplicación efectiva desde la doctrina de la convencionalidad.

## 1.2. Concepto de potestad sancionadora del Estado

Ha de partirse —siguiendo a Luciano Parejo Alfonso— de que "el interés general y público se traduce, en un Estado de Derecho, en normas que imponen límites a la actuación de todos los sujetos privados y públicos". De allí que "la contravención de tales límites por los sujetos destinatarios de las normas lleva aparejada con normalidad determinada consecuencia, que, en el caso de la más grave, puede consistir —cuando la contravención se tipifica como infracción— en infligir un mal al infractor, es decir, en imponerle una sanción en ejercicio justamente de la potestad sancionadora".<sup>6</sup>

Se entiende, pues, que la potestad sancionadora no es más que el ejercicio del Derecho sancionador, el cual tiene por finalidad mantener el orden público y reprimir por medios coactivos aquellas conductas contrarias a la Constitución y a la ley. Esta manifestación de "poder" (o "imperio", como se le conocía antiguamente) es parte de las competencias que la Constitución y la ley atribuyen a los poderes públicos con miras a asegurar los fines del Estado. Tal "poder", cuando es "punitivo", se traduce en una potestad coercitiva que otorga a los órganos administrativos la facultad para imponer sanciones, con el fin de mantener la integridad del ordenamiento jurídico.

<sup>6</sup> Luciano Parejo Alfonso, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 5a. ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 718.

En esos términos, la Corte Suprema de Justicia panameña reconoce que la potestad sancionadora es "una manifestación del *ius puniendi* general del Estado, que le otorga legitimidad, capacidad o facultad para castigar o sancionar".<sup>7</sup>

De forma amplia, esta facultad se concibe como aquella que reconoce a los órganos de la Administración (autoridades, instituciones y dependencias administrativas, autónomas, semiautónomas, centralizadas y descentralizadas) la capacidad para imponer sanciones administrativas a los particulares y a los funcionarios, en caso de incurrir, por acción u omisión, en alguna infracción de los deberes legales que impone el ordenamiento jurídico.

Esta potestad, por lo tanto, genera una relación jurídica sujeta al Derecho público, en la que la Administración ejerce titularidad activa. En tal sentido, ha dicho la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia: "La potestad sancionadora de la Administración, es la facultad o competencia de las autoridades administrativas, desarrollada en aplicación del *ius punendi*, para fiscalizar los comportamientos de los administrados y el personal de servicio adscrita a ella, y para imponer medidas restrictivas de derecho ante la inobservancia de las reglas que prescribe".<sup>8</sup>

Por otro lado, es importante reconocer que esta potestad es, por encima de todo, una "facultad reglada", es decir que

(...) no se desenvuelve a través de una actuación administrativa que esté gobernada por la (...) discrecionalidad técnica: es, por el contrario, una actuación que ha de decidir sobre cuestiones jurídicas aplicando de manera reglada, no discrecional, conceptos, elementos, pautas y criterios prefijados en normas jurídicas. Es (...) una actuación que resuelve un problema jurídico en términos jurídicos. En la que los conocimientos científicos, artísticos o técnicos no son los que han de gobernar la decisión, sino tan sólo uno de los instrumentos que en algunos casos puede ser necesario para la correcta interpretación y aplicación de la norma jurídica a resolver en

<sup>7</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala Tercera. Sentencia de 27 de noviembre de 2008.

<sup>8</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala Tercera. Sentencia de 30 de enero de 2009.

términos jurídicos la de decidir cuál deba ser en el caso concreto la sanción, dentro del abanico previsto en la norma, adecuada a la gravedad del hecho.<sup>9</sup>

## 2. Bases y límites constitucionales de la actividad administrativa sancionadora

### 2.1. Explicación constitucional

La fundamentación constitucional de la actividad administrativa sancionadora se encuentra, generalmente, en distintos preceptos como: disposiciones que recogen cláusulas de sujeción o interdicción de la arbitrariedad y en normas que articulan el *ius puniendi* estatal, en donde se resguardan derechos y garantías limitativos del ejercicio del poder público. Estos rasgos podemos encontrarlos, por mencionar algunos, en el Derecho español, alemán y en América Latina en países como Colombia, Argentina y Costa Rica, por ejemplo.

Así, en los artículos 9.3 y 24.1 de la Constitución española se encuentran disposiciones que consagran el **principio de interdicción de la arbitrariedad y de tutela judicial efectiva** según el cual: "Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, **falta o infracción administrativa**, según la legislación vigente en aquel momento".

En Alemania, este régimen público se fundamenta en lo prescrito en el párrafo 4 del artículo 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn, en lo que respecta a la tutela judicial efectiva: "Toda persona cuyos **derechos sean vulnerados por el poder público** podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer el recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios".

<sup>9</sup> Citado en Manuel Rebollo Puig, *et al.*, *Derecho Administrativo sancionador*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 850.

Por su parte, en diferentes países de América Latina, como en Europa, la base constitucional del *ius puniendi* se articula en torno a derechos instrumentales y normas de sujeción del poder público.

Así, en Colombia se desprende del derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución de 1991: "**El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.** Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante Juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. (...)".

En Costa Rica, éste se deriva del artículo 39 de la Constitución de 1949, el cual dispone que: "**A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta,** sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad".

En Argentina se ha dicho que el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado emerge del artículo 18 de la Constitución de 1994, que dice: "**Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo** fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los Jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente".

En Panamá, por su parte, el marco constitucional de la potestad sancionadora del Estado ha de encontrarse en distintos preceptos. En concreto, la Constitución panameña otorga cobertura a la potestad sancionadora, por una parte, a través del artículo 2o., cuyo tenor advierte que: "El poder público (...) lo ejerce el Estado conforme a esta Constitución lo establece, por medio de los Órganos Legislativo, Ejecutivo y Judicial...". Esta disposición, como puntualmente comenta el profesor Feliciano Olmedo Sanjur, "mediante su dictado —por sí sola— convierte el nuestro en un Estado de Derecho, habida cuenta, como se dijo, de que sujeta el ordenamiento jurídico el ejercicio del poder público. Prohíbe así la

existencia de poderes arbitrarios (sin límites jurídicos formales), esto es, poderes absolutos".<sup>10</sup>

Al establecer el artículo 2o. la **sujeción de los poderes públicos a la Constitución**, éste alude a la obligación que tienen los distintos órganos del Estado de sujetarse al ordenamiento jurídico como límite al ejercicio del poder, es decir, procurando la garantía de los derechos fundamentales, tal y como lo dice, más específicamente, el artículo 17 del Texto Fundamental, cuando establece que las autoridades están instituidas para "asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley".

El artículo 17 de la Constitución, ha dicho nuestra Corte Suprema de Justicia:

(...) consagra la garantía de efectividad inmediata de todos los derechos fundamentales como fuente de validación de la actividad social; su eficacia y alcance se potencia en todas las funciones públicas, en la medida que los derechos fundamentales se constituyen en la primera fuente de validez de toda la gestión pública.

Siendo así, el artículo 17 de la Constitución reitera el vínculo inmediato que existe entre todas las funciones públicas y el contenido constitucional. La norma establece el canon esencial a partir del cual se interpretan y aplican todos los derechos, teniendo en cuenta que la matriz original de los derechos fundamentales es la promoción del más elevado concepto de dignidad humana, la que se alcanza a través del respeto y promoción de elementos básicos del circuito vital de la persona, como lo es la vida, la libertad, la integridad moral, el patrimonio, la igualdad y la justicia; sin soslayar que esta regla establece que el conjunto de los derechos fundamentales, y las garantías que le dan seguridad a tales derechos, integran un complejo sistema que no se encuentra contenido dentro de las fronteras de la Constitución nacional, sino que incluyen los principios, valores y normas internacionales, que son reconocidos a través de tratados sobre derechos humanos por la República de Panamá.

<sup>10</sup> Feliciano Sanjúr, *Apuntes de Derecho Administrativo*, Universidad de Panamá, Panamá, 1974, pp. 23-24.



Es decir, que nos encontramos frente a una genuina garantía que asegura y afianza la efectividad, vigencia, prevalencia y aplicación preferente del contenido de los derechos fundamentales en todas las actuaciones públicas; de lo que se desprenden una serie de obligaciones predicables a las autoridades y servidores públicos y que pueden resumirse de la siguiente manera:

1. Sujeción al orden jurídico constitucional y legal
2. Tutela y protección integral de los bienes esenciales de la persona (vida, honra, bienes e integridad moral).
3. Garantía de efectividad de los derechos fundamentales.
4. Efectividad de los deberes prestacionales del Estado dirigidos a asegurar la efectividad de los derechos fundamentales.<sup>11</sup>

En conjunto, estas disposiciones permiten colegir que el ejercicio del poder sancionador en Panamá se encuentra regido por las garantías del Estado constitucional de Derecho y por tanto subordinado al cumplimiento objetivo de los derechos y garantías fundamentales. Recordemos que esta facultad permite asegurar los fines del Estado de Derecho, por tanto, siguiendo la jurisprudencia del Caso *Ricardo Baena y otros*, debe destacarse que, en aras de que la sanción administrativa no devenga en arbitraria, "es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita".<sup>12</sup>

Ahora bien, al margen de las normas de sujeción y su remisión a la garantía de los derechos fundamentales como límites al ejercicio del poder sancionador, la pregunta que cabe hacerse en particular, es ¿en qué derechos y garantías se apoya esta potestad administrativa? La Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia responde a esta interrogante en fallo de 27 de noviembre de 2008, al señalar que

<sup>11</sup> Corte Suprema de Justicia de Panamá. Pleno. Sentencia de 19 de junio de 2012.

<sup>12</sup> Corte IDH, Caso *Ricardo Baena (270 trabajadores) vs. Panamá*, Sentencia de 2 de febrero de 2001, párr. 106.

En relación a este punto debemos manifestar que el fundamento Constitucional de la Potestad Sancionadora del Estado o de la Administración lo encontramos en el Título III denominado de los Derechos y Deberes Individuales y Sociales, Capítulo I de Las Garantías Fundamentales, artículo 32 de nuestra Carta Magna integrada con el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada mediante Ley No. 15 de 28 de octubre de 1977.

(...)

De acuerdo con la norma citada en el ejercicio de esta potestad sancionadora que tiene el Estado, en la esfera judicial como en el ámbito administrativo, se tiene [que] garantizar el cumplimiento del derecho al debido proceso que consagra la Constitución.

## 2.2. Explicación conforme al bloque de constitucionalidad

Es claro que el ejercicio del poder sancionador no escapa de la existencia de los cánones constitucionales que emergen del Texto Fundamental como tampoco, de los principios, reglas y normas del derecho positivo que componen el bloque de constitucionalidad. El bloque de constitucionalidad como fuente del Derecho administrativo sancionador supone que existen otras normas distintas a las previstas en la Constitución, por regla general, de carácter supranacional, que adquieren sentido al ser sometidas a un análisis sistemático, comparativo y complementario de las normas constitucionales y legales aplicables en el procedimiento administrativo, y que sirven para la correcta aplicación e interpretación del alcance de los derechos y garantías en el marco del ejercicio de la potestad administrativa.

El bloque de constitucionalidad en Panamá, construido vía jurisprudencial<sup>13</sup> bajo el influjo del exMagistrado de la Corte Suprema de Justicia, Arturo Hoyos,<sup>14</sup>

<sup>13</sup> *Cfr.* Corte Suprema de Justicia de Panamá, Pleno. Sentencia de 30 de julio de 1990, de 28 de septiembre de 1990 y de 8 de noviembre de 1990.

<sup>14</sup> Arturo Hoyos, *Interpretación Constitucional*, Cultural Portobelo, Panamá, 2011, pp. 153-161.

tradicionalmente compuesto por la Constitución formal de 1983; la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en materia constitucional; la costumbre constitucional; ciertas normas del Reglamento de la Asamblea Nacional;<sup>15</sup> ciertas normas de la Constitución derogada de 1946;<sup>16</sup> del Estatuto de Retorno Inmediato a la Plenitud del Orden Constitucional;<sup>17</sup> y de ciertas normas del Derecho Internacional, como es el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>18</sup>

Al bloque se integró tiempo después el artículo 3o. de la Convención sobre los Derechos del Niño.<sup>19</sup> Y en la actualidad, como puntualiza el Magistrado Jerónimo Mejía, rige de forma ampliada en virtud de la sentencia de 21 de agosto de 2008, por medio de la cual el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, bajo su ponencia, replanteó la doctrina del bloque de constitucionalidad al ampliar e integrar, con fundamento en el artículo 4o. y el párrafo segundo del artículo 17 de la Constitución (introducido mediante Acto Legislativo reformativo del año 2004), "como elemento del mismo a los tratados internacionales sobre derechos humanos, superando con ello la jurisprudencia de dicho tribunal que consideraba que sólo algunos artículos de algunos tratados sobre derechos humanos formaban parte del expresado bloque de constitucionalidad".<sup>20</sup>

En este contexto, se entiende que el Bloque de Constitucionalidad en Panamá, hoy por hoy, se integra por los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el país,<sup>21</sup> instrumentos que para su interpretación y aplicación

<sup>15</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia de Panamá. Pleno. Sentencia de 16 de octubre de 1991.

<sup>16</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia de Panamá. Pleno. Sentencia de 3 de agosto de 1990.

<sup>17</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia de Panamá. Pleno. Sentencia de 14 de febrero de 1991.

<sup>18</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia de Panamá. Pleno. Sentencia de 8 de noviembre de 1990 y de 19 de marzo de 1991.

<sup>19</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia. Pleno. Sentencia de 20 de marzo de 1996, de 13 de marzo y de 22 de julio de 1998.

<sup>20</sup> Jerónimo Mejía Edward, "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XIX, Bogotá, 2013, p. 469.

<sup>21</sup> En Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, de 27 de noviembre de 2014 (publicado en *Gaceta Oficial* No. 27744 de 20 de marzo de 2015), se enlistan los distintos tratados y convenios que a la luz de los artículos 4o. y 17 de la Constitución, integran las garantías y derechos del Texto Fundamental conforme al bloque de constitucionalidad. Más recientemente, a través de Sentencia de 30 de diciembre de 2015

efectiva,<sup>22</sup> han de estar acompañados de las resoluciones, declaraciones y precedentes de los órganos de tratado correspondientes, indistintamente de los efectos jurídicos variados que puedan tener en virtud de su vinculatoriedad para con los Estados. Si bien estos documentos no generan obligaciones, representan, cuando menos, una guía ineludible para la interpretación de las convenciones y tratados,<sup>23</sup> y así han de ser estimados, es decir, como referentes del contenido e interpretación de las normas convencionales.

