

Estado constitucional y convencional

Víctor Bazán, Edwin Castro Rivera
y Sergio J. Cuarezma Terán
(Directores)

Jorge Alejandro Amaya
(Prólogo)

Diego Valadés - Manuel Vidaurri Aréchiga
Víctor Bazán - Fernando Márquez Rivas
Néstor Pedro Sagüés - Jerónimo Mejía Edward
Eduardo Jorge Prats - Iris Díaz Cedeño
Mónica María Bustamante Rúa - Luis-Andrés Cucarella Galiana
Luis Orlando Toro Garzón - Guido César Aguila Grados
Edwin Castro Rivera - Silvio A. Grijalva Silva
Sergio J. Cuarezma Terán - Henry Eyner Isaza



INEJ
Fundado en 1995



Hispanmer

Estado constitucional y convencional

VÍCTOR BAZÁN, EDWIN CASTRO RIVERA
Y SERGIO J. CUAREZMA TERÁN
(Directores)

DIEGO CUAREZMA ZAPATA
SHARON HELENA BRAVO GONZÁLEZ
Coordinadores
Asistentes de Investigación
Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua

Equipo editorial

Autores	:	Varios
Coordinación editorial	:	Alicia Casco Guido
Diseño de interiores	:	Alicia Casco Guido
Diseño de portada	:	Daniela Herrera Castro

ISBN: 978-99924-21-37-6

Todos los derechos reservados conforme a la Ley

© Autores varios, 2017

© INEJ, 2017

© Hispamer, 2017

El Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua, fundado en 1995, es una institución académica de educación superior, autónoma y sin fines de lucro, que aporta conocimiento novedoso e innovador de calidad y al más alto nivel, para contribuir al desarrollo humano, institucional, social y económico de la nación nicaragüense y la región a través de la investigación científica y los estudios de postgrados en los niveles de diplomado, posgrado, especialización, maestría y doctorado en las diferentes áreas de las ciencias jurídicas y disciplinas afines. El INEJ fue creado por la Ley No 604/2006, Ley Creadora del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), aprobada el día 26 de octubre de 2006 y publicada en La Gaceta, Diario Oficial de la República, No. 229, del día 24 de noviembre del 2006.39

El contenido de la presente publicación es responsabilidad exclusiva de los autores, y en ningún caso debe considerarse que refleja la opinión del Órgano Judicial de la República de Panamá; la Universidad de La Salle, Bajío, Estado de Guanajuato, México; el Colegio Nacional de Abogados de Panamá, la Asociación Española de Derecho Procesal Constitucional y Justicia Constitucional y el Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua.

info@inej.net
www.inej.edu.ni

Impreso por
Impresión Comercial La Prensa
Managua, Nicaragua

Índice general

Prólogo, <i>Jorge Alejandro Amaya, Argentina</i>	7
Los constitucionalistas y el cambio constitucional, <i>Diego Valadés, México</i>	11
Control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial en el Estado constitucional y convencional, <i>Víctor Bazán, Argentina</i>	25
Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad, <i>Néstor Pedro Sagüés, Argentina</i>	51
El tribunal constitucional y la cláusula constitucional del Estado regulador, <i>Eduardo Jorge Prats, Rep. Dominicana</i>	61
El debido proceso convencional y constitucional, <i>Mónica María Buastamante Rúa / Luis Orlando Toro Garzón, Colombia</i>	121
El modelo del Estado y el control constitucional de Nicaragua como garante de los derechos humanos en Nicaragua, <i>Edwin Castro Rivera / Sergio J. Cuarezma Terán, Nicaragua</i>	181
Aproximación a la noción de dignidad de la persona como premisa de la capacidad jurídica en el paradigma del Estado constitucional y los derechos fundamentales, <i>Manuel Vidaurri Aréchiga / Fernando Márquez Rivas, México</i>	209
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, <i>Jerónimo Mejía Edward / Iris Díaz Cedeño, Panamá</i>	249
Aspectos procesales sobre la tutela individual y colectiva de derechos humanos en Europa, <i>Luis-Andrés Cucarella Galiana, España</i>	301
El precedente constitucional y su impacto externo, <i>Guido César Aguila Grados, Perú</i>	341
Acceso jurisdiccional a la justicia constitucional y convencional, <i>Silvio A. Grijalva Silva, Nicaragua</i>	369
Los derechos humanos, diversidad cultural y sistema interamericano, <i>Henry Eyner Isaza, Panamá</i>	399

Prólogo

Redactar un breve prólogo, siempre es un gran honor. Pero prologar una obra colectiva donde participan grandes juristas, como es el caso de “Estado Constitucional y Convencional”, trasciende la responsabilidad propia de la relación con algunos autores para constituir un compromiso serio con la academia en general y con la sociedad toda.

Por ello, es para mí un gran gusto y placer presentar a la doctrina especializada este libro colectivo dirigido por los consagrados juristas Víctor Bazán de mi país; y Edwin Castro Rivera y Sergio J. Cuarezma Terán de Nicaragua.

Me siento muy honrado en lo personal por la invitación que me han cursado para prologar, a modo de puerta de entrada a la obra, un libro en el que participan grandes maestros del Derecho Procesal Constitucional y Constitucional Latinoamericano, como Diego Valadés de México o Néstor Sagües de Argentina, solo por citar algunos de los autores participantes. Agradezco también la invitación al Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ) de Nicaragua desde donde se ha proyectado la obra.

Un prólogo no debe pretender sustituir el contenido de la obra a través de un enjundioso resumen –como ocurre muchas veces– ni pretender entablar un debate crítico de carácter intelectual con los autores –cosa que también ocurre con frecuencia. El prólogo o pórtico, como llamaba Alfredo Morello, debe ser sólo el momento de tránsito para ingresar a la obra y para que el lector se sumerja en ese diálogo tan personal con los autores a través de la escritura.

El libro “Estado Constitucional y Convencional” sistematiza varios problemas y planteos del derecho procesal constitucional y reviste particular interés para Latinoamérica.

Aborda reflexiones profundas sobre los grandes temas de la disciplina que hoy preocupan a los especialistas y a la política, como el estudio del control de constitucionalidad y convencionalidad en toda su dimensión; el moderno dialogo jurisprudencial de los tribunales; el cambio constitucional, sus efectos y consecuencias; el rol constitucional del Estado regulador; y la garantía convencional y constitucional del debido proceso.

Los temas, sin duda alguna, constituyen desafíos que solo autores consagrados pueden presentar desde una perspectiva novedosa, como la que nos traen hombres del derecho provenientes de Argentina, Colombia, España, México, Nicaragua, Panamá, Perú y República Dominicana, planteando nuevos interrogantes al lector con gran capacidad desde su experiencia teórica y práctica.

El contenido no aspira –por supuesto– a cubrir la dimensión incommensurable de la temática; ni tampoco a encontrar respuestas pacíficas a los críticos interrogantes con que el Estado convencional y constitucional nos interpela permanentemente.

Su aspiración es clara, se centra, por un lado, en dejar al descubierto los enormes desafíos que las democracias de nuestros países enfrentan para la tutela y protección efectiva de los derechos humanos en el marco del llamado Estado Constitucional y Convencional de Derecho, donde la dignidad humana se ha constituido en un principio que atraviesa todo el sistema interamericano y constituye un parámetro regulador y equilibrador de sus decisiones. Por otro, en procurar encontrar respuestas, al menos parcialmente, a dichos desafíos y muchos otros interrogantes que se plantean en la realidad jurídica de hoy, y que enfrentan conceptos profundos de teoría constitucional, de teoría procesal constitucional, de teoría del poder constituyente, y de teoría de la democracia y de los derechos fundamentales.

Sin duda existe una conexión entre el control de constitucionalidad y convencionalidad y la calidad y estabilidad de la democracia. Las tradiciones que guían la toma de decisiones en las democracias constitucionales más maduras se centran tanto en la protección de las minorías insulares y procedimentales, como en la edificación de una cultura constitucional que se asienta sobre el convencimiento de una democracia limitada, donde la mayoría no puede tomar cualquier decisión sobre cualquier cuestión.

En el desarrollo de ambos factores, el control de constitucionalidad y convencionalidad en un país y dicha función constituyen – probablemente – los epicentros más importantes en el crecimiento de las sociedades y en la madurez de su cultura.

Celebramos entonces la aparición de esta obra en la literatura jurídica Latinoamericana, augurándole el merecido éxito a sus autores e invitando a los lectores a internarse en su lectura amena, interesante y profunda.

Jorge Alejandro Amaya

Doctor en Derecho Constitucional
Facultad de Derecho
Universidad de Buenos Aires
Vicepresidente de la Asociación Argentina
de Derecho Procesal Constitucional

Buenos Aires, 29 de septiembre de 2017

Los constitucionalistas y el cambio constitucional

Diego Valadés¹

El 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 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, An-

1 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.

tonio 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”.² La argumentación es convincente. En 1507, como reconocimiento a la proeza náutica y a la información de Américo Vespucio, el cosmógrafo alemán Martín 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.

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 constitucio-

2 Arciniegas, Germán, *América es otra cosa*, Bogotá, Círculo de Lectores, 1992, p. 177.

nales 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.³ 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.

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 exiguos 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

3 En México, por ejemplo, las mismas conductas que en el Distrito Federal 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.

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”.⁴

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 instru-

4 Landau, David, *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, pp. 25 y ss.

mentos adecuados de análisis o de medición empírica del impacto normativo, conduce a que en ocasiones haya propósitos genuinos de favorecer la democracia 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*⁵ 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 Livio⁶ permite advertir que para elaborar esa Ley se aplicaron las pautas que ahora identificamos como propias de la deliberación, la negociación y el acuerdo.

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

5 Este neologismo está basado en *nomos*, norma, y *agogé*, conducción.

6 *La fundación de Roma*, Libro III, 33-35.

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”.⁷

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.⁸

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,⁹ o a ciclos, *politeion anakyklosis*, a los que aludía Polibio.¹⁰ Esta idea estuvo presente en el Renacimiento, por ejemplo en Maquiavelo,¹¹ 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 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

7 *La República*, Libro II, 37.

8 *De las leyes*, Libro II, iii, 9, y II, xxiii, 59.

9 *República*, libro VIII, iii, 546.

10 *Historias*, libro VI, 9, (10).

11 Véanse *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*, Libro I, 2, e *Il Principe*, cap. IX.

el teorizado por Carl Schmitt, basado la tensión amigo-enemigo¹² 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”.¹³ 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”.¹⁴

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”.¹⁵ 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 por discordia y necesidad”.¹⁶ 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

12 Véase *El Concepto de la política*, Buenos Aires, Editorial Struharf & Cía., 1984, pp. 37 y ss.

13 Véase Schmitt, Carl, “Teoría del partisano”, en *El concepto de lo político*, Buenos Aires, Folios Ediciones, 1984, pp. 153 y ss. El texto de Lenin está traducido al español: “La obra de Clausewitz *De la Guerra*. Extractos y acotaciones”, en *Clausewitz en el pensamiento marxista*, México, Cuadernos de Pasado y Presente, 1989, pp. 49 y ss.

14 Lenin, V. I., “Tesis sobre la Asamblea Constituyente”, en *Obras escogidas*, Moscú, Progreso, 1960, T. II, p. 541.

15 En Mondolfo, Rodolfo, *Heráclito, textos y problemas para su interpretación*, México, Siglo XXI, 1966, pp. 37 y 140 y ss.

16 *Idem*, p. 40.

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.¹⁷

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”?¹⁸

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 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 po-

17 *Il faut défendre la société*, Paris, Gallimard, 1977, pp. 16 y ss.

18 *Concepto de la política*, cit., p. 39.

der, 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 con-

siguen 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.

Control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial en el Estado constitucional y convencional

Víctor Bazán¹

SUMARIO I. INTRODUCCIÓN. II. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN FOCO: 1. Aproximación conceptual. 2. La Corte Interamericana y la gradual edificación pretoriana de la modalidad difusa del control de convencionalidad. 3. Fundamentos y finalidad. 4. Principio de adecuación normativa. III. RELEVANCIA DEL DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL: 1. La comunicación transjudicial. 2. El diálogo jurisdiccional. IV. APRECIACIONES FINALES. BIBLIOGRAFÍA.

- 1 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.

I. Introducción

El despliegue del control de convencionalidad, en la denominada vertiente *difusa*, plantea nuevos y demandantes desafíos a las jurisdicciones internas latinoamericanas.

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.

II. El control de convencionalidad en foco²

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. 2 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

- 2 Sobre el tema, ver –entre otros trabajos– de Bazán, Víctor, el libro *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, 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*, N° 19, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 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*, N° 16, 2° Semestre de 2010, Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público de la Universidad Rey Juan Carlos, Valencia, 2011, pp. 15-44.

demás autoridades públicas –según lo ha entendido el propio Tribunal Interamericano–. Consiste en 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*,³ 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.

- 3 Ver 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, N° 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*.

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 2003,⁴ lo cierto es 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)⁵ –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*

- 4 Ver 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, N° 101, párr. 27; “Caso Tibi vs. Ecuador”, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 7 de septiembre de 2004, Serie C, N° 114, párr. 3; “Caso López Álvarez vs. Honduras”, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 1 de febrero de 2006, Serie C, N° 141, párr. 30; y “Caso Vargas Areco vs. Paraguay”, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 155, párrs. 6 y 7.
- 5 Corte IDH, “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 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, N° 162, párr. 173.

competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”⁶ (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 involucra 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 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)⁷ –*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)⁸ –*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.

6 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, N° 158.

7 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, N° 220.

8 Corte IDH, “Caso Gelman vs. Uruguay”, Sentencia de fondo y reparaciones, 24 de febrero de 2011, Serie C, N° 221.

Venezuela”⁹ y “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”¹⁰. 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 supervisión 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”*¹¹ –remarcados agragados–.

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.

- 9 Corte IDH, “Caso López Mendoza vs. Venezuela”, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 1 de septiembre de 2011, Serie C, N° 233, párr. 228.
- 10 Corte IDH, “Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 24 de febrero de 2012, Serie C, N° 239, párr. 284.
- 11 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, N° 259, párr. 144; y “Caso Gelman vs. Uruguay”, Supervisión de cumplimiento de sentencia, Resolución de 20 de marzo de 2013, párr. 72.

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”).
- 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).

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 1969.¹² 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”¹³ –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 (id. párr.); y
- 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 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).

12 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.

13 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, N° 14, párr. 35.

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*”¹⁴ –remarcado añadido–.

B) Una de las ideas que pretendemos volcar radica en 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.¹⁵

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 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.

14 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, N° 13, párr. 26.

15 Cfr., *mutatis mutandis*, 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, pp. 501-502 y nota 13 a pie de página.

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;¹⁶
- 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; y
- 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 vo-

16 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, N° 31), el expresidente del Tribunal, Antônio A. Cançado Trindade, dejó en claro que el principio general *pacta sunt servanda* tiene fuente *metajurídica*, “al buscar basarse, más allá del consentimiento individual de cada Estado, en consideraciones acerca del carácter obligatorio de los deberes derivados de los tratados internacionales” (párr. 8).

luntaria 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.¹⁷

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, 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”.¹⁸

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 reconoci-

17 Ver arts. 33, 62.3, 67, 68.1, y ccds. de la CADH.

18 Cfr. Corte IDH, *inter alia*, “Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú”, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 30 de mayo de 1999, Serie C, N° 52, párr. 207; y “Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador”, Sentencia de excepción preliminar y fondo, 6 de mayo de 2008, Serie C, N° 179, párr. 122.

miento 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).¹⁹

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.²⁰ 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.*²¹

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”.²²

19 CPJI, Avis consultatif, “Echange des populations grecques et turques”, 1925, Serie B, N° 10, p. 20.

20 Cfr. Corte IDH, entre otros, “Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina”, Sentencia de reparaciones y costas, 27 de agosto de 1998, Serie C, N° 39, párr. 69.

21 *Ibid.*, párr. 70.

22 Corte IDH, v. gr., “Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá”, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 12 de agosto de 2008, Serie C, N° 186, párr. 180.

III. Relevancia del diálogo jurisprudencial²³

1. LA COMUNICACIÓN TRANSJUDICIAL

A) *Slaughter ha desarrollado una tipología de comunicación transjudicial (transjudicial 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.*²⁴

En todas las formas que describe en el trabajo que citamos, la comunicación transjudicial presupone que los tribunales involucrados se conciben 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

23 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*, N° 18, 2º Semestre 2011, Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público de la Universidad Rey Juan Carlos, Valencia, 2012, pp. 63-104.

24 *Slaughter, Anne-Marie, “Typology of transjudicial communication”, University of Richmond Law Review*, N° 29, 1994, pp. 135-136 (disponible en <http://www.princeton.edu/~slaughtr/Articles/Typology.pdf>). El mismo trabajo puede consultarse en Franck, Thomas M. y Fox, Gregory H. (eds.), *International Law Decisions in National Courts*, Transnational Publishers, Irvington, New 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*.

todo el mundo, lo que a su vez abre la puerta a una nueva visión de las relaciones jurídicas globales.²⁵

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.²⁶

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”.

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,²⁷ desde casi todos los puntos de vista.²⁸

25 *Ibid.*, p. 136.

26 *Ídem.*

27 Bustos Gisbert, Rafael, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 95, mayo-agosto de 2012, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 18-19.

28 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

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. Mencionaba 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.²⁹

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.

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])” (ibíd., 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*”).

29 Jacobs, Francis G., “Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems: the European Court of Justice”, en *Texas International Law Journal*, N° 38, 2003, p. 556 (puede consultarse en <http://www.tilj.org/content/journal/38/num3/Jacobs547.pdf>).

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.³⁰

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.³¹

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 procesal equivalente al mecanismo prejudicial *se manifiesta entre el TEDH y los tribunales nacionales*, que tienen que actuar como “jueces convencionales de derecho común”.³²

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

30 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 y Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, D.F., 2012, pp. 29-30.

31 *Ibid.*, p. 32.

32 *Ídem*.

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–).³³

B) Por su parte, BUSTOS GISBERT asegura que “*el éxito del signifiicante ‘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...*” –itálicas añadidas–. Justamente una de las manifestaciones más relevantes de tales cambios es la aparición de la *comunicación transjudicial*³⁴ 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 de una obligación de tener en cuenta la jurisprudencia de otro tribunal (extranjero o ajeno al propio ordenamiento jurídico) para aplicar el propio Derecho*.³⁵

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*” –éna-

33 Ídem.

34 Bustos Gisbert, Rafael, *op. cit.*, p. 18.

35 *Ibíd.*, p. 21.

sis 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 intermedidos*.³⁶

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.³⁷

Esta segunda modalidad es relevante porque habilita una suerte de intercambio de ideas y razonamientos en torno a temas comunes de tribunales o cortes 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.

36 *Ibid.*, pp. 19-20.

37 Utilizamos *mutatis mutandis* la presentación de De Vergottini, Giuseppe, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 10.

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”.³⁸

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”.³⁹

Ya específicamente en el contexto europeo y como señala LÓPEZ GUERRA, es importante añadir que el desarrollo de la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) a partir de la entrada en vigor en 1998 del Protocolo N° 11, ha dado lugar a un proceso de reforma del Tribunal cuyos últimos exponentes son los Protocolos N°s. 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*

38 Jimena Quesada, Luis, *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.

39 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 D.F., 2010, p. 429.

de derechos humanos en nivel nacional. En ese contexto, el Protocolo N° 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 N° 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.⁴⁰

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.

IV. 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

40 Ver López Guerra, Luis María, “Los Protocolos de reforma Nos. 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista española de derecho europeo*, N° 49, Civitas, Madrid, 2014, pp. 11-29.

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 subconstitucional 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 adquiera 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.

Bibliografía

BAZÁN, Víctor, *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*, N° 19, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, pp. 25-70.

_____, “Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N° 18, 2º Semestre 2011, Fundación Profesor

- Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público Universidad Rey Juan Carlos, Valencia, 2012, 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*, N° 16, 2° Semestre de 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, D.F., 2012, pp. 29 y ss.
- BUSTOS GISBERT, Rafael, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 95, mayo-agosto de 2012, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 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 D.F., 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*, N° 38, 2003, p. 556 (puede consultarse 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, pp. 501-502 y nota 13 a pie de página.

- LÓPEZ GUERRA, Luis María, “Los Protocolos de reforma N° 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista española de derecho europeo*, N° 49, Civitas, Madrid, 2014, pp. 11-29.
- SLAUGHTER, Anne-Marie, “*Typology of transjudicial communication*”, *University of Richmond Law Review*, N° 29, 1994, pp. 135-136 (disponible en <http://www.princeton.edu/~slaughtr/Articles/Typology.pdf>).

Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad ¹

Néstor Pedro Sagiés²

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS ROLES REPRESIVOS Y CONSTRUCTIVOS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. III. LOS SUJETOS CONVOCADOS PARA PRACTICAR CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. IV. EL CONTROL EJECUTIVO (Y ADMINISTRATIVO EN GENERAL) DE CONVENCIONALIDAD. DIMENSIONES. 4.1. El Poder Ejecutivo (y los entes administrativos en general) como órganos de emisión de normas. 4.2. El Poder Ejecutivo (y los entes administrativos en general) como órganos de aplicación de normas. 4.2.1 Control constructivo de convencionalidad. 4.2.2. Control represivo de convencionalidad V. RECAPITULACIÓN.

I. 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

- 1 El presente trabajo se integra al programa de investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina.
- 2 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.

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.

II. 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 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),³ 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 rol 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 Pa-*

3 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 (Coord.), *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa*, México, Porrúa-UNAM, 2012, ps. 109, 92.

checo 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 establecidos 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.⁴ El tema se vincula así con la doctrina de las sentencias constitucionales atípicas, también llama-

4 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, pág. 15 y sigts., 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, 2013, Elsevier, p. 617 y sigts.; Néstor Pedro Sagüés, *La*

das (no en sentido peyorativo), *manipulativas* o modulativas (asimismo, “interpretativas”).

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, párrafo 69).

III. 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 en ese trabajo a todos los órganos del Estado, “especialmente los más vinculados con la administración de justicia”. La apertura se registra ya, por ejemplo, en *Cabrera García y Montiel*

interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada, México, Porrúa, 2013. pág. 356.

Flores v. México, de 2010, párrafo 225, y después se consolida reiteradamente. Por ejemplo, en *Gelman 2*, del 20/3/13, párrafo 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,⁵ entre los que cabe hoy mencionar: a) al poder constituyente; b) desde luego, el Congreso; c) también 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.

5 Nos remitimos a Néstor Pedro Sagüés, “Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 12/11/2014, pág. 104.

IV. 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.⁶

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 Derechos Humanos, y de que cabe corregir (y de ser necesario, dejar sin efecto) las existentes que colisionen con estos dos parámetros de convencionalidad.

6 Recomendamos la lectura de Lucas L. Moroni Romero, “El control administrativo de convencionalidad”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 9/10/2013, pág. 47, cuyos aportes compartimos y seguimos en buena parte de este trabajo.

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, párrafo 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, párrafo 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 sublegal, 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, 2) 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.⁷

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 contraviene el Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia regional.

7 Cfr. Lucas L. Molinari Romero, “El control administrativo de convencionalidad”, ob. cit., pág. 51, en actuaciones seguidas ante la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

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 irremediablemente 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 po-

dría 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).⁸

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.

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.

8 El tema lo hemos tratado con mayor extensión en Néstor Pedro Sagüés, *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, 4ª. ed., segunda reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 2013, t. 1 págs. 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.

V. Recapitulación

El Poder Ejecutivo y la administración pública tienen importantes tareas que cumplir en materia de control de convencionalidad.

- a) 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.
- b) 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).
- c) 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 inconvencionalidad, 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.

El tribunal constitucional y la cláusula constitucional del Estado regulador

Eduardo Jorge Prats ¹

- 1 Eduardo Jorge Prats es 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 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,

SUMARIO: I. EVOLUCION DEL ESTADO Y LA REGULACION COMO FENÓMENO. 1.1 *Las mutaciones del Estado.* 1.2 *El Estado no desaparece.* 1.3 *El Estado garante y regulador.* 1.4 *La política de la regulación y el éretorno del Estado gestor?* 1.4.1 *Crisis financiera y paradigmas regulatorios.* 1.4.2 *Populismo y regulación.* **II. EL CONCEPTO DE REGULACION.** 2.1 *El fenómeno de regulación.* 2.2 *El concepto jurídico de regulación.* 2.2.1 *Regulación en sentido estricto.* 2.2.2 *Regulación en sentido amplio.* 2.3 *La actividad administrativa regulatoria y las técnicas e instrumentos de la regulación.* 2.4 *Las administraciones reguladoras independientes.* 2.5 *Discrecionalidad regulatoria y control judicial de la regulación.* **III. EL ROL REGULADOR DEL ESTADO EN LA ECONOMIA.** 3.1 *Fines de la regulación.* 3.2 *Concepto constitucional de regulación.* 3.3 *Organismos reguladores.* 3.4 *El status constitucional de la autorregulación.* 3.5 *La regulación de los servicios públicos.* 3.5.1 *Universalidad.* 3.5.2 *Accesibilidad.* 3.5.3 *Eficiencia.* 3.5.4 *Transparencia.* 3.5.5 *Responsabilidad.* 3.5.6 *Continuidad.* 3.5.7 *Calidad.* 3.5.8 *Razonabilidad* 3.5.9 *Equidad tarifaria.* **IV EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL CONTROL DE LOS ACTOS REGULATORIOS** 4.1. *Ampliación del objeto del control concentrado.* 4.2 *Los actos administrativos como objeto del control concentrado* 4.3. *Los actos sujetos a control concentrado conforme el Tribunal Constitucional* 4.4 *Crítica a la posición del Tribunal Constitucional respecto a la exclusión de los actos administrativos del objeto del control concentrado*

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 Licda. Priscilla Polanco en la búsqueda, adecuación y cotejo de las fuentes jurisprudenciales y bibliográficas. Sin su esfuerzo, no hubiese sido posible este trabajo.

de constitucionalidad. 4.5 Admisión excepcional por el Tribunal Constitucional de acciones directas en inconstitucionalidad contra actos administrativos. 4.6 Las relaciones Tribunal Constitucional y jurisdicción contencioso-administrativa. 4.7 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 4.8 El Tribunal Constitucional y la autonomía de los órganos extra poder y los organismos reguladores 4.8.1 El Tribunal Constitucional y los órganos extrapoder 4.8.2 El Tribunal Constitucional y la autonomía constitucional del Banco Central.

La Constitución de 2010 no solo 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 rol del Tribunal Constitucional en su rol de intérprete máximo de dicha cláusula.

I. Evolución del Estado y la regulación como fenómeno

1.1 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, sugieren, aunque no la 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 Uni-

versidad 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”.² 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 indetenible 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.

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 concepción 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

2 Manuel García-Pelayo. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 13.

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 la corta –vía el efecto directo de éstas– o a la larga –a través de los programas de condicionalidad a la FMI– condicionan 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 100 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.

1.2 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”³. 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 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 rol 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.

1.3 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 rol de empresario, los servicios públicos son liberalizados y privatizados, y la intervención económica estatal es echada de lado o cambia profundamente de signo. Paradójica-

3 Boaventura de Sousa Santos. *El milenio huérfano: ensayos para una nueva cultura política*. Madrid: Trotta, 2005, p. 371.

mente, 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 solo 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”.⁴

4 Oriol Mir Puigpelat. *Globalización, Estado y Derecho*. Madrid: Thomson/Civitas, 2004, p. 112.

1.4 LA POLÍTICA DE LA REGULACIÓN Y EL ¿RETORNO DEL ESTADO GESTOR?

1.4.1 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 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–: “Solo 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”.⁵

5 Citado por Naomi Klein. *La doctrina del shock*. Madrid: Paidós, 2007. p. 220

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 situaciones 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 solo 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 solo 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 Ca-

nadá, 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 solo puede conducir a enormes déficits (cuasi) fiscales. En segundo lugar, esta nacionalización solo puede verse como un recurso excepcional, lo que algunos llaman una “prereprivatización”.

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 administrati-

va, 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 solo 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, aún 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.

1.4.2 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”.⁶ 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 estadou-

6 Karl Marx. El Manifiesto Comunista. Disponible en: <http://www.laeditorialvirtual.com.ar/pages/Marx/ManifiestoComunista.htm> (última consulta: 10 de enero de 2012).

nidenses 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?”.⁷

La cuestión, en consecuencia, no radica en si debe haber o no intervención estatal. Como bien afirma Slavoj Zizek, “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.”⁸ 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”.

¿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.

7 Naomi Klein. *La doctrina del shock*. Op. cit., pág. 224.

8 “La lucha de clases en Wall Street”. Disponible: http://www.lemonde.fr/opinions/article/2008/10/09/lutte-des-classes-a-wall-street-par-slavoj-zizek_1104997_3232.html

¿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 (...)”.⁹ Un populismo de izquierda a lo Chávez/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, democra- ticemos el Estado y la sociedad, y conciliemos definitivamente los mercados libres con la justicia social.

En este sentido, hay que recuperar la idea de Karl Polanyi¹⁰ 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” (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 siquie-

9 *Ibíd.*

10 *Vid.* Polanyi, Karl. *La gran transformación: crítica del liberalismo económico*. Ediciones de la Piqueta. Madrid. Disponible en: paje.fe.usp.br/~mbarbosa/dpi/polanyigt.pdf

ra 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.

II. El concepto de regulación

2.1 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 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 cénit 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 solo 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 de rol 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 solo 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 emer-

gencia 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 solo 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 solo 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 garan-

tía 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 es 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.

2.2 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.

2.2.1 *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.

2.2.2 *Regulación en sentido amplio*

Aquí la regulación viene a ser entendida como concepto general omnicompreensivo 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.

2.3 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 ins-

tancias 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 merca-

dos; 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.

2.4 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.”¹¹ 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”, 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 disfrutaban, por lo que se prefiere llamarlas “independientes” en lugar de “autónomas” para aludir a 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

11 Santiago Muñoz Machado. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Tomo I. Madrid: Thomson/Civitas, 2004, p. 1174.

de funciones de regulación sectorial y no general, ejercen éstas en un régimen de no dependencia respecto del conjunto administrativo del Estado.”¹²

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 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 gubernamen-

12 Enrique García Llovet. “Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho”. En *Revista de Administración Pública* No. 131, mayo-agosto 1993, p. 99.

tal, 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.”¹³ Se trata de configurar órganos que, como bien expresa la doctrina británica, estén “fuera del alcance del Gobierno” (*bodies wick 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.¹⁴

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 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.

2.5 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

13 José Manuel Sala Arquer. “*El Estado neutral. Contribución al estudio de las Administraciones independientes*”. En *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 42, 1984, p. 414.

14 Gazier/Cannac. “*Etude sur les autorités administratives independantes*”. En *Etudes et Documents du Conseil d'Etat*, No. 35, 1983/1984.

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 contaminante 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.

III. El rol regulador del estado en la economía

3.1 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 7) 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 8), 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 8 de la Constitución. Ese rol 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.”¹⁵

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 econó-

15 Baldo Kresalja y César Ochoa. *Derecho Constitucional Económico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, p. 370.

micas 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 anterioridad al que se ha impuesto en los últimos años, nada impide que en el futuro más inmediato pueda adoptarse otro modelo.”¹⁶

3.2 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.”¹⁷ Es ese *concepto amplio de regulación* y no restringido a las normas el que precisamente el legislador acogió en el artí-

- 16 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 (directores). *Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e instituciones de la regulación*. Madrid: Iustel, 2009, p. 401.
- 17 Santiago Muñoz Machado. “Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica”. En Santiago Muñoz Machado y José Esteve

culo 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 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 solo 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.”¹⁸

3.3 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.”¹⁹ 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

Pardo (directores). *Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e instituciones de la regulación*. Madrid: Iustel, 2009, p. 111.

18 (Sentencia C-150 de 2005).

19 Muñoz Machado, *Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica*. op. cit., p. 1173.

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 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 “adscritos 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.”²⁰

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 aquellos de carácter económico que afectan decisivamente la propiedad de los ciudadanos o la bue-

20 Andrés Betancor. *Regulación: mito y derecho*. Navarra: Civitas / Thomson Reuters, 2010, p. 344.

na 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.”²¹ 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.”²² 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 servi-

21 Mariano Carbajales. *El Estado regulador*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006, p. 200

22 Muñoz Machado, *Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica*. op. cit, p. 133.

cios 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 re-

guladores 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.”²³ 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,”²⁴ 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 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”.²⁵ “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

23 Esteve Pardo, “El encuadre de la regulación de la economía en la sistemática del Derecho público”. *op. cit.*, p. 403.

24 Muñoz Machado, *Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica*. *op. cit.*, 2004, p. 1174

25 Betancor, *op. cit.*, p. 344.

entiende serán mejor satisfechos, si la gestión de ciertas funciones se pone a cubierto de la lucha política partidista.”²⁶

3.4 EL STATUS 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*²⁷ 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 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.

3.5 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

26 Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Lima – Bogotá: Palestra / Temis, 2006, p. 465.

27 Ma. Mercé Darnaculleta i Gardella. *Autorregulación y Derecho público: la autorregulación regulada*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

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.”²⁸ 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 en detalle...

3.5.1 *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.

28 Expediente No. 034-2004-PI/TC.

3.5.2 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.

3.5.3 Eficiencia

La eficiencia significa que el servicio público debe cubrir la necesidad que justifica su existencia garantizando su acceso equitativo a toda la población, oportunamente y con costos razonables de prestación. Esa eficiencia es exigible a todos los prestadores del servicio público (Estado, concesionario, licenciataria).

3.5.4 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.”²⁹

3.5.5 Responsabilidad

La responsabilidad implica para el Estado la obligación de regular el servicio público, es decir, reglamentarlo, supervisarlos, fiscalizarlos, 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

29 Roberto Dromi. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2000, p. 648.

(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”³⁰ 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.”³¹

3.5.6 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, permanente 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).

3.5.7 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 constitucio-

30 CNFedCivCom, Sala 1ª, 11/7/95, “Goyena, Raúl H. c/ Telecom Argentina Stet France”, JA, 1996-I-604

31 CSJN, 5/11/96, “Establecimientos Metalúrgicos S. Becció e Hijos SA c/ Ente Nacional Regulador de Gas”, JA, 1997-II-130.

nal 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.

3.5.8 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.”³²

3.5.9 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.

32 Miguel Sánchez Morón. *Derecho Administrativo. Parte general*. Madrid: Tecnos, 2006, p. 751

IV. El Tribunal Constitucional y el control de los actos regulatorios

4.1. 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 originó una intensa controversia doctrinal, dividiéndose los autores entre quienes consideraban que el control recaía solo sobre las leyes aprobadas por el Congreso Nacional (JULIÁN³³) y los que entendían que todos los actos enumerados por el artículo 46, actual artículo 6 de la Constitución estaban sujetos a dicho control (PELLERANO GÓMEZ³⁴). 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

33 Vid. Julián, Amadeo. “La acción directa en inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia”. En *Estudios Jurídicos*. 6 (1), enero-abril 1966.

34 Vid. Pellerano, Gómez, Juan Ml. *Constitución, interpretación e inconstitucionalidad*. Santo Domingo: FINJUS, 2008.

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” (S.C.J. 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).

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”.³⁵

35 *Íbid.* p. 65.

4.2 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 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.

4.3. 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:

(i) 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)”.

(ii) 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”; y

(iii) 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”.

4.4 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 (KELSEN, MERKL) de mane-

ra 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”.³⁶

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 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 adminis-

36 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”. En Tribunal Constitucional de la República Dominicana. Anuario 2012. Santo Domingo: Impresora AMSI, 2013. pp. 308-312.

trativos 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”.³⁷ 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”.³⁸ 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 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

37 Kelsen, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001. pp. 15 y 59

38 *Íbid.* p. 61

individuales”.³⁹ 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”,⁴⁰ 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”,⁴¹ Kelsen lo denomina “garantía de la regularidad de los actos de ejecución de las leyes”.⁴² 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 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

39 *Íbid.* p. 64

40 *Íbid.* p. 26

41 Herrera García, Alfonso. “El recurso de amparo en el modelo kelseniano de control de constitucionalidad de las leyes”. En Víctor Bazán (Coordinador). *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*. Tomo II. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010. p. 970

42 Kelsen, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. Op. Cit. p. 27

de esta naturaleza se pone en movimiento una institución que sirve a la garantía de la Constitución".⁴³

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 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

43 *Íbid.* p. 29

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”.⁴⁴

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 retrocedido 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 Constitu-

44 Herrera García, Alfonso. “El recurso de amparo en el modelo kelseniano de control de constitucionalidad de las leyes”. Op. cit. p. 971

cional, 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”.⁴⁵

4.5 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 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”.

45 Acosta de los Santos, Hermógenes. *El control de la constitucionalidad como garantía de la supremacía de la Constitución*. Santo Domingo: Unapec, 2010. p. 271

4.6 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 5 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.

4.7 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 solo 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 concepción 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”.⁴⁶ 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 incons-

46 Häberle, Peter. “La jurisdicción constitucional institucionalizada en el estado constitucional”. En Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinador). *Derecho Procesal Constitucional*. México: Porrúa, 2006. p. 256.

titucionalidad contra normas estatales como un mecanismo de defensa del orden constitucional en manos de todos los destinatarios de dichas normas, que no son más que los integrantes de la “comunidad de intérpretes constitucionales”.⁴⁷

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”.⁴⁸ 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 obliga”.⁴⁹ Exigir una lesión o un interés cualificado a una persona para poder accionar

47 *Ibidem*.

48 Nogueira Alcalá, Humberto. “La legitimación activa de los procedimientos ante los Tribunales Constitucionales de América del Sur”. En *Ius et Praxis*. Año 10. No. 2. p. 202

49 Guerrero Valle, Gonzalo. *La legitimación activa de la acción constitucional de nulidad*. Santiago de Chile. Librotecnia, 2010. p. 34

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 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 6, 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.

4.8 El Tribunal Constitucional y la autonomía de los órganos extra poder y los organismos reguladores

4.8.1 EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LOS ÓRGANOS EXTRAPODER

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).

4.8.2 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’” (Derecho Constitucional, volumen II, Santo Domingo: Ius Novum, 2011, pág. 693), 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 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 ‘super-orgánica’”, tal como ya decíamos en 2010 (Derecho Constitucional, volumen I, Santo Domingo: Ius Novum, 2010, pág. 333), 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 macro-económica de la nación dominicana.

El debido proceso convencional y constitucional

Mónica María Bustamante Rúa¹

Luis Orlando Toro Garzón²

“...se trata de un valor clave de la vida democrática, ya que confiere a los individuos o grupos, contra los cuales las decisiones gubernamentales operan, la oportunidad de participar en el proceso en el cual esas decisiones son tomadas; esa posibilidad sig-

- 1 Abogada y Magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín – Colombia. Magíster en Derecho Procesal -y Doctora en Derecho de la Universidad Nacional de Rosario – Argentina. Directora del Doctorado en Derecho Procesal Contemporáneo. Coordinadora del Programa de Maestría en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín sedes Medellín – Rionegro. Integrante del Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín categoría A Colciencias. Investigadora Asociada Colciencias. Miembro titular del Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Miembro del Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional. Miembro de la Asociación Panameña de Derecho Procesal Constitucional. Docente de posgrados en Colombia y el exterior en las áreas de derecho procesal constitucional y derecho procesal penal, conferenciante nacional e internacional, autora de textos académicos y de investigación en temas relacionados con el derecho procesal constitucional, derecho procesal penal y el derecho probatorio. mmbustamante@udem.edu.co
- 2 Abogado, Magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín-Colombia, Especialista en Gestión Pública, especialista egresado en Derecho Penal Mixto de la Universidad de Medellín, Doctorando en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín, profesor de la Maestría y Especialización de Derecho Procesal de la Universidad de Medellín en las cátedras de Argumentación Jurídica, Racionalidad en la decisión judicial, problemas contemporáneos del proceso penal, derecho disciplinario, Profesor de pregrado de la facultad de Derecho de la Universidad de Medellín en las cátedras de hermenéutica jurídica, Derecho Procesal penal, Teoría de la prueba. Integrante del Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. ltoro@udem.edu.co

nifica un reconocimiento de la dignidad de las personas que participan en dicho proceso”³

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. DISTINCIÓN ENTRE REGLAS, Principios y Valores: estudio preliminar para el entendimiento del “Debido Proceso”. 2.1 Diferencia entre una Regla y un Principio. 2.2 Diferencia entre un valor y un principio III. ALGUNOS ANTECEDENTES DEL DEBIDO PROCESO. IV. EL DEBIDO PROCESO EN LA CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 4.1 El control de convencionalidad y el debido proceso V. EL DEBIDO PROCESO EN LAS CONSTITUCIONES DE LATINOAMÉRICA. VI. EL DEBIDO PROCESO CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL Y PUNTO DE PARTIDA PARA EL ESTUDIO DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PROCESAL CONTEMPORÁNEO. VII A MODO DE CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA

I. Introducción

En este trabajo, los autores realizan un acercamiento y distinción epistemológica entre valores, principios y reglas, para una mejor comprensión del debido proceso como principio, esto es, como clave de lectura de todo procedimiento jurisdiccional y administrativo; a continuación los autores refieren a algunos hitos históricos que son la base del nacimiento del debido proceso como derecho humano y derecho fundamental; luego en el texto se aborda brevemente el estudio del debido proceso desde la Convención Americana de Derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para pasar a describir cómo el conjunto de garantías que integran el debido proceso, son relacionadas en las Constituciones Políticas de Latinoamérica. Finalmente se desarrolla el tema en el contexto colombiano, desde su regulación constitucional y algunas interpretaciones de la propia Corte Constitucional Colombiana.

3 Eduardo Oteiza. Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

II. Distinción entre Reglas, Principios y Valores: estudio preliminar para el entendimiento del “Debido Proceso”⁴

Para remitirnos al estudio del debido proceso, como principio rector que integra un conjunto de garantías judiciales, cabe recordar que el concepto de “principios”⁵ ha tenido variaciones, pues no desde siempre, ni en todos los sistemas y disciplinas ha existido consenso acerca del sentido de la palabra “Principio”. En esa medida, tanto el “positivismo” como el “iusnaturalismo”, asumen posturas frente a la discusión en torno a los “principios”

En ese sentido, encontraba la procesalista colombiana Beatriz Quintero que el iusnaturalismo ha considerado los principios como postulados expresivos de una verdad universal, de otro lado, muestra como para la escuela analítica rígida tradicional, los principios sólo son derecho positivo implícito a la falta de regulación legal, obtenido como analogía iuris. Hoy es posible afirmar que no existen ni un iusnaturalismo, ni un positivismo “puro”, pues cualquiera de las posturas extremas ha cedido hasta lograrse cierta aproximación.⁶

4 Algunas de las ideas que exponen los autores en este ítem, se encuentran consignadas en el Capítulo: “Principios del derecho procesal” de Mónica Bustamante Rúa. Publicado en el Libro Colectivo del Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín titulado: “Derecho Procesal Contemporáneo”. Sello Editorial Universidad de Medellín. 2010

5 “Ni en el lenguaje del legislador, ni en el de los jueces, ni en el de la Teoría del Derecho, existe un empleo mínimamente uniforme de la expresión “principios” ... por ejemplo reciben el nombre de principios las normas que se suponen axiológicamente más fundamentales (la libertad o la justicia), las más generales o que inspiran amplios sectores del ordenamiento (la autonomía de la voluntad o el principio de culpabilidad), las que indican los fines de la acción estatal (el bienestar o el pleno empleo), las más vagas o que presentan indeterminado el supuesto de hecho de su aplicación (igualdad), las que recogen algunos tópicos interpretativos (lo accesorio sigue a los principal, argumento a fortiori)”. Prieto Sanchis, Luis. Diez Argumentos a propósito de los principios. En Jueces para la democracia, n° 26, 1996.

6 Quintero, Beatriz. Prieto, Eugenio. Teoría General del Derecho Procesal. Bogotá: Editorial Temis S.A. Cuarta Edición. 2008, página 106

Es propósito de esta breve contextualización, realizar un análisis de las distinciones existentes entre Valores, Principios y Reglas en el contexto del estudio del derecho procesal.

2.1 DIFERENCIA ENTRE UNA REGLA Y UN PRINCIPIO⁷

Cuando se aborda el estudio de los principios, necesariamente surge una pregunta, y es precisamente la relacionada con la distinción entre una regla y un principio⁸, al respecto se suele afirmar que la noción genérica de norma comprende los conceptos de regla y principio, conceptos que presentan las siguientes características que los diferencian así:⁹

Las reglas son:

- 7 En torno a la distinción entre reglas y principios, existen posiciones varias que transitan entre el iusnaturalismo y el positivismo, así por ejemplo es tradicional escuchar acerca del debate presentado entre HART y DWORKIN, así como encontrar análisis que transitan entre uno y otro extremo. "... jurisprudencia de principios" o "constitucionalismos de principios. Esta perspectiva surge de la observación de las insuficiencias que se plantean en un universo normativo constituido exclusivamente por proposiciones deónticas dotadas de un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, tal como habían pretendido los positivistas del siglo pasado y comienzos del siglo presente. Partiendo de allí se llegó a sostener que la práctica judicial mostraba que junto a las normas así definidas, cuya existencia no se negaba (a las que se denominó "reglas"), existían otras con una estructura diferente, mucho más abierta y flexible (a las que se llamó "principios", de las que el positivismo no daba cuenta" En: Cianciardo, Juan. Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXVI, número 108, septiembre - diciembre de 2003, página 891-906.
- 8 Según Robert Alexy, la distinción entre principios y reglas "Constituye la base de la fundamentación iusfundamental y es una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Sin ella, no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico. Alexy, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales, Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, primera reimpresión, 1997. Página 81.
- 9 Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-406 de 1992. Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón

- Normas que “ordenan una consecuencia jurídica definitiva”
- Normas de conducta que consagran imperativos categóricos o hipotéticos que deben ser exactamente cumplidos en cuanto a lo que ellas exigen, sin importar el ámbito fáctico o jurídico en el que se producen.
- Se limitan a exigir un comportamiento concreto y determinado
- Contienen un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica
- Proporcionan los criterios para las acciones, indican cómo se debe o no, cómo se puede o no, actuar en determinadas circunstancias, asimismo establecen las consecuencias que de operar el supuesto se darían.
- Configuran el caso de manera cerrada
- Las reglas exigen un cumplimiento pleno, pudiendo ser cumplidas o no cumplidas
- El conflicto de reglas se decide mediante fórmulas legales establecidas previamente (ley posterior, ley anterior, etc.)¹⁰

Entre tanto, de manera paralela los principios son:

- Mandatos de optimización “que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas¹¹
- Son normas de organización, mediante las cuales se unifica o estructura cada una de las instituciones jurídicas que dan fundamento al derecho, a través de la condensación de valores éticos y de justicia

10 Un conflicto de reglas “solo puede ser solucionado o bien introduciendo en unas reglas una cláusula de excepción, que elimina el conflicto o declarando inválida, por lo menos, una de las reglas” Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, primera reimpresión, 1997. Página 88.

11 Robert Alexy precisamente ha caracterizado los principios como “mandatos de optimización” Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, primera reimpresión, 1997. Página 86.

- Trascienden a la mera descripción de una conducta prevista en un precepto jurídico, para darle valor y sentido a muchos de ellos, a través de la unificación de los distintos pilares que soportan una institución jurídica
- No contienen supuestos de hecho, ni consecuencias jurídicas.
- Proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas que de antemano son indeterminadas.
- Configuran el caso de manera abierta
- Los principios no determinan la solución del caso, sino que sólo proporcionan bases o criterios para la solución
- El conflicto entre principios se soluciona teniendo en cuenta la dimensión de peso en consideración a la adecuación con el caso y los valores y fines subyacentes.¹²

De allí que se sostenga que los principios son normas que condicionan el desarrollo de todas las demás y conservan su función perfeccionadora del ordenamiento jurídico, operan cuando las otras normas no están en condición de desarrollar su función reguladora, sirven para superar las dudas interpretativas, colman lagunas y resuelven contradicciones.

Sin embargo, tal distinción en la teoría jurídica, ha resultado compleja, así desde la perspectiva de Hart y Dworkin se suelen identificar los siguientes hitos:¹³

12 “Cuando un principio colisiona con otro el juez no sólo no juzga sobre la validez, sino que no puede, en cierto sentido, dejar de aplicar ninguno de los dos. Decidirá Luego de una ponderación, la precedencia de uno sobre otro, pero sin anular al que no se ha preferido.” En: Cianciardo, Juan. Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXX-VI, número 108, septiembre – diciembre de 2003, página 891-906.

13 Hart, H.L.A, Dworkin, Ronald. La Decisión Judicial. El Debate Hart – Dworkin. Estudio Preliminar, César Rodríguez. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores: Facultad de Derecho. Universidad de los Andes, 1997.