Teniendo en cuenta lo dicho, como fuentes de interpretación, orientación e integración a las normas constitucionales y legales que rigen la potestad sancionadora de la Administración en Panamá, resultan pertinentes los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; los artículos 2 (b), 14 y 15 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (Ley 15 de 28 de octubre de 1976); el artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los artículos 8 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Ley 15 de 28 de octubre de 1977).

Un aspecto a destacar, con relación a estas disposiciones, es que si bien se trata de normas que en su origen fueron concebidas con miras a establecer un estándar mínimo de protección en los procesos penales, actualmente se reconoce que son plenamente extensivas a la actividad administrativa sancionadora. De tal forma lo ha sentado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso *Ricardo Baena y otros vs. Panamá*, en el cual postula que, conforme a los instrumentos internacionales de derechos humanos, las garantías establecidas en el artículo 8 (debido proceso) y 9 (legalidad) de la Convención Americana

---

(*Gaceta Oficial* No. 28004-B de 6 de abril de 2016), la Corte panameña consideró que "deben formar parte del bloque de la constitucionalidad aquellos Convenios Internacionales del Trabajo que contengan regulaciones atinentes al reconocimiento de derechos humanos que se vean materializados con la actividad laboral". Entre estos, el fallo se refiere puntualmente al Convenio 87 sobre Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación (Ley 45 de 2 de febrero de 1967).

<sup>22</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, párr.115.

<sup>23</sup> Juan Carlos Hitters, "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 10, julio-diciembre 2008, p. 154.

son aplicables en materia sancionatoria administrativa dado "que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado".<sup>24</sup>

Así las cosas, es claro que, en cumplimiento de los tratados y convenios internacionales de derechos humanos consignados por el país, las autoridades públicas en el ejercicio del poder sancionador están compelidas a respetar las obligaciones que emergen de tales instrumentos internacionales.

En materia administrativa, esta afirmación resulta relevante no sólo por tratarse de tratados y convenios que hacen parte del bloque de constitucionalidad, sino también en virtud de que el artículo 35 de la Ley 38 de 2000 señala que "las decisiones y demás actos que profieran, celebren o adopten las entidades públicas, el orden jerárquico de las disposiciones que deben ser aplicadas será: la **Constitución Política**, las leyes o decretos con valor de ley y los reglamentos". Esta disposición, que de acuerdo con la doctrina nacional contempla el bloque de legalidad aplicable a todas las actuaciones administrativas del Estado,<sup>25</sup> cuando alude a la Constitución debe leerse que remite también a los convenios y tratados internacionales de derechos humanos que integran la Carta Política, en virtud de lo establecido en los artículos 4 y 17 mencionados de la Norma Superior.

Así, bajo el entendido de esta correlación o interacción normativa entre la Constitución y los instrumentos internacionales, puede colegirse, como nos dice el profesor Allan Brewer-Carías que

(...) funcionarios públicos competentes (...) al dictar los actos administrativos correspondientes en esos casos, estando sujetos al principio de legalidad, están obligados a aplicar el ordenamiento jurídico administrativo conforme al orden o jerarquía que tengan las fuentes del ordenamiento jurídico administrativo, y en ese contexto, les

<sup>24</sup> Corte IDH, Caso *Ricardo Baena y otros vs. Panamá*, ya citado, párr. 106.

<sup>25</sup> Bernal, Carrasco y Domingo, 2013: Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, p. 229.

corresponde interpretar cuál ley es la aplicable en el caso concreto, y en caso de existencia de convenios o tratados internacionales que rijan la materia, determinar si los mismos prevalecen o no sobre las normas internas, conforme a las técnicas interpretativas que ofrece el bloque de legalidad.<sup>26</sup>

Un punto a destacar es que en Panamá la aplicación o determinación de la prevalencia o no de los tratados internacionales de derechos humanos en los negocios administrativos corresponde, en primer lugar, a las entidades e instituciones públicas al momento de desarrollar y resolver los procedimientos sancionadores que le competen; en segundo lugar, a la jurisdicción contencioso administrativa al momento de revisar el acto administrativo, y, de forma extraordinaria, al Pleno de la Corte Suprema y a los Tribunales de Justicia que conozcan de las acciones de amparo y constitucionales que puedan promoverse contra de tales actuaciones.

En estas instancias o niveles, la regla ha de ser la aplicación e interpretación de las normas que sustentan la actividad sancionadora conforme a los instrumentos convencionales antes descritos, con respecto a las normas constitucionales aplicables. Como se ha dicho, esto tiene razón porque estamos hablando de tratados y convenios internacionales que o son parte del bloque de constitucionalidad, como en efecto lo son de conformidad a la jurisprudencia previamente analizada, o bien tienen rango de ley, como en efecto la tienen en virtud de que su vigencia en nuestro ordenamiento pasa por un proceso de consideración, aprobación y ratificación ante la Asamblea Nacional (art. 159 numeral 3 de la Constitución) que acredita como tal al tratado o convenio celebrado por el órgano ejecutivo (art. 184 numeral 9). En ambos supuestos hablamos de tratados y convenios que obligan a los órganos administrativos y a los Jueces a aplicarlos en los casos concretos, conforme a las técnicas comunes de interpretación y aplicación de las leyes.

---

<sup>26</sup> Allan Brewer-Carías, "Derecho Administrativo y Control de convencionalidad". Conferencia dictada en el Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, el 19 de marzo de 2015. En: <http://www.allanbrewercarias.com/> (p. 24).

Esta aplicación o práctica, vale hacer la salvedad, tendrá que realizarse con la debida "razón y pertinencia",<sup>27</sup> haciéndose una auténtica explicación de los fundamentos que la respaldan, a efecto de evitar mutaciones interpretativas o de alcance contrarias a los valores y principios que recoge el orden constitucional y convencional.

### 2.3. Explicación conforme al control de convencionalidad

Actualmente, en la doctrina se discute mucho si las autoridades públicas de los países y las de la República de Panamá, nuestro caso, están obligadas a ejercer un control de convencionalidad en el ejercicio de las actividades administrativas o en la revisión jurisdiccional de tales actuaciones.

Quienes sustentan que no es posible ejercer tal control de forma indistinta por las diferentes autoridades públicas, lo hacen en referencia a un control de convencionalidad asociado al control de constitucionalidad. En ese sentido, en nuestro medio esta posición se apoya en que el control constitucional panameño es concentrado, lo que implica que es el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, y no otro, el ente facultado para ejercer tal control o guarda de la integridad de la Constitución, de conformidad con el numeral 1 del artículo 206 de la misma.

Debo señalar, sin embargo, que si bien, tal afirmación resulta incuestionable si planteamos el ejercicio de un control de constitucionalidad acompañado del control de convencionalidad, lo cierto es que al momento de referirnos al referido control o juicio de convencionalidad no necesariamente se hace alusión al control constitucional de normas y actos. De hecho, en mi opinión, cuando se habla del llamado control de convencionalidad no se alude estrictamente a un tipo de "control" en términos procesales (como mecanismos coactivos de verificación y

<sup>27</sup> Palabras utilizadas por Sergio Ramírez García, al referirse a la necesidad de prudencia en el uso del control de convencionalidad, pues de lo contrario, dice el exJuez interamericano, "el resultado podría no ser el que apetezamos". Citado por Karlos Castilla Juárez, "Control de convencionalidad interamericano: una propuesta de orden ante de diez años de incertidumbre", *Revista IIDH del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 64, julio-diciembre 2016, p. 89.

vigilancia del cumplimiento del orden jurídico-constitucional), sino a los deberes y parámetros que la propia Convención Americana establece en sus artículos 1o., 2o., 26 y 29 y que también desarrolla en las opiniones y precedentes de los órganos de la Convención, con relación a la aplicación, interpretación y cumplimiento de las obligaciones derivadas de los tratados y convenios del sistema interamericano. La aplicación e interpretación de normas responde a parámetros hermenéuticos (de juicio) y no necesariamente a posiciones basadas, como decimos, en el control coactivo de normas y actos (control coactivo). En otras palabras, el llamado control de convencionalidad cubre distintos supuestos y no todos responden a un ejercicio de control (en términos procesales) propiamente tal.

Ahora bien, no interesa discurrir aquí acerca de la aplicabilidad o no del control de convencionalidad en el marco del control constitucional que, como se ha dicho y recuerda el profesor Rigoberto González Montenegro —actual Procurador de la Administración—, en Panamá lo ejerce el Pleno de la Corte Suprema de Justicia desde la Constitución de 1941, en cuanto al conocimiento concentrado "tanto por vía directa, a través de la acción de inconstitucionalidad, como por vía incidental, en este caso por medio de la consulta de inconstitucionalidad".<sup>28</sup>

Lo que concierne a los efectos de este trabajo, es señalar que en materia administrativa dicho control o juicio supone, primero, como indica Ernesto Jinesta Lobo,<sup>29</sup> la ampliación de las fuentes del Derecho administrativo, pues se reafirma como parámetro de control de la legalidad a los instrumentos internacionales de derechos humanos, y por consiguiente, se revaloriza la consideración del principio *indubio pro administrado* o *pro persona* consagrado como máxima en la actividad administrativa en el artículo 17 de la Constitución y en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

<sup>28</sup> Rigoberto González Montenegro, *Curso de derecho procesal constitucional*, Cultural Portobelo. Panamá, 2009, p. 73.

<sup>29</sup> Ernesto Jinesta Lobo, "La construcción de un derecho administrativo común interamericano. Reformulación de las fuentes del derecho administrativo con la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos", *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, núm. 11, 2011, p. 113.



En otras palabras, en el ámbito administrativo este control significa que "cualquier ley, reglamento o disposición general, decreto, instrucción, circular o acto administrativo de alcance general [y particular] debe ser confrontado con el parámetro de convencionalidad",<sup>30</sup> es decir, que los entes administrativos y los operadores de justicia revisores de la actuación administrativa están llamados a verificar a petición de parte o *ex officio*, si la actividad a realizar o revisar (en la vía gubernativa o en sede jurisdiccional), se ajusta o puede ajustarse a los parámetros de la Convención, pero siempre por conducta de la Constitución. Como se ha dicho, unos parámetros son de juicio y otros, verdaderos mecanismos de control.

### 2.3.1. Parámetro de aplicación conforme al principio pro persona

Una primera aproximación al control de convencionalidad en materia administrativa la encontramos en las referencias de la Corte Interamericana al artículo 29 de la Convención. En este sentido, la Corte ha señalado que al momento de "interpretar la Convención debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano".<sup>31</sup>

Este principio opera como un criterio hermenéutico dirigido, como dice Cassagne, "...tanto al agente público que dicta un acto administrativo como el Juez que interpreta un principio, norma, o acto o contrato administrativo [bajo el entendido de que] la aplicación e interpretación de las normas debe orientarse hacia la solución que proteja en mayor medida a la persona".<sup>32</sup>

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 126.

<sup>31</sup> Corte IDH, Caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 106, y más recientemente, el Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Sentencia de 24 de febrero de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 84-85.

<sup>32</sup> Juan Cassagne, "Neoconstitucionalismo y acto administrativo", en DURÁN Martínez, Augusto (ed.), *Estudios de derecho administrativo*, La Ley, Montevideo, p. 47.

### 2.3.2. Parámetro de adecuación normativa

Bajo este parámetro, el órgano administrativo o judicial debe considerar si la regulación o reglamentación adoptada se adecua a las obligaciones convencionales (obligación de adecuar la legislación interna).<sup>33</sup> Este mandato involucra al legislador, quien en atención al orden convencional ha de legislar en función del interés general, o dicho de otro modo, en función del "bien común", concepto recogido en el artículo 32 numeral de la Convención Americana, según el cual, ha dicho la Comisión Interamericana en la Opinión Consultiva 6/86, "ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es "la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritualmente y alcanzar la felicidad".<sup>34</sup>

La adecuación normativa a que hace referencia este parámetro también alcanza a las autoridades administrativas en el ejercicio de la potestad reglamentaria. El ejercicio de esta actividad de "ordenación administrativa", en palabras del profesor Ricardo Marcondes de la Universidad Católica de Sao Paulo, exige que el desarrollo reglamentario de la ley atienda previamente "una ponderación constitucional y legislativa", sobre todo cuando las reglas jurídicas adoptadas pauten o sean restrictivas de los derechos fundamentales.<sup>35</sup> El parámetro convencional, en suma, como postula la Opinión Consultiva 6/86, demanda que la potestad reglamentaria se ejerza dentro de los límites impuestos por la Constitución y la Ley, en ejercicio de una potestad sujeta a controles eficaces, y sin que se desvirtúe el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención.<sup>36</sup>

<sup>33</sup> Corte IDH, Caso *Amonescid Arellano vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 121.

<sup>34</sup> Comisión IDH, Opinión Consultiva OC-6/86, de 9 de mayo de 1986, sobre la expresión "Leyes" del artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, párrs. 29-30.

<sup>35</sup> Ricardo Marcondes Martins y Ana Santano, "Una lectura neoconstitucional de la teoría del poder de policía", en Rodríguez-Arana, Jaime, et al. (dirs.), *Curso de derecho administrativo iberoamericano*, Instituto Nacional de Administración Pública-Comares, Madrid, 2015, p. 11-12.

<sup>36</sup> Comisión IDH, Opinión Consultiva OC-6/86, párr. 36.

### 2.3.3. Parámetro de adecuación de las estrategias públicas

Según este parámetro, los programas, estrategias o políticas públicas deben ser cónsonos a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados a nivel interamericano.<sup>37</sup> Entre las cláusulas de la Convención Americana en materia de políticas públicas está la obligación de garantizar el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales (art. 26 del Pacto), y como correlato de esta obligación,<sup>38</sup> el deber de no adoptar medidas deliberadamente regresivas.<sup>39</sup>

### 2.3.4. Parámetro de conformidad con la jurisprudencia orientadora de la Convención

Desde este criterio, es importante que las decisiones e interpretaciones administrativas y jurisdiccionales en el ejercicio del control de los actos administrativos, tengan en cuenta los criterios señalados en las decisiones y sentencias de la Corte y la Comisión Interamericana,<sup>40</sup> dado que estos orientan sobre el contenido y alcance de la normativa convencional.

### 2.3.5. Parámetro de aplicación conforme al objeto y fin de la Convención

Según este parámetro, las autoridades están llamadas a ponderar las actuaciones conforme al objeto y fin de los efectos que resguarda la Convención (principio de *effet utile*).<sup>41</sup> Bajo esta directriz, no se trata sólo de la aplicación llana de la

<sup>37</sup> Corte IDH, Caso *Radilla Pacheco vs. México*, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 338.

<sup>38</sup> Corte IDH, Caso *Acevedo Buendía y otros* ("Cesantes y jubilados de la Contraloría") vs. Perú, Sentencia de 1o. de julio de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 103.

<sup>39</sup> Sobre el principio de no regresión aplicado al ámbito ambiental, puede verse: Eduardo Mitre Guerra, "El principio de no regresión ambiental en la jurisprudencia panameña" en Embid Irujo, Antonio (coord.), *Agua, energía, cambio climático y otros estudios de derecho ambiental. En recuerdo a Ramón Martín Mateo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015., pp. 367-385.

<sup>40</sup> Corte IDH, Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, párr. 284.

<sup>41</sup> Corte IDH, Caso *Gelman vs. Uruguay*, Supervisión y Cumplimiento de Sentencia de 20 de marzo de 2013, párr. 66.

normativa interamericana, sino de asegurar una aplicación e interpretación de los derechos convencionales de manera efectiva y concreta a las exigencias del tratado internacional.

A tal fin, sugiere Humberto Nogueira Alcalá<sup>42</sup> que, bajo este parámetro, el Juez, en este caso de lo contencioso administrativo y constitucional como agente revisor de la actuación administrativa, puede efectuar tanto una interpretación extensiva, innovadora, correctiva y receptiva del *corpus iuris* interamericano, o bien neutralizadora y discordante con aquellas posiciones adoptadas por la Corte Interamericana y la Comisión que resulten restrictivas del alcance y protección de los atributos reconocidos en el orden convencional.

### 2.3.6. Parámetro de inaplicación de la norma inconvencional

Luego de haber visto los parámetros convencionales de juicio, orientación e interpretación, veamos ahora el que supone un verdadero ejercicio de control.

De acuerdo con el parámetro de inaplicación de la norma por inconvencional, si la disposición o acto aplicable a un caso concreto se contrapone al parámetro convencional, lo aconsejable es su desaplicación en el caso.<sup>43</sup> La inaplicación por inconvencionalidad, sin embargo, no opera siempre de la misma forma que las anteriores en todos los países. Por lo menos así debe advertirse en un sistema como el nuestro, en el que la facultad para expulsar una disposición del ordenamiento jurídico se encuentra concentrado en el Pleno de la Corte Suprema de Justicia. En otros países, como señala el profesor Pedro Néstor Sagüés, el tipo la inaplicación de normas inconvencionales que plantea la Corte Interamericana en términos muy amplios, "puede no ofrecer problemas", tratándose

<sup>42</sup> Humberto Nogueira Alcalá, "El control de convencionalidad y el dialogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 10, núm. 19, enero-junio 2013, pp. 221-270.

<sup>43</sup> Corte IDH, Caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, Sentencia, de 12 de agosto de 2008, Excepciones, Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, parr. 180.

... de una nación que posea un sistema de control difuso o desconcentrado de constitucionalidad, como Argentina, en el que todo Juez es competente para ejercitar la revisión. Tampoco hay dificultad en Estados que practican un régimen "mixto", dual o híbrido, en el que todos Jueces comunes tratan temas constitucionales, en orden a inaplicar las normas opuestas a la Constitución en los procesos que deben resolver, pero también lo hacen organismos especializados (cortes o tribunales constitucionales específicos, salas constitucionales), en ciertos supuestos.<sup>44</sup>

Es posible encuadrar el ejercicio de inaplicación de normas por inconvenionales al control constitucional de actos y preceptos legales, pues conforme a la doctrina del bloque de constitucionalidad, dicho control ha de estar acompañado de las normas de tratados que han sido reconocidos con jerarquía constitucional. En tal supuesto, el mecanismo que en nuestra realidad jurídica puede asimilar este tipo de control sería la advertencia o consulta sobre constitucionalidad prevista en el artículo 206 de la Constitución, ello sin perjuicio de otros mecanismos que también permitirían tal ejercicio, aunque el control no se encuentre ceñido en estos a un caso concreto. Para ser más precisos, puede decirse entonces que, en nuestro medio, este tipo de control puede efectuarse de manera integrada mediante tres mecanismos, todos de competencia privativa del Pleno de la Corte Suprema de Justicia (art. 2554 del Código Judicial) y previo cumplimiento de las formalidades legales que disciplinan su admisión:

1. Control convencional aplicado al control previo de constitucionalidad vía a inexecutableidad (art. 2555).
2. Control convencional aplicado en la vía incidental de la advertencia o consulta sobre constitucionalidad (arts. 2557-2558).
3. El control convencional aplicado al control *a posteriori* vía acción de inconstitucionalidad (art. 2559).

<sup>44</sup> Néstor Sagüés, "El control de convencionalidad' como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano", en Von Bogdandy, Armin, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), *La justicia constitucional y su internalización ¿Hacia un ius constitucionale commune en América Latina?*, UNAM, México, 2010, p. 453.

### 2.3.6.1. El parámetro de inaplicación de la norma inconventional integrado al control constitucional vía advertencia o consulta sobre constitucionalidad

En el voto razonado elaborado por el Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en el Caso *Cabrera García y Montiel vs. México*, se explica que si bien, todos los Jueces nacionales están concernidos a ejercer este tipo de control de convencionalidad de acuerdo con la directriz de la Corte Interamericana, lo cierto es que no en todas las jurisdicciones de los países del sistema interamericano, el Juez se encuentra habilitado para inaplicar normas o ejercer un control difuso de constitucionalidad. Plantea, entonces

... que si el Juez carece de facultades para desaplicar la norma, se limitará a señalar la inconventionalidad de la misma o, en su caso, 'plantear la duda de inconventionalidad' ante otros órganos jurisdiccionales competentes dentro del mismo sistema jurídico nacional que puedan ejercer el 'control de convencionalidad' con mayor intensidad. Así, los órganos jurisdiccionales revisores tendrán que ejercer dicho 'control' y desaplicar la norma o bien declarar la invalidez de la misma por resultar inconventional.<sup>45</sup>

De similar opinión es el profesor Néstor Pedro Sagüés, quien señala que a partir de lo dicho por la Corte Interamericana en el Caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Peru* "[c]abría concluir, entonces, que en un Estado como el que aludimos, el Juez del Poder Judicial incompetente para realizar el control de constitucionalidad, que considere puede haber en un caso sometido a su decisión un problema de 'convencionalidad', deberá remitir los autos al tribunal habilitado para ejercer el control de constitucionalidad mediante el conducto procesal adecuado, a fin de que sea éste quien realice eventualmente la simultánea revisión de convencionalidad".<sup>46</sup>

<sup>45</sup> Voto Razonado del Juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en relación con la Sentencia de la Corte IDH en el Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, de 26 de noviembre de 2010, párr. 39.

<sup>46</sup> Néstor Sagüés, "El control de convencionalidad"..., *op. cit.*, p. 454.

En nuestro medio, esta posición es defendida por el Magistrado Jerónimo Mejía, quien sostiene, con mucha razón, que de conformidad con el artículo 206 numeral 1 de la Constitución Política, si un funcionario estima o se le advierte por alguna de las partes dentro de un proceso que la disposición aplicable para resolver un determinado asunto es inconstitucional, en todo caso, el funcionario debe consultar y/o las partes advertir la norma legal, antes de ser aplicada, al Pleno de la Corte Suprema de Justicia a efecto de que decida sobre su constitucionalidad. Lo anterior, señala el también Juez constitucional, "podría facilitar el control de convencionalidad, porque el diseño panameño de control de constitucionalidad —que le sirve de soporte— no se limita a las leyes y no se efectúa solamente en el ámbito de las jurisdicciones ordinarias, pues se extiende a cualquier tipo de acto jurídico y a cualquier tipo de instancia (sea judicial, administrativa o de otra índole) en la que haya una persona con capacidad de tomar una decisión en determinado procedimiento".<sup>47</sup>

Entre nosotros, como nota el Magistrado Mejía, pese a que es factible ejercer el referido control de convencionalidad a través de la advertencia o la consulta de inconstitucionalidad, opera como una primera solución, esto es, antes de que la autoridad se vea en la necesidad de plantear al Pleno de la Corte una consulta sobre la constitucionalidad de la norma o que esta sea advertida por las partes, la posibilidad de que el operador busque la alternativa más favorable a la protección del derecho o garantía fundamental en atención al **principio de interpretación conforme a la Constitución**, previsto en el artículo 12 del Código Civil (ver epígrafe *supra*). Bajo este planteamiento, nos dice el autor "los funcionarios que imparten justicia y los que participan en la administración de justicia (...) tienen la obligación de no aplicar normas que sean contrarias a la Constitución. Por ello deben buscar una interpretación que sea conforme con esta, lo que implica que han de desechar aquella o aquellas interpretaciones que sean contrarias al texto constitucional, con el propósito de utilizar la que sea conforme a éste y a los valores constitucionales", teniendo presente además, los convenios

<sup>47</sup> Jerónimo Mejía Edward, "Control de constitucionalidad...", *op. cit.*, p. 486.

internacionales de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad en Panamá.

#### 2.4. Aplicación de los parámetros convencionales al régimen jurídico sancionador

Es importante tener en cuenta que el llamado control o juicio de convencionalidad nace como una directriz a nivel interamericano a través de la sentencia de 26 de septiembre de 2006 dentro del Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*,<sup>48</sup> por medio de la cual la Corte Interamericana dejó sentado el siguiente criterio:

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.<sup>49</sup>

Esta vía de control de las obligaciones convencionales, se reafirma en el Caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*.<sup>50</sup> Sin embargo, en éste y en el Caso *Almonacid Arellano* sólo se hace alusión al control de convencionalidad llamado

<sup>48</sup> Con anterioridad se había referido al control de convencionalidad el entonces Juez de la Corte Interamericana, Sergio García Ramírez, en los Votos formulados en los Casos *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 27; *Caso Tibi vs. Ecuador*, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 3; *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrs. 6 y 12.

<sup>49</sup> Corte IDH, Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, ya citado, párr. 124.

<sup>50</sup> Corte IDH, Caso *Trabajadores Cesados vs. Perú*, ya citado, párr. 128.



a ejercer por los operadores judiciales. En cambio, en la sentencia de supervisión y cumplimiento del Caso *Gelman vs. Uruguay*, la Corte convino en señalar que:

... cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, **todos sus órganos**, incluidos sus Jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, también están sometidos al tratado, **lo cual les obliga a velar para que los efectos contrarios a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas** no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales".<sup>51</sup> (Énfasis añadido).

Como puede apreciarse, bajo esta línea interpretativa el control de convencionalidad no es un ejercicio reservado a los órganos judiciales, sino que se extiende a los operadores administrativos, quienes están igualmente compelidos a aplicar e interpretar el derecho convencional, dentro del margen de sus competencias y conforme a los procedimientos domésticos.

Es importante señalar que este lineamiento no supone para la autoridad administrativa, la obligación de ejercer un "determinado modelo de control de convencionalidad".<sup>52</sup> Significa en sentido amplio que debe tener en cuenta y aplique, según sea el caso, los parámetros convencionales en la operación de emisión del acto administrativo y en cualquiera de las formas de manifestación de la administración. Esta obligación surge del principio *pacta sunt servanda* (art. 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados —Ley 17 de 31 de octubre de 1979—), el cual vincula al Estado en su acatamiento —dentro del marco de libertad que goza para definir el estatus de la Convención en el sistema jurídico interno—.

En nuestro caso vale recordar que, al ser el Estado panameño parte del Pacto de San José (Ley 15 de 28 de octubre de 1977), resulta ineludible para las autoridades públicas su observancia, ya no sólo porque el país ha consentido obligarse

<sup>51</sup> Corte IDH, Caso *Gelman vs. Uruguay*, ya citado, párr. 66.

<sup>52</sup> Corte IDH, Caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, Sentencia de 30 de enero de 2014, párr. 124.

con la Convención y demás tratados interamericanos (Ley 15 de 28 de octubre de 1977), sino también, porque sobre ello ha incidido el Tribunal convencional al recordar al Estado panameño, en el Caso Vélez Loor, que la obligación general de adecuar el derecho interno a las disposiciones de la Convención "se incumple mientras la norma o práctica violatoria de la Convención se mantenga en el ordenamiento jurídico".<sup>53</sup> En tanto que en el Caso *Heliodoro Portugal*,<sup>54</sup> dictaminó que en cumplimiento de la obligación referida en el artículo 2o. de la Convención, el Estado está obligado a través de sus operadores de justicia a realizar un control de la convencionalidad que vele por el efecto útil de los instrumentos internacionales.

Revisados los parámetros del juicio o control de la convencionalidad, así como los criterios que hacen extensivo su ejercicio al ámbito administrativo, puede concluirse que, la ordenación jurídica de la actividad sancionadora no se agota con las normas legales del país, al contrario, se puede decir que los atributos de los derechos y garantías asegurados por los tratados de derechos humanos sirven de canon de interpretación, complementan e integran las normas constitucionales e incluso llenan los vacíos que la regulación legal pueda presentar, a través de su conexión con las normas constitucionales del país. El ejercicio de la potestad sancionadora queda así delimitado por los contenidos de ambas normativas (internacional y doméstica), debiendo aplicarse la que mejor proteja el derecho en controversia, buscando asegurar así también la legitimidad de la actividad.

Bajo este razonamiento, es evidente que para el Estado no cabe invocar la falta de regulación como justificación para no reconocer y salvaguardar los principios, derechos y garantías mínimas del procedimiento sancionador, pues se entiende que los derechos y garantías asegurados en los tratados internacionales al encontrarse integrados y protegidos en el ordenamiento jurídico a través del bloque de constitucionalidad o en virtud de su incorporación mediante ley,

<sup>53</sup> Corte IDH, Caso Vélez Loor, ya citado, párr. 194.

<sup>54</sup> Corte IDH, Caso Heliodoro Portugal, ya citado, párr. 180.

resultan de aplicación ineludible, tal y como lo afirma el profesor y consejero de Estado Jaime Orlando Santofimio Gamboa<sup>55</sup> y con el que coincide Allan Brewer Carías.<sup>56</sup> Podemos decir que esta interacción entre el Derecho convencional, la Constitución y las leyes nacionales implica también que se reconozca como se ha reconocido en la jurisprudencia constitucional que el artículo 8o. de la Convención Americana integra y complementa el artículo 32 de la Carta Política en referencia a la garantía del debido proceso, también cabe reconocer que el artículo 9o. de la Convención y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos integran del mismo modo las normas constitucionales que resguardan el principio de legalidad en materia sancionadora y las infraconstitucionales que sirven de fundamento al ejercicio del poder administrativo sancionador.