Hart	Dworkin
<p>Los casos difíciles tienen su origen en la vaguedad de un término de una regla jurídica.</p> <p>En los casos difíciles los jueces tienen poderes discrecionales¹⁴</p>	<p>No todos los casos difíciles tienen su origen en la vaguedad de un término de una regla jurídica.</p> <p>Es erróneo afirmar que en los casos difíciles los jueces tienen poderes discrecionales¹⁵</p>
<p>El derecho es un conjunto de reglas identificable mediante una única regla de reconocimiento</p> <p>Concepción del derecho como reglas de reconocimiento por su origen o linaje, por su conformidad con normas ubicadas en niveles jerárquicos superiores del ordenamiento jurídico</p>	<p>No todas las normas jurídicas son reglas precisas como las que consagran tipos penales o requisitos procesales. En la legislación y en la práctica jurídica, existen igualmente “principios.</p> <p>Los principios no pueden ser identificados mediante una regla social de reconocimiento.</p>
<p>Ese conjunto de reglas válidas agota el contenido del derecho, de tal forma que cuando no existe una regla claramente identificada por referencia a una regla de reconocimiento, los jueces tienen discrecionalidad para decidir el caso</p>	<p>Los jueces, en los casos difíciles no tienen discrecionalidad para crear derecho; por el contrario, deben aplicar los principios vigentes en el sistema jurídico</p>
<p>Los derechos y las obligaciones pueden derivarse sólo de reglas jurídicas cuya validez puede ser afirmada claramente en términos de la regla de reconocimiento; por lo tanto, en los casos difíciles en los que no existe una regla semejante no es posible afirmar que alguna de las partes tiene un derecho a que el caso sea decidido a su favor.</p>	<p>Aunque no existan reglas aplicables al caso concreto, siempre existirán principios que lo sean y, en consecuencia, una de las partes en un litigio tendrá derecho a que el juez reconozca en su sentencia que esos principios le dan la razón.</p>

<p>Hart llama “reglas jurídicas” a las normas identificables mediante la “regla de reconocimiento”.</p> <p>Las reglas pueden ser primarias (imponen deberes) o secundarias (otorgan facultades para la creación, extinción, modificación o fijación de efectos de las reglas primarias)</p>	<p>Esta distinción entre reglas primarias y secundarias, no permite distinguir dos tipos de normas que los jueces y abogados utilizan de manera diferente en la práctica jurídica, esto es, las reglas de los principios.</p>
---	---

A partir del planteamiento de Dworkin se suelen realizar las siguientes distinciones entre los principios y las reglas,¹⁶ la primera es una distinción lingüística, pero de acuerdo a Dworkin, la

- 14 “Hart sostiene que debido a que la vaguedad es una característica inherente al lenguaje jurídico y a que en la decisión de los casos difíciles existe más de una interpretación razonable, cuando estos llegan a los estrados judiciales los jueces tienen discrecionalidad para escoger la interpretación que consideren más apropiada. Cuando la regla aplicable es imprecisa, el juez no tiene otra salida que escoger prudentemente la opción que estime adecuada. En estas circunstancias excepcionales, el juez no está aplicando el derecho – porque las reglas no le indican una u otra dirección-, sino creándola para el caso concreto.” Hart, H.L.A, Dworkin, Ronald. La Decisión Judicial. El Debate Hart – Dworkin. Estudio Preliminar, César Rodríguez. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores: Facultad de Derecho. Universidad de los Andes, 1997, página 34.
- 15 “Las partes en un proceso tienen derecho a obtener una solución acorde con el ordenamiento jurídico preexistente; este derecho opera tanto en los casos fáciles como en los difíciles y, por tanto, los jueces no gozan de discrecionalidad ni poderes excepcionales de creación de normas jurídicas.” Hart, H.L.A, Dworkin, Ronald. La Decisión Judicial. El Debate Hart – Dworkin. Estudio Preliminar, César Rodríguez. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores: Facultad de Derecho. Universidad de los Andes, 1997, página 35.
- 16 Algunas críticas a su postura, se pueden leer en: Prieto Sanchis, Luis. Teoría del Derecho y Filosofía Política en Ronald Dworkin (comentario al libro de R. Dworkin “los derechos en serio”, traducción de Marta Guastavino, editorial Ariel, Barcelona, 21984), Revista Española de Derecho Constitucional . ISSN 0211-5743, Año nº 5, N° 14, 1985, págs. 353-378.

distinción se encuentra en un nivel lógico que tiene los dos aspectos que se anotan en segundo y tercero lugar:¹⁷

Las reglas:

- Están redactadas en términos más concisos que los principios, determinando con precisión las condiciones de su aplicación.
- Operan dentro de un esquema de “todo o nada”. Si se dan los hechos estipulados por una regla:
 - a) Bien es válida, y por tanto, el resultado que prevé debe ser alcanzado en el caso concreto.
 - b) o bien es inválida y, por ende, no tienen ninguna incidencia en el caso.
- El nexo entre hechos y conclusión jurídica a través de una regla es automática. La lógica de todo o nada hace imposible que coexistan dos reglas contrarias en el mismo sistema jurídico.
- Las reglas se aplican o no se aplican; si una regla interfiere en el campo de aplicación de otras, o bien la reemplaza o bien establece una excepción a ella
- Las reglas son conclusivas
- Las reglas carecen de la dimensión de peso. Cuando dos reglas entran en conflicto, no tienen sentido preguntarse cuál de las dos tienen mayor importancia en el caso, las únicas preguntas que tienen sentido en este contexto son: ¿deroga una regla la otra?, y es una regla una excepción a otra?. La respuesta afirmativa a una de las dos preguntas resuelve el problema.

Y con relación a los Principios:

- Pueden emplear expresiones de textura más abierta y no ofrece elementos de modo y lugar para su aplicación.
- Los principios en cambio no siguen la lógica de todo o nada.

17 Hart, H.L.A, Dworkin, Ronald. La Decisión Judicial. El Debate Hart – Dworkin. Estudio Preliminar, César Rodríguez. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores: Facultad de Derecho. Universidad de los Andes, 1997. En: Las Reglas y los Principios. La omisión de Hart y la Crítica de Dworkin: son distintos los principios y las reglas?. Página 48 y s.s

- El principio no determina automáticamente que siempre que se dé una situación en la que él esté en juego, el resultado debe ser su protección, es posible que un principio entre en colisión con otro principio.
- La inaplicación de uno de los principios en colisión, no implica que desaparezca del sistema jurídico, como si sucede con las reglas que son derogadas por otras de contenido contrario. El principio conserva su vigencia y puede prevalecer en otros casos.
- A diferencia de las reglas, los principios no establecen un nexo directo entre hechos y conclusión jurídica; generalmente es necesario hacer, es una instancia intermedia del razonamiento, una comparación de principios encontrados.
- Los principios son no conclusivos. La comparación entre principios no se resuelve a través de la supervivencia de uno de ellos y la supresión del otro; los dos principios sobreviven, aunque sólo uno prevalezca en el caso concreto.
- La aplicación de los principios hace necesario pesar o ponderar su valor relativo en unas circunstancias determinadas.¹⁸

Las dos distinciones relacionadas: a) el carácter conclusivo de las reglas y el no conclusivo de los principios, b) la dimensión de peso propia de los principios, constituyen el centro de la división de las normas jurídicas que propone Dworkin.¹⁹

18 Dworkin se refiere al “pesaje” de principios, Robert Alexy desarrolla la teoría de la ponderación. En: Hart, H.L.A, Dworkin, Ronald. *La Decisión Judicial. El Debate Hart – Dworkin. Estudio Preliminar*, César Rodríguez. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores: Facultad de Derecho. Universidad de los Andes, 1997. Pie de página 96. Página 51.

19 “El autor no se conforma con descubrirnos la presencia de los principios en el razonamiento jurídico, sino que procura caracterizarlos como modelos de comportamiento «lógicamente» diferenciados. Existe una distinción lógica entre normas y principios: las primeras son aplicables a la manera de disyuntivas, de «todo o nada», mientras que los segundos ofrecen únicamente razones para inclinarse en favor de una cierta solución. Por ello, en segundo lugar, «cuando se da un conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida» (9), mientras que en los principios es necesario ponderar en cada caso el «peso» o importancia, de modo que su postergación ante un principio diferente no implica pérdida de vigor. Lo que supone, por tanto, que las normas constituyen

No obstante, se señalan dos matices, sin los cuales “la oposición entre reglas y principios resultaría excesiva”. En primer lugar, se destaca, que no siempre es claro delimitar si una norma es un principio o es una regla, de allí que algunos teóricos sostengan que la diferencia entre principios y reglas es predominantemente funcional (no lingüística, ni lógica), pues depende del papel que las normas juegan en cada caso concreto. En segundo lugar, se plantea, que es posible que se presenten también conflictos entre regla – principios: “Los conflictos entre regla – principio son resueltos mediante el esquema de las colisiones entre principios. Para ello, la ponderación se hace no entre la regla y el principio, sino entre éste y el principio que subyace de la regla”²⁰

Ahora bien, Habermas, al explicar la distinción entre “regla” y “principio” que plantea Dworkin, reflexiona frente a los principios que los mismos no pueden leerse simplemente como mandatos de optimización, pues ello haría desaparecer el sentido deontológico de su validez:

Las **reglas** son normas concretas, determinadas ya pensando en su aplicación específica, como, por ejemplo, los preceptos relativos a la forma en la redacción de los testamentos, mientras que los **principios** re-

tipos (estándares) fuertes, en el sentido de que ofrecen una razón suficiente para decidir el supuesto controvertido; los principios, en cambio, se presentan como modelos débiles, razones necesarias para decidir, pero que han de combinarse con otros elementos o criterios (10). Finalmente, lo que pudiéramos llamar, tal vez impropriamente, la validez de los principios no se obtiene atendiendo a su origen, sino más bien a su contenido, de acuerdo con un complicado procedimiento de búsqueda de la «más sólida» teoría del Derecho. Con todo, normas y principios presentan una fisonomía común en el ámbito de la decisión judicial: ambos establecen derechos y obligaciones vinculantes para el juez; éste los descubre, no asume una función creativa”. Prieto Sanchis, Luis. Teoría del Derecho y Filosofía Política en Ronald Dworkin (comentario al libro de R. Dworkin “los derechos en serio”, traducción de Marta Guastavino, editorial Ariel, Barcelona, 21984). Revista Española de Derecho Constitucional. ISSN 0211-5743, Año nº 5, Nº 14, 1985, págs. 356 -357

- 20 Hart, H.L.A, Dworkin, Ronald. La Decisión Judicial. El Debate Hart – Dworkin. Estudio Preliminar, César Rodríguez. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores: Facultad de Derecho. Universidad de los Andes, 1997. Página 53.

presentan directivas jurídicas (como la dignidad humana, el trato igual etc) de tipo general, que siempre necesitan interpretación. Tanto las reglas (normas), como esos postulados generales (principios), son mandatos (o prohibiciones, o permisiones), cuya validez deóntica expresa el carácter de obligación. La distinción entre esos dos tipos de reglas no debe confundirse con la distinción entre normas y fines u objetivos. Los principios, lo mismo que las reglas, no tienen una estructura teleológica. Y no debe entenderse - en contra de lo que sugiere la apelación a la “ponderación de bienes” en las habituales Methodenlehren o “metodologías jurídicas” - como mandatos de optimización, pues con ello se desvanecería el sentido deontológico de su validez ²¹

En ese sentido, plantea Habermas que tanto las reglas como los principios sirven por igual como argumentos en la fundamentación de decisiones, sin embargo anota que les corresponde un papel diferente desde una perspectiva de lógica de la argumentación, y al respecto señala:

Pues las **reglas** ofrecen siempre un componente condicional que especifica las condiciones de aplicación, las cuales condiciones (sic) representan rasgos típicos de situaciones, mientras que los **principios**, o bien se presentan con una pretensión de validez inespecífica, o, en lo que respecta a su ámbito de aplicación, sólo vienen restringidos por condiciones muy generales, y en todo caso necesitadas de interpretación. Ello explica la diferencia característica, que Dworkin subraya, en el comportamiento de las reglas y principios en caso de colisión. Un conflicto entre reglas sólo puede resolverse, o bien introduciendo una cláusula de excepción, o bien declarando no válida una de las reglas en conflicto. Tal decisión todo o nada no es necesaria en caso de un conflicto de principios. Ciertamente, goza de primacía el principio que en cada caso venga

21 Habermas, Jünter. Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Colección Estructuras y Procesos. Serie Filosofía. Madrid: Editorial Trotta. Tercera edición. 2001. Página 278

más a cuento, pero no por ello pierden su validez los principios desplazados por él. Según sea el caso sobre el que versa la decisión, un principio tendrá precedencia sobre otros principios. Entre principios se establece de caso a caso un orden transitivo distinto, sin que ello se vea afectada su validez.²²

De allí que Habermas, plantee que el positivismo llega a una tesis falsa de autonomía, al explicar que el positivismo entiende el derecho como un sistema cerrado de reglas que vienen ya determinadas pensando en su aplicación específica, las cuales llevarían a que en caso de colisión de reglas, se tomase una decisión de todo o nada, sujeta la discrecionalidad del juez

Y es sólo esta concepción unidimensional del derecho como un sistema de reglas exento de principios el que obliga a sacar la consecuencia de que las colisiones de reglas traen consigo una indeterminación de la situación jurídica, que sólo cabe eliminar en términos decisionistas. En cuanto se admiten principios, y si se admite que cabe una justificación superior de las aplicaciones de normas, afectuada a la luz de principios, y se reconoce, por tanto, a los principios como ingredientes normales del discurso jurídico, desaparecen tanto el carácter cerrado del sistema jurídico, como la irresolubilidad de los conflictos entre reglas.²³

Desde esa perspectiva, encuentra Habermas que Dworkin exige la construcción de una teoría del derecho, no de una teoría de la justicia: “la tarea no consiste en la construcción filosófica de un orden social fundado a partir de principios de justicia, sino en buscar y hallar principios y objetivos válidos desde lo que un orden jurídico concreto puedan quedar justificado en sus elementos esen-

22 Habermas, Jünter. *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Colección Estructuras y Procesos. Serie Filosofía. Madrid: Editorial Trotta. Tercera edición. 2001. Página 278.

23 Habermas, Jünter. *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Colección Estructuras y Procesos. Serie Filosofía. Madrid: Editorial Trotta. Tercera edición. 2001. Página 279.

ciales, de suerte que todas las decisiones judiciales particulares puedan acoplársele y ajustársele como ingrediente coherentes”.²⁴

Como se anunció la complejidad de la distinción entre reglas y principios ha llevado a que se asuman diferentes posiciones, por ejemplo, se encuentra entre las críticas de Aarion, pues según él, desde el punto de vista lingüístico, las reglas y los principios configuran una escala que se divide en cuatro segmentos así: “ a) las reglas (R); los principios que parecen reglas (RP); c) las reglas que parecen principios (PR); d) los principios (P)”.²⁵ En ese orden de ideas, Aarion rechaza que los principios puedan ser definidos como mandatos de optimización, así como crítica la distinción entre principios y reglas que se apoya en el modo de colisión, partiendo de la distinción entre validez formal, validez por la vigencia o eficacia y validez axiológica.²⁶

- 24 Habermas, Jünter. *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Colección Estructuras y Procesos. Serie Filosofía. Madrid: Editorial Trotta. Tercera edición. 2001. Página 282.
- 25 “La distinción entre reglas y principios es sólo una cuestión de grado de generalidad y, por otra parte, no hay fronteras sencillas y claras entre los subgrupos que forman las cuatro categorías (R, RP, PR, P). Por el contrario, la aplicabilidad de una norma, se desdibuja progresivamente de un segmento al siguiente. Una norma puede, en consecuencia, ser más RP que PR y viceversa” En: Aarion A., *Reglas y Principios en el razonamiento jurídico*” *Anuario de Facultad de Dereito da Universidade da Coruña* 4, 2.000. páginas 593 – 602 y 596. Citado por: Cianciardo, Juan. *Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción*. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVI, número 108, septiembre – diciembre de 2003, página 891-906.
- 26 En: Aarion A., *Reglas y Principios en el razonamiento jurídico*” *Anuario de Facultad de Dereito da Universidade da Coruña* 4, 2.000. páginas 593 – 602 y 596. Citado por: Cianciardo, Juan. *Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción*. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVI, número 108, septiembre – diciembre de 2003, página 891-906.

2.2 DIFERENCIA ENTRE UN VALOR Y UN PRINCIPIO²⁷

Establecida aquella primera distinción, surge un segundo cuestionamiento y es el relacionado con la distinción entre un valor y un principio, asimismo en paralelo se presentan algunas características que los diferencian desde su nivel de eficacia, según lo planteó en su momento la Corte Constitucional Colombiana, así:

Los valores:

- Representan el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico, sobre ellos, se construye el fundamento y la finalidad de la organización. Establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida, son pautas de interpretación.
- Tienen una eficacia indirecta, solo son aplicables a partir de una concretización casuística y adecuada de los principios constitucionales.
- Expresan fines jurídicos para el futuro. “De este tipo son los valores de convivencia, trabajo, justicia, igualdad, conocimiento, libertad y paz plasmados en el preámbulo de la Constitución. También son valores los consagrados en el inciso primero del artículo 2 de la Constitución en referencia a los fines del Estado: el servicio a la comunidad, la prosperidad general, la efectividad de los principios, derechos y deberes, la participación, etc. Todos ellos establecen fines a los cuales se quiere llegar. La relación entre dichos fines y los medios adecuados para conseguirlos, depende, por lo general, de una elección política que le corresponde preferencialmente al legislador. No obstante el carácter programático de los valores constitucionales, su enunciación no debe ser entendida como un agregado simbólico, o como la manifestación de un deseo o de un querer sin incidencia normativa, sino como un conjunto de propósitos a través de los cuales se deben mirar las relaciones entre los gobernantes y los gobernados, para que, dentro de las limitaciones propias de una sociedad en proceso de consolidación, irradien todo el tramado institucional.”

27 Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-406 de 1992. Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón.

Los principios:

- Son normas que establecen un deber ser específico del cual se deriva un espacio de discrecionalidad legal y judicial.
- Por el hecho de tener mayor especificidad que los valores, tienen una mayor eficacia y una mayor capacidad para ser aplicados de manera directa e inmediata.
- Expresan normas jurídicas para el presente. Son principios constitucionales, entre otros, los consagrados en los artículos primero y tercero: el Estado social de derecho, la forma de organización política y territorial, la democracia participativa y pluralista, el respeto de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad, la prevalencia del interés general (artículo 1); la soberanía popular y la supremacía de la Constitución (artículo 2). Ellos se refieren a la naturaleza política y organizativa del Estado y de las relaciones entre los gobernantes y los gobernados. Su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser”.

Como lo planteó la procesalista Beatriz Quintero de Prieto, aunque el valor y el principio responden a un sentido normativo, desde el punto de vista de la filosofía se diferencia el valor y el principio, por el alcance que cada uno tiene, esto es, mientras que los valores son categorías que más se adecuan a una región, a un país, sin pretensiones de universalidad, con un sentido ideológico y de sentimiento local de justicia material; el principio se caracteriza por su pretensión de universalidad.²⁸

En ese sentido anota que la denominada “Teoría de los valores” también conocida como “jurisprudencia de valores” está en contravía con la comprensión según la cual “los derechos no se pueden asimilar a valores”. El Tribunal Constitucional Alemán siguiendo el derrotero de las éticas materiales de los valores entiende la consagración constitucional correspondiente como un

28 Reflexiones de Beatriz Quintero de Prieto, en asesoría personal.

orden concreto de valores²⁹. De allí que precise que en tal concepción se aluda a una ponderación de bienes³⁰, en ese sentido, los principios simplemente sientan un valor que debe ser realizado de manera óptima, de manera que no puede deducirse de la misma norma y que por lo tanto hace menester una ponderación orientada a fines. La interpretación del derecho de los principios depende entonces de una orientación que le suministra el caso concreto, pero como norma abierta necesita ser configurada y determinada por el aplicador.³¹ El derecho fundamental tiene que tener validez universal, una tal validez riñe con una indeterminación normativa, se evidencia que no pueden asimilarse los dos conceptos: norma principio jurídico y valor.

29 “El Tribunal Constitucional Alemán entiende la Grundgesetz (la Constitución) de la República Federal de Alemania no tanto como un sistema de reglas estructurado por principios, sino, recurriendo para ello a las éticas materiales de los valores (del tipo de Max Scheler o Nicolai Hartmann), como un “orden concreto de valores”. De acuerdo con ello con la letra y con el tenor de importantes sentencias del Tribunal Constitucional alemán, también Böckenförde entiende los principios como valores: “las normas objetivas concernientes a principios” o “normas – principios del orden jurídico objetivo” descansarían en “decisiones valorativas”. Habermas, Jünter. *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Colección Estructuras y Procesos. Serie Filosofía. Madrid: Editorial Trotta. Tercera edición. 2001. Página 327.

30 “Esta interpretación viene a ajustarse a una expresión algo laxa, pero habitual entre los juristas, que hablan de una “ponderación de bienes” (Güterabwägung). Si los principios sientan un valor que debe ser realizado de forma óptima, y si el grado de cumplimiento de este mandato de optimización no puede obtenerse de la norma misma, pues la norma ni lo establece ni lo puede establecer, la aplicación de tales principios en el marco de lo fácticamente posible hace menester una ponderación orientada a fines. Pero como ningún valor puede pretender de por sí una primacía incondicional sobre los demás valores, con tal operación de ponderación o sopesamiento la interpretación del derecho vigente se transforma en el negocio de una realización de valores, que concretiza a éstos orientándose por el caso concreto.” Habermas, Jünter. *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Colección Estructuras y Procesos. Serie Filosofía. Madrid: Editorial Trotta. Tercera edición. 2001. Página 327.

31 Quintero, Beatriz. Notas personales

En ese sentido plantea Beatriz Quintero, en sus notas personales, que los principios son normas superiores a cuya luz pueden justificarse otras normas con un sentido deontológico, por su parte los valores solo tendrían un sentido teleológico, esto es, son una especie de preferencias subjetivamente compartidas que en determinados colectivos se consideran preferibles y que pueden realizarse mediante una acción enderezada hacia ese fin. Es un concepto de magnitud ETICA, sin validez absoluta universal, el que tiene que corresponder a la norma principio. Esta es la crítica de Habermas a la concepción de Alexy. Para este los derechos fundamentales son valores que consiguen reconocimiento intersubjetivo dentro de una cultura o de una forma de vida. La norma principio hace alusión a una acción que es buena para todos y por consiguiente obliga. Dworkin los entiende como principios deontológicos que regulan una materia en interés de todos por igual.³²

Así Habermas³³, plantea las siguientes distinciones entre los “principios o normas de orden superior” y los valores:

32 “Pero sin perjuicio de esta delimitación fáctica del ámbito de validez, los derechos fundamentales cobran un sentido distinto según que se los entienda en el sentido de Dworkin como principios jurídicos deontológicos, o en sentido de Alexy como bienes jurídicos optimizables. En tanto que normas regulan una materia en interés de todos por igual; en tanto que valores constituyen, en la configuración que forman con otros valores, un orden simbólico en el que se expresan la identidad y forma de vida de una comunidad jurídica particular ... Quien hace agotarse una Constitución en un orden concreto de valores, desconoce u específico sentido jurídico; pues como normas jurídicas, los derechos fundamentales, al igual que las reglas morales, están formados conforme al modelo de normas obligatorias de acción, y no conforme al modelo de bienes apetecibles.” Habermas, Jünter. *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Colección Estructuras y Procesos. Serie Filosofía. Madrid: Editorial Trotta. Tercera edición. 2001. Página 329.

33 Habermas, Jünter. *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Colección Estructuras y Procesos. Serie Filosofía. Madrid: Editorial Trotta. Tercera edición. 2001. Página 328.

Principios o normas de orden superior	Valores
A cuya luz pueden justificarse otras normas, tienen un sentido deontológico	Los valores tienen un sentido teleológico
Las normas válidas obligan a sus destinatarios sin excepción y por igual a practicar un comportamiento que cumple expectativas generalizadas de comportamiento.	Los valores hay que entenderlos como preferencias intersubjetivamente compartidas. Los valores expresan la preferibilidad de bienes que en determinados colectivos se consideran deseables y que pueden adquirirse o realizarse mediante una acción enderezada a ese fin.
Las normas se presentan como una pretensión binaria de validez y son, o bien válidas, o bien no válidas	Los valores fijan relaciones de preferencia que dicen que determinados bienes son más atractivos que otros; de ahí que nuestro asentimiento a los enunciados valorativos consienta grados.
La validez deontológica de las normas tiene el sentido absoluto de una obligación incondicional y universal: lo debido pretende ser bueno para todos los igual	La atractividad de los valores tiene el sentido relativo de una apreciación de bienes a la que se está habituado o que se ha adoptado en una determinada cultura o en una determinada forma de vida: las decisiones valorativas decisivas o preferencias de orden superior dicen qué es lo que, consideradas las cosas en conjunto, es bueno para nosotros (o para mí)

<p>Distintas normas no pueden contradecirse unas a otras si pretenden validez para el mismo círculo de destinatarios; tienen que guardar una relación coherente, es decir, formar sistema.</p>	<p>Los diversos valores, en cambio, compiten por ser los primeros; en la medida que consiguen reconocimiento intersubjetivo dentro de una cultura o de una forma de vida, constituyen configuraciones a la vez flexibles y tensas.</p>
<p>A la luz de las normas puede decirse qué es obligatorio hacer</p>	<p>A la Luz de valores puede decirse cuál es el comportamiento mejor y más recomendable.</p>
<p>El problema de aplicación exige la selección de la acción correcta, esto es, si partimos de un sistema de normas válidas, la acción es buena para todos por igual</p>	<p>El problema de aplicación exige la selección de la acción correcta, esto es, en relación con una constelación valorativa típica de nuestra cultura o de nuestra forma de vida, “correcto”, es aquel comportamiento que en conjunto y a largo plazo es bueno para nosotros</p>

En síntesis expone Habermas que: “Las normas y valores se distinguen, pues, primero, por la referencia que, respectivamente, hacen a la acción “deontológica”. Es decir, a la acción sujeta a obligaciones, y a la acción teleológica; segundo, por la codificación, bien binaria, bien gradual, de su pretensión de validez; tercero, por su tipo de carácter vinculante absoluto en caso de normas, y relativo en caso de valores; y cuarto, por los criterios a los que han de satisfacer los sistemas de normas, por un lado, y los sistemas de valores, por otro. Porque las normas y valores se distinguen en estas propiedades lógicas, de ello se siguen también importantes diferencias en su aplicación”.³⁴

Concluye la maestra Beatriz Quintero que el viejo Iusnaturalismo no distingue valor y principio porque exige al valor la misma

34 Habermas, Jünter. Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Colección Estructuras y Procesos. Serie Filosofía. Madrid: Editorial Trotta. Tercera edición. 2001. Página 328, 329.

suprema validez universal, pero en un pensamiento POST METAFÍSICO (obra de Habermas) donde ya no juega la metafísica, es bien difícil sostener tal entendimiento. Hoy no es posible pensar en valores universales, dada su validez simplemente local.³⁵

Para finalizar, vale la pena anotar que a partir de la distinción, también se afirma que la positivización de valores y principios en un texto constitucional, les imprime un nivel importante de eficacia que no permite eludir su aplicación, ni realizar cualquier tipo de interpretación³⁶, ejemplo de ello es la tendencia de constitucionalización de las garantías que integran del debido proceso como derecho fundamental.