### **3. El debido proceso administrativo sancionador en Panamá y la jurisprudencia interamericana**

#### **3.1. El debido proceso como principio, derecho y garantía de tutela administrativa efectiva**

El debido proceso como parámetro o principio rector que debe ser observado en el cumplimiento de la función pública, viene recogido en el artículo 32 de la Constitución Política, en el artículo 8o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en los artículos 34 y 201 numeral 31 de la Ley 38 de 2000, sobre Procedimiento Administrativo General.

Sobre este derecho se ha referido ampliamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, estableciendo entre otros aspectos que el mismo opera como derecho fundamental, como garantía procesal y por tanto como límite de la actividad de los poderes públicos.

<sup>55</sup> Jaime Santofimio Gamboa, *Reflexiones en torno a la potestad administrativa sancionadora: aplicación en el sector energético, ambiental, de las telecomunicaciones y en otros sectores*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, p. 18.

<sup>56</sup> Allan Brewer-Carías, "Derecho administrativo y control...", *op. cit.*, 2015.

Así, entre otros muchos, en fallo de 29 de marzo de 2011, como lo menciona Rodríguez Rescia, el Pleno de la Corte refiere que

**El derecho al debido proceso busca confirmar la legalidad** y correcta aplicación de las leyes dentro de un marco de respeto mínimo a la dignidad humana dentro de cualquier tipo de proceso, entendido este como 'aquella actividad compleja, progresiva y metódica, que se realiza de acuerdo con las reglas preestablecidas, cuyo resultado será el dictado de la norma individual de conducta (sentencia), con la finalidad de declarar el derecho material aplicable al caso concreto.'<sup>57</sup>

Así, entre otros muchos, en fallo de 3 de julio de 2014, el Pleno de la Corte refiere que:

Al estudiar el **derecho fundamental al debido proceso**, nos percatamos, a primera vista, que aquel evidencia un contenido complejo, pues su realización reclama cumplir con las diferentes garantías, que confluyen dentro del concepto de juicio justo antes enunciado. Esta tarea, cumplir con el estándar de asegurar un juicio justo, exige que el operador jurisdiccional actué, en cada caso, ponderando los presupuestos normativos, de manera que se consiga un acceso a la jurisdicción, satisfaciendo las exigencias mínimas para activar el proceso, cumpliendo con los protocolos consignados en la ley, al tiempo que permite la intervención de las partes y asegura un trato igualitario y neutral, prohijando actos y emitiendo decisiones razonadas y fundamentadas en derecho, susceptibles de hacerse efectivas'.<sup>58</sup>

Por su parte, **como garantía**, el debido proceso es concebido como un mecanismo de protección de los restantes derechos fundamentales.

Para el ex-Magistrado Arturo Hoyos, el **debido proceso legal es una institución instrumental "que engloba una amplia gama de protecciones** y dentro de la cual se desenvuelven diversas relaciones, por lo que decimos que es compleja, sirve de

<sup>57</sup> Víctor Manuel Rodríguez Rescia, "El debido proceso legal y la Convención Americana sobre derechos humanos", en Héctor Fix-Zamudio, *Libro Amicorum*, vol. II, Corte Interamericana de Derechos, San José de Costa Rica, 1998, p. 1296.

<sup>58</sup> Corte Suprema de Justicia. Pleno. Sentencia de 3 de julio de 2014.

medio de instrumento para que puedan defenderse efectivamente y satisfacerse los derechos de las personas, las cuales, en ejercicio de su derecho de acción, formula pretensiones ante el Estado para que éste decida sobre ellas conforme a derecho".<sup>59</sup>

En la doctrina del Pleno de la Corte se reconoce además que "el artículo 32, que consagra la garantía del debido proceso; también contiene el derecho a la tutela judicial",<sup>60</sup> y está integrado conforme a la jurisprudencia constitucional<sup>61</sup> por cuatro tres derechos: el primero, el derecho de acceso a los tribunales o derecho de acción; segundo, el derecho a obtener una sentencia congruente fundada en derecho, es decir, con arreglo a las fuentes del derecho; y tercero, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales o, cuarto, el derecho al recurso legalmente previsto.

En el ámbito de la administración pública, el debido proceso opera en los mismos términos. Por una parte, opera como garantía en el ejercicio de las potestades administrativas, pues, como indica el doctor Arturo Hoyos, en su vertiente prestacional asegura el cumplimiento de las distintas "formalidades que se siguen en la administración para la elaboración de los actos administrativos", es decir, respecto al "...conjunto de reglas relativas al procedimiento de elaboración del acto, a su forma y su publicidad, así como a su cuestionamiento".<sup>62</sup> Por otra parte, en su vertiente de derecho sustantivo, el debido proceso opera como un derecho de defensa de la persona frente a la administración,<sup>63</sup> faceta que es comprensiva tanto de los principios como de los derechos esenciales que sirven de límites al arbitrio del poder público. En tanto que en su vertiente de tutela efectiva resguarda el acceso a la justicia, la garantía de efectividad de los derechos fundamentales en el proceso y está relacionado con los estándares de

<sup>59</sup> Arturo Hoyos, "Constitución e impartición de justicia: el debido proceso en el nuevo contexto democrático de latinoamérica", en V.V. A. A., *Congreso Iberoamericano de Derecho constitucional*, Estudios doctrinales, núm. 193. UNAM-IJ, 1998, p.434.; véase también Corte Suprema de Justicia. Pleno. Sentencia de 29 de marzo de 2011.

<sup>60</sup> Corte Suprema de Justicia de Panamá. Pleno. Sentencia de 29 de octubre de 1992.

<sup>61</sup> Corte Suprema de Justicia de Panamá. Pleno. Sentencia de 18 de junio de 1999.

<sup>62</sup> Arturo Hoyos, *Interpretación Constitucional, op. cit.*, p. 94.

<sup>63</sup> Sergio García Ramírez, 2012, p. 22.

razonabilidad y proporcionalidad que toda resolución o acto administrativo debe cumplir.

En cuanto al ámbito de su aplicación, hoy se entiende que el debido proceso no solo incumbe a la actividad jurisdiccional, sino que también es aplicable por cualquier órgano que determine obligaciones y derechos, como sucede, entre otros, en el orden administrativo. Así lo ha reconocido, con algunas matizaciones, nuestro Alto Tribunal y lo ha venido señalando la jurisprudencia de la Corte Interamericana desde la sentencia de 2 de febrero de 2001, emitida en el Caso *Ricardo Baena y otros vs. Panamá*.

Esta sentencia, como señala el exJuez interamericano, Sergio García Ramírez, resulta nuclear para entender el régimen de aplicación de las garantías de procedimiento a la actividad administrativa sancionadora, ya que fue en este caso que la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejó sentado por primera vez que las garantías dimanadas del debido proceso, en referencia al numeral 1 del artículo 8o. del Pacto, no son excluyentes de otros procesos distintos a las causas penales, sino que son aplicables a cualesquiera que estos sean, entre ellos el administrativo sancionador.

De acuerdo con el Tribunal de San José, el carácter instrumental del debido proceso tiene plena vigencia "ante cualquier tipo de acto del Estado",<sup>64</sup> esto es, aun cuando sea el evento que la administración carezca de la debida regulación, lo que quiere decir que, "cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal".<sup>65</sup>

Después de la sentencia del Caso de los 270 trabajadores vs. Panamá, la Corte Interamericana reafirma lo dicho en cuanto al alcance de los efectos del artículo 8o. de la Convención Americana a los procesos administrativos, en el Caso

<sup>64</sup> Corte IDH, Caso Baena y otros, ya citado, párr.124.

<sup>65</sup> *Ibidem*

*Ivcher Bronstein vs. Perú*; pero además en este último dirá, más específicamente, que las garantías mínimas establecidas en el **numeral 2 del artículo 8o.**, sin excepción, son aplicables en los mismos términos reconocidos para la materia penal, en el orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.<sup>66</sup>

A la luz de esta interpretación expansiva del artículo 8 de la Convención, la Corte de Derechos Humanos continuará pronunciándose sobre los distintos extremos de la garantía del debido proceso administrativo, que a continuación se describen en consideración a su interés.

### 3.2. El debido proceso en la jurisprudencia interamericana

En el mencionado *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, la Corte alude al **derecho de toda persona a ser oída por un Juez o tribunal competente** para la "determinación de sus derechos", precisando que el artículo 8.1 de la Convención, "es igualmente aplicable a las situaciones en que alguna autoridad pública, no judicial, dicte resoluciones que afecten la determinación de tales derechos".

Para la Corte Interamericana el respeto al **derecho al debido proceso supone al mismo tiempo una garantía de proporcionalidad en el plazo de desarrollo del procedimiento administrativo**. Así lo hace saber en el *Caso Comunidad Indígena Xakmok Kasek vs. Paraguay*, al indicar que

El artículo 8.1 de la Convención establece como uno de los elementos del debido proceso que aquellos procedimientos que se desarrollen para la determinación de los derechos de las personas en el orden civil, laboral, fiscal o de cualquier carácter, deben hacerlo dentro de un plazo razonable. La Corte ha considerado cuatro elementos para determinar la razonabilidad del plazo: i) complejidad del asunto, ii) conducta de las autoridades, iii) actividad procesal del interesado, y iv) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.<sup>67</sup>

<sup>66</sup> Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001 (Reparaciones y Costas), párr. 103.

<sup>67</sup> Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xakmok Kasek vs. Paraguay*, Sentencia de 24 de agosto de 2010, párr. 133.

Por otro lado, el Tribunal de San José ha formulado algunas consideraciones acerca del **alcance del debido proceso al iter de fundamentación del acto, resolución o sentencia** que decide la causa administrativa. En este sentido, la Corte ha señalado que la decisión gubernativa debe ser motivada, ya que este deber es una de las "debidas garantías" incluidas en el artículo 8.1 de la Convención Americana, indispensable para la salvaguarda del derecho a un debido proceso y el derecho a defensa.

En esa línea, en el Caso *López Mendoza vs. Venezuela* dejó dicho que:

... la motivación "es la justificación razonada que permite llegar a una conclusión". Resalta la Corte que "El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática. Por ello, las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos deben permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad."<sup>68</sup>

Otro tópico de importancia para la garantía del debido proceso, desarrollado en la jurisprudencia interamericana, es **el derecho a ser juzgado por un Juez u órgano administrativo imparcial**. En palabras de la Corte de San José "las características de imparcialidad e independencia ... deben regir a todo órgano encargado de determinar derechos y obligaciones de las personas. En este sentido, el Tribunal ya ha establecido que dichas características no solo deben corresponder a los órganos estrictamente jurisdiccionales, sino que las disposiciones del artículo 8.1 de la Convención se aplican también a las decisiones de órganos administrativos".<sup>69</sup>

<sup>68</sup> Corte IDH, Caso *López Mendoza vs. Venezuela*, Sentencia de 1 de septiembre de 2011, párr. 149.

<sup>69</sup> Corte IDH, Caso *Vélez Loor*, ya citado, párr. 108.



La Corte Interamericana también ha señalado que **el debido proceso guarda estricta relación con el respeto a la garantía del principio de independencia judicial**, cuando se trata de investigaciones disciplinarias contra funcionarios del poder judicial. Así, en el Caso *Reverón Trujillo vs. Venezuela* de igual forma manifestó que el principio de independencia judicial "constituye uno de los pilares básicos de las garantías del debido proceso, motivo por el cual debe ser respetado en todas las áreas del procedimiento y ante todas las instancias procesales en que se decide sobre los derechos de la persona".<sup>70</sup>

Para la Corte, la garantía del debido proceso en causas disciplinarias contra funcionarios judiciales es esencial para el correcto ejercicio de la función jurisdiccional, pues uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos es "evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos Magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación".<sup>71</sup>

De acuerdo con el razonamiento de la Corte de Derechos Humanos la independencia judicial se salvaguarda a través de un adecuado proceso de nombramiento del funcionario, mediante la garantía de inamovilidad en el cargo y la garantía contra presiones externas; lo que significa, según plantea, que los Jueces sólo pueden ser removidos por faltas de disciplina graves o incompetencia y acorde a procedimientos justos que aseguren la objetividad e imparcialidad según la Constitución o la ley. En esa misma línea, la Corte señaló que, para proteger tales garantías los Estados democráticos deben tender a crear mecanismos científicos de selección e incorporar a sus miembros a través de tales vías. Sin embargo, el Tribunal reconoce también que estas garantías normalmente favorecen con exclusividad a los Jueces y funcionarios que forman parte del régimen

<sup>70</sup> Corte IDH, Caso *Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009, párr. 68.

<sup>71</sup> Corte IDH, Caso *Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de los Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*, Sentencia de 5 de agosto de 2008, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 55, y Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, párr. 186.

de carrera judicial, razón por la cual en el Caso *Apitz Barbera y otros*, tuvo ocasión de referir que la garantía del debido proceso en su vertiente de protección del principio de independencia judicial también tiene alcance a aquellos funcionarios que no forman parte de los regímenes de carrera judicial.

Para la Corte, "la provisionalidad no debe significar alteración alguna del régimen de garantías para el buen desempeño del juzgador y la salvaguarda de los propios justiciables".<sup>72</sup> De manera que "el nombramiento de Jueces provisionales debe estar sujeto a aquellas condiciones de servicio que aseguren el ejercicio independiente de su cargo, el régimen de ascenso, traslado, asignación de causas, suspensión y cesación de funciones del que gozan los Jueces titulares debe mantenerse intacto en el caso de los Jueces que carecen de dicha titularidad".<sup>73</sup>

En otro extremo, en fallo reciente del Caso *Maldonado Ordoñez vs. Guatemala*,<sup>74</sup> el Tribunal de Derechos Humanos dictaminó que, conforme al artículo 8o. numeral 2 de la Convención Americana, **"la garantía del debido proceso administrativo y el derecho a defensa incluye también el deber de comunicar previa y detalladamente de la acusación a la persona procesada y el principio de presunción de inocencia."** De acuerdo con el fallo, en ejercicio del derecho a defensa la persona imputada tiene "derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan", pues, como "parte de las garantías mínimas establecidas en el artículo 8.2 de la Convención, el derecho a contar con comunicación previa y detallada de la acusación aplica tanto en materia penal como en los otros órdenes señalados en el artículo 8.1 de la Convención, a pesar de que la exigencia en los otros órdenes puede ser de otra intensidad o naturaleza".<sup>75</sup>

<sup>72</sup> Corte IDH, Caso *Apitz Barbera y otros*, ya citado, párr. 43.

<sup>73</sup> *Ibidem*, párr. 46.

<sup>74</sup> Corte IDH, Caso *Maldonado Ordoñez vs. Guatemala*, Sentencia de 3 de mayo de 2016, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

<sup>75</sup> *Ibidem*, párr. 80.

Por último, con relación al **principio de presunción de inocencia**, la Corte ha planteado que este criterio "constituye un fundamento de las garantías judiciales, y que dichas garantías deben observarse en los procedimientos en que se determinen o se afecten derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter". De ahí que, "...el alcance de las garantías contenidas en el artículo 8.2 de la Convención debe respetarse tanto en materia penal como en todas en donde se vean afectados los derechos de las personas. Lo anterior incluye el principio de presunción de inocencia, por lo que es posible analizar el respeto a dicho principio de procedimientos sancionadores administrativos".<sup>76</sup>

### Fuentes

BERNAL Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014.

BREWER-CARÍAS, Allan, "Derecho administrativo y control de convencionalidad". Conferencia dictada en el Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, el 19 de marzo de 2015. En: <http://www.allanbrewercarias.com/>

CASTILLA Juárez, Karlos, "Control de convencionalidad interamericano: una propuesta de orden ante de diez años de incertidumbre", *Revista IIDH del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 64, julio-diciembre 2016, pp. 87-126.

CASSAGNE, Juan, "Neoconstitucionalismo y acto administrativo", en DURÁN Martínez, Augusto (ed.), *Estudios de derecho administrativo*, La Ley, Montevideo, 2013.

GARCÍA De Enterría, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2002.

<sup>76</sup> *Ibidem*, párr. 85.

- GONZÁLEZ Montenegro, Rigoberto, *Curso de derecho procesal constitucional*, Cultural Portobelo. Panamá, 2009.
- HITTERS, Juan Carlos, "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)", *Revista Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 10, julio-diciembre 2008, pp. 131-156.
- HOYOS, Arturo, "Constitución e impartición de justicia: el debido proceso en el nuevo contexto democrático de latinoamérica", en V.V. A. A., *Congreso Iberoamericano de Derecho constitucional*, Estudios doctrinales, núm. 193. UNAM-IIJ, Mexico, 1998.
- HOYOS, Arturo, *Interpretación Constitucional*, Cultural Portobelo, Panamá, 2011.
- JINESTA Lobo, Ernesto, "La construcción de un derecho administrativo común interamericano. Reformulación de las fuentes del derecho administrativo con la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos", *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, núm. 11, 2011, pp. 112-120.
- MARCONDES Martins, Ricardo y SANTANO, Ana, "Una lectura neoconstitucional de la teoría del poder de policía", en RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, et al. (dirs.), *Curso de derecho administrativo iberoamericano*, Instituto Nacional de Administración Pública-Comares, Madrid, 2015.
- MEJÍA Edward, Jerónimo, "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XIX, Bogotá, 2013, pp. 467-488.
- MITRE Guerra, Eduardo, "El principio de no regresión ambiental en la jurisprudencia panameña" en EMBID Irujo, Antonio (coord.), *Agua, energía, cambio*

*climático y otros estudios de derecho ambiental. En recuerdo a Ramón Martín Mateo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

NOGUEIRA Alcalá, Humberto, "El control de convencionalidad y el dialogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 10, núm. 19, enero-junio 2013, pp. 221-270.

PAREJO Alfonso, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 5a. ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

REBOLLO Puig, Manuel, IZQUIERDO Carrasco, Manuel, ALARCÓN Sotomayor, Lucía, y BUENO Armijo, Antonio, *Derecho administrativo sancionador*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, *Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales*, Instituto Nacional de Administración Pública y Global Law Press, Sevilla, 2015.

RODRÍGUEZ Rescia, Víctor Manuel, "El debido proceso legal y la Convención Americana sobre derechos humanos", en Héctor Fix-Zamudio, *Libro Amicorum*, Volumen II, Corte Interamericana de Derechos, San José de Costa Rica, 1998.

SAGÜÉS, Néstor, "'El control de convencionalidad' como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano", en VON BOGDANDY, Armin, FERRER Mac-Gregor, Eduardo, y MORALES Antoniazzi, Mariela (coords.), *La justicia constitucional y su internalización ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, UNAM, México, 2010.

SANJÚR G. Feliciano, *Apuntes de derecho administrativo*, Universidad de Panamá, Panamá, 1974.

SANTOFIMIO Gamboa, Jaime Orlando, *Reflexiones en torno a la potestad administrativa sancionadora: aplicación en el sector energético, ambiental, de las telecomunicaciones y en otros sectores*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014.

SCHIMDT-ASSMANN, Eberhard, *La Teoría general del Derecho administrativo como sistema*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2003.

# El modelo del Estado y el control constitucional como garante de los derechos humanos en Nicaragua

Edwin Castro Rivera\*  
Sergio Javier  
Cuarezma Terán\*\*

## 1. Introducción

Nicaragua, en su Constitución Política, determina que una de las principales funciones del Derecho es servir de límite al poder estatal y controlar su ejercicio. Para ello, bajo el Estado democrático y social de Derecho, según reza en dicha Norma Fundamental, el Poder Judicial es el guardián de garantizar la supremacía de la Carta Marga, la jerarquía de las normas, el imperio de la legalidad, la protección y tutela de los derechos humanos, y el debido proceso y la tutela judicial efectiva, tanto en los procesos administrativos, como en los

\* Profesor e investigador de Derecho constitucional del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua; Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana (UCA); sede Nicaragua. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sección Nicaragua.

\*\* ExMagistrado de la Corte Suprema de Justicia de la República de Nicaragua. Vicerrector General, profesor e investigador del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua.

procesos judiciales; por tanto, evitar que los actos de poder desborden los conceptos previamente establecidos en la Norma Primaria.<sup>1</sup>

La Constitución Política es la norma límite de los órganos e instituciones del Estado, quien los crea y establece sus atribuciones constitucionales, que limitan el ámbito de actuación, siendo esto un pilar fundamental del Estado de Derecho, a como lo establece el artículo 130, párrafo primero, y el artículo 183 constitucionales.

El Estado debe centrarse estratégicamente en promover el cumplimiento de cada uno de los preceptos establecidos en la Constitución, que se constituyen como condiciones básicas de vida para el ciudadano. Los esfuerzos dirigidos hacia la creación y fortalecimiento del respeto de estos preceptos significan el cimiento para lograr un desarrollo integral de las familias nicaragüenses, ya que estos permitirían ofrecer condiciones para la gobernabilidad, estabilidad y desarrollo económico en el país, que lleve a reivindicar los derechos, libertades y desarrollo económico sostenible a los sectores menos favorecidos o vulnerables.

En este sentido, el presente trabajo se orienta a realizar un análisis del funcionamiento y regulación relativa al control constitucional nicaragüense como garante de los Derechos humanos; para su desarrollo se retoma los conceptos Estado democrático y social de Derecho y los relativos al sistema de control constitucional.

El Estado de Derecho, como uno de los principios que con valor superior establece nuestra Constitución dentro de la amplia perspectiva del Estado democrático y social de Derecho, fija un conjunto de preceptos que sujetan a los ciudadanos y a los poderes públicos a la Constitución Política y a las leyes. Establece y garantiza un sistema de derechos sociales, económicos, políticos y de libertades públicas, bajo la primacía de la dignidad humana y determina los límites de

---

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia de Nicaragua. Sentencia núm. 2 de 10 de enero de 2008.



actuación de los poderes del Estado y de otras instituciones públicas constitucionales. Este sometimiento de gobernantes y gobernados al imperio de la Ley tiene, sin embargo, ángulos de vista diferentes, los gobernantes (Órganos del Estado e Instituciones Públicas), sólo pueden realizar lo que la Constitución y las Leyes lo facultan,<sup>2</sup> mientras los gobernados pueden realizar todo aquello que la Ley no les prohíba.<sup>3</sup> En esta línea de pensamiento, la Sentencia No. 2/2008, diez de enero, de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, expresa:

... el poder del Estado constituye una poderosa oportunidad para servir a los intereses generales del pueblo, pero también puede generar una gran tentación para quienes lo ostentan y desnaturalizar tal interés. El deseo de ponerle límites eficaces y de garantizar que sólo se usará de acuerdo a los intereses de la sociedad y con justicia, sólo es posible si el mismo se desarrolla en el marco constitucional y las leyes vigentes. El poder está limitado por la soberanía que radica en el pueblo (art. 2 Constitución Política) y debe estar concebido para el desarrollo, progreso y crecimiento de los habitantes. Por ello, la Constitución considera nulos los actos del poder público violatorios de los derechos que ella garantiza, señalando inclusive la responsabilidad patrimonial de las instituciones del Estado por los daños y perjuicios causados por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o función (art. 131 Constitución Política).

Estas prestaciones vitales a que está obligado el Estado frente a la comunidad son instrumentadas en gran medida por la Administración Pública y la forma de desarrollarlas es amplia y abierta, y está determinada por la variabilidad misma de las actividades que deben ser satisfechas. Ello condiciona también la elección de los sectores de actuación que serán objeto de dichas prestaciones (participación ciudadana, educación, salud, trabajo, cultura, seguridad social, seguridad personal, familia, industria) así como su intensidad.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Constitución Política de Nicaragua (Cn), artículo 183.

<sup>3</sup> Cn, artículo 32.

<sup>4</sup> Cn, artículos 6o., 7o., 57, 58, 59, 63 y 64.

La existencia de un Estado de Derecho es esencial para la vigencia de la seguridad jurídica del habitante, y se apoya en tres presupuestos: La vigencia de un orden jurídico, el principio de legalidad (bajo el cual el Estado somete su actividad) y la separación de funciones de los órganos del Estado. Incluye en su noción la creación del Derecho supeditado al hecho de que la Constitución es la Ley Suprema, y es Norma Aplicable. Como lo expresa la sentencia No. 2/2008, diez de enero, de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua

...la Constitución política del país, derivado del modelo de Estado que consagra, el Estado Social de Derecho, determina que una de las funciones del Derecho es servir de límite al poder estatal y controlar su ejercicio, para ello, y bajo el Estado de derecho y el principio de la separación de poderes que constituyen el Estado, el Poder Judicial es el guardián de garantizar la supremacía de la Carta Magna, la jerarquía de las normas, el imperio de la legalidad y la protección y tutela de los derechos humanos y, por tanto, evitar que los actos de poder desborden los preceptos previamente establecidos por la norma primaria.

También, que las leyes han de contribuir al desarrollo pleno y profundo del marco de acción constitucional y que deben de estar inspiradas en los principios y valores superiores inherentes al orden democrático: libertad, seguridad, igualdad, justicia social y respeto a la dignidad humana. Estos principios y valores de rango constitucional se organizan en libertades individuales, derechos sociales, económicos y políticos.

Son principios de la nación nicaragüense, la libertad, la justicia, el respeto a la dignidad de la persona humana, el pluralismo político y social, el reconocimiento a los pueblos originarios y afrodescendientes de su propia identidad dentro de un Estado unitario e indivisible, el reconocimiento a las distintas formas de propiedad, la libre cooperación internacional, el respeto a la libre autodeterminación de los pueblos, los valores cristianos, los ideales socialistas, las prácticas solidarias, y los valores e ideales de la cultura e identidad nicaragüense (art. 5 Cn).

La Constitución Política no debe ser vista únicamente como norma jurídica escrita, sino en su valor axiológico y con una visión holística de la sociedad,

es decir, como un sistema de valores ético-morales que determinan el Estado que desea dicha Nación, el Estado de derecho como un "orden de la tolerancia".<sup>5</sup> Por ello, es importante el control jurídico que garantice la supremacía de la Norma Fundamental, que racionalice el ejercicio del poder y encaucen los ideales y valores del pueblo.<sup>6</sup>

En este sentido, la democracia debe ser vista como una inmensa experiencia humana, relacionada a la búsqueda histórica de libertad, justicia, y bienestar material y espiritual, es una experiencia evolutiva permanentemente en construcción e inconclusa, teniendo siempre presente sus tensiones, sus límites, sus incumplimientos, sus denigraciones. Se ha convertido en un símbolo de libertad y justicia; es a la vez, un fin y un mecanismo, un procedimiento para el acceso y el ejercicio del poder de los hombres y mujeres, pero a su vez, es una manera de construir, garantizar y expandir la libertad, la justicia, el progreso, es decir, el buen vivir, tratando de organizar las tensiones y conflictos de la sociedad.

## 2.1. Sujeción a la legalidad: seguridad y garantía

Las características del Estado de Derecho son, entre las fundamentales, la sujeción al principio de legalidad, a la jerarquía normativa, el reconocimiento y respeto a los Derechos fundamentales de las personas, a la reserva de ley, al control judicial de los actos administrativos, y al debido proceso y a la tutela judicial efectiva aplicados, tanto a los procesos administrativos, como a los judiciales (art. 8 CADH). Estas características del Estado de Derecho se traducen en seguridad para la realización de los valores sociales y su respeto frente a probables actos arbitrarios de los Órganos del Estado e Instituciones Públicas. Parafraseando a Werner Birkenmaier, el Estado de derecho para interferir con la vida del ciudadano debe hacerlo en virtud de una ley, a diferencia del Estado

<sup>5</sup> Josef Thesing (ed.), *El Estado de derecho y sus bases éticas. En Estado de Derecho y Democracia*, CIEDLA, Honrad Adenauer Stiftung, 1997, p. 39.

<sup>6</sup> Gerhard Robbers, "El Estado de derecho y sus bases éticas", Josef Thesing (ed.), *Estado de Derecho y Democracia, op. cit.*, pp. 29-47.

policial del absolutismo, el ejecutivo solo necesitaba una orden del soberano para justificar sus actuaciones, así el Estado de derecho "se asoció siempre con la sujeción de la administración a la ley y el derecho, lo que se conociera como el principio de legalidad de la administración o imperio de la ley y el derecho".<sup>7</sup>

El Estado de Derecho, como "un principio fundamental elemental",<sup>8</sup> tiene como base el principio de legalidad, garantía contra el abuso del Estado en contra de las personas. El principio de legalidad nace y resulta de identificar la acción del Estado con la ley, se refiere a la forma, cómo el Estado desarrolla su acción limitada y sujeta a la norma jurídica. En este sentido el habitante queda protegido cuando el Estado se ve imposibilitado a infringir la ley, es decir, que la relación Estado-Habitante está fundamentada en el fin primordial y la razón de ser del Estado de Derecho: la *seguridad jurídica*. En dicha relación el Poder Judicial aparece como un presupuesto para garantizarla. Por esta razón, *la independencia externa e interna y el prestigio del Poder Judicial* debe ser una actuación permanente y estratégica en el proceso democrático que vive Nicaragua, haciendo posible que toda actuación del Estado sea *calculable y previsible*.<sup>9</sup>

El principio de la legalidad opera de distinta manera para los particulares que para el Estado. En efecto, mientras que para los particulares este opera según lo establecido por el arto. 32 de la Constitución Política nicaragüense (Cn), que establece: "Ninguna persona está obligada a hacer lo que la ley no mande, ni impedida de hacer lo que ella no prohíbe"; para el Estado, en su totalidad, significa lo contrario, así el párrafo primero del arto. 130 Cn establece: "Ningún cargo concede a quien lo ejerce, más funciones que las que le confieren la Constitución y las leyes", y ese mismo criterio, está reforzado en el art. 183 Cn que dice.