35 “Consideradas las cosas desde el punto de vista de un análisis conceptual, la distinción terminológica entre normas y valores sólo resulta superflua en aquellas teorías que pretenden para los valores o bienes supremos una validez universal, como sucede en las versiones clásicas de la ética de los bienes. Estos planteamientos ontológicos objetualizan los bienes y valores y los convierten en entidades en sí; pero en nuestra situación de pensamiento postmetafísico a tales planteamientos apenas si se los puede defender ya.” Habermas, Jünter. *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Colección Estructuras y Procesos. Serie Filosofía. Madrid: Editorial Trotta. Tercera edición. 2001.

36 “Por otra parte, la interpretación y aplicación de las reglas jurídicas debe ajustarse a un orden de valores previo y determinado, que está descrito en la Constitución. Además, los principios de los cuales se han de extraer reglas también deben responder a estructuras constitucionales claras e indiscutidas. Los valores y principios toman así un carácter institucional que ha de impregnar las reglas jurídicas tanto a nivel estructural como funcional”. En: Freixes Sanjuán, Teresa, Remotti Carbonell, José Carlos. *Los Valores y los principios en la interpretación constitucional*. Revista española de derecho constitucional, ISSN 0211-5743, Año n° 12, N° 35, 1992, págs. 97-110.

“la positivación constitucional de los valores comporta, en cuanto a su estructura jurídica: (i) Su transformación en reglas prescriptivas y vinculantes; (ii) Su condición de metanormas orientadas a la producción de otras normas; (iii) La estabilidad de sus características estructurales; y (iv) Una relación de complementariedad, y no de jerarquía” En: Alcalde Rodríguez. Enrique. *Relación entre valores y principios generales del Derecho en la interpretación constitucional de los derechos fundamentales en Chile*. Revista Chilena de Derecho. Vol. 35 N° , páginas 463 a 484, 2008.

III. Algunos antecedentes del Debido Proceso

El debido proceso, plantea Sergio García, constituye un límite al poder del Estado, y se refiere al conjunto de garantías que deben observarse en el trámite de los procedimientos, para que las personas involucradas en los mismos tengan posibilidades reales de defensa ante cualquier actuación del Estado que pueda afectarles.³⁷ A su vez expone, el procesalista Eduardo Oteiza, que al debido proceso se le ha reconocido “su carácter central en la relación entre el individuo y el Estado en situaciones históricas particularmente trascendentales en la evolución de las tradiciones jurídicas e institucionales del common law y del civil law”.³⁸

Expertos en el tema³⁹, al realizar un recuento histórico del debido proceso como derecho humano y derecho fundamental, se remontan a los siguientes hitos históricos: i) La Carta Magna de 1215 que refiere a la necesidad de un juicio legal formal como presupuesto previo para encarcelar, despojar de bienes o desterrar;⁴⁰ ii) La Revolución Francesa y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en su artículo 7; iii) La Independencia

37 García Ramírez, Sergio. El Debido Proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Consultado en: <http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursososp/2012/jornadasitinerantes/procesoSGR.pdf>

También se puede consultar García Ramírez, Sergio. El Debido Proceso. Criterios de la Jurisprudencia Interamericana. Editorial Porrúa. México 2012. Página 11-

38 Entre ellos se puede consultar a: Oteiza Eduardo, El Debido Proceso y su proyección sobre el proceso civil en América Latina. Página 77. Consultado en: www.juridicas.unam.mx

39 *Ibidem*.

40 “Los antecedentes de la garantía del debido proceso se remontan a la carga magna de 1215, en la que el rey Juan Sin Tierra, otorga a los nobles ingleses entre otras garantías la del due process of Law, consignada en la cláusula 48 de ese documento que disponía “ningún hombre libre podrá ser apresado, puesto en prisión, ni desposeído de sus bienes, costumbres y libertades, sino en virtud del juicio de sus partes, según la ley del país.” Beraun Max, Manrati Beraun. Visión Tridimensional del Debido Proceso. Definición e Historia. Consultado en: www.justiciaviva.org.pe

de Estados Unidos y la V enmienda a la Constitución de 1787⁴¹; iv) y la constitucionalización de las garantías procesales tras la segunda guerra mundial.⁴² Sobre este último punto se destaca que una vez termina la guerra con todos los estragos que la misma generó en lo que refiere a la grave violación de los derechos humanos, el derecho constitucional se planteó la necesaria relación entre Constitución y proceso con el reforzamiento de las garantías mínimas.⁴³ Así desde los orígenes del Debido Proceso entendido como una garantía constitucional, se ha señalado también

- 41 Al respecto también se puede consultar a Meléndez Florentín en “El debido proceso en el derecho internacional de los derechos humanos” Consultado en: www.juridicas.unam.mx. Señala el autor que al remitirse a la cuarta enmienda de la Constitución de Estados Unidos América, se establece expresamente el principio según el cual “a nadie se le puede privar de sus vida o su libertad sin el debido proceso judicial” Página 209.

“...el debido proceso legal (due process of law) ingresó en el torrente constitucional estadounidense a través de la enmienda V primero, y dela enmienda XIV, más tarde...como instrumento de tutela de la libertad, la vida y la propiedad” En: García Ramírez, Sergio. El Debido Proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

- 42 “Tras la Segunda Guerra Mundial se produjo el fenómeno de la constitucionalización de las garantías mínimas que debía reunir todo proceso judicial, como consecuencia del régimen político totalitario nazista, donde el irrespeto de los principios y garantías constitucionales de los ciudadanos fue el elemento característico del sistema alemán, lo que motivó y originó la inclusión de los derechos fundamentales tradicionales y procesales dentro de la Ley fundamental de la República Federal Alemana del 23 de mayo de 1949.

Luego de los procesos Nazis ordenados por el Reich, que se caracterizaron por la trasgresión de los derechos humanos; especialmente, en el genocidio a los judíos, sin un debido proceso previo, se comenzó a garantizar los derechos no sólo humanos sino procesales, y nace en Europa el conocimiento de tales derechos y principios en los textos constitucionales”. Perozo Javier, Montaner Jessica. Tutela Judicial Efectiva en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En Revista Frónesis v. 14 número 3. Caracas 2007. Consultado en: <http://www.scielo.org.ve>

- 43 Landa, César. El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional. EN: Pensamiento Constitucional, Año VIII No 8. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Lima 2002. Páginas 445 a 461. Consultado en: <http://www2.congreso.gob.pe>

por la doctrina que es relativamente novedoso en el campo de la disciplina procesal.

... y mucho más reciente es su sistematización constitucional, de manera que en la dogmática procesal carece aún de significado unívoco. Es el proceso de constitucionalización de los derechos individuales, iniciados en 1917 con la Constitución de Querétaro, proseguida con la Constitución de Weimar de 1918, el que marca la pauta de la inicial constitucionalización e internalización de las Garantías de la Administración de Justicia, elevando a su rango normativo a los postulados constitucionales ...⁴⁴

En torno al concepto del debido proceso, señala Osvaldo Gozáini, que el mismo tiene en sus orígenes una descripción “de las reglas básicas a las que debía someterse el derecho de defensa (que se observa nítidamente en las Constituciones americanas); siguió en su desarrollo las innovaciones que introdujeron las Enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos de América”.⁴⁵ Detalla el autor en cita, que el debido proceso tiene dos facetas y que el carácter bifronte tiene como fuente el derecho anglosajón a través de la frase “due process of law”, explicando el profesor que es una variación de la frase contenida en la Carta Magna inglesa de 1245 “per legem terrae”, “by the law of the land”.⁴⁶ Igualmente se señala que el debido proceso es un derecho fundamental, comportando el doble carácter que le es propio de los derechos fundamentales: “. . . es un derecho subjetivo y particular exigible por una persona, y es un derecho objetivo en tanto asume una dimensión institucional a ser respetado por todos, debido

44 Quiroga León, Aníbal. Estudios de Derecho Procesal. Editorial IDEM-SA. Lima – Perú. Junio de 2008. Página 309 – 310. Revisados los archivos históricos por parte de los autores se encuentra que la Constitución de la República de Weimar fue aprobada el 31 de julio y entró en vigor el 11 de agosto de 1919.

45 GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. El debido proceso en la actualidad. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Nro. 2, 2004. Páginas 57 - 70

46 *Ibidem*.

a que lleva implícito los fines sociales y colectivos de justicia”.⁴⁷ De allí que desde la doctrina se interpreta que el debido proceso legal es el conjunto de condiciones y requisitos de carácter jurídico y procesal que son necesarios para restringir legítimamente los derechos de los gobernados.⁴⁸

En definitiva, se plantea que el proceso como garantía, es un medio para asegurar en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia, a lo cual contribuyen el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de “debido proceso legal”. Dichos actos, sirven para proteger la titularidad o el ejercicio de un derecho y son condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial. De allí que se considere que el debido proceso supone ese conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales. En esa medida, se considera que el debido proceso, es un límite a la regulación del poder estatal en una sociedad democrática, dotándose al proceso como garantía con un carácter democratizador.⁴⁹

De lo anterior se sigue, que el debido proceso más allá de su dimensión estrictamente normativa, está concebido como meca-

- 47 Landa, César. El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional. EN: Pensamiento Constitucional, Año VIII No 8. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Lima 2002. Páginas 445 a 461
- 48 Gómez Lara, Cipriano. El debido proceso como derecho humano. Página 345. El autor a su vez cita a Fix Zamudio, Héctor, Voz: Debido Proceso legal, Diccionario Jurídico Mexicano, México, Porrúa – UNAM, 1987, pp 820-822, quien señala que el debido proceso se extiende a varios sectores: a) la exigencia de un proceso previo en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento; b) prohibición de tribunales especiales y de leyes privativas; c) restricción de la jurisdicción militar; d) derecho o garantía de audiencia; e) fundamentación y motivación de las resoluciones dictadas por autoridad competente; f) aspectos sustanciales del debido proceso legal que aluden ya a la evaluación de los decidido por los tribunales y su compatibilidad con los principios lógicos y jurídicos del sistema.
- 49 Salmon Elizabeth, BLANCO, Cristina. El derecho al debido Proceso en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Cooperación Alemana al Desarrollo Agencia de la GIZ. Perú. 2012.

nismo de legitimación y de interacción social, ello es, su espíritu deontológico se inspira en los derechos y deberes en forma equilibrada desde el tópico de la justicia y la equidad, para garantizar la convivencia y la estabilidad de las organizaciones sociales.

El debido proceso, desde el impacto positivo y la generación de corresponsabilidades políticas, es sin duda la mayor conquista de las sociedades desde los estadios primitivos hasta la época actual, pues en este ámbito de protección se ha logrado un verdadero fortalecimiento de la dignidad del hombre, tornando el derecho en una expresión de democracia, donde su núcleo esencial de eficacia, se mide por la satisfacción en extremo de todos los derechos y garantías expuestas en los diferentes escenarios procesales y de operatividad administrativa tanto locales, como internacionales, siendo ello la consecuencia positiva de la armonización de las políticas de los Estados Constitucionalizados, para el caso aquellos comprometidos con un sistema de Estado protector del ser humano y de todo su entorno, de desarrollo personal y social.

La necesidad de ampliar la cobertura del manto protector de este derecho humano a todas las expresiones de sociedad tanto local, como internacional, es una realidad con plena evidencia, dado que no todos los Estados han sintonizado sus políticas públicas hacia el fortalecimiento del proceso como garantía.

IV. El Debido Proceso en la Convención Americana de Derechos humanos y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El derecho internacional de los derechos humanos, es una contribución significativa en el reconocimiento, positivización y afirmación del debido proceso como un derecho humano.⁵⁰ Señala Florentín Meléndez, que los principios y garantías del debido proceso están reconocidos en pactos, convenios internacionales, declaraciones y resoluciones internacionales de derechos humanos adoptados por la Asamblea General de la ONU y de la OEA,

50 Meléndez, Florentín, El debido proceso en el derecho internacional de los derechos humanos. En el libro: Estudios en Homenaje a Héctor Fix Zamudio. Página 209. Consultado en: www.juridicas.unam.mx.

citando entre ellos: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 7, 8, 9, 10, 11, 14 y 15); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 25 y 27); el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles; la Convención Europea para la prevención de la tortura; Convención sobre los derechos de niño (artículos 9, 37 y 40); los cuatro convenios de Ginebra (artículo 4, 5 y 6); la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículos 1, 7, 8, 9, 10, 11); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre (artículos II, XVIII, XXIV, XXV y XXVI); y la Declaración sobre los principios fundamentales de la justicia para las víctimas de delitos y de abuso de poder; entre otros instrumentos.⁵¹

Concretamente para el caso de América, la Convención sobre Derechos Humanos de 1969, reconoce el debido proceso en el artículo 8 bajo el título de garantías judiciales, misma que entró en vigor el 18 de julio de 1978, veinticuatro Estados fueron adherentes a la convención, en orden alfabético: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Trinidad y Tobago,⁵² Uruguay y Venezuela.⁵³

Al respecto señala Eduardo Oteiza, que el alcance del artículo 8 de la Convención Americana, lo ha trazado la Corte de San José de Costa Rica desde sus características fundamentales, entendiendo que el debido proceso legal comprende las condiciones necesarias para asegurar la adecuada defensa de los derechos y obligaciones de quienes se encuentran vinculados en un proceso judicial, además que el conjunto de las garantías mínimas del

51 Meléndez, Florentín, El debido proceso en el derecho internacional de los derechos humanos. En el libro: Estudios en Homenaje a Héctor Fix Zamudio. Página 210 y 211. Consultado en: www.juridicas.unam.mx.

52 Este país denunció La Convención Americana sobre Derechos Humanos, el 26 de Mayo de 1998.

53 Este país también denunció la Convención el 10 de septiembre de 2012.

proceso penal tienen aplicación en los procesos civiles ya que el individuo tiene derecho a un debido proceso.⁵⁴

En ese mismo sentido también señala Florentín Meléndez que “El derecho Internacional ha reconocido principios y garantías del debido proceso que son comunes a ambas partes en el proceso judicial – víctimas e imputados, o demandantes y demandados -, algunas de las cuales tiene carácter de inderogables, es decir, que no son susceptibles de suspensión, afectación o limitación bajo ninguna circunstancia.”⁵⁵

Específicamente se destaca que varios instrumentos de derechos humanos reconocen una serie de principios, derechos y garantías tanto a imputados⁵⁶ como a las víctimas.⁵⁷ Igualmente que desde el derecho internacional de los derechos humanos al integrar el debido proceso como derecho humano, sus garantías son inderogables “... por su naturaleza jurídica, su contenido esencial y por la función de protección que desempeñan, bajo ninguna circunstancia se pueden anular, suspender, limitar, afectar o restringir...”⁵⁸

54 OTEIZA, Eduardo, página 85. Sobre estas reflexiones el autor cita expresamente a nota de pie de página la Opinión Consultiva sobre Estados de emergencia, párrafo 28 y varias decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Sentencia del 29 de enero de 1997, párrafo 74, Sentencia del 8 de marzo de 1998, párrafo 149, Sentencia del 31 de enero de 2001, párrafo 70.

55 Meléndez Florentín, El debido proceso en el derecho internacional de los derechos humanos. EN LIBRO: Estudios en Homenaje a Héctor Fix Zamudio. 211. Consultado en: www.juridicas.unam.mx.

56 Entre los principios, derechos y garantías de los imputados se pueden relacionar: la presunción de inocencia, la irretroactividad de la ley penal, el derecho de defensa, el principio de igualdad, la dignidad humana, la libertad, el *nom bis in ídem*, etc..

57 Entre los principios, derechos y garantías consagrados a favor de las víctimas se pueden mencionar: el derecho a la verdad, el derecho a la justicia y el derecho a la reparación. Ver Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las víctimas de delitos de abuso de poder aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985.

58 Meléndez Florentín, El debido proceso en el derecho internacional de los derechos humanos. EN LIBRO: Estudios en Homenaje a Héctor Fix Zamudio. Página 217 y 218. Consultado en: www.juridicas.unam.mx.

Ahora bien, desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, precisa Sergio García Ramírez, que los temas del debido proceso se registran con frecuencia en la jurisprudencia de la Corte contenciosa y consultiva,⁵⁹ al respecto expresa que:

... hoy día existe un panorama renovado del debido proceso, en constante revisión y precisión, que se ha visto fuertemente influido por el Derecho Internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia proveniente de los tribunales que tienen a su cargo la interpretación y aplicación de los tratados sobre esta materia. El debido proceso, bajo alguna expresión que recoge las mismas exigencias... tiene carta de naturalización en el Derecho Internacional de los derechos humanos. Algunos tratadistas consideran, por ello, que tenemos a la vista un nuevo paradigma del debido proceso...”

En coherencia con este argumento plantea que el debido proceso posee un carácter pragmático que implica la existencia, la suficiencia, la eficacia de un sistema judicial y procesal idóneo para garantizarlo como derecho fundamental, su alcance comprende varios extremos, entre ellos, el derecho a ser oído con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley para la determinación de sus derechos.⁶⁰

Al respecto se ha señalado que: “La evaluación internacional de si un Estado cumple o no con el debido proceso marca una relación particular entre los procedimientos nacionales o estatales y el órgano internacional. En sentido estricto, inclusive, los casos que llegan a conocimiento de la instancia internacional van a comprender en casi todos los supuestos un tema referido al debido proceso.”⁶¹

59 García Ramírez, Sergio. El Debido Proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

60 García Ramírez, Sergio. El Debido Proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Páginas 19 y 20.

61 Salmon Elizabeth, Blanco, Cristina. El derecho al debido Proceso en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universi-

Se aclara al respecto que la Corte Interamericana no es una “cuarta instancia” que tenga la competencia para revisar las sentencias nacionales y eventualmente determinar responsabilidades, pero si es el órgano jurisdiccional competente que evalúa si el Estado ha cumplido o no sus obligaciones en materia de proceso debido, para hacerlo, debe analizar las actuaciones judiciales o administrativas nacionales, en consecuencia ello no desconoce per se la jurisdicción nacional dado que los Estados tienen obligación internacional en materia de debido proceso.

De otro lado, debe tenerse en cuenta, en lo que refiere a la relación entre debido proceso y procesos nacionales, el deber de los Estados de realizar un análisis de convencionalidad, en el sentido, que cualquier norma o actuación del Estado debe ser analizada no solo en función de la norma constitucional nacional, sino también en función de las obligaciones internacionales asumidas por aquel en materia de derechos humanos, en general, y en función de la Convención Americana en Particular:

Ciertamente, son los Estados los obligados a cumplir con este control, pero resulta interesante que la Corte haya señalado que las autoridades implicadas en el cumplimiento de esta función son las del Poder Judicial. En este sentido, en el Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs Bolivia, la Corte reiteró que en relación con las prácticas judiciales, los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley, y por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. ... En esta tarea, el Poder Judicial está llamado a ejercer un “control de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, eviden-

dad Católica del Perú, Cooperación Alemana al Desarrollo Agencia de la GIZ. Perú. 2012. Página 45

temente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que de este ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.⁶²

Así, se observa como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha influido en la progresividad del debido proceso, definiéndolo incluso en la actualidad como un debido proceso renovado que impacta en todo el sistema de protección de derechos humanos en los países de Latinoamérica:

El debido proceso es el derecho – base de todo sistema de protección de derechos y refleja, como pocos, la evolución y dinamismo de la teoría y práctica del marco jurídico de los derechos humanos. En efecto, el debido proceso ha sufrido un doble proceso de expansión. Por un lado, aunque anclado inicialmente en el marco del derecho penal, el debido proceso es hoy una verdadera línea transversal en la función evaluadora de cualquier instancia de poder público, o incluso privado, que pueda de alguna manera afectar los derechos. En este sentido, ha experimentado una expansión que llamaremos horizontal. Pero, adicionalmente, el derecho al debido proceso ha sabido incluir cada vez mayores garantías y contenidos en su definición misma comprendiendo facetas distintas e innovadoras de garantías bien establecidas como el tribunal competente, independiente e imparcial, la noción de plazo razonable, el derecho de defensa o la protección judicial, entre otros. A ello nos referimos como expansión vertical⁶³

Sobre la aplicación del debido proceso en otras materias, precisa el García Ramírez, que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha atribuido un “carácter expansivo” a las garantías previstas en el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, para ampliar la tutela judicial

62 Ibidem. Página 50.

63 Ibidem. Página 84.

en todos los supuestos.⁶⁴ Puntualmente sobre la interpretación del artículo 8 de la Convención que refiere a “Garantías Judiciales”, ha señalado la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo siguiente:

Este artículo, cuya interpretación ha sido solicitada expresamente, es denominado por la Convención “Garantías Judiciales”, lo cual puede inducir a confusión porque en ella no se consagra un medio de esa naturaleza en sentido estricto. En efecto, el artículo 8 no contiene un recurso judicial propiamente dicho, sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención.

El artículo 8 reconoce el llamado “debido proceso legal”, que abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial...⁶⁵

Tales garantías del debido proceso (artículo 8 párrafos 1 y 2 de la Convención Americana) tienen aplicación y deben respetarse también en los procesos civiles y administrativos, tal y como desde antaño lo ha demarcado la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Interpretación en la que insiste Sergio García Ramírez, quien expone que en el artículo 8 se registran, las garantías judiciales generales (párrafo 1), como las garantías judiciales penales (párrafo 2):⁶⁶ “ sin perjuicio de la

64 García Ramírez, Sergio. El Debido Proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Página 20. En este aspecto, el autor cita el caso *Ivcher Bronstein* (Perú). Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No 74. Párr. 103 y otras para referir que a pesar que el artículo 8.2 de la CADH no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el conjunto de las garantías mínimas contempladas en el citado artículo si tiene aplicación también en todos esos órdenes.

65 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC 9/87, párrafos 27 y 28.

66 García Ramírez, Sergio. El Debido Proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Página 14.

interpretación extensiva que la Corte ha provisto y que será materia de examen en el lugar pertinente”. Igualmente vale la pena señalar, como bien lo destaca el autor en cita el debido proceso nutre las obligaciones generales que asumen los Estados Partes, el respeto y garantía de los derechos y la adopción de disposiciones y medidas protectoras de orden interno.

En lo que respecta a la **expansión horizontal del debido proceso**, se encuentran los siguientes supuestos:

- a) Que la garantía del debido proceso se extiende a todo acto emanado del Estado que pueda afectar derechos. En consecuencia, no se restringe ni a los procesos judiciales, ni entre ellos solo a los procesos penales, dado que incluye los procedimientos administrativos y la inserción de otras materias como la fiscal, laboral, civil, disciplinaria, electorales, procedimiento de juicio político.
- b) Igualmente la garantía del debido proceso, también tiene un proceso de especificación que implica comprenderlo como derecho humano en función de las personas que los ejercen – niños, personas migrantes, mujeres víctimas de violencia, pueblos indígenas, defensores de derechos humanos, entre otros–
- c) Los efectos protectores del debido proceso no se limitan al momento mismo del desarrollo del proceso, sino que se extiende temporalmente desde la fase previa de investigaciones fiscales hasta la etapa final del proceso que comprende incluso la ejecución de las sentencias.

En cuanto a la **expansión vertical del debido proceso**, esto es, la profundización de su contenido, en palabras de García Ramírez “El debido proceso tiene progresión histórica: nuevos requerimientos agregan nuevos elementos que pasan a integrarse en ese concepto. Es así que el desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales.”⁶⁷

67 García, Sergio. Panorama del debido proceso (adjetivo) penal en la jurisprudencia de la Corte Penal Interamericana”. Página 1133. Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC -18/03 del 17 de septiembre de 2003, párrafo 121. CITADO EN: Página 104 – 105 -

4.1 EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y EL DEBIDO PROCESO

El control de convencionalidad ha sido definido por la Corte Interamericana de Derechos humanos,⁶⁸ como el ejercicio de compatibilidad entre las normas de la convención y las normas internas de cada Estado, que hace la propia Corte Interamericana de Derechos humanos en adelante la CIDH, como órgano de competencia primaria en sede de las causas sometidas a su poder jurisdiccional y que deben hacer también los poderes judiciales y demás órganos de los Estados parte, ello es, los que han ratificado o adherido a la Convención Americana de Derechos Humanos en adelante CADH, buscando con ello el mantenimiento de la supremacía de la codificación normativa internacional, cuyo objetivo esencial es la protección efectiva de los derechos humanos.