<sup>7</sup> Josef Thesing, *Estado de Derecho y Democracia*, op. cit., p. 85.

<sup>8</sup> Wolfgang Horn, "Rasgos básicos del Estado de Derecho según la Ley Fundamental alemana", en Josef Thesing (ed.), *Estado de Derecho y Democracia*, op. cit., p. 61.

<sup>9</sup> Waldemar Besson y Gotthard Jasper, "Elemento del Estado de Derecho: el principio de legalidad en toda actuación del poder público", en Josef Thesing (ed.), *Estado de Derecho y Democracia*, op. cit., p. 124. Los autores expresan que "solo puede existir seguridad jurídica allí donde los ciudadanos saben con exactitud, qué es lo que el Estado puede hacer y qué es lo que ellos mismos deben hacer o dejar de hacer."

"Ningún Poder del Estado, organismo de gobierno o funcionario tendrá otra autoridad, facultad, jurisdicción que las que le confiere la Constitución Política y las leyes de la República".

## 2.2. Desarrollo legislativo de la Constitución

Para alcanzar ese Estado democrático y social de Derecho se hace necesario convertir en leyes los postulados constitucionales aún pendientes de desarrollar y articular. Existe un consenso entre los juristas nicaragüenses que el texto de la Constitución requiere un desarrollo legislativo acorde con sus amplios horizontes y con la complejidad del momento actual, y fundamentalmente, después de las reformas de febrero del 2014, donde se constitucionalizan nuevos derechos y nuevos modelos políticos y sociales, entre otros, la actuación protagónica de las familias nicaragüenses en el quehacer de las políticas públicas, el modelo de alianza, diálogo y consenso, entre la empresa privada-trabajadores-gobierno, entre gobierno nacional y gobierno local, para acelerar el desarrollo económico sostenible y el bien común en Nicaragua. Esto hace indispensable fortalecer y apoyar al Poder Legislativo y al Poder Judicial en la tarea de definir, promulgar y hacer que se apliquen las leyes necesarias para garantizar la vigencia real de todos los Derechos fundamentales de las personas. Habrá que redoblar esfuerzos políticos, administrativos y económicos para la creación de leyes cada vez más ajustadas tanto a la realidad actual, como a las más ambiciosas visiones de futuro de la nueva Nicaragua, que establece la Constitución Política de Nicaragua, con su última reforma de febrero del 2014.

Desde su perspectiva actual, el texto constitucional nicaragüense requiere de un desarrollo legislativo amplio y complejo, pues todavía no hay una total correspondencia entre la titularidad formal de los derechos en él consagrados y su ejercicio real y efectivo, debido a que es un proceso en desarrollo legislativo, judicial y cultural. El Estado nicaragüense necesita de un ordenamiento jurídico adecuado a la realidad social que garantice, en primer lugar, que el Estado esté conceptualizado, estructurado y organizado de forma coherente a su naturaleza

o modelo constitucional de alianza, diálogo y consenso,<sup>10</sup> el Estado democrático y social de Derecho,<sup>11</sup> el ejercicio de la democracia de forma directa, participativa y representativa,<sup>12</sup> y la determinación de los ciudadanos, y la familia como elementos protagónicos en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos del Estado.<sup>13</sup>

En este sentido, el Estado estaría organizado con los procedimientos adecuados y seguros para desarrollar su actividad estatal y administrativa (por ejemplo: Ley de Organización del Estado; Ley General de la Administración Pública, Ley de Procedimiento Administrativo Común, Ley de Procedimiento Contencioso-Administrativo y Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado), es decir, el Estado nicaragüense debe seguir una reforma profunda en el plano formal e institucional, social y económico. Ya que no es posible, por la propia por la propia naturaleza de su modelo, pretender la existencia de un Estado pasivo, provincialista, artesanal y contemplativo, sólo de carácter formalista.

El desarrollo del Estado de Derecho cumple una función en el plano de la seguridad jurídica que, como consecuencia, se traduce en estabilidad política, económica y social, que debe impactar en las familias vulnerables, y por ello, a la erradicación de la extrema pobreza y al combate de la pobreza en Nicaragua. Es necesario, entonces, promover el respeto a la supremacía de la Constitución Política y la jerarquía de las leyes; crear un marco de legalidad administrativa y judicial adecuada a las necesidades del país; fortalecer la coordinación entre los órganos del Estado, el reconocimiento y garantía de las libertades fundamentales y el control de la constitucionalidad. Todos estos elementos conforman los pilares mínimos para la construcción del Estado constitucional de Derecho, lo que nos lleva en Nicaragua, según reza en su Constitución Política, a un Estado democrático y social de Derecho.<sup>14</sup>

---

<sup>10</sup> Cn, artículo 98.

<sup>11</sup> Cn, artículo 6.

<sup>12</sup> Cn, artículo 7.

<sup>13</sup> Cn, artículo 6.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

### 2.3. El modelo del Estado de Nicaragua

La Constitución Política (producto de las reformas de 1995) estableció que la Nación nicaragüense se constituye en un "Estado Social de Derecho,"<sup>15</sup> y la reforma del año 2014, acertadamente, la constituye en un "Estado Democrático y Social de Derecho".<sup>16</sup>

Artículo 6. Nicaragua es un Estado independiente, libre, soberano, unitario e indivisible. Se constituye en un Estado democrático y social de Derecho, que promueve como valores superiores la dignificación del pueblo a través de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los Derechos Humanos, la ética y el bien común. Las ciudadanas y ciudadanos y la familia son elementos protagónicos en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos del Estado.

Este modelo de Estado, producto de la unión de los principios del Estado liberal y del Estado social, con la participación de los ciudadanos, supone la superación del Estado guardián, para convertirse en un Estado de carácter interventor en los asuntos sociales con participación protagónica de las familias, por lo menos, en teoría. El Estado liberal responde a la preocupación *de defender a la sociedad de su propio poder*, lo que pretende conseguir mediante la técnica formal de limitar la actuación de los órganos del Estado y el principio de legalidad. El Estado Social, en cambio, supone el intento de derrumbar las barreras que en el Estado liberal separaban a Estado y sociedad.<sup>17</sup> Así, la sentencia

<sup>15</sup> Cn, artículo 130, reforma de 1995.

<sup>16</sup> Cn, artículo 6, vigente.

<sup>17</sup> Véase Sentencia no. 587/2011, Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, veintidós de junio. "Este Supremo Tribunal considera que la seguridad social es un derecho humano y social fundamental e irrenunciable, garantizado por el Estado a todos los ciudadanos, independientemente de su capacidad contributiva, condición social, actividad laboral, medio de desenvolvimiento, salarios, ingresos y renta, conforme a los términos establecidos en la Constitución de la República y en las diferentes leyes nacionales. La seguridad social se considera derecho fundamental sólo sobre la base de los siguientes supuestos: primero, que opere en conexión con otro derecho fundamental; segundo, entendida como la asistencia pública que debe prestarse ante una calamidad que requiera, de manera urgente, la protección del Estado y de la sociedad,

No. 2/2008, diez de enero, de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua reconoce que el: "Estado social tiene un papel relevante en tanto intervenir de forma activa y positiva en configurar o transformar los problemas más graves de la sociedad..."

Si el principio que regía la función del Estado liberal era la limitación de la acción del Estado en los temas sociales, el Estado social se edifica a continuación en motor activo de la vida social, está llamado a modificar las efectivas relaciones sociales. La Constitución Política, al crear el modelo de Estado en Social y de Derecho, hace que del *Estado-guardián* preocupado ante todo de no interferir en las relaciones sociales, pasa a configurarse en un Estado *intervencionista* (*Welfare State*).<sup>18</sup>

---

por afectar de manera grave e inminente la vida humana o la salud; tercero, ante casos de extrema necesidad, y cuarto, que se pueda prestar de acuerdo con las posibilidades reales de protección de que disponga el Estado para el caso concreto. Por tanto, ni el Estado ni la sociedad civil pueden permitir que uno de sus miembros se abandone a la fatalidad de vivir sin las condiciones mínimas de apoyo que se le deben brindar a un ser humano, sobre todo cuando se encuentra, según se ha dicho, en estado de extrema necesidad por su evidente invalidez por enfermedad. Este es uno de los avances más notables de la Carta Política, que establece la primacía de la realidad, en el sentido de evitar que los derechos fundamentales y las garantías sociales sean meros enunciados abstractos. Por el contrario, el espíritu de la Constitución se inspira en la efectividad de los derechos fundamentales, pues ellos fundamentan la legitimidad del orden jurídico, por ser esenciales a la dignidad de la persona, fin del orden jurídico universal. Los derechos a la vida y a la salud están en íntima conexión con la efectividad de la seguridad social, ya que todo ser humano tiene derecho a una existencia digna. Cuando una persona padece el estado de extrema necesidad, no se le puede excluir de la protección eficaz a la dignidad personal a que tiene derecho, sino extenderle toda la ayuda posible, incluso otorgarle prelación en la destinación de bienes y servicios, de acuerdo con el mandato constitucional. Si rige entre nosotros un Estado Social de Derecho, se deben destinar universalmente los bienes y servicios, de suerte que nadie quede excluido de la seguridad social. No puede haber excusa válida para la miseria y el abandono de los asociados. La inspiración social de la Carta Política no es un enunciado abstracto, se repite; es una de las finalidades esenciales del Estado Social de Derecho, y este Supremo Tribunal tiene el deber de defender la guarda e integridad de la Constitución. Por ello, para esta Superioridad la seguridad social implica la coherencia entre validez y eficacia. De nada sirve a la comunidad que estén consagradas las garantías, si éstas no se realizan. La perfección significa realización de las finalidades de un ente. Se define la seguridad social integral como el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad. En consecuencia, dichos funcionarios recurridos han violado el Derecho a la Seguridad Social y a la protección integral y medios de subsistencia en caso de invalidez, vejez, riesgos profesionales, y enfermedad a que tiene derecho el recurrente, conforme los artículos 59, 61 y 82 numeral 7o. de la Constitución Política, y por tanto debe ampararse al recurrente y así declararse".

<sup>18</sup> Roman Herzog, "Elementos que definen un Estado de derecho: El Estado servidor del ciudadano", Josef Thesing (ed.), *Estado de Derecho y Democracia, op. cit.*, pp. 21-26; Wolfgang Horn, "El Estado de Derecho y



El Estado liberal y social, representan dialécticamente la tesis y antítesis, la aparición histórica de este último representó un relajamiento y un distanciamiento de las garantías liberales. Esto no significa o implica que la concepción del Estado social o intervencionista sea autoritaria. Lo único esencial al mismo es la asunción de una función de incidencia activa en las relaciones sociales efectivas, y esta función puede ponerse al servicio no sólo de una minoría o de un discutible interés social general, sino también del progreso efectivo de cada una de las personas.

Siendo así su naturaleza, no resulta contradictorio con ese Estado Social el imponerse los límites propios del Estado de Derecho, igualmente al servicio de la persona, no obstante, para impedir que se desarrolle en un Estado intervencionista autoritario. Pero para la gran mayoría de la población el Estado Social es el que les permite hasta avanzada edad una vida relativamente digna, basada en la libre determinación, como expresa *Helmut Simon*.<sup>19</sup> El fortalecimiento del Estado de Derecho no sólo supone la tentativa de someter la actuación del Estado social a los límites formales del Estado de Derecho, sino también su orientación material hacia la democracia real o social. Así, la fórmula del Estado Social que establece la Constitución Política, estaría al servicio de las personas,<sup>20</sup> y tomando partido efectivo en la vida activa de la sociedad, sin temor de que se desborde de los controles del Estado de Derecho. En palabras de Roman Herzog, si debiéramos definir en breves palabras al Estado de derecho, podríamos decir que "se trata de aquel Estado que posibilita al hombre mostrarse tal como es y que a su vez, actúa en beneficio de los ciudadanos"<sup>21</sup> y en cualquier caso que intervenga, "el Estado debe hacerlo de modo tal que su injerencia sea limitada, previsible y calculable."<sup>22</sup>

---

Estado social", *op. cit.*, pp. 173-180; Helmut Simon, "Los derechos fundamentales en el Estado democrático y social de derecho", en Josef Thesing (ed.), *Estado de Derecho y Democracia*, *op. cit.*, pp. 181-203.

<sup>19</sup> Josef Thesing (ed.), *Estado de Derecho y Democracia*, *op. cit.*, p. 195.

<sup>20</sup> Cn, artículo 131.

<sup>21</sup> Josef Thesing (ed.), *Estado de Derecho y Democracia*, *op. cit.*, p. 21.

<sup>22</sup> Roman Herzog, "Elementos que definen un Estado de Derecho: el Estado servidor del ciudadano", en Josef Thesing (ed.), *Estado de Derecho y Democracia*, *op. cit.*, p. 22.

El Estado democrático y social de Derecho pretende, además de los planteamientos establecidos en el Estado social de Derecho, la participación de la comunidad en la toma de decisiones, programación, planificación y gestión de los asuntos públicos del Estado, es decir, la coordinación permanente y efectiva de la democracia representativa con mecanismos de democracia participativa y mecanismos de democracia directa, lo que obligatoriamente requiere transformaciones culturales de gobernantes y gobernados en una acción conjunta y de responsabilidad compartida de la definición de las políticas públicas, de su ejecución y su control social para contribuir con el desarrollo económico y social del país, mejorando las condiciones de vida del pueblo y realizar una distribución cada vez más justa de la riqueza en la búsqueda del buen vivir.<sup>23</sup>

A los planteamientos de la necesidad y la realidad de incorporación de mecanismos de democracia directa, se presentan voces con preocupaciones en la aplicación de dichos mecanismos, expresando que ellos pueden ser de fácil manipulación, debilitando la institucionalidad de los gobiernos representativos y consolidando gobiernos de facto, a través de consultas populares. Si bien pudieran ser ciertas estas preocupaciones en el uso de los mecanismos de democracia directa, no menos cierto es que la democracia se sustenta en la soberanía popular y que la soberanía popular tiene su expresión más íntima en los valores los ciudadanos, en sus capacidades y sus decisiones.

Uno de los argumentos esgrimidos con mayor firmeza para sustentar el modelo de democracia representativa es la complejidad de los gobiernos y, sobretodo, en esta época de globalización. Una de las características de la globalización es el enorme desarrollo de los procesos de información y comunicación, las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC), que nos pone a disposición en cortísimos espacios de tiempo una vasta información y una eliminación de las distancias. Las TIC en sí mismas no vienen a mejorar la democracia, pero son instrumentos que contribuyen a facilitar la participación protagónica y

---

<sup>23</sup> Cn, artículo 98.

decisoria de los ciudadanos en el quehacer político, al estar informados con certeza y celeridad, y con ello, contribuyen a la búsqueda de solución de la crisis democrática establecida.

## 2.4. La Administración Pública

En la sociedad nicaragüense existe un elevado nivel de expectativas en torno a la actividad de los poderes públicos. Sin desconocer el papel positivo que ha jugado el sistema político en la transformación de la sociedad nicaragüense, en el curso de su evolución se han generado algunas disfunciones que le impiden acompañar y sostener las transformaciones que son una exigencia perentoria; impidiendo la plena realización de las garantías sociales, económicas, políticas e individuales contempladas en la Constitución.

La Administración pública es un instrumento de ejecución de las políticas públicas del Estado, empero, en su estructura reproduce, aunque en menos intensidad, los desajustes del sistema político y su pérdida de dinamismo e incapacidad para dar adecuadas respuestas a las crecientes y heterogéneas demandas emanadas de la sociedad civil.

Históricamente, se evidencia una marcada falta de capacidad para impulsar el proceso de transformaciones requerido, a través de un verdadero diálogo y búsqueda de acuerdo entre los actores políticos, para poder atender debidamente al ciudadano en los aspectos que la Ley pone a su cargo.

La disfunción tradicional de la Administración pública puede estar en la tendencia mayoritaria del presidencialismo en la historia de Nicaragua, que desalienta los acuerdos y consensos, los que son especialmente necesarios en épocas de crisis y de transición. Linz<sup>24</sup> atribuye esta debilidad a la característica de juego

<sup>24</sup> Véase Juan Linz, "Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Make a Difference?", en Juan Linz y Arturo Valenzuela (eds.), *The Failure of Presidential Democracy*, John Hopkins University Press, Baltimore, 1994.

de "suma cero" o "*winner-takes all*" del presidencialismo. Guillermo O'Donnell, en el mismo sentido, se refiere a los sistemas presidenciales latinoamericanos como "democracias delegativas", en que los presidentes están "habilitados a gobernar al país como se les ocurra...".<sup>25</sup> Este fenómeno de relaciones políticas, también conocido como "sistema del botín" (*spoil system*), al implicar la sobrepoblación de todas las decisiones que afectan el aparato público, aumenta la discrecionalidad en las decisiones públicas, y sustenta la selección y precaria continuidad de los funcionarios públicos, en lealtades partidistas y personales. Se basa en que el poder público, el "botín", pertenece y es distribuido por el partido triunfador.

La presencia excesiva de la *ratio política*, signada por el sistema "suma cero" o "del botín", si bien encontró su razón de ser en circunstancias históricas y en contextos determinados, se trata desde hace unos años de superarlo para el desarrollo de una administración eficiente, contando con los ciudadanos como actores protagónicos. Ésta debe caracterizarse por la estabilidad en la función pública, y estar dotada de funcionarios competentes, capaces de orientar a la administración pública hacia la atención de las demandas de la población, con su participación protagónica, y no de cerrados criterios clientelistas. Una administración que se configure sobre esta base, será capaz de establecer y administrar reglas iguales para todos, estables en el tiempo, que brinden seguridad a la sociedad civil y que estimulen su fortalecimiento. La Constitución Política, al referirse a los funcionarios públicos y la función pública expresa que: deben atender y escuchar sus problemas y procurar resolverlos; y que la función pública se debe ejercer a favor de los *intereses del pueblo* (art. 131).

## 2.5. La administración de justicia como garante del Estado de Derecho

Una de las bases del Estado de Derecho es un Poder Judicial cuya justicia emana del pueblo y es impartida en su nombre, provisto de los necesarios recursos

<sup>25</sup> Cfr. Guillermo O'Donnell, "Delegative Democracy", *Journal of Democracy*, vol. 5, núm. 1, enero 1994, pp. 55-69.

humanos y materiales, dotado de una infraestructura técnica moderna y formado por Jueces y Magistrados capacitados que reúnan las condiciones profesionales, técnicas y de integridad moral, y por tribunales cuya organización y funcionamiento aseguren un rendimiento satisfactorio y oportuna resolución de los juicios.

Asegurándose de esta forma la supremacía o el imperio de la Constitución y las leyes y con ello la plena vigencia de los derechos y garantías de la persona, esenciales para el desarrollo democrático del país.

## **2.6. Funcionamiento y confianza en el Poder Judicial**

El Sistema Judicial de Nicaragua ha venido sufriendo una serie de reformas con el objetivo de su modernización, consciente de que ésta no se agota en la modificación de las estructuras de los tribunales que se han venido realizando en todo el país, sino que también aspirar a un adecuado funcionamiento de los órganos judiciales, mediante la adopción de sistemas, métodos y procedimientos que permitan una mayor eficiencia en el servicio de la Administración de justicia, y se traduzca en más rendimiento de los tribunales y racionamiento de los recursos necesarios.

En este sentido, la reforma constitucional del febrero del 2014 establece que "el proceso judicial deberá ser oral y público", lo que se ha venido implementando en materia penal, civil, laboral, familia, niñez, violencia intrafamiliar, con las excepciones establecidas por ley en los casos de la publicidad; mecanismos que se deben venir perfeccionando para lograr una justicia más expedita, recordando que justicia tardía no es justicia, y estableciendo el sistema oral y contradictorio una mejor demanda de los derechos pretendidos.

Asimismo, continuar reformando los sistemas administrativos y, entre otras medidas, establecer un régimen de distribución de expedientes en todas las jurisdicciones y modernizar los sistemas de archivo; e incorporar la informática a todo el sistema de Administración de justicia, como requisito indispensable

para agilizar y modernizar los procedimientos y procesos, tanto administrativos como jurisdiccionales.

Dentro de esta reforma continua del sistema judicial se presenta la necesidad de trabajar en una nueva ley y sistema de justicia constitucional (propuesta desarrollada en el presente trabajo) y en un sistema jurisdiccional de los contencioso-administrativo, como lo demanda la Constitución Política vigente

## 2.7. Estado de Derecho y cultura

El Estado de Derecho se fundamenta en la estabilidad del orden jurídico, en la interiorización de dicho ordenamiento por el propio sistema, en la transformación de la cultura jurídica de la sociedad, teniendo a la familia como protagonista del mismo.

Estos aspectos son importantes para la concepción de una reforma legal, ya que la misma no puede ser percibida tan sólo como una secuencia de transformaciones formales de códigos y leyes, sino como un esfuerzo orgánico, integrado y continuo de cambios sociales, que ha de tener como premisa y resultado contable, una transformación cultural de gran dimensión.

Por tanto, la reforma debe abordarse también desde el punto de vista de la ciudadanía, basado en su comportamiento social. Las violaciones de los derechos de las personas, en algunos casos, se producen a pesar de la existencia de garantías suficientes en el ordenamiento jurídico. Ese comportamiento ilegal responde a una cultura en donde el Estado de Derecho para la persona no es un valor fundamental. Debe implantarse el Estado de Derecho como un valor social, para lo cual hay que incidir sobre los mecanismos de reproducción social de los valores y sobre el proceso de que cada persona lo asuma como propio.

Las líneas generales normativas referente a las funciones de la Corte Suprema como órgano que ejerce el control constitucional aparecen recogidas en el texto de la Constitución, en su Título V, artículos 164 incisos 3 y 4. Estas dispo-

siones versan sobre la atribución de la Corte Suprema para conocer y resolver los recursos de amparo e inconstitucionalidad de la ley.

El mismo cuerpo legal en su Título IV, Capítulo I, artículo 45 establece los recursos de Exhibición Personal, de Amparo, o de Habeas Data, según sea el caso, para que las personas puedan defender sus derechos constitucionales que hayan sido violados o estén en peligro de hacerlo, y establece la Constitución vigente que es de acuerdo con la Ley de Justicia Constitucional. En su Título X, Capítulo II, artículos del 187 al 190 referente al Control Constitucional establece los recursos por Inconstitucionalidad, de Amparo, Exhibición Personal, Habeas Data, Conflicto de Competencia y Constitucionalidad entre los Poderes del Estado, Control de Constitucionalidad en Caso Concreto como un mecanismo incidental de control, y los Conflictos de Constitucionalidad entre el Gobierno Central, los Gobiernos Municipales y de las Regiones Autónomas de la Costa Caribe, para garantizar su supremacía, remitiendo sus regulaciones a la Ley de Justicia Constitucional, la cual una vez vigente, sustituiría a la Ley núm. 49, Ley de Amparo, publicada en el Diario Oficial, La Gaceta, núm. 61, del ocho de abril del dos mil trece. En este sentido, la Sentencia No. 2/2008, diez de enero, de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, manifiesta que:

...el Recurso de Amparo al igual que el de Inconstitucionalidad y el de Exhibición Personal tienen como fin garantizar la supremacía de la Constitución Política. El Recurso de Amparo faculta a los ciudadanos y ciudadanas a proceder en contra de toda disposición, acto o resolución y en general, contra toda acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías que la Constitución Política le consagra. El Recurso de Inconstitucionalidad le permite a los ciudadanos o ciudadanas, cuando una ley, decreto o reglamento les perjudique directa o indirectamente sus derechos constitucionales, acudir directamente a la Corte Suprema de Justicia, siguiendo determinados procedimientos para que se tutelen sus derechos afectados. Y el Recurso del ámbito de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo es un mecanismo compensatorio puesto a disposición del particular, para garantizar su posición jurídica frente a la Administración pública.

En el momento de la elaboración de este Libro, segundo semestre 2017, se encuentra todavía vigente la Ley de Amparo y la Ley de Justicia Constitucional está en proceso de formación en la Asamblea Nacional.

### **3. Normativas reguladoras del control constitucional**

#### **3.1. Modalidad de control de constitucionalidad vigente: control difuso y control concentrado**

Como advertimos arriba, el modelo de control de constitucionalidad adoptado en Nicaragua responde en parte al modelo de control concentrado en lo que respecta al Recurso por Inconstitucionalidad, ya que el único órgano encargado de conocer y resolver este recurso como mecanismo de control constitucional es la Corte Suprema de Justicia. En este sentido, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia decide sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos, reglamentos que se opongan a lo prescrito en la Constitución, el resto de los Tribunales no pueden, por tanto, pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes.

El Control de Inconstitucionalidad en Caso Concreto como mecanismo incidental podrá alegarse por la parte recurrente de un Recurso de Amparo o hasta en un Recurso de Casación y resolverá el órgano judicial que esté viendo el caso sobre la norma jurídica que se le pretenda aplicar.<sup>26</sup> Esto responde a un modelo de control constitucional difuso, ya que varios órganos pueden decidir sobre la inconstitucionalidad de una norma legal. En el proyecto de Ley de Justicia Constitucional, el incidente de control de constitucionalidad de caso concreto puede alegarse, en primera instancia, en apelación o en casación, y es el Órgano Judicial a quien le corresponde el caso concreto, quien decidirá sobre la inconstitucionalidad de la norma a ser aplicada y que la parte recurrente haya invocado.

---

<sup>26</sup> Artículo 23 de la Ley no. 49, Ley de Amparo, con sus reformas incorporadas del 08 de abril del 2013.



Por lo planteado, la modalidad vigente de modelo constitucional de Nicaragua es mixta, control concentrado en el caso de los recursos por inconstitucionalidad de la norma y difuso procedimiento incidental del control de constitucionalidad en caso concreto; siendo que en el primero se tiene hasta un máximo de 60 días después de entrada en vigencia de la norma para interponer el recurso, mientras que en el segundo, se interpone cuando se dé la *litis* del caso concreto.

En el sistema de control constitucional también tenemos los recursos que se interponen para defender los derechos constitucionales que hayan sido violados o estén en peligro de serlo, a saber: el Recurso de Amparo, el Recurso de Exhibición Personal y Recurso de Habeas Data.<sup>27</sup> Estos recursos son resueltos por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y son los procedimientos constitucionales más utilizados por la población. Podríamos concluir que en el caso de estos recursos, el sistema de control es un sistema concentrado, pero concreto y no difuso.

Las disposiciones, actos o resoluciones, acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política también pueden ser objeto del recurso de amparo que tiene como finalidad salvaguardar los derechos constitucionales de los nicaragüenses, es decir, su objeto es mantener y restablecer la vigencia y efectividad de las normas constitucionales referentes a los derechos y garantías.

### **3.2. Tipos de normas susceptibles de ser sometidas a control de constitucionalidad**

La Constitución Política vigente establece que ella es la Carta Fundamental de la República y las demás leyes le están subordinadas; y no tendrán valor alguno

---

<sup>27</sup> Cn, artículo 45.

las leyes, tratados, decretos, reglamentos, órdenes, o disposiciones que se le opongan o alteren sus disposiciones constitucionales.<sup>28</sup>

Sin embargo, la misma Constitución Política establece el recurso por inconstitucionalidad contra toda ley, decreto o reglamento que se oponga a lo prescrito en ella, el cual podrá ser interpuesto por cualquier ciudadano.<sup>29</sup> Estableciéndose de esta manera, el control de constitucionalidad concentrado.

Al comparar ambos artículos constitucionales, aparenta no establecerse el mecanismo de control constitucional para los tratados, órdenes o disposiciones que se opongan o alteren las normas constitucionales, sin embargo, según nuestro criterio, en un correcto análisis axiológico, dichas normas jurídicas están sujetas al recurso por inconstitucionalidad como control de su violación o no a las normas constitucionales y, por ende, su vigencia, a como lo establece el artículo 182 Cn. Existe jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre Instrumentos Internacionales que son sometidos al Control Constitucional.

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia No. 131/2001,<sup>30</sup> de siete de agosto, expresa, respecto a que si los tratados o convenciones de Derechos humanos tienen o no carácter suprallegal o constitucional, que

...otra de las afirmaciones es que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José, es Ley Constitucional, lo cual también es inexacto, pues en ninguna parte de nuestra Constitución se le da carácter de norma Constitucional a los Tratados o Convenciones Internacionales; lo que establece el artículo 46 Cn, es que en el territorio Nacional, toda persona goza de la plena vigencia de los derechos consignados en los instrumentos que se mencionan en dicho artículo, entre los cuales se encuentran el Pacto de San José, pero no se establece

<sup>28</sup> Cn, artículo 182.