La CIDH ha extendido desde una postura jurisprudencial consolidada y evolutiva hasta la realidad contemporánea, los criterios normativos para la exigibilidad de control de convencionalidad en el sentido de que no solo dispone que se haga control de convencionalidad buscando la compatibilidad de las normas internas de cada Estado, y el texto normativo de la CADH, sino también en el sentido de que el control de convencionalidad se escenifica obligatoriamente en el contraste de la norma interna de cada Estado y las interpretaciones que la CIDH como órgano límite hace: al texto de la convención, a las demás convenciones que por desarrollo le son afines para el reforzamiento de los derechos en protección y a la Declaración de los Derechos Humanos y Deberes del Hombre entre otras,⁶⁹ por su relacionamiento directo con la Convención, aunque de esta última reconozca que por sí sola no tiene identidad normativa propia por su expresión jurídica de declaración y no de tratado, sin embargo en interpretación sistemática e integradora, se considera por parte de la CIDH

68 Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos número 7, sobre control de convencionalidad – Presidente, Humberto Sierra Porto.

69 Opinión Consultiva, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 14 de julio de 1989, sobre el ámbito de interpretación y obligatoriedad de la Declaración Americana de Derechos Humanos y Deberes del hombre,

que estos derechos hacen parte de las obligaciones que emanan de la convención en los Estados de América.

Es claro entonces, que por virtud normativa sustancial y por jurisprudencia reiterada de la CIDH, para que se cumplan los mandatos de supremacía de la convención y se logre la eficacia de tutela material de los derechos humanos en protección extensiva al ámbito internacional, es obligatorio que en ejercicio propio de sus decisiones la CIDH y los órganos internos con poder jurisdiccional, legislativo o de orden administrativo, armonicen la norma internacional predicha con las fuentes del Derecho de cada Estado, prefiriendo como fuente normativa para la decisión en la causa, en caso de antinomia, a la convención, igualmente que tal obligación se extiende a la dimensión normativa que emerge de las interpretaciones realizadas ex ante y que por competencia exclusiva le fueron asignadas a la CIDH.

Se infiere asimismo desde la jurisprudencia que emana de la CIDH y de la lectura de vinculatoriedad normativa del instrumento jurídico internacional estudiado, que el control de convencionalidad no es rogado, sino ex officio y obligatorio por parte de toda autoridad Pública, que el desconocimiento de estos postulados no solo afecta el debido proceso inter partes sino que con ello se vulneran los derechos y garantías de protección internacional con impacto jurídico, político y social, minando con probabilidad negativa la confianza en las relaciones internacionales y generando en grado sumo la posibilidad de intervención de la CIDH desde la competencia y procedimiento reglamentados en la Convención.

En el caso colombiano la Corte Constitucional ha sido explícita en interpretar el artículo 93 de la Constitución Política en el sentido que “el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario es que éstos forman con el resto del texto constitucional un “bloque de constitucionalidad”, cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas, con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción...”⁷⁰ De allí

70 Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C 225 de 1995. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

que se interpreta que la Convención Americana de Derechos Humanos integra el Bloque de Constitucionalidad y en consecuencia prevalece en el ordenamiento interno.

V. El debido proceso en las constituciones de Latinoamérica

Plantea con claridad Osvaldo Gozaíni que el “debido proceso” no se define en las constituciones.⁷¹ Y recuerda que “el debido proceso legal se sostiene en los principios de bilateralidad y contradicción, ejercicio efectivo del derecho de defensa y garantías suficientes para la independencia e imparcialidad del juez interviniente en el conflicto”.

Sobre el alcance del debido proceso, señala Eduardo Oteiza, que es equivalente a la tutela judicial efectiva y que representa al proceso justo, la garantía de acceso a la justicia, el derecho a ser oído legalmente ante los tribunales con igualdad de armas y ejercicio del derecho de defensa en el juicio.⁷² En su concepto el debido proceso ha tenido una evolución progresiva que identifica con su

Al respecto también se puede consultar la Sentencia C 327 de 2016. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz, al decir:

“En efecto, el segundo inciso del artículo 93 constitucional establece que “los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. Con base en este artículo la jurisprudencia de este Tribunal ha determinado que las normas que reconocen derechos humanos no susceptibles de limitación en estados de excepción que hacen parte de los tratados internacionales de derechos humanos, previa ratificación y análisis de constitucionalidad, así como los tratados de derecho internacional humanitario y las normas *ius cogens* integran el bloque de constitucionalidad en sentido estricto. El desarrollo jurisprudencial del bloque de constitucionalidad ha evolucionado para que, a partir de la aplicación del principio *pro homine*, la Corte haya establecido que todos los tratados de derechos humanos hacen parte del bloque de constitucionalidad”

71 Gozaini, Osvaldo Alfredo. El debido proceso en la actualidad. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Nro. 2, 2004. Páginas 57 – 70.

72 Oteiza Eduardo, El Debido Proceso y su proyección sobre el proceso civil en América Latina. Consultado en: www.juridicas.unam.mx.

creciente reconocimiento, destacando que es amplia la bibliografía que desde diferentes perspectivas aborda el estudio del debido proceso, entre los que resalta a Mauro Cappelletti, Eduardo Couture, Héctor Fix Zamudio, Jesús González Pérez, Augusto Morello, Arturo Hoyos y otros.⁷³ En ese sentido, plantea que el debido proceso es presupuesto para la vigencia de la convivencia democrática, al decir

...se trata de un valor clave de la vida democrática, ya que confiere a los individuos o grupos, contra los cuales las decisiones gubernamentales operan, la oportunidad de participar en el proceso en el cual esas decisiones son tomadas; esa posibilidad significa un reconocimiento de la dignidad de las personas que participan en dicho proceso.⁷⁴

Igualmente reitera que el debido proceso aunque tiene su origen en el proceso penal, también se extiende a otros procedimientos y actuaciones tanto judiciales como administrativas y que los textos constitucionales dan mayor atención a la serie de garantías que deben seguir los Estados en materia procesal. Citando los instrumentos internacionales, entre ellos las Declaraciones Universal y Americana de Derechos Humanos, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, observa Oteiza que los mismos expanden la noción de debido proceso en materia civil.

En ese sentido se denota como existe un reconocimiento único sobre el deber del Estado de garantizar el debido proceso penal y civil, dado que las Constituciones le asignan el carácter de derecho fundamental y las convenciones internacionales lo consagran como un derecho humano.

América Latina en los años ochenta inició un proceso de restablecimiento de los gobiernos democráticos. En un ambiente de relativa debilidad institucio-

73 Oteiza Eduardo, El Debido Proceso y su proyección sobre el proceso civil en América Latina. Página 74 Consultado en: www.juridicas.unam.mx.

74 Oteiza Eduardo, El Debido Proceso y su proyección sobre el proceso civil en América Latina. Página 75. Consultado en: www.juridicas.unam.mx.

nal, con contrastes en cuanto a la vigencia de los derechos constitucionales y humanos en los distintos países de la región, el debate sobre cuántos esfuerzos realiza los Estados para proteger el derecho al debido proceso muestra gran utilidad ⁷⁵

Puntualmente cabe recordar que luego del restablecimiento de la democracia en varios países de la región, en Latinoamérica surgió un movimiento de reforma constitucional, acorde con el cual varios países además de ratificar la Convención de Derechos Humanos y de reconocer la competencia de la Corte Interamericana, dieron lugar a introducir en sus constituciones el debido proceso como derecho fundamental, sin una definición del mismo, pero si con una enunciación las garantías que lo integran y que se describen también en algunos instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Al respecto, destaca Rodrigo Uprimny⁷⁶ que desde mediados de los años 80, Latinoamérica tuvo un intenso período de reformas constitucionales, dado que en casi todos los países se adoptaron nuevas constituciones políticas refiriéndose en especial a la constituciones de Brasil -1988, Colombia - 1991, Paraguay - 1992, Ecuador - 1998 y 2008, Perú - 1993, Venezuela -1999, Bolivia - 2009. Puntualmente destaca el autor entre los cambios esenciales: a) la variación de la parte dogmática: reconocimiento de la diversidad en múltiples campos y ampliación y protección de los derechos individuales y colectivos, b) Los cambios en mecanismos de participación y en el componente orgánico.

Entre las transformaciones se destaca el desarrollo y alcance que se ha dado al debido proceso. Así se pasará a continuación a relacionar la normativa constitucional de cada uno de los países de la región latinoamericana (para Colombia se dedicará un acápite especial) que refiere al debido proceso y a las garantías que lo integran:

La Constitución Política de Perú. Reconoce las garantías del debido proceso que protegen derechos fundamentales como la vida,

75 Oteiza Eduardo. Página 76.

76 Uprimny, Rodrigo. Las Transformaciones Constitucionales recientes en América Latina: Tendencias y Desafíos. En: <http://www.juridicas.unam.mx/wcc/ponencias/13/242.pdf>

la integridad y la libertad. El artículo 139 de la Constitución Política de Perú, consagra los principios y derechos de la función jurisdiccional, concretamente en el numeral tercero relaciona “la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional” y expresa que ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto a los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción, ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación. También en el numeral 14 se prevé el principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso.

La Constitución Política de Ecuador, artículo 76, refiere expresamente que en todo proceso se debe asegurar el debido proceso que comprende unas garantías básicas y que relaciona como: garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes, la presunción de inocencia, la legalidad para el juzgamiento y la imposición de sanciones, el juzgamiento por autoridad competente, la falta de validez y de eficacia probatoria de las pruebas obtenidas con violación de la constitución y de la ley, la favorabilidad en la aplicación de la ley, el derecho de defensa que a su vez integra una serie de garantías relacionadas en la misma norma constitucional (tiempo razonable para la preparación de la defensa, ser escuchado en el momento oportuno, procedimientos públicos, asistencia gratuita de traductor e interprete, asistencia de abogado o defensor público, derecho de contradicción entre otros).

Concretamente la Constitución Política de Chile prevé en su artículo 19 numeral 3, un conjunto de garantías que integran el debido proceso, entre las que menciona el derecho a una defensa jurídica, el juzgamiento por tribunal que señale la ley, la legalidad del procedimiento. Por su parte, el Tribunal Constitucional de Chile ha interpretado el alcance del debido proceso así:

...de la historia fidedigna de la disposición constitucional es posible comprender, en primer lugar, que se estimó conveniente otorgar un mandato al legislador para establecer siempre las garantías de un proceso racional y justo, en lugar de señalar con precisión en el propio texto constitucional cuáles serían los presupuestos mínimos del debido proceso, sin perjuicio de dejar constancia que algunos de dichos elementos decían relación con el oportuno conocimiento de la acción y debido emplazamiento, bilate-

ralidad de la audiencia, aportación de pruebas pertinentes y derecho a impugnar lo resuelto por un tribunal, imparcial e idóneo y establecido con anterioridad por el legislador⁷⁷

En la Constitución de Bolivia entre los artículos 110 a 125, se consagran las denominadas “Garantías Jurisdiccionales”, entre las cuales se relacionan: los derechos de las víctimas (artículo 114), la prohibición de tratos que impliquen afectación de la dignidad humana (artículo 115), la garantía del debido proceso, la defensa y la justicia “plural, pronta, gratuita, transparente y sin dilaciones” (artículo 116), la presunción de inocencia (artículo 117), derecho a ser oído y juzgado previamente en un debido proceso (artículo 118), el derecho de defensa y la igualdad de oportunidades (artículo 120), juez natural independiente e imparcial (artículo 121), entre otras.

También la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en el Artículo 49, consagra que “El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas” y detalla algunas garantías que le son propias, entre ellas: la defensa y asistencia jurídica, la presunción de inocencia, juzgamiento por juez natural y en un plazo razonable, la legalidad, entre otras. Sobre el mismo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha interpretado que “el debido proceso se consagra como un derecho fundamental, tendente a resguardar todas las garantías indispensables que deben existir en todo proceso para lograr una tutela judicial efectiva”.⁷⁸ Pese a la consagración constitucional de debido proceso, existen múltiples denuncias ante instancias internacionales por el desconocimiento de la garantía por parte del poder judicial y ejecutivo venezolano, son varias las denuncias públicas que se conocen, entre ellas, las que se derivan del caso de Leopoldo López.⁷⁹ Y como la propia Corte Interamericana de De-

77 Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1518, de 21 de octubre de 2010, c. 23.

78 Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sala Constitucional. Caso Enrique Méndez Labrador, del 15 de marzo de 2000.

79 El 10 de septiembre de 2015 la justicia venezolana lo declaró culpable de incitación pública a la violencia a través de supuestos mensajes subliminales y lo condenó a 13 años, 9 meses, 7 días y 12 horas de prisión. La privación de su libertad y posterior condena fue objeto de con-

rechos Humanos lo ha expresado es lamentable la entrada en vigor (10 de septiembre de 2013) de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos respecto del Estado Venezolano, porque con dicha decisión del Estado de Venezuela, las violaciones a los derechos humanos, entre ellos el debido proceso, tutelados por la Convención Americana y ocurridos en territorio venezolano a partir de dicha fecha no podrán ser presentadas al Tribunal Interamericano. Ahora bien, la Comisión Interamericana podrá continuar conociendo de las violaciones a los derechos humanos que se produzcan en Venezuela, en virtud de ser miembro de la Organización de los Estados Americanos (OEA), es decir, el Estado Venezolano debe cumplir con las obligaciones que le imponen la Carta de la OEA y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. La denuncia de la Convención Americana por parte de Venezuela, significa un grave retroceso para la protección de los derechos humanos en la región, entre ellos la Garantías Judiciales – Debido Proceso – que contempla el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Además dicha denuncia está precedida en los últimos años por un incumplimiento de la mayor parte de las sentencias y medias de protección emitidas por la Corte Interamericana.

En Argentina, el debido proceso es un derecho innominado en la Constitución, consagrado en el artículo 18 que relaciona un conjunto de garantías así “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en la 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. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos ...” Además la jurisprudencia de la Corte Suprema, ha avanzado en la interpretación y protección del debido proceso legal, interpretándose que: a) todas las personas, sin discriminación alguna, tienen

troversia, y en octubre de 2014, el Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos pidió la liberación de los detenidos en relación con las protestas. La Organización de las Naciones Unidas, la Unión Europea, Amnistía Internacional, Human Rights Watch y diversas organizaciones internacionales de derechos humanos han condenado esta sanción por haber sido motivada políticamente y con desconocimiento de las garantías judiciales.

el derecho humano a que se respete el debido proceso legal, en la determinación de sus derechos y obligaciones, b) las garantías del debido proceso legal se aplican a todos los tipos de proceso y en todas sus etapas, incluyendo la ejecución de una sentencia, c) de conformidad con la opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los principios que integran el debido proceso legal, no pueden suspenderse con motivo de las situaciones de excepción en cuanto constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales, regulados por la Convención, puedan considerarse como garantías judiciales.

Igualmente, la Constitución Política de Brasil, artículo 5º inciso LIV, consagra expresamente como derecho fundamental el debido proceso legal, en los siguientes términos “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” y en su conjunto las garantías se encuentran expresamente consignadas en los códigos de procedimiento.

La Constitución Política de Paraguay, consagra como garantías propias del debido proceso las siguientes: la detención con orden escrita de autoridad competente (artículo 12), la irretroactividad de la ley penal (artículo 14), el derecho de defensa en el juicio de las personas por tribunales y jueces competentes, independientes e imparciales (artículo 16). Y expresamente refiere en su artículo 17 a “los derechos procesales”, entre los que se relaciona: la presunción de inocencia, el juicio público y ante tribunal competente, el derecho de defensa, tiempo razonable para la preparación de la defensa, el derecho a la prueba (que se ofrezca, practique, controle e impugne pruebas), el acceso a las actuaciones procesales, entre otras. También el artículo 22, define “la publicación sobre los procesos”, señalando que el procesado no deberá ser presentado como culpable antes de la sentencia ejecutoriada. En Paraguay debe destacarse que la Constitución protege de manera especial el idioma “Guaraní” y en consecuencia los procesos penales orales deben desarrollarse en español y en Guaraní, expresamente el artículo 77 consagra la enseñanza de la lengua materna desde los comienzos del proceso escolar y que “...se instruirá asimismo en el conocimiento y en el empleo de ambos idiomas oficiales de la República”, también el artículo 140 expresa “DE LOS IDIOMAS. El Paraguay es un país pluricultural y bilingüe. Son idiomas oficiales el Castellano y el Guaraní...”. En ese sentido, El Código Procesal Penal de Paraguay, dispone que todos los

actos procesales deben celebrarse en los dos idiomas oficiales, integrándolo en consecuencia como garantía del proceso debido.

Refiere la Constitución Política de Uruguay, que nadie podrá ser penado, ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal (artículo 12), nadie podrá ser privado de la libertad sin orden del juez competente (artículo 15), que las leyes fijarán el orden y las formalidades de los juicios (artículo 18).

En la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, en sus artículos 13, 14 y 16 se relacionan algunas garantías propias del debido proceso, así el artículo 13 relaciona que “nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales”, el artículo 14, prevé que “ ... Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho” Y el artículo 16 refiere a la protección de la libertad y la intimidad en los procesos penales. Además en su artículo primero, expresa la norma constitucional, que en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.

Por su parte la Constitución Política de Panamá, define en su artículo 22 las garantías que guardan relación con el debido proceso, al decir que toda persona detenida debe ser debidamente informada de las razones de la detención y de sus derechos constitucionales y legales. Refiere también a la presunción de inocencia, el juicio público y el derecho de defensa.

En Nicaragua, la Constitución Política (artículo 34), define un conjunto de garantías que integran el debido proceso, entre ellas: la publicidad del proceso (artículo 34, segundo párrafo), la legalidad para la imposición de sanciones (artículo 34, numeral 11), el juez legal (artículo 34, numeral 2), el derecho de defensa (artículo 34, numeral 4 y 5), la prohibición de autoincriminación (artículo 34, numeral 7).

La Constitución Política de Costa Rica, en estricto sentido no contempla el debido proceso, si refiere en diferentes artículos a algunas garantías que integran el mismo, entre ellas: el juzgamiento por tribunales establecidos de acuerdo con la Constitución (artículo 35), la no obligación de declarar contra sí mismo (artículo 36), la privación de la libertad por mandato judicial (artículo

37), la legalidad del procedimiento penal con ejercicio del derecho de defensa (artículo 39), la nulidad de declaración obtenida por medio de violencia (artículo 40) , justicia pronta, cumplida y sin denegación de conformidad con las leyes (artículo 41) y el artículo 48 refiere a la aplicación de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la República de Costa Rica al decir: “ Toda persona tiene derecho al recurso de habeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”

Asimismo, la Constitución Política de Guatemala, establece en el artículo 12, el derecho de defensa, expresando que “la defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido”. Igualmente señala que ninguna persona podrá ser juzgada por tribunales especiales, ni secretos, ni por procedimientos que no estén preestablecidos por la ley.

La Constitución Política de Honduras, no consagra de manera expresa el debido proceso, señala en el artículo 63 que los derechos y garantías que relaciona la Constitución, no son negación de otras declaraciones, derechos y garantías que se derivan de la soberanía, de la forma democrática, representativa de gobierno y de la dignidad del hombre. Y en el acápite de los derechos individuales, describe en el artículo 71 la detención por orden judicial, el artículo 82 refiere al derecho de defensa y al libre acceso a los tribunales para ejercer las acciones en la forma prevista por la ley, el artículo 88 remite a la prohibición de autoincriminación, el artículo 89 consagra la presunción de inocencia, el artículo 90 dispone el juzgamiento por juez o tribunal competente, el artículo 94 expone que a nadie se impondrá pena sin haber sido oído y vencido en juicio, el artículo 95 establece que ninguna persona puede ser sancionada con penas no establecida previamente en la ley, ni podrá ser juzgada dos veces por los mismos hechos, el artículo 96 indica que la ley no tendrá efecto retroactivo (excepto en materia penal y en aplicación del principio de favorabilidad).

En la Constitución Política de El Salvador, el debido proceso es un derecho innominado, pero se relacionan sus garantías en varios textos constitucionales que se pueden sintetizar así: el artí-

culo 12 refiere a la presunción de inocencia, el derecho de defensa, y el artículo 15 prevé que nadie puede ser juzgado sino conforme a la ley promulgada con anterioridad al hecho imputado y por los tribunales previamente establecidos por la ley.

Específicamente, en la experiencia de la Constitución de República Dominicana, el artículo 69 es denominado “Tutela judicial efectiva y debido proceso” que refiere que toda persona en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, tiene derecho a obtener la tutela judicial efectiva, con respeto del debido proceso. Dicha norma constitucional, relaciona el detalle de las garantías mínimas que integran el proceso debido, así: 1) el derecho a una justicia accesible, oportuna y gratuita; 2) el derecho a ser oída, dentro de un plazo razonable y por una jurisdicción competente, independiente e imparcial, establecida con anterioridad por la ley; 3) el derecho a que se presuma la inocencia y a ser tratada como tal, mientras no se haya declarado su culpabilidad por sentencia irrevocable; 4) el derecho a un juicio público, oral y contradictorio, en plena igualdad y con respeto al derecho de defensa; 5) ninguna persona puede ser juzgada dos veces por una misma causa; 6) nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo; 7) ninguna persona podrá ser juzgada sino conforme a leyes preexistentes al acto que se imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formalidades propias de cada juicio; 8) es nula toda prueba obtenida con violación a la ley; 9) toda sentencia puede ser recurrida de conformidad con la ley. El tribunal superior no podrá agravar la sanción impuesta cuando sólo la persona condenada recurra la sentencia; 10) las normas del debido proceso se aplicarán a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Desde las reformas constitucionales destacadas, tal parece que la constitucionalización del conjunto de garantías que integra el debido proceso, es el instrumento para dignificar el proceso jurisdiccional, igualmente que es la solución en cuanto al deber de cumplir con los compromisos internacionales de protección humana. Sin embargo como ocurre con todo proceso de implementación y ejecución normativa, el sueño de armonización desde esta regulación de protección tiene mucho camino jurídico por recorrer, pues a esta expresión legislativa le hace falta la voluntad integral de los gobiernos, así mismo le hace falta la voluntad de las diferentes expresiones de autoridad judicial y administrativa, y sobre todo le hace falta la legitimación ciudadana, para que

las democracias sean estables, duraderas y ante todo estén blindadas ante los fenómenos desestabilizadores como las organizaciones criminales, las inclinaciones políticas de sometimiento, y los gobiernos con tintes o matices dictatoriales.

Así las consideraciones, por virtud del protagonismo normativo reconocido, las adhesiones estatales, y los intereses de equilibrio compartidos para la convivencia mundial, se consolida la prevalencia de los tratados, convenios y pactos, sobre los ordenamientos jurídicos internos en cuanto a la estipulación, confirmación y defensa de los derechos y garantías, además en razón a ello se desarrollan las reglas de configuración extensiva de los derechos y garantías, lo que conlleva a que muy probablemente en esas condiciones de regulación, cualquier actuación u omisión estatal y por excepción de particulares en ejercicio de funciones públicas, desde cualquier nivel de afectación, pudiera contemplarse como violación de los derechos humanos, desde el cauce del debido proceso. No obstante tal hegemonía normativa debe ser interpretada restrictivamente en cuanto a que cada Estado conserva la autonomía para estructurar el ordenamiento jurídico y la competencia para diseñar las políticas públicas que consecuentemente sirvan de plataforma eficiente para resolver todos los problemas sociales que aquejan circunstancialmente a los pueblos en la era de la constitucionalización del debido proceso como derecho fundamental.

VI. El debido proceso constitucional en Colombia como derecho fundamental y punto de partida para el estudio de los principios del derecho procesal contemporáneo⁸⁰

Las exigencias constitucionales, que orientan el razonamiento jurídico y fáctico en la labor de decisión judicial o administrati-

80 Algunas de las ideas que aquí exponen los autores en este ítem, se encuentran consignadas en el Capítulo: "Principios del derecho procesal" de Mónica Bustamante Rúa. Publicado en el Libro Colectivo del Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín

va en Colombia, han mostrado un panorama de necesidad de activismo, ello es cambio sustanciales en la definición del papel y poderes del juez y de las demás autoridades públicas, al pasar del deber de simple aplicación a la de directores y responsables de la tutela integral de los derechos de los intervinientes procesales y de la comunidad en general; por ello en cada caso en particular el ejercicio de llevar los hechos sociales a los supuestos fácticos y a las consecuencias jurídicas de cada dispositivo normativo, pasa también por morigerar las consecuencias sociales de cada decisión inter y extra partes, pues así lo traza las variables que emanan dogmática y normativamente de las constituciones modernas y las demás fuentes del derecho que indudablemente también tienen influjo constitucional.

Beatriz Quintero propuso en sus trabajos, desde el estudio del derecho procesal una incursión en el ámbito de la filosofía, dado que desde las teorías procesales de la fundamentación de la moral, la ética y el derecho, se hace esta sugerencia con diferentes propósitos. Expresa que uno de los ideales del derecho es la “justicia” y desde allí remite al pensamiento de Kant, quien presentó “una construcción racional a la manera de un tribunal: si hay idoneidad en el sujeto cognoscente, si hay pues, competencia en el sentido fuerte, y si los mecanismos de procedimiento son los adecuados racionalmente, tiene que producirse la verdad o la rectitud o la belleza”⁸¹

En primer lugar, desde la Teorías procesales de la Justicia, expone que las mismas se orientan al desarrollo de procedimientos con reglas que deben respetarse para la producción de derecho justo. Desde el modelo contractual, parte de la idea de que lo correspondiente a cada uno se determina mediante acuerdo de todos aquellos a los que les concierne, desde las condiciones que se deben satisfacer en el proceso y las reglas que se deben respetar, son las relacionadas con la capacidad de comprensión e igualdad de derechos de las partes, la exclusión de la fuerza, la amenaza y el engaño. El modelo judicial se apoya en la idea de que en caso de conflicto hay una instancia neutral calificada que lo decide, y

titulado: “Derecho Procesal Contemporáneo”. Sello Editorial Universidad de Medellín. 2010

81 Quintero, Beatriz. Prieto, Eugenio. Teoría General del Derecho Procesal. Bogotá: Editorial Temis S.A. Cuarta Edición. 2008, página 113.

desde las condiciones que se deben satisfacer en el proceso y las reglas que se deben respetar, se plantea la independencia, la imparcialidad y la ausencia de prejuicios en el juez.⁸² En segundo lugar, expone que las teorías de la argumentación de la justicia, se dirigen a elaborar las reglas de un discurso racional, desde allí se han formulado las condiciones que posibilitan comprender racionalmente problemas éticos.⁸³ En tercer lugar, desde las teorías decisionistas de la justicia, se señalan las condiciones y reglas, según las cuales un sujeto individual puede encontrar una decisión como racional y aceptable.⁸⁴ Y en cuarto lugar, a partir de la teoría del Estado Constitucional, anota que la constitución dispone el origen del derecho de dos formas, de un lado, regulando algunas materias directamente, y del otro lado, delimitando los órganos y los procedimientos que regularán las materias que la constitución no ha regulado: “La Teoría es en realidad una teoría procesal porque formula condiciones y reglas del procedimiento legislativo, administrativo y judicial como la mejor garantía posible contra abusos e injusticias”⁸⁵

Así la enunciación de las teorías desarrolladas por la procesalista Beatriz Quintero, es con el propósito de mostrar, como ella bien lo expresó que “incluso la filosofía moderna de la razón práctica ha apelado al debido proceso para lograr alguna aproximación que descarte una buena dosis de irracionalidad” y bajo esa lectura concluye que a la postre se va a producir con el debido proceso, probablemente el denominado derecho justo.

En nuestro caso, la Constitución Política de Colombia en el artículo 29 hace referencia al Principio del Debido Proceso Constitucional de la siguiente forma:

El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto

82 Quintero, Beatriz. Prieto, Eugenio. Teoría General del Derecho Procesal. Bogotá: Editorial Temis S.A. Cuarta Edición. 2008, página 114.

83 Los autores remiten a las obras de Robert Alex “Teoría de la Argumentación Jurídica” y Jürgen Habermas “Teoría de la acción comunicativa”.

84 Los autores remiten a la obra de John Rawls, “Teoría de la Justicia”.

85 Quintero, Beatriz. Prieto, Eugenio. Teoría General del Derecho Procesal. Bogotá: Editorial Temis S.A. Cuarta Edición. 2008, página 114.

que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.⁸⁶

De acuerdo a este artículo se observa como la Carta Política Colombiana, al igual que otras constituciones de la región latinoamericana, no se preocupa por definir el “Debido Proceso” sino que se limita a enunciar los postulados o elementos que lo componen. Es por ello que se abordará el estudio de algunas sentencias de la Corte Constitucional que interpretan dicho principio a la luz de instrumentos internacionales. Señaló la Corte Constitucional Colombiana en sus inicios que el debido proceso es un derecho fundamental que se vincula con el principio de legalidad al que deben estar sujetos tanto las autoridades judiciales como las administrativas

...Es pues una defensa de los procedimientos, en especial de la posibilidad de ser oído y vencido en juicio, según la fórmula clásica, o lo que es lo mismo, de la posibilidad de ejercer el derecho de defensa. El derecho al debido proceso comprende no solo la observancia de los pasos que la ley impone a los procesos judiciales y a los procesos y trámites administrativos, sino, también el respeto a las formalidades propias de cada juicio, que se encuentran, en gene-

86 Constitución Política de Colombia, artículo 29.

ral, contenidas en los principios que los inspiran, el tipo de intereses en litigio, las calidades de los jueces y funcionarios encargados de resolver.⁸⁷

Asimismo la Corte Constitucional en sentencia C -200 del 19 de marzo de 2002, precisó que en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, el debido proceso es un principio que debe entenderse como aplicable, en lo esencial, a todas las garantías judiciales y al contener principios convertidos en esenciales garantías. De la misma forma plantea que el principio del Debido proceso no puede suspenderse con motivo de las situaciones de excepción:

El derecho al debido proceso consagrado en el artículo 8° de la Convención, al no poder ser suspendido durante los estados de excepción y al tratarse de una norma de derechos humanos contenida en un tratado ratificado por Colombia, hace parte del bloque de constitucionalidad y debe ser tomado en cuenta por esta Corporación para el análisis de constitucionalidad de las disposiciones demandadas.⁸⁸

En esta misma Providencia afirmó la Corte que:

En nuestro ordenamiento jurídico se garantiza plenamente el debido proceso en sus diferentes componentes-principio de legalidad, juez natural, derecho de defensa, presunción de inocencia, derecho a presentar y controvertir pruebas, principio de favorabilidad...- en perfecta armonía con las disposiciones internacionales sobre la materia y en particular con las normas de la Convención Americana de Derechos del Hombre a que se ha hecho referencia.⁸⁹

En esa medida, la Constitución Colombiana, consagra el principio del Debido Proceso como desarrollo de las normas de carácter

87 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. T-516/92. Magistrado Ponente. Fabio Morón Díaz.

88 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 200, 19 de marzo de 2002, magistrado ponente, Álvaro Tafur Galvis.

89 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 200, 19 de marzo de 2002, magistrado ponente, Álvaro Tafur Galvis.

ter internacional que forman parte del ordenamiento jurídico interno. Se trata de “...las garantías mínimas necesarias para asegurar el trato adecuado a la condición humana del individuo que en cualquier momento de su vida puede hallarse comprometido en alguna cuestión problemática que haya de ser sometida a examen jurisdiccional”.⁹⁰ Al respecto, la Corte Constitucional, en la sentencia C -252 de 2001, ha enfatizado que el ámbito de los derechos fundamentales no es sólo el que delimitan las disposiciones de la Constitución, sino también el que se conforma por los derechos humanos que aparecen en las normas convencionales de derecho internacional.⁹¹

El debido proceso, se encuentra institucionalizado como derecho fundamental en el orden nacional en el artículo 29 de la Constitución Política, disposición que es coherente con los contenidos de los artículos 2º, 5º, 31, 33 y 228 de la carta política, desarrollándose los principios de independencia, publicidad, celeridad, desconcentración y autonomía en el cumplimiento de la función jurisdiccional.⁹² Finalmente, en tanto Debido Proceso, se ha indicado que es:

El instrumento necesario para la obtención de la tutela judicial por parte del órgano jurisdiccional constitucionalmente señalado para dicho efecto, a partir del cumplimiento de sus principales finalidades: el acceso al ideal humano de la justicia, el otorgamiento de la necesaria paz social para el gobierno de los hombres en un Estado Democrático de Derecho y la solución concreta de las controversias intersubjetivas de los particulares otorgándoles a cada uno lo que en derecho corresponda.⁹³

90 Rojas Gómez, Miguel Enrique. Lecciones de derecho procesal. Bogotá. ESAJU. T I. 2013, p. 147.

91 Bernal, Pulido Carlos. El Derecho de los Derechos. Página 338-339.

92 *Ibidem*. Página 347 a 349

93 Quiroga León, Aníbal. Estudios de Derecho Procesal. Editorial IDEMSA. Lima – Perú. Junio de 2008. Página 316 “ El Due Process of Law no es otra cosa, se señala, que la institución de origen anglosajón referida al Debido Proceso Legal como garantía con sustrato constitucional del proceso judicial, definida por un concepto que surge del orden jurisprudencial y de la justicia que respaldan la legitimidad de la certeza

De allí que se planteé que el debido proceso es el punto de partida para el estudio de los principios⁹⁴ del derecho procesal, entre ellos: El principio de libre acceso a la administración de justicia,⁹⁵ principio de interés público o general del proceso (prevalencia del interés general),⁹⁶ principio de obligatoriedad de los procedimientos fijados en la ley (principio de legalidad),⁹⁷ principio

del derecho finalmente determinado en su resultado. Por ello el Debido Proceso Legal – que garantiza la correcta aplicación y vigencia del proceso judicial – es a su vez una garantía de la Tutela Judicial Efectiva; y ello, a su vez, es elemento indispensable para la consecución de la finalidad del propio proceso judicial. Son pues, conceptos imbricados, casi sinónimos” Página 318.

- 94 Según Robert Alexy, la distinción entre principios y reglas “Constituye la base de la fundamentación iusfundamental y es una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Sin ella, no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico. Alexy, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales, Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, primera reimpresión, 1997. Página 81.

Sobre la distinción también se puede leer a Habermas, Jürgen. Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Colección Estructuras y Procesos. Serie Filosofía. Madrid: Editorial Trotta. Tercera edición. 2001. Página 278.

- 95 Ver artículo 2º. Acceso a la Justicia del Código General del Proceso Ley 1564 de 2012.
- 96 En Ramírez Gómez, José Fernando. Principios Constitucionales del derecho Procesal. Página 189.
- 97 “...en la medida en que el derecho sustancial prevalece sobre las formas procesales, como mandato que irradia todo el ordenamiento jurídico y, muy especialmente, las actuaciones destinadas a cumplir con la actividad judicial, es que las formas procesales que la rijan deben propender al cumplimiento de los propósitos de protección y realización del derecho material de las personas y a la verdadera garantía de acceso a la administración de justicia. Con ello no se quiere significar que las reglas de procedimiento, legalmente establecidas, puedan resultar inobservadas sin discriminación por los funcionarios encargados de conducir el respectivo proceso; por el contrario, éstas deben aplicarse con estricto rigor en la medida de su eficacia para realizar los derechos e intereses de las personas, so pena de convertir en ilegítimos los actos

de tutela judicial efectiva, principio del carácter exclusivo y obligatoriedad de la función jurisdiccional,⁹⁸ principio de imparcialidad del juez, principio de independencia judicial, principio de publicidad del proceso,⁹⁹ principio de bilateralidad de la audiencia (principio de contradicción o derecho de defensa), principio de igualdad material de las partes ante la ley y los tribunales de justicia, principio de la buena fe y lealtad en el proceso (moralidad en el proceso), principio de celeridad,¹⁰⁰ el principio de razonabilidad (motivación de las sentencias y valoración racional de las pruebas),¹⁰¹ principio de presunción de inocencia, principio de dignidad humana, entre otros.

VII. A modo de conclusión

El debido proceso tiene sus antecedentes en la Carta Magna de 1215, la Revolución Francesa y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la Independencia de los Estados Unidos y la V Enmienda a la Constitución, así como en la constitucionalización de las garantías procesales tras la segunda guerra mundial. Estos hitos históricos influenciaron en la forma cómo se desarrolló el debido proceso en las categorías de derecho humano (en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos) y de derecho fundamental (en las Constituciones Políti-

efectuados sin su reconocimiento” Sentencia C-383/ Ponente: Dr. Alvaro Tafur Galvis.

98 Ramírez, José Fernando. Página 115.

99 Ramírez, José Fernando. Página 196,197.

100 Expone Carlos Bernal Pulido que este principio “también integra el derecho fundamental al debido proceso. Este principio aparece institucionalizado en la Constitución en los siguientes términos: ‘Quien sea sindicado tiene derecho... a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas. En el Derecho de los Derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia. Primera edición. 2005. Página 371. También se puede leer en: Ramírez Gómez, José Fernando. Principios Constitucionales del Derecho Procesal. Señal Editora. Primera edición 1999. Página 234.

101 Quiroga León, Aníbal. Estudios de Derecho Procesal. Editorial IDEM-SA. Lima – Perú. Junio de 2008. Página 339.

cas), entendido como proceso justo y vinculado con la tutela judicial efectiva.

Al describir la consagración del debido proceso en las Constituciones Políticas de Latinoamérica se destaca que en ninguna de ellas existe una definición expresa del debido proceso legal y que solo en algunas constituciones es derecho nominado, entre los articulados se destacan los de Colombia, Ecuador, Bolivia, República Dominicana, dado que en sus encabezados refieren expresamente al “Debido Proceso”. En otras Constituciones, es derecho innominada y se detallada a partir de la relación del conjunto de garantías que lo integran en un solo artículo o difuminado en varias normas constitucionales. En general en el estudio de las disposiciones constitucionales, se destacan como garantías que integran el debido proceso: la legalidad del procedimiento, la legalidad del juzgador, el derecho de defensa y de contradicción, la imparcialidad e independencia del tribunal, la presunción de inocencia, la publicidad y la nulidad de la prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales. Igualmente desde la interpretación de las normas constitucionales y de los instrumentos internacionales, el debido proceso tiene aplicación en toda actuación judicial y administrativa, no solo en el contexto del proceso penal, sino que además tiene vigencia en el proceso civil, laboral y administrativo, ello de conformidad con la interpretación realizada por tribunales internacionales, entre ellos la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el caso Colombiano el debido proceso es expresamente consagrado en la Constitución Política como un Derecho Fundamental (artículo 29), que deber ser también respetado a la luz de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia entre ellos la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8.1 y 8.2) que le da el alcance de derecho humano. De allí que se interprete por la Corte Constitucional Colombiana que el debido proceso tiene necesaria aplicación en todo tipo de actuación judicial y administrativa y que debe se leer en coherencia con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Finalmente, debe destacarse la importancia que tiene para la región latinoamericana la Convención Americana de Derechos Humanos –Artículo 8– que consagra expresamente el conjunto de “Garantías Judiciales”, que ha sido interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como el “Debido Proceso” no solo aplicado a los procesos penales, sino a todo tipo de pro-

cedimiento (civil, laboral, administrativo, fiscal, disciplinario, entre otros). En ese sentido las interpretaciones del Alto Tribunal Interamericano han expandido en forma vertical y horizontal los alcances del debido proceso, de allí la importancia creciente y constante fortalecimiento del Proceso como garantía en las democracias de América Latina.

Bibliografía

- ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales, Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, primera reimpresión, 1997.
- ALCALDE Rodríguez, Enrique. Relación entre valores y principios generales del Derecho en la interpretación constitucional de los derechos fundamentales en Chile. Revista Chilena de Derecho. Vol. 35.
- ASENCIO Mellado, José María. Introducción al Derecho Procesal. Valencia - España: Tirant Lo Blanch. 3ra edición. 2004
- ALVAREZ Luis, Neuus German, Wargner Horacio. Manual de Derecho Procesal. Buenos Aires: Editorial Astrea. Depalma. 1990.
- ALVARADO Velloso Adolfo, artículo El Debido Proceso, temas procesales: revista del centro de estudios de derecho procesal, número 9, 1989
- AZULA Camacho, Jaime. Manual de Derecho Procesal Civil: Parte General. Editorial Temis. Bogotá: Octava edición. Bogotá - Colombia. 2.002.
- BUSTAMANTE RÚA, Capítulo: "Principios del derecho procesal". Publicado en el Libro Colectivo del Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín titulado: "Derecho Procesal Contemporáneo". Sello Editorial Universidad de Medellín. 2010.
- BERNAL Pulido, Carlos. El derecho de los derechos. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- BERAUN Max, Manrati Beraun. Visión Tridimensional del Debido Proceso. Definición e Historia. Consultado en: www.justiciaviva.org.pe

- BRISEÑO Sierra, Humberto. Derecho Procesal. México: Oxford University Press. 2004.
- CIANCIARDO, Juan. Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXVI, número 108, septiembre – diciembre de 2003.
- CUENCA, Humberto. Derecho Procesal Civil. Caracas: Ediciones Biblioteca Caracas. Universidad Central de Venezuela. 1981
- DE PINO Rafael, Larragaña Castillo, José. Derecho Procesal Civil. México: Editorial Porrúa. 1995
- DEVIS Echandia, Hernando, Compendio de derecho Procesal. Teoría General del Proceso. Tomo I. Bogotá: Editorial Dike. 1994.
- DEVIS Echandia, Hernando, Teoría General del proceso, aplicable a toda clase de proceso. Editorial Universidad de Buenos Aires. 2004.
- DORANTES Tamayo, Lois. Elementos de la Teoría General del Proceso. México: Editorial Porrúa. Cuarta edición. 1993
- FERRAJOLI, Luigi. Los Fundamentos de los derechos fundamentales, Madrid: Trotta, 2005.
- FERRER Beltrán, Jordi. La Valoración Racional de la Prueba. Editorial Marcial Pons.
- FREIXES Sanjuán, Teresa, Remotti Carbonell, José Carlos. Los Valores y los principios en la interpretación constitucional. Revista española de derecho constitucional, ISSN 0211-5743, Año nº 12, Nº 35, 1992.
- GARCIA RAMÍREZ, Sergio. El Debido Proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Consultado en: <http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursososp/2012/jornadasitinerantes/procesoSGR.pdf>
- GARCIA RAMÍREZ, Sergio. El Debido Proceso. Criterios de la Jurisprudencia Interamericana. Editorial Porrúa. México 2012
- GÓMEZ Lara Cipriano. El debido proceso como derecho humano.
- GOZAÍNI Osvaldo Alfredo. El debido proceso en la actualidad. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Nro. 2, 2004.
- GOZAINI, Osvaldo. La conducta en el proceso. La Plata, Platense, 1988. P.P 207.258. Citado por Rueda F. María del Soco-

- ro. Fundamentos de Derecho Procesal Colombiano. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. Señal Editora. Junio de 2008. Página 114.
- HABERMAS, Jünter. Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Colección Estructuras y Procesos. Serie Filosofía. Madrid: Editorial Trotta. Tercera edición. 2001.
- HART, H.L.A, DWORKIN, Ronald. La Decisión Judicial. El Debate Hart – Dworkin. Estudio Preliminar, César Rodríguez. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores: Facultad de Derecho. Universidad de los Andes, 1997.
- LANDA, César. El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional. EN: Pensamiento Constitucional, Año VIII No 8. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Lima 2002. Páginas 445 a 461. Consultado en: <http://www2.congreso.gob.pe>
- LÓPEZ Medina, Diego E. Nuevas Tendencias en la Dirección Judicial del Proceso. Escuela Judicial. Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá. 2004.
- LORCA Navarrete, Antonio. Introducción al Derecho Procesal. Madrid: Editorial Tecnos S.A, 1991.
- ORMAZABAL Sánchez, Guillermo. Introducción al Derecho Procesal. Madrid – España: Marcial Pons. Tercera Edición. 2007
- PEROZO Javier, Montaner Jessica. Tutela Judicial Efectiva en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En Revista Frónesis v. 14 número 3. Caracas 2007. Consultado en: <http://www.scielo.org.ve>
- PRIETO Sanchís, Luis. Diez Argumentos a propósito de los principios. En Jueces para la democracia, nro. 26, 1996.
- PRIETO Sanchís, Luis. Teoría del Derecho y Filosofía Política en Ronald Dworkin (comentario al libro de R. Dworkin “los derechos en serio”, traducción de Marta Guastavino, editorial Ariel, Barcelona, 21984), Revista Española de Derecho Constitucional. ISSN 0211-5743, Año nº 5, Nº 14, 1985.
- PEREZ PEDRERO, Enrique Belda. La Presunción de Inocencia. En: Parlamento y Constitución. Anuario, ISSN 1139-0026, Nº 5, 2001 , pags. 179-204. Dianel Uniroja. <http://dialnet.uniroja.es/servlet/articulo?codigo=1060352>.

- PRIETO Sanchis, Luis. Diez Argumentos a propósito de los principios. En *Jueces para la democracia*, n° 26, 1996.
- MELÉNDEZ Florentín, El debido proceso en el derecho internacional de los derechos humanos. EN LIBRO: *Estudios en Homenaje a Héctor Fix Zamudio*. Página 217 y 218. Consultado en: www.juridicas.unam.mx.
- MORALES M, Hernando. *Curso de Derecho Procesal Civil*. Bogotá: Editorial Lerner. Cuarta edición. 1985
- MONRROY Cabra, Marco Gerardo. *Principios del Derecho procesal Civil*. Bogotá: Editorial Temis. 1988.
- OTEIZA Eduardo, *El Debido Proceso y su proyección sobre el proceso civil en América Latina*. Consultado en: [www.juridicas.unam .mx](http://www.juridicas.unam.mx).
- PALACIO, Lino Enrique. *Derecho Procesal Civil. Tomo I. Nociones Generales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot. 2005.
- PEYRANO, Jorge Walter. *Abuso Procesal*. Rubinzal, Argentina. 2001. P.159. Citado por Rueda F. María del Socorro. *Fundamentos de Derecho Procesal Colombiano*. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. Señal Editora. Junio de 2008
- PEYRANO, Jorge. *Derecho Procesal Civil. Principios y fundamentos*. Buenos Aires: Editorial ASTREA. 1978.
- PRIETO Sanchis, Luis. *Teoría del Derecho y Filosofía Política en Ronald Dworkin (comentario al libro de R. Dworkin “los derechos en serio”, traducción de Marta Guastavino, editorial Ariel, Barcelona, 21984)*, *Revista Española de Derecho Constitucional*. ISSN 0211-5743, Año n° 5, N° 14, 1985.
- QUINTERO, Beatriz. Prieto, Eugenio. *Teoría General del Derecho Procesal*. Bogotá: Editorial Temis S.A. Cuarta Edición. 2008.
- QUIROGA LEÓN, Anibal. *Estudios de Derecho Procesal*. Editorial IDEMSA. Lima – Perú. Junio de 2008.
- RAMÍREZ Gómez, José Fernando. *Principios Constitucionales de Derecho Procesal Colombiano. Investigación en torno a la Constitución Política de 1991*. Bogotá: Señal Editora. Primera Edición 1999.
- RAMÍREZ Gómez, José Fernando. *Principios Constitucionales de Derecho Procesal Colombiano. Investigación en torno a la Constitución Política de 1991*. Bogotá: Señal Editora. Primera Edición 1999.

- República de Chile, Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1518, de 21 de octubre de 2010, C. 23.
- República Bolivariana de Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sala Constitucional. Caso Enrique Méndez Labrador, del 15 de marzo de 2000.
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia No. T-516/92. Magistrado Ponente. Fabio Morón Díaz.
- República de Colombia, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 200, 19 de marzo de 2002, magistrado ponente, Álvaro Tafur Galvis.
- RICO Puerta, Luis Alfonso. Teoría General del Proceso. Medellín: Comlibros y CIA. 2008.
- ROCCO, Ugo. Teoría General del Proceso Civil. México D.F: Editorial Porrúa. 1959.
- ROJAS Gómez, Miguel Enrique. Teoría del Proceso. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1997.
- RUEDA F. María del Socorro. Fundamentos de Derecho Procesal Colombiano. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. Señal Editora. Junio de 2008.
- SALMON Elizabeth, BLANCO, Cristina. El derecho al debido Proceso en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Cooperación Alemana al Desarrollo Agencia de la GIZ. Perú. 2012.
- SOARES. Carlos Henrique. Separata. Consideraciones sobre el código de procedimiento civil proyectado. Editora Virtual Books. Pará Minas, MG – Brasil. Primera Edición. 2013.
- TARUFFO, Michelle. Sobre las Fronteras. Escritos sobre la justicia civil. Traducción de Beatriz Quintero. Título del original italiano: Sui confini. Scritti sulla giustizia civile, IL Mulino, Bologna, 2002. Bogotá: Editorial Temis, 2006.
- TARUFFO, Michelle. II Congreso Internacional de Derecho Procesal: “Oralidad y Proceso”, una perspectiva desde Iberoamérica. Septiembre de 2009. Universidad de Medellín. Tecnológico de Comfenalco.
- VESCOVI, Enrique. Derecho Procesal Civil. Montevideo: Idea, 1974, p 8, citado por Maurino, el abuso del proceso y las normas procesales que fundamental su aplicación, Zeus. Nro.

27, 1992. P 85. Citado por Rueda F. María del Socorro. Fundamentos de Derecho Procesal Colombiano. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. Señal Editora. Junio de 2008.

VESCOVI, Enrique. Teoría General del Proceso. Bogotá: Editorial Temis SA. Segunda edición. 1999.

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

Edwin Castro Rivera¹

Sergio J. Cuarezma Terán^{2 3}

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL ESTADO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL DE DERECHO: 1. Sujeción a la legalidad: seguridad y garantía; 2. Desarrollo legislativo de la Constitución; 3. El modelo de Estado de Nicaragua; 4. La Administración Pública; 5. La administración de Justicia como garante del Estado de Derecho; 6. Funcionamiento y confianza en el Poder Judicial; 7. Estado de Derecho y cultura. III. NORMATIVAS REGULADORAS DEL CONTROL CONSTITUCIONAL: 8. Modalidad de control de constitucionalidad vigente: control difuso y control concentrado 9. Tipos de normas susceptibles de ser sometidas a control de constitucionalidad 10. Tipos de

- 1 Edwin Castro Rivera. Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana (UCA); profesor e investigador de Derecho constitucional del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), sede Nicaragua. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sección Nicaragua.
- 2 Sergio J. Cuarezma Terán. 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), sede Nicaragua.
- 3 El presente trabajo contó con la colaboración de la Msc. Katherine Olivares García, asesora jurídica parlamentaria de la Asamblea Nacional de Nicaragua, Sharon Helena Bravo González y Diego Cuarezma Zapata, ambos asistentes de investigación del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), sede Nicaragua.

procedimiento 10.1 Control Abstracto y Control Concreto, 10.2. Control previo y Control a posteriori. BIBLIOGRAFÍA.