<sup>29</sup> Cn, artículo 187.

<sup>30</sup> Véase Sentencia núm. 125, Considerandos II y III, p. 214 y Sentencia núm. 24, Considerando VI, p. 44.

que dichas declaraciones, pactos o convenciones sean leyes Constitucionales, las cuales deben estar plenamente instituidas en el artículo 184 Cn, y son: la Ley Electoral, la Ley de Emergencia y la Ley de Amparo.

Esta última ley, en su artículo 5 primer párrafo, expresamente señala que "los Tribunales de Justicia observarán siempre el principio de que la Constitución Política prevalece sobre cualquier Ley o Tratado Internacional, lo que reafirma el ya reiterado criterio de este Supremo Tribunal en relación a lo expuesto por la recurrente".

Sin embargo, la Sala Constitucional recientemente varió su razonamiento: en las Sentencias No. 57/2010, 2 de Marzo y sentencia No. 78/2010, 10 de Marzo, reconoce que los tratados y convenciones que se refiere el artículo 46<sup>31</sup> y 71,<sup>32</sup> párrafo segundo, de la Constitución Política tienen rango supralegal o constitucional.

En la primera sentencia expresa que:

El artículo 46 de la Constitución Política de la República reconoce la plena vigencia e integra en la misma el contenido de los instrumentos internacionales de la Declaración universal de los derechos humanos; en la Declaración americana de derechos y deberes del hombre; en el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y en el Pacto internacional de derechos civiles y políticos de la organización de las Naciones Unidas; y en la Convención americana de derechos humanos de la Organización de Estados Americanos, otorgándoles rango y reconocimiento constitucional, es decir, estos instrumentos los integra con carácter de normas

<sup>31</sup> **Artículo 46** En el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos, y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos.

<sup>32</sup> **Artículo 71** Es derecho de los nicaragüenses constituir una familia. Se garantiza el patrimonio familiar, que es inembargable y exento de toda carga pública. La ley regulará y protegerá estos derechos. La niñez goza de protección especial y de todos los derechos que su condición requiere, por lo cual tiene plena vigencia la Convención internacional de los derechos del niño y la niña.

constitucionales frente a las demás normas jurídicas de nuestro ordenamiento jurídico, con la finalidad de promover la tutela efectiva de los derechos humanos y derechos fundamentales de las personas, con la finalidad de que el Estado y poderes institucionales los observen, apliquen, cumplan y respeten en el ámbito de la actividad de la administración de justicia y de la administración pública en general.

La segunda sentencia reafirma el rango, reconocimiento y carácter constitucional de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos indicados en el artículo 46 y, además, agrega el artículo 71, segundo párrafo, de la Constitución Política. Esta sentencia expresa:

La voluntad del Estado de Nicaragua de haber integrados estos principios y normas de Derecho internacional en materia de derechos humanos en la Constitución Política, demuestra su voluntad inequívoca de considerar a la persona como eje o valor fundamental de su Estado Democrático y Social de Derecho y, como consecuencia de lo anterior, tiene la finalidad de promover la tutela efectiva y real de los derechos humanos y los derechos fundamentales de la persona, para que el Estado, los poderes del Estado y todas sus instituciones, sin perjuicio de su nivel y naturaleza, los observen, apliquen, cumplan y respeten en el ámbito de sus respectiva actividad, sea esta de administración de justicia, administración pública, electoral o de la administración de las regiones autónomas de la Costa Atlántica del país.

Todo hace indicar, conforme a esta jurisprudencia, que los únicos tratados que son sometidos al control constitucional, a pesar de la omisión señalada en la Constitución Política,<sup>33</sup> son los que están fuera del supuesto constitucional del art. 46 y 71 de la Norma Fundamental.

Por tanto, las normas susceptibles de revisión por la Corte Suprema de Justicia en cuanto a su adecuación a la Constitución son muy amplias. Ello incluye tanto normas legales —gubernamentales y parlamentarias— como disposiciones reglamentarias, decretos (ejecutivos en materia administrativa), municipales (bandos y ordenanzas municipales) y tratados internacionales.

---

<sup>33</sup> Cn, artículo 187.

Los tratados o acuerdos internacionales a los que la Asamblea Nacional haya prestado su aprobación podrán ser sometidos a revisión ante la Corte Suprema de Justicia mediante el recurso de inconstitucionalidad para que ésta se pronuncie sobre su concordancia con los mandatos constitucionales. En todo caso, los Tribunales de justicia deberán observar siempre el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado Internacional.

### 3.3. Tipos de procedimiento

#### 3.3.1. Control abstracto y control concreto

El modelo nicaragüense de justicia constitucional contempla tanto el control abstracto como el concreto.

El control abstracto se realiza a través del llamado "Recurso de Inconstitucionalidad", mediante el cual se persigue que la Corte Suprema en pleno se pronuncie sobre la compatibilidad de cualquier norma o instrumento jurídico de rango inferior a la Constitución con lo prescrito en ella. Tal procedimiento puede iniciarse por los legitimados para ello, según la Constitución y las leyes, frente a normas con rango de ley que hayan entrado en vigencia, independientemente de que haya sido o no aplicadas en concreto. Con la interposición de este recurso, lo que se persigue es que la Corte Suprema de Justicia se pronuncie sobre la constitucionalidad de la norma jurídica en abstracto. Es el texto de la ley lo que se somete a consideración de la Corte Suprema, incluso antes de que haya sido objeto de aplicación efectiva.

Este procedimiento de control abstracto, que es un procedimiento del control concentrado del recurso por inconstitucionalidad de la norma, presenta el inconveniente de que su interposición está restringida a un plazo máximo de 60 días después de entrar en vigencia la norma jurídica que se está cuestionando. Cabe, pues, que una norma quede vigente, en virtud del transcurso del plazo para su impugnación, pese a que, posteriormente, muestre consecuencias evidentemente inconstitucionales.

El procedimiento de control concreto, que es un control difuso, está regulado en el Título III, Capítulo Único referente a la inconstitucionalidad en casos concretos, del artículo 23 al 25 de la Ley de Amparo vigente, que dispone que la parte recurrente de un Recurso de Amparo o de un Recurso de Casación podrá alegar la inconstitucionalidad de la ley, decreto ejecutivo en materia administrativa o reglamento que se le haya aplicado en el caso concreto.

De resultar cierta la inconstitucionalidad, la autoridad judicial correspondiente declarará la inaplicabilidad de la norma jurídica invocada por inconstitucionalidad, al no existir norma jurídica que pueda aplicarse a un hecho que se alega antijurídico, no existe delito y, por tanto, el juicio queda cerrado, partiendo del principio de legalidad de que si no existe norma previa prohibitiva de una actuación, no puede existir acusación judicial alguna.

En estas resoluciones de inconstitucionalidad en casos concretos, la autoridad judicial que la determinase tiene la obligación de elevarlo al Pleno de la Corte Suprema de Justicia para el análisis de la fundamentación que conllevó a determinar la inconstitucionalidad. Si el Pleno de la Corte Suprema de Justicia ratifica la inconstitucionalidad de la norma, deberá publicitarlo para que surja efecto *erga omnes* en igual sentido como que fuese un recurso por inconstitucionalidad, y por tanto, se declara la inaplicabilidad de la norma jurídica.

En el caso de los recursos para proteger los derechos constitucionales, estamos, generalmente, ante un caso de control constitucional concreto porque se recurre contra toda disposición, acto o resolución y en general, en contra de toda acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismos que viole o trate de violar derechos y garantías consagrados en la Constitución Política.

### 3.3.2. Control previo y Control *a posteriori*

En el ordenamiento jurídico nicaragüense vigente no existe control previo constitucional, ya que el recurso por inconstitucionalidad de la ley sólo puede interponerse por un ciudadano en un plazo no mayor de sesenta días después de

entrada en vigencia la norma recurrida, aunque no haya tenido en este tiempo efecto práctico alguno, pero es un control claramente *a posteriori*.

Tampoco existe control previo a través de un Recurso de Amparo por amenaza, debido a que el artículo 55, numeral 6, de la Ley de Amparo vigente establece que "de conformidad a los artículos 129, 141, 142 y 188 de la Constitución Política, no puede promoverse, admitirse, ni resolverse Recurso de Amparo en contra del proceso de formación de la Ley, desde la introducción de la correspondiente iniciativa, hasta la publicación del texto definitivo"; quedando claramente establecido que sólo cabe recurso de amparo cuando una ley tenga plena vigencia y la actuación conforme a ella, amenace algún derecho constitucional.

### Fuentes

AGUILÓ, Joseph, *La Constitución del Estado constitucional*, Editorial Temis, Lima-Bogotá, 2004.

ARGÜELLO, Francisco R. *Estudios Constitucionales*, CEDIJ, Managua, 2013.

AVILÉS, José Antonio, *Temas de Derecho Constitucional Centroamericano*, La imprenta, s. l., 2003.

BAZÁN, Víctor, Edwin Castro Rivera and Sergio J. Cuarezma Terán. Estado constitucional y convencional. Managua, Nicaragua: INEJ e HISPAMER, 2017.

BREWER-CARÍAS, Allan, *Estado de derecho y control judicial*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1987.

CASTRO Rivera, Edwin y CUAREZMA Terán, Sergio, *A 21 años de la Constitución Política: vigencia y desafíos*, INEJ-Servicios Gráficos, Managua, 2008.

- DWORKIN, Ronald, *Liberalismo, Constitución y Democracia*, La isla de la luna, Buenos Aires, 2003.
- ESCOBAR Fornos, Iván, E., *El constitucionalismo nicaragüense*, Hispamer, Managua, 2000.
- HENGSTENBERG, Peter, *Profundización de la democracia: Estrategias en América Latina y Europa*. Fundación Friederich Ebert en Argentina - Editorial Nueva Sociedad, 1989.
- HUMBERTO Guzmán, Luis y PINTO Scholtbach, Álvaro, *Democracia y partidos en Nicaragua*, NIMD, Managua, Nicaragua, 2008.
- IAZZETTA, Osvaldo, *Democracias en busca de Estado: Ensayos sobre América Latina*, Homo Sapiens Ediciones Santa Fe, Argentina, 2007.
- KELSEN, Hans, *Compendio de teoría general del Estado*, Blume, Barcelona, 1979.
- OTTO, Ignacio de, *Derecho Constitucional: Sistema de Fuentes*, Editorial Ariel, Barcelona, 1999.
- OLLERO Tassara, Andrés, *Responsabilidad política y razón del Estado*, Fundación para el análisis y los estudios sociales, Madrid, España, 1996.
- SALAZAR Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional: una radiografía teórica*, FCE-IIJ UNAM, México, 2006.
- THESING, Josef (ed.), *El Estado de derecho y sus bases éticas. En Estado de Derecho y Democracia*, CIEDLA, Honrad Adenauer Stiftung, 1997.



## Jurisprudencia

Acuerdo de Esquipulas II, procedimiento para establecer la paz firme y duradera en Centroamérica. Suscrito en Guatemala el 07 de agosto de 1987.

Constitución Política de la República de Nicaragua de 1987, con sus reformas incorporadas. Publicada en *La Gaceta, Diario Oficial*, número 32, del 18 de febrero del mismo año.

Declaración de Esquipulas I. Suscrita en Guatemala, el 25 de mayo de 1986.

Decreto No. 303, "Complementación a la Ley Orgánica de Tribunales y reforma a la Ley creadora de los Tribunales de Apelaciones", aprobado el 25 de enero de 1988, y publicado en *La Gaceta, Diario Oficial*, número 30, del 12 de febrero de 1988.

Ley no. 49, Ley de Amparo con reformas incorporadas, aprobada el 14 de febrero del 2013, y publicada en *La Gaceta, Diario Oficial*, número 61, del 8 de abril del 2013.

Ley no. 206, Ley Orgánica del Poder Judicial con sus reformas incorporadas, aprobada el 7 julio 1998, publicado en *La Gaceta, Diario Oficial*, número 137, del 23 julio 1998.

Ley no. 40, Ley de Municipios, aprobada el 2 de julio de 1988, y publicada en *La Gaceta, Diario Oficial*, número 155, del 17 de Agosto de 1988.

Ley No. 28, Estatuto de Autonomía de las Regiones de La Costa Caribe de Nicaragua con sus Reformas Incorporadas. Aprobada el 29 de Julio de 2016 y publicada en *La Gaceta, Diario Oficial*, número 155, del 18 de Agosto de 2016.

Ley no. 501, Ley de Carrera Judicial. Aprobada el 14 de Octubre del 2004 y publicada en *La Gaceta, Diario Oficial*, número 9, 10 y 11 del 13, 14 y 17 de Enero de 2005.

Texto de Ley No. 331, Ley Electoral con Reformas Incorporadas. Aprobada el 26 de Mayo de 2012, publicada en *La Gaceta, Diario Oficial*, número 168, del 4 de Septiembre de 2012.

Ley Orgánica de Tribunales, aprobada el 06 de julio de 1894 y promulgada el 19 de Julio de 1894.

Ley No. 95, Ley de Reforma a la Ley Orgánica de Tribunales de la República de Nicaragua. Aprobada el 20 de abril de 1990, publicada en *La Gaceta, Diario Oficial*, número 97, del 22 de mayo de 1990.

Ley No. 106, Ley de Reforma a la Ley Orgánica de Tribunales. Aprobada el 24 de julio 1990, y publicada en *La Gaceta* número 173 de 10 de septiembre de 1990.

Ley Reglamentaria de Justicia, del 4 de julio de 1851.

### **Sentencias Corte Suprema de Justicia de Nicaragua**

Sentencia 2/2008, 10 de enero de 2008

Sentencia 415/2008, 21 de noviembre de 2008

Sentencia 57/2010, 2 de marzo de 2010

Sentencia 78/2010, 10 de marzo de 2010

Sentencia 57/2010, 2 de marzo de 2010

Sentencia 131/2001, 7 de agosto de 2001

Sentencia 587/2011, 22 de junio de 2011

Esta obra se terminó de imprimir y encuadernar en diciembre de 2018 en los talleres de Litografía Mier y Concha, S.A. de C.V., calle Cadaqués núm. 69, Colonia Cerro de la Estrella, Alcaldía Iztapalapa, C.P. 09860, Ciudad de México, México. Se utilizaron tipos Gothic 720 Lt Bt de 8, 9, 10, 11 y 40 puntos. La edición consta de 2,000 ejemplares impresos en papel bond de 75 gramos.