I. 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 procesos judiciales; por tanto, evitar que los actos de poder desborden los conceptos previamente establecidos en la Norma Primaria.⁴

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.

4 Ver sentencia no. 2. Corte Suprema de Justicia, 10 de enero de 2008. Managua, Nicaragua.

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 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,⁵ mientras los gobernados pueden realizar todo aquello que la Ley no les prohíba.⁶ 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 abier-

5 Véase artículo 183 Constitución Política.

6 Véase artículo 32 Constitución Política.

ta, 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.⁷

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 reco-

7 Ver artículos 6, 7, 57, 58, 59, 63 y 64 Constitución Política

nocimiento 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 Constitución Política).

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”.⁸ 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.⁹

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.

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 nor-

8 Véase “El Estado de derecho y sus bases éticas”. En *Estado de Derecho y Democracia*, Editado por Josef Thesing (una compilación) CIEDLA, 1997, página 39.

9 Véase “El Estado de derecho y sus bases éticas”. Gerhard Robbers. En *Estado de Derecho y Democracia*, Editado por Josef Thesing (una compilación) CIEDLA, 1997, páginas 29 a 47.

mativa, 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 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”.¹⁰

El Estado de Derecho, como “un principio fundamental elemental”,¹¹ 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.¹²

10 “El Estado de derecho de la República Federal Alemana”. En *Estado de Derecho y Democracia*, Editado por Josef Thesing (una compilación) CIEDLA, 1997, página 85

11 Véase “Rasgos básicos del Estado de derecho según la Ley Fundamental alemana”. Wolfgang Horn. En *Estado de Derecho y Democracia*, Editado por Josef Thesing (una compilación) CIEDLA, 1997, página 61

12 Véase “Elemento del Estado de derecho: el principio de legalidad en toda actuación del poder público”. Waldemar Besson y Gotthard Jasper. En *Estado de Derecho y Democracia*, Editado por Josef Thesing (una compilación) CIEDLA, 1997, P. 124. Los autores expresan que “solo puede

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 nuestra Constitución Política (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. “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. 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

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.”

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,¹³ el Estado democrático y social de Derecho,¹⁴ el ejercicio de la democracia de forma directa, participativa y representativa,¹⁵ 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.¹⁶

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

13 Ver artículo 98 de la Constitución Política.

14 Ver artículo 6 de la Constitución Política.

15 Ver artículo 7 de la Constitución Política.

16 Ver artículo 6 de la Constitución Política.

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.¹⁷

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”,¹⁸ y la reforma del año 2014, acertadamente, la constituye en un “Estado Democrático y Social de Derecho.”¹⁹

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 Esta-

17 Véase artículo 6 Constitución Política.

18 Ver artículo 130 de la Constitución Política, con la reforma de 1995.

19 Ver artículo 6 de la Constitución Política vigente.

do liberal separaban a Estado y sociedad.²⁰ Así, la sentencia No.

- 20 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, 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

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)²¹

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

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”.

- 21 Véase “Elementos que definen un Estado de derecho: El Estado servidor del ciudadano”. En *Estado de Derecho y Democracia*, Roman Herzog. Editado por Josef Thesing (una compilación) CIEDLA, 1997, páginas 21 a 26; “El Estado de derecho y Estado social”. En *Estado de Derecho y Democracia*, Wolfgang Horn. Editado por Josef Thesing (una compilación) CIEDLA, 1997, páginas 173 a 180; “Los derechos fundamentales en el Estado democrático y social de derecho”. En *Estado de Derecho y Democracia*, Helmut Simon. Editado por Josef Thesing (una compilación) CIEDLA, 1997, páginas 181 a 203

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.²² 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,²³ 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”²⁴ y en cualquier caso que intervenga, “el Estado debe hacerlo de modo tal que su injerencia sea limitada, previsible y calculable.”²⁵

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

22 “Los derechos fundamentales en el Estado democrático y social de derecho”. En *Estado de Derecho y Democracia*, Editado por Josef Thesing (una compilación) CIEDLA, 1997, P. 195.

23 Ver artículo 131 de la Constitución Política.

24 “Elementos que definen un Estado de derecho: el Estado servidor del ciudadano”. En *Estado de Derecho y Democracia*, Editado por Josef Thesing (una compilación) CIEDLA, 1997, páginas 21.

25 “Elementos que definen un Estado de derecho: el Estado servidor del ciudadano”. En *Estado de Derecho y Democracia*, Roman Herzog. Editado por Josef Thesing (una compilación) CIEDLA, 1997, páginas 22.

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.²⁶

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 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.

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

26 Ver artículo 98 de la Constitución Política.

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. Linz²⁷ atribuye esta debilidad a la característica de juego de “suma cero” o “winner-takes all” del presidencialismo. Guillermo O’Donell, 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...²⁸ 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

27 Linz, “Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Make a Difference?”, en Linz y Valenzuela, (eds.), *The Failure of Presidential Democracy*, J. Hopkins, 1994.

28 O’Donell, Guillermo. *Delegative Democracy* Journal of Democracy. Baltimore, 1994.

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)

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 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.

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.

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 disposiciones 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 n° 49, Ley de Amparo, publicada en el Diario Oficial, La Gaceta, N° 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.

III. Normativas reguladoras del control constitucional

8. 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 ju-

rídica que se le pretenda aplicar.²⁹ 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.

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.³⁰ 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.

29 Artículo 23 de la Ley n° 49, Ley de Amparo, con sus reformas incorporadas del 08 de abril del 2013.

30 Véase artículo 45 Constitución vigente.

9. 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 las leyes, tratados, decretos, reglamentos, órdenes, o disposiciones que se le opongan o alteren sus disposiciones constitucionales.³¹

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.³² 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. 131/2001,³³ 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

31 Véase artículo 182 Constitución vigente.

32 Véase artículo 187 Constitución vigente.

33 Véase sentencia n° 125, Considerandos II y III, pág. 214 y sentencia n° 24, Considerando VI, pág. 44

Pacto de San José, pero no se establece 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 vario 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 46³⁴ y 71,³⁵ 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

34 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.

35 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.

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 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 integrado 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,³⁶ son los que están fuera del supuesto constitucional del art. 46 y 71 de la Norma Fundamental.

36 Véase artículo 187 de la Constitución Política.

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.

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.

10. TIPOS DE PROCEDIMIENTO

10.1 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.

10.2 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.

Bibliografía

- Aguiló, J. (2004). *La Constitución del Estado Constitucional*. Lima - Bogotá : Palestra Editores S.A. - Editorial Temis S.A.
- Argüello, F. R. (2013). *Estudios Constitucionales*. Managua, Nicaragua: CEDIJ .
- Avilés, J. A. (2003). *Temas de Derecho Constitucional Centroamericano*. La imprenta, S.A.
- Carias, A. B. (1987). *Estado de derecho y control judicial*. Madrid, España: Instituto Nacional de Administración Pública .
- Castro Rivera, E., & Cuarezma Terán, S. (2008). *A 21 años de la Constitución Política: vigencia y desafíos*. Managua, Nicaragua : INEJ - Servicios Gráficos.
- De Otto, I. (1999). *Derecho Constitucional: Sistema de Fuentes*. Barcelona España: Editorial Ariel, S.A. .
- Dworkin, R. (2003). *Liberalismo, Constitución y Democracia*. Buenos Aires, Argentina: La isla de la luna.
- Flores Juárez, J. F. (2005). *Constitución y justicia constitucional*. Managua, Nicaragua : Hispamer.
- Hengstenberg, P. (1989). *Profundización de la democracia: Estrategias en América Latina y Europa*. Fundación Friederich Ebert en Argentina - Editorial Nueva Sociedad.
- Humberto Guzmán, L., & Pinto Scholtbach, Á. (2008). *Democracia y partidos en Nicaragua*. Managua, Nicaragua : NIMD .

- Iazzetta, O. (2007). Democracias en busca de Estado: Ensayos sobre América Latina. Santa Fe, Argentina: Homo Sapiens Ediciones.
- Kelsen, H. (1979). Compendio de teoría general del Estado . Barcelona, España: Editorial Blume.
- Las Naciones Unidas y los derechos humanos . (1995). New York : Departamento de información pública de las Naciones Unidas .
- Nieto, J. C. (2006). Política y Administración. Guanajuato, México: Pliego Derecho - Facultad de Derecho Universidad de Guanajuato .
- Payne , M., Zovatto, D., Mateo Días, M., Allamand Zavala , A., Carillo Flórez, F, Echebarría, K., . . . Jarquín , E. (2006). La política importa: Democracia y desarrollo en América Latina. Washington D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo - Editorial Planeta Mexicana S.A.
- Serrano Caldera , A., Icaza Gallard , J., Bautista Arrién , J., Lovo , A., Mairena Sandino, G., Quezada , F., . . . Terán Vivas , S. (2004). Legalidad, legitimidad y poder en Nicaragua . Managua, Nicaragua: Fundación Friederich Ebert.
- Tassara, A. O. (1996). Responsabilidades políticas y razón del Estado. Madrid, España: Fundación para el análisis y los estudios sociales.
- Thesing, J. (1997). Estado de derecho y democracia. Buenos Aires, Argentina: Konrad Adenauer Stiftung - CIEDLA.
- Ugarte, P. S. (2006). La democracia constitucional: una radiografía teórica. México D.F.: FCE - IJ UNAM.
- Valadés, D. (2004). Problemas constitucionales del Estado de Derecho. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Varios. (1992). La Justicia Constitucional: una promesa de la democracia. San José, Costa Rica: ILANUD.
- Varios. (2008). Constitución y justicia constitucional . Barcelona, España: Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya .

NORMAS JURÍDICAS

- 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 N° 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 n° 30 del 12 de febrero de 1988.
- Ley n° 49, Ley de Amparo con reformas incorporadas, aprobada el 14 de febrero del 2013, y publicada en La Gaceta, Diario Oficial número 61, del 08 de abril del 2013.
- Ley n° 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 n° 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 n° 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 N° 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 N° 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 n° 97 del 22 de mayo de 1990.

Ley N° 106, Ley de Reforma a la Ley Orgánica de Tribunales. Aprobada el 24 de julio 1990, y publicada en La Gaceta No. 173 de 10 de septiembre de 1990.

Ley Reglamentaria de Justicia, del 4 de julio de 1851.

SENTENCIAS

Sentencia no. 2/2008, Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, de diez de enero.

Sentencia no. 415/2008, Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, veintiún de noviembre.

Sentencia no. 57/2010, Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, dos de marzo.

Sentencia no. 78/2010, Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, diez de marzo.

Sentencia no. 57/2010, Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, dos de marzo.

Sentencia no. 131/2001, Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, siete de agosto.

Sentencia no. 587/2011, Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, veintidós de junio.

Aproximación a la noción de dignidad de la persona como premisa de la capacidad jurídica en el paradigma del estado constitucional y los derechos fundamentales

Manuel Vidaurri Aréchiga¹

Fernando Márquez Rivas²

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA. III. EL PRINCIPIO PERSONALISTA COMO PREMISA DE LA CAPACIDAD JURÍDICA. IV. LA CAPACIDAD JURÍDICA. V. LA DIGNIDAD HUMANA Y LA CAPACIDAD JURÍDICA: BREVE SÍNTESIS HISTÓRICA. VI. EL NEO-CONSTITUCIONALISMO. 6.1. Los valores, los principios y las reglas. 6.2. La dignidad humana como valor y principio del Estado Constitucional. VII. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. 7.1. Interpretación de los derechos fundamentales. 7.2. La capacidad jurídica como derecho fundamental de las personas. VIII. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

- 1 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.
- 2 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.

I. Introducción

En el actual Estado de Derecho en México, el problema predominante consiste en seguir partiendo del legalismo-normativo positivista de Derecho, como único criterio de interpretación y resolución para la tutela de derechos, con ello, se corre el riesgo desconocer capacidades jurídicas implícitas en las prescripciones jurídicas, derivadas de la dignidad de la persona y, por ende, violentar derechos fundamentales de las mismas. En este estudio se analizará el papel que ha tenido la dignidad de la persona como premisa de la capacidad jurídica, desde la edad antigua que no reconocía esa dignidad a todos los seres humanos, negándoles la capacidad jurídica a cierta categoría de seres humanos, hasta el Estado Constitucional de Derecho en el que a todo ser humano se le reconoce esa dignidad y capacidad jurídica, entendiéndose ésta más allá de una mera aptitud, idoneidad o cualidad, que la doctrina tradicional le reconoce a las personas.

La capacidad jurídica debe entenderse hoy como el reconocimiento que los actuales Estados Constitucionales de Derecho consiguen 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 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 ius positivista. En el constitucionalismo contemporáneo, la protección de los derechos humanos va más allá de 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.

II. 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.³ 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.”⁴

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”.⁵ 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”,⁶ 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 éste 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

3 Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, ESPASA, Madrid, 2001, p. 823.

4 Adame Goddard, Jorge, “Los Derechos Fundamentales de la Persona Humana”, Estudios Jurídicos en Homenaje a Don Santiago Barajas Montes de Oca, Estudios Doctrinales No. 179, IJ-UNAM, 1995, México, 1995, p. 17 y 18.

5 Peces-Barba Martínez, Gregorio, “Derechos Fundamentales”, Latino Universitaria, Madrid, 1980, p. 49.

6 Carpizo, Jorge, “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

la misma dignidad ontológica”.⁷ Conforme al apartado 1º 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.⁸ 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.⁹

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.

III. 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 para sí”¹⁰. 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 perso-

7 Adame Goddard, Jorge, op. cit., p. 18.

8 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

9 Adame Goddard, Jorge, op. cit., p. 17.

10 Legaz Y Lacambra, Luis, “La noción jurídica de la persona humana y los derechos del hombre”, Revista de Estudios Políticos, No. 55, pp. 15-46, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1951, p. 35.

na humana en su dimensión social.¹¹ 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”,¹² 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.

IV. 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 obligación.”, y capacidad jurídica. “1. f. Der. Aptitud legal para ser sujeto de derechos y obligaciones.”¹³ 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

- 11 Rolla, Giancarlo, *Derechos Fundamentales, Estado Democrático y Justicia Constitucional*, (Traducido del Italiano por Ortega Santiago, Carlos), IJ-UNAM, México, 2002, p. 95
- 12 Cfr. Fernández Sessarego, Carlos, “Visión tridimensional de la persona jurídica”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Núm. 89, pp. 501- 509, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2010, p. 507.
- 13 Real Academia Española, op. cit., p. 435.

persona pueda ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones por sí misma.”¹⁴

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.”¹⁵ 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.¹⁶ 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.”¹⁷ La capacidad es el atributo primordial de las personas; inclusive hay quienes la califican como “el atributo esencial de la personalidad.”¹⁸

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,

14 González Ruiz, Samuel Antonio, “Capacidad”, Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo II, C-Ch, UNAM, México, 1984, p. 38.

15 Rojina Villegas, Rafael, *Introducción a la Teoría General del Derecho y del Estado*, t. 1, El Nacional, México, 1941, p. 507.

16 Nino, Carlos Santiago, *Introducción al Análisis del Derecho*, Colección Mayor Filosofía y Derecho, Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 218.

17 Llambías, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil Parte General*, Tomo I, Nociones Fundamentales, Personas, PERROT, Buenos Aires, 1960, p. 392.

18 Cfr. Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo II, Atributos de la Personalidad, PORRÚA, México, 1987, p. 30.

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 éste 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”.¹⁹ 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).²⁰

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. En éste rumbo, reforzando esta noción, Manuel Chávez Ascencio considera que “la 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”.²¹ Por su parte, en el

19 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, p. 339.

20 Cfr. Pina, Rafael de, *Derecho Civil Mexicano*, Volumen I, Introducción, personas, familia, México, PORRÚA, 1989, p. 208.

21 Chávez Ascencio, Manuel F, “Capacidad”, *Revista de Derecho Privado*, Número 7, Sección Doctrina, pp. 39-50, IJ-UNAM, México, 1992, p. 40

mismo rumbo García Villegas considera que la capacidad de goce presupone sólo las condiciones naturales de existencia,²² Entonces, al referir que la capacidad de goce presupone sólo las condiciones naturales de existencia, no hace otra cosa que expresar, que el presupuesto de la capacidad de goce es la existencia misma de la persona.

La capacidad jurídica no es otorgada por el ordenamiento jurídico, más bien es reconocida en función de la existencia y dignidad de persona misma. En efecto, el hombre 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 ésta categoría. Lo único que hace el Estado es reconocer esa calidad consustancial e inherente al ser humano,²³ 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 se podría concebir una persona si no tuviera capacidad jurídica.

Del estudio de las obras de Ignacio Galindo Garfias,²⁴ Atilio Alterini,²⁵ Manuel Chávez Ascencio,²⁶ Julio César Rivera,²⁷ Sara Montero Duhalt,²⁸ Guillermo Borda²⁹ y Leopoldo Peralta,³⁰ ju-

22 García Villegas, Eduardo, *La tutela de la propia incapacidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2007, p. 26

23 Borda, Guillermo A., *Manual de Derecho Civil Parte General*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1996, p.140

24 Galindo Garfias, Ignacio. *Derecho Civil*. Primer Curso, parte General. Personas y Familia, México, PORRÚA, 1987, p.307

25 Alterini, Atilio Anibal, *Contratos Civiles y Comerciales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 205

26 Chávez Ascencio, Manuel F., op. cit., p. 43

27 Rivera, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil*, Parte general, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 39

28 Montero Duhalt, Sara, “La incapacidad”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Número 63-64, Sección Doctrina, pp. 827-845, IJ-UNAM, México, 1966, p. 828.

29 Borda, Guillermo A., op. cit., p. 233.

30 Peralta Mariscal, Leopoldo L., “Comentarios de los artículos 103 a 125”, en *Código Civil Comentado*, Doctrina, Jurisprudencia, Bibliografía, Vol.

ristas que han abordado el tema de las características de la capacidad, a través del análisis respectivo, se construye, a manera de síntesis, la siguiente tabla gráfica.

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,³¹ 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

1, Títulos Preliminares y Personas, Rivera, Julio César, Dir. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004, p. 236.

31 Cfr. Galindo Garfias, Ignacio, op. cit., p. 307.

única, indivisible y abstracta. En efecto, con base en las preconcebidas características no se puede tener más o menos personalidad; la personalidad es un concepto abstracto, la capacidad es la concreción de la personalidad.

V. 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.³²

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.³³ En efecto, la capacidad jurídica tiene sus antecedentes en los tres status ro-

32 Cfr. Delgado De Cantú, Gloria M., *El mundo moderno y contemporáneo I. De la edad moderna al siglo imperialista*. Pearson Educación, México, 2005, p. 5

33 Ruggiero, Roberto De, op. cit., p. 338.

manos que servían para determinar la calidad 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 éste 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*.³⁴ Entonces, mientras más derechos y facultades posee se tiene más *status* y por ende mayor capacidad; en sentido opuesto, menos derechos y facultades implican menor *status* y una capacidad más limitada. Con éste 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”.³⁵

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 absoluto³⁶. 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 constituyen la fuente más directa de nuestro derecho–, se consignan de preferencia las incapacidades

34 Tamayo y Salmorán, Rolando, “Persona”, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo VII, P-Reo, UNAM, México, 1984, p. 98.

35 Montero Duhalt, Sara, *op. cit.*, 835.

36 *Idem*.

en razón de la edad y del sexo femenino”.³⁷ 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 ésta 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 éste 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”,³⁸ y se resume en el gran acontecimiento jurídico que es: La Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

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

37 Idem.

38 Pérez Luño, Antonio Enrique, *Los Derechos Fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 33.

calidad de persona.³⁹ 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.⁴⁰

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.⁴¹ 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 las constituciones 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 1978.⁴²

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 algo una asignatura pendiente en buena parte del mundo. En todo caso, es notorio que en los

39 Flores García, Fernando, "Algunas Consideraciones sobre la persona jurídica", Revista de la Facultad de Derecho de México, No. 25, Sección Doctrina, pp. 239-300, IJJ-UNAM, México, 1957, p. 245.

40 Martínez Montiel, Luz María, *Inmigración y Diversidad Cultural en México*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, p. 35 y Delgado De Cantú, Gloria M., *Historia de México*, Vol. I, Pearson Educación, México, 2002, p. 382.

41 Los derechos sociales, comprenden los derechos económicos, sociales y culturales. Pérez Luño, Antonio Enrique, *Los Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 233.

42 Nogueira Alcalá, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica Núm. 156, UNAM, México 2003, p. 5.

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, yendo 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,⁴³ 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.⁴⁴ Así mismo, 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”.⁴⁵

En los últimos tiempos, en Europa se ha advertido la ineficacia del ius-positivismo, 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”,⁴⁶ así, el

43 Nogueira Alcalá, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, idem.

44 Nogueira Alcalá, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, Idem.

45 Nogueira Alcalá, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, Idem.

46 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, pp. 421-442, IJ-UNAM, México, 2008, p. 437 y ss.

positivismo no ha tenido la 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,⁴⁷ y también su constante evolución en muchos sentidos.

Desde la perspectiva del llamado neo constitucionalismo, los derechos fundamentales cobran capital importancia, alegándose la conveniencia de su plena eficacia, 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 que está 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.

VI. El neo-constitucionalismo

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.⁴⁸

Este nuevo paradigma jurídico al que nos referimos es el neo-constitucionalismo –que ha sido identificado como un positivis-

47 Cfr. Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2009, p. 9.

48 Aguilera Portales, Rafael, et Al, *Neoconstitucionalismo, Democracia y Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 2.

mo incluyente o blando⁴⁹ y otros lo califican más apegado al ius-naturalismo 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 toda vía por encima de ellas, se encuentran los valores y principios constitucionales.

Posterior a la Segunda Guerra Mundial se esbozaron las características del constitucionalismo contemporáneo,⁵⁰ así como su constante evolución en muchos sentidos. En los últimos tiempos, en Europa se ha advertido la ineficacia del iuspositivismo,⁵¹ 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 el iuspositivismo jurídico formalista ha trazado.

Con razón, se ha señalado que no hay una definición clara de neo-constitucionalismo, habría distintos neo-constitucionalismo(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

49 Herrera, Daniel Alejandro, “Falacias y verdades en las justificaciones actuales de los derechos fundamentales”, *Dikaion*, Año 24 - Vol. 19 Núm. 2, Diciembre 2010, Universidad de la Sabana, Chía, Colombia, 2010, p. 358.

50 “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. Carbonell, Miguel, Neoconstitucionalismo(s), op. cit., p. 9.

51 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. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, “Las transformaciones presentes del sistema de los Derechos Fundamentales”, op. cit., p. 437 y ss.

basada en principios y valores, no solamente de reglas;⁵² se propone pasar de la unidad al pluralismo; de la plenitud a la apertura jurisdiccional; y de la coherencia a la argumentación racional.⁵³ 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”.⁵⁴ 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;⁵⁵ Ferrajoli subraya como rasgos de ésta 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;⁵⁶ 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 exegeticos y parte de la letra de la ley); en tratándose

52 Vid. Aguilera Portales, Rafael, *Teoría Política y Jurídica*, Editorial Porrúa, México, 2008, p. 93.

53 Pérez Luño, Antonio-Enrique, “Las transformaciones presentes del sistema de los Derechos Fundamentales”, op. cit., p. 426 y ss.

54 Häberle, Peter, *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, ed. a cargo de E. Mikunda, Tecnos, Madrid, 2002, pág. 103.

55 Cfr. Schillaci, Angelo, “Derechos Fundamentales y Procedimiento entre libertad y seguridad”, (Traducido del italiano por Aguilar Calahorra, Augusto), *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, No. 13, pp. 209-242, Universidad de Granada, Granada, 2010, p. 221 y ss.

56 Ferrajoli, Luigi, *Sobre los Derechos Fundamentales*, (Trad. Miguel Carbonell), *Cuestiones Constitucionales*, Núm. 15, julio-diciembre, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2006. (Trad. Miguel Carbonell), p. 115.

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.⁵⁷ Un Estado Constitucional implica un Estado de Derecho, pero no todo Estado de Derecho implica necesariamente ser un Estado Constitucional. 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 éste 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 constitucional⁵⁸ 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, éstas deben ser las menos posibles.

Para Peter Häberle, en el Estado constitucional democrático, los ciudadanos y las personas, su dignidad humana, son la premisa

57 Véase Ferrajoli, Luigi: "Pasado y futuro del Estado de Derecho", Neo-constitucionalismos, Madrid, Trotta, 2003, p. 96.

58 Vid. Cruz, Luis, M., *La Constitución como orden de Valores. Reflexiones en torno al neoconstitucionalismo*, Dikaion, Núm. 18, pp. 11-31, Universidad de la Sabana, Chía Colombia, 2009, p. 16.

antropológica y cultural. Ellos mismos se dan la Constitución.⁵⁹ 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 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.⁶⁰

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;⁶¹ 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–⁶² que impide fluctuaciones arbitrarias de la norma, hace predecible y controlable el funcionamiento de las ins-

59 Häberle, Peter, “El Estado Constitucional Europeo”, *La constitucionalización de Europa*, pp. 23-43, IJ-UNAM, México, 2004, p. 24.

60 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.

61 Vid. Häberle, Peter, “El Estado Constitucional Europeo”, op. cit., p. 26.

62 *Ibidem*, p. 28.

tituciones, 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.⁶³ La constitución no es sólo un texto jurídico o una obra normativa, sino también expresión de una situación cultural, instrumento de autorrepresentación del pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas.”⁶⁴

Por su parte, Häbermas 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 éste 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, Häbermas hace una interesante reflexión para justificar el por qué la Unión Europea requiere un marco constitucional.⁶⁵ Estima también que un Estado Constitucional Democrático de Derecho, no es una construcción culminada, sino que es una edificación permanente 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, irritante, encaminada a establecer o conservar, renovar o ampliar un ordenamiento jurídico legítimo en circunstancias cambiantes”,⁶⁶ 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 cultura-

63 Aguilera Portales, Rafael, *Teoría Jurídica y Política*, op. cit., p. 100.

64 Häberle, Peter, “El Estado Constitucional Europeo”, op. cit., p. 25.

65 Häbermas, Jürgen, “¿Por qué la Unión Europea necesita un marco constitucional?” , *La constitucionalización de Europa*, pp. IJ-UNAM, México, 2004, p. 52 y ss.

66 Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, p. 203.

les), y con ello, el reconocimiento de nuevas capacidades de goce de derechos fundamentales.

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”.⁶⁷ 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.⁶⁸

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”.⁶⁹

Además de las normas, de acuerdo con Dworkin existen también otras dimensiones o estándares que son de fundamental impor-

67 De Silva Gutiérrez, Gustavo, “La norma válida. Análisis sobre la validez de las normas jurídicas”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Núm. 253, 2010, Tomo LX, IJ-UNAM, pp. 117-132, México, 2010, p. 129.

68 Ferrajoli, Luigi: “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, op. cit., p. 96.

69 Dworkin, Ronald, “Los derechos en serio”, Traducción de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984, p. 72.

tancia para poder resolver una problemática jurídica, refiriéndose con esto a los principios y directrices políticas.⁷⁰ 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,⁷¹ 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.⁷²

Como lo afirma Parra Aranguren, las tendencias actuales del Derecho constitucional en el neo-constitucionalismo latinoamericano, también confirman ésta 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”.⁷³ 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 dignidad, por lo que esta última debe

70 Ibidem. p. 63 y 66.

71 Ibidem. p. 81.

72 Ibidem. p. 80.

73 Parra Aranguren, Fernando, *Tendencias actuales del derecho constitucional, homenaje a Jesús María Casal Montbrun*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2007, p. 355.

ser su límite.⁷⁴ 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.⁷⁵ El Estado Constitucional de Derecho lo es en gran medida gracias a los derechos fundamentales y éstos tienen su fundamento en la dignidad de la persona humana.⁷⁶ 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”.⁷⁷ 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”.⁷⁸

74 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». KOTSUR, Markus, “Los Derechos Fundamentales en Europa”, (Trad. Cristina Elias Méndez), Revista de Derecho Constitucional Europeo, Año 6, No. 12 julio-diciembre de 2009, pp. 73-100, Departamento de Derecho Constitucional, Universidad de Granada, Granada, 2009, p. 98.

75 Rolla, Giancarlo, op. cit., p. 57.

76 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, p. 69. También Larry Andrade escribe: “Podemos afirmar que el primer fundamento natural del Derecho es la misma persona y su dignidad.” 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, pp. 57-78, IJ-UNAM, México, 2008, p. 66.

77 Aguilar Cavallo, Gonzalo, “Derechos fundamentales-Derechos humanos. ¿Una distinción válida en el siglo XXI?”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, No. 127, pp. 15-71, IJ-UNAM, México, 2010, p. 16.

78 Carpizo, Jorge, Op. Cit., p. 4.

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 considerada como un principio constitucional integrador “que vincula a las autoridades en un mandato de acción para promoverla”.⁷⁹

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”.⁸⁰ 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.⁸¹ En ésta 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.⁸²

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

79 Lancheros-Gámez, Juan Carlos, “Del Estado Liberal al Estado Constitucional. Implicaciones en la comprensión de la dignidad humana,” *Dikaion*, Núm. 18, pp. 247-267, Pontificia Universidad Javeriana, Chía Colombia, 2009, p. 262.

80 Häberle, Peter, *El Estado Constitucional*, Trad. Héctor Fix Fierro, UNAM, México, 2001, pp. 170 y ss.

81 Carpizo, Jorge, op. cit., p. 7.

82 Cfr. ROLLA, Giancarlo, op. cit., p. 100.

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 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”.⁸³

VII. Los derechos fundamentales

El neo-constitucionalismo y los derechos fundamentales van de la mano. Sin éstos, 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.”⁸⁴

83 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.

84 Fernández Segado, Francisco, *Estudios Jurídico-Constitucionales*, IJ-UNAM, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 63, México, 2003, p. 8.

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 expresión nueva, pues ya lo reconocía Legaz y Lacambra⁸⁵ 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.⁸⁶ 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; éste neo-constitucionalismo que lo sustenta es considerado como una especie de positivismo constitucional no meramente formal, sino también material; en éste contexto se desarrollan los derechos fundamentales, dato importante para poder entender su verdadero alcance; precisa Alejandro Herrera⁸⁷ 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 Española⁸⁸ 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

85 “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.” Legaz y Lacambra, Luis, op. cit., p. 44

86 Aguilar Cavallo, Gonzalo, op. cit., p. 20

87 Herrera, Daniel Alejandro, op. cit., p. 358

88 Real Academia Española, Op. Cit., págs. 1109 y 752.

esenciales que no pueden sino tener las personas, son los derechos más importantes.

Riccardo Guastini⁸⁹ considera que son derechos fundamentales en función de que no requieren de un fundamento positivo, sino que más bien son derechos morales o naturales, por ser éstos 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.⁹⁰ A su vez Jimena Zarazá⁹¹ 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, de acuerdo a Markus Kotsur, se posicionan desde la Constitución como principios del ordenamiento de un Estado.⁹² 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

89 Guastini, Riccardo, *Estudios de Teoría Constitucional*, (Trad. Miguel Carbonell), IJ-UNAM, México, 2001, p. 222.

90 Carpizo, Jorge, op. cit., p. 4.

91 Sarazá, Jimena, *Jueces, derechos fundamentales y relación entre particulares*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2006, p. 861.

92 Kotsur, Markus, “Los Derechos Fundamentales en Europa”, (Trad. Cristina Elias Méndez), *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 6, No. 12 julio-diciembre de 2009, pp. 73-100, Departamento de Derecho Constitucional, Universidad de Granada, Granada, 2009, p. 83.

Derechos Fundamentales de la población...”⁹³ 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 ésta.

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”.⁹⁴

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.”⁹⁵ 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.”⁹⁶ 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

93 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, pp. 29-57, IJ-UNAM, México, 2002, p. 38.

94 Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los Derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2005, p. 19.

95 Pérez Luño, Antonio-Enrique, *Los derechos fundamentales*, op. cit., p. 46.

96 Carpizo, Jorge, Op. Cit., p. 14.

ciudadanos y que, por ese mismo motivo, inciden sobre la organización de los poderes públicos.”⁹⁷ 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”.⁹⁸ Miguel Carbonell considera que desde el punto de vista eminentemente jurídico son derechos 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”.⁹⁹

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.

97 Guastini, Riccardo, op. cit., p. 222.

98 Nogueira Alcalá, Humberto, op. cit., P. 1.

99 Carbonell, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2004, p. 2.

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 criterio hermenéutico para el resto de las normas, es decir, las demás normas se interpretan conforme a la Constitución.

El neo-constitucionalismo 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 éstos 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 éstos 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 pro-

pia constitución, aparece ésta 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.¹⁰⁰ 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.”¹⁰¹ 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.”¹⁰² 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 ésta última apreciación al declarar que la dignidad humana es “una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de la persona”,¹⁰³ constituyéndose entonces en un derecho del que todo ser humano goza, pues absolutamente todo ser humano tiene dignidad.

100 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. García Villegas, Eduardo, op. cit., p. 26.

101 Cruz Villalón, Pedro, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 25, Madrid, 1989, p. 62.

102 Pacheco G., Máximo, op. cit., p. 68.

103 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.

En éste orden de ideas, toda Constitución de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, debe partir del reconocimiento de la capacidad de goce de derechos fundamentales; así lo hace por ejemplo el apartado 2 del artículo 3 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 neo-constitucionalismo 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 neo-constitucionalismo, como en la propia Constitución mexicana, la capacidad jurídica además de atributo de las personas, también es un derecho fundamental.

VIII. Algunas 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 neo-constitucionalismo 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 hu-

manos. 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-constitucionalismo, 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.

Bibliografía

- 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, pp. 29-57, IIJ-UNAM, México, 2002
- ADAME GODDARD, Jorge, “Los Derechos Fundamentales de la Persona Humana”, Estudios Jurídicos en Homenaje a Don Santiago Barajas Montes de Oca, Estudios Doctrinales No. 179, IIJ-UNAM, 1995, México, 1995.
- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, “Derechos fundamentales-Derechos humanos. ¿Una distinción válida en el siglo XXI?”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, No. 127, pp. 15-71, IIJ-UNAM, México, 2010.
- AGUILERA PORTALES, Rafael, et Al, Neo-constitucionalismo, 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, pp. 57-78, IIJ-UNAM, México, 2008.
- BORDA, Guillermo A., Manual de Derecho Civil Parte General, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1996.

- CARBONELL, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2004.
- CARBONELL, Miguel, *Neo-constitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2009.
- CARPIZO, Jorge, "Los Derechos Humanos: Naturaleza, Denominación y características", *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Núm. 25, pp. 3-29, IJ-UNAM, México, 2011.
- CHAVEZ ASCENCIO, Manuel F., "Capacidad", *Revista de Derecho Privado*, Número 7, Sección Doctrina, pp. 39-50, IJ-UNAM, México, 1992.
- CRUZ COVARRUBIAS, Armando Enrique, "Cómo hacer un protocolo o proyecto de investigación jurídica?", *Revista De Jure*, Núm. III-1, Noviembre 2008, pp. 65-87, Universidad de Colima, Colima, 2008.
- 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, pp. 11-31, Universidad de la Sabana, Chía Colombia, 2009.
- DE SILVA GUTIÉRREZ, Gustavo, "La norma válida. Análisis sobre la validez de las normas jurídicas", *Revista de la Facultad de Derecho*, Núm. 253, 2010, Tomo LX, IJ-UNAM, pp. 117-132, México, 2010.
- DELGADO DE CANTÚ, Gloria M., *El mundo moderno y contemporáneo I. De la edad moderna al siglo imperialista*. Pearson Educación, México, 2005.
- DELGADO DE CANTÚ, Gloria M., *Historia de México*, Vol. I, Pearson Educación, México, 2002.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Traducción de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *Estudios Jurídico-Constitucionales*, IJ-UNAM, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 63, México, 2003.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, "Visión tridimensional de la persona jurídica", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*

- do, Núm. 89, pp. 501- 509, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi, Los fundamentos de los Derechos fundamentales, Trotta, Madrid, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi, Sobre los Derechos Fundamentales, (Trad. Miguel Carbonell), Cuestiones Constitucionales, Núm. 15, julio-diciembre, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi: “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, Neo-constitucionalismos, Trotta, Madrid, 2003.
- FLORES GARCÍA, Fernando, “Algunas Consideraciones sobre la persona jurídica”, Revista de la Facultad de Derecho de México, No. 25, Sección Doctrina, pp. 239-300, IJ-UNAM, México, 1957.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso, parte General. Personas y Familia, México, PORRÚA, 1987.
- GARCÍA VILLEGAS, Eduardo, La tutela de la propia incapacidad, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2007.
- GONZÁLEZ RUIZ, Samuel Antonio, “Capacidad”, Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo II, C-Ch, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, PORRÚA, México, 2001.
- GUASTINI, Riccardo. Estudios de Teoría Constitucional, (Trad. Miguel Carbonell), IJ-UNAM, México, 2001.
- HÄBERLE, Peter, Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta, ed. a cargo de E. Mikunda, Tecnos, Madrid, 2002.
- HÄBERLE, Peter, “El Estado Constitucional Europeo”, La constitucionalización de Europa, pp. 23-43, IJ-UNAM, México, 2004.
- HÄBERLE, Peter, El Estado Constitucional, Trad. Héctor Fix Fierro, UNAM, México, 2001.
- HABERMAS, Jurgen, Facticidad y validez, Madrid, Trotta, 1998.
- HÄBERMAS, Jurgen, “¿Por qué la Unión Europea necesita un marco constitucional?”, La constitucionalización de Europa, pp. 45-73, IJ-UNAM, México, 2004.

- HERRERA, Daniel Alejandro, “Falacias y verdades en las justificaciones actuales de los derechos fundamentales”, *Dikaion*, Año 24 - Vol. 19 Núm. 2, Diciembre 2010, Universidad de la Sabana, Chía, Colombia, 2010.
- KOTSUR, Markus, “Los Derechos Fundamentales en Europa”, (Trad. Cristina Elias Méndez), *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 6, No. 12 julio-diciembre de 2009, pp. 73-100, Departamento de Derecho Constitucional, Universidad de Granada, Granada, 2009.
- LANCHEROS-GÁMEZ, Juan Carlos, “Del Estado Liberal al Estado Constitucional. Implicaciones en la comprensión de la dignidad humana,” *Dikaion*, Núm. 18, pp. 247-267, Pontificia Universidad Javeriana, Chía Colombia, 2009.
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, “La noción jurídica de la persona humana y los derechos del hombre”, *Revista de Estudios Políticos*, No. 55, pp. 15-46, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1951.
- 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.
- LLAMBIÁS, 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*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005. MONTERO DUHALT, Sara, “La incapacidad”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Número 63-64, Sección Doctrina, pp. 827-845, IJ-UNAM, México, 1966.
- 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, UNAM, México 2003.

- 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.
- PARRA 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, pp. 421-442, IJ-UNAM, México, 2008.
- PINA, Rafael de, Derecho Civil Mexicano, Volumen I, Introducción, personas, familia, México, PORRÚA, 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, (Traducido del Italiano por Ortega Santiago, Carlos), IJ-UNAM, 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, Jueces, derechos fundamentales y relación entre particulares, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2006.

SCHILLACI, Angelo, “Derechos Fundamentales y Procedimiento entre libertad y seguridad”, (Traducido del italiano por AGUILAR CALAHORRO, Augusto), Revista de Derecho Constitucional Europeo, No. 13, pp. 209-242, Universidad de Granada, Granada, 2010.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, “Persona”, Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo VII, P-Reo, UNAM, México, 1984.

WITKER, Jorge, et. al., Metodología Jurídica, UNAM-Mc GRAW-HILL, México, 1997.

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 Edward¹

Iris Díaz Cedeño²

SUMARIO: I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN. II. EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA CONTRA LA REPÚBLICA DE PANAMÁ. 2.1. Caso Baena Ricardo Vs. Panamá. 2.2. Caso Santander Tristán Donoso Vs. Panamá. 2.3. Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá 2.4. Caso Vélez Loor Vs. Panamá 2.5. Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá. III. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

- 1 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.
- 2 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.

I. 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 1990,³ casi doce años después de haber ratificado la CADH por medio de la Ley No. 15 de 28 de Octubre de 1977⁴ 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.⁵

- 3 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.
- 4 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. http://gacetas.procuraduria-admon.gob.pa/18468_1977.pdf.
- 5 Nelson Camilo Sánchez, “Introducción al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos” en “Derechos Humanos y Juicio Justo” (editado por Claudio Nash Rojas e Ignacio Mujica Torres, Lima, Red Interamericana de Gobernabilidad y Derechos Humanos COLAM - Organización Interamericana Universitaria, Gráfica Columbus S.R.L., Lima), 17.

De acuerdo a lo previsto en los artículos 1 y 2 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 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.⁶ 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 reconoz-

6 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”. *ibid.*

can 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 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."⁷ Sin embargo, este autor reconoce que el texto de la CADH confiere a la Corte Interamericana "potestades ejecutivas limitadas",⁸ 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".⁹

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

7 Sergio García Ramírez, "La Corte Interamericana de Derechos Humanos" (Editorial Porrúa, Segunda Edición, México, 2015), 299-300.

8 Ibid, 71.

9 Ibid.

Comisión y la Corte y desprotege a quienes acuden a este ámbito en búsqueda de amparo”.¹⁰

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.¹¹

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.

II. 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

- 10 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 Humanos. Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales” (editado por Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil), I reimpresión, San José, 2007), 15.
- 11 Los casos en fase de supervisión de cumplimiento de sentencia ante la Corte Interamericana aparecen en la página web de la Corte Interamericana. Consultado octubre 9, 2017. http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/casos_en_etapa_de_supervision.cfm.

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 Looor 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 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.¹²

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".¹³ 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 parágrafo del artículo 2 de la Ley 25 de 1990 y determinó la constitucionalidad del res-

12 Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Sentencia de 2 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas). Consultado octubre 9, 2017. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf.

13 Ficha Técnica del Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Consultado octubre 9, 2017. http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=222&lang=es.

to de dicho cuerpo normativo, manteniéndose así los despidos de los 270 funcionarios.¹⁴

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 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.¹⁵ 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.”¹⁶

La Corte Interamericana en los puntos resolutivos 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 naciona-

14 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. Cf. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Sentencia de 2 de febrero de 2001. *ibid.*

15 *Ibid.*

16 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, Número 5 (2009):39. Consultado octubre 9, 2017. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24252.pdf>.

les 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”.¹⁷

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 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”.¹⁸

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”.¹⁹

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”.²⁰

17 Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Sentencia de 2 de febrero de 2001. *ibid.*

18 *Ibid.*

19 *Ibid.*

20 *Ibid.*

e. En el punto 10 de la misma resolución, la Corte Interamericana decidió que “...supervisaré el cumplimiento de esta Sentencia y que sólo después dará por concluido el caso”.²¹

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.²²

21 Ibid.

22 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. Consultado octubre 9, 2017. http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/baena_21_06_02.pdf.

Resolución de Cumplimiento de Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2002. Consultado octubre 9, 2017. http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/baena_22_11_022.pdf.

Resolución de Cumplimiento de Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 6 de junio de 2003. Consultado octubre 9, 2017. http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/baena_06_06_031.pdf.

Resolución de Cumplimiento de Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de noviembre de 2005. Consultado octubre 9, 2017. http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/baena_28_11_05.pdf.

Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 11 de febrero de 2008. Consultado octubre 9, 2017. http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/baena_11_02_08.pdf.

Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de octubre de 2008. Consultado octubre 9, 2017. http://corteidh.or.cr/docs/supervisiones/baena_30_10_08.pdf.

Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de julio de 2009. Consul-

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 resolutivos 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.

El primer paso oficial para el cumplimiento de esta Sentencia lo dio la Secretaría de la Corte Interamericana, luego de haber transcurrido los 90 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.²³

tado octubre 9, 2017. http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/baena_01_07_09.pdf.

Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de mayo de 2010. Consultado octubre 9, 2017. http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/baena_28_05_10.pdf.

Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de febrero de 2011. Consultado octubre 9, 2017. http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/baena_22_02_11.pdf.

Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de junio de 2012. Consultado octubre 9, 2017. http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/baena_28_06_12.pdf.

Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de febrero de 2013. Consultado octubre 9, 2017. http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/baena_05_02_13.pdf.

23 Ibid.

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.²⁴

Para dar cumplimiento a lo ordenado por la Corte Interamericana, el Órgano Ejecutivo de la República de Panamá dictó el Decreto de Gabinete N° 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”.²⁵

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 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 N° 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 eva-

24 Cf. 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. Consultado octubre 9, 2017. <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html> .

25 Cf. 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. Consultado octubre 9, 2017. <http://docs.panama.justia.com/federales/decretos-de-gabinete/decreto-de-gabinete-8-de-2002-apr-16-2002.pdf>.

luar 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.²⁶

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.²⁷

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 manos de la Contraloría la labor de realizar una auditoría para el proceso de pago de las obligaciones económicas impuestas en la Sentencia.²⁸

Las víctimas y sus representantes no estuvieron de acuerdo con la forma 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 correspondien-

26 Ibid.

27 Ibid.

28 Ibid.

tes 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.²⁹

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".³⁰

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.³¹

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 in-

29 Resolución de Cumplimiento de Sentencia de la Corte Interamericana de 22 de noviembre de 2002. *ibid.*

30 *Ibid.*

31 Resolución de Cumplimiento de Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 6 de junio de 2003. *ibid.*

tegral 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”.³²

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 N° 47 de 17 de agosto de 2005 mediante la 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.³³

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 ámbi-

32 Ibid.

33 Resolución de Gabinete N° 47 de 17 de agosto de 2005 publicada en la Gaceta Oficial N° 25,367 de 19 de agosto de 2005. Consultado octubre 9, 2017. https://www.gacetaoficial.gob.pa/gacetitas/25367_2005.pdf.

to interno, siguiendo los trámites nacionales pertinentes, lo cual comprendía la posibilidad de recurrir ante los tribunales nacionales competentes.³⁴

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 Resolución de 11 de agosto de 2009.³⁵ La no admisión tuvo como sustento los siguientes argumentos:

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.³⁶

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 so-

34 Resolución de Cumplimiento de Sentencia de la Corte Interamericana de 28 de noviembre de 2005. *ibid.*

35 Resolución de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral de 11 de agosto de 2009 con número de expediente 183-09. Consultado octubre 9, 2017. <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>.

36 *Ibid.*

licitar la totalidad de los derechos derivados de la Sentencia de fondo de 2 de febrero de 2001.³⁷

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 2008.³⁸

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 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 veintiún millones de dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 21,000,000.00) que el Estado propuso terminar de pagar en 4 años.³⁹

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 4 años -adicionales a los 7 ya transcurridos desde que se dictó la sentencia-, que fue propuesto para liquidar a todas las víctimas las sumas adeudadas, afectaba de manera direc-

37 Ibid.

38 Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 11 de febrero de 2008. *ibid.*

39 Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de octubre de 2008. *ibid.*

ta a aquellos trabajadores que nunca fueron reubicados en otro puesto de trabajo.⁴⁰

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 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..."⁴¹

Las Resoluciones de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de 1 de julio de 2009,⁴² 28 de mayo de 2010, 22 de febrero de 2011⁴³ y 28 de junio de 2012⁴⁴ 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 emi-

40 Ibid.

41 Ibid.

42 Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de julio de 2009. *ibid.*

43 Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de febrero de 2011. *ibid.*

44 Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de junio de 2012. *ibid.*

tida 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”.⁴⁵

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.⁴⁶

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 involucra al Órgano Judicial, sea para ordenar el pago de la condena líquida o para estimar el monto de

45 Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de febrero de 2013. *ibid.* 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.

46 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 empleador-empleado y seguro educativo, todo ello más intereses”.

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 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”.⁴⁷

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 (Cejil).⁴⁸

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 conversa-

47 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. Consultado octubre 9, 2017. http://www.asamblea.gob.pa/proyley/2014_P_005.pdf.

48 Caso Santander Tristán Donoso Vs. Panamá, Sentencia de 27 de enero de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). consultado octubre 9, 2017. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_193_esp.pdf.

ción 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 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.⁴⁹

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".⁵⁰

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

49 Ficha Técnica del Caso Santander Tristán Donoso Vs. Panamá. Consultado octubre 9, 2017. http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=253.

50 Ibid.

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 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.⁵¹

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:

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;

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;

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.

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 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.

51 Ibid.

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 2010.⁵²

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".⁵³

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 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 1º 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,

52 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.

53 Ibid.

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.⁵⁴

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.⁵⁵

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.

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.

54 Ibid.

55 Ibid.

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).⁵⁶

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 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.⁵⁷

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

56 Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Sentencia de 12 de agosto de 2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Consultado octubre 9, 2017. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_186_esp.pdf.

57 Ficha técnica del Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Consultado octubre 9, 2017. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/heliodoropor Portugal.pdf>.

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:

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 1996.⁵⁸

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.

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 1, 6 y 8 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:

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.

58 Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Sentencia de 12 de agosto de 2008. *ibid.*

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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.⁵⁹

59 Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de abril de 2010. Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá.

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 defensa de uno de los imputados dentro del proceso seguido por el homicidio de Heliodoro Portugal.⁶⁰

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.⁶¹

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

Resolución de Cumplimiento de Sentencia. consultado octubre 9, 2017. http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/portugal_20_04_10.pdf

60 Sentencia de 2 de marzo de 2004 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Consultado octubre 9, 2017. <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html> .

61 Ibid.

fase de reapertura, así como pruebas documentales y periciales. Se practicaron careos y se realizaron diligencias para obtener la declaración indagatoria de Manuel Antonio Noriega, que fue solicitada vía asistencia judicial a los Estados Unidos.⁶²

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.⁶³

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".⁶⁴

62 Ibid.

63 Ley No. 1 de 13 de enero de 2011, publicada en la Gaceta Oficial No. 26702-A. Consultado octubre 9, 2017.http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CAT/Shared%20Documents/PAN/INT_CAT_ADR_PAN_25542_S.PDF.

64 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".

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 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y no limita el sujeto activo a funcionarios públicos, cumple con lo ordenado por la Corte en ese sentido.⁶⁵

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.⁶⁶

En relación a este último aspecto, cabe indicar que a través de la Ley 55 de 30 de noviembre de 2016⁶⁷ se modificó el artículo 152 del Código Penal, en el que se estableció que la desaparición forzada será considerada como delito continuado o permanente mien-

- 65 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”.
- 66 Resolución de supervisión de cumplimiento de Sentencia de 19 de junio de 2012. Consultado octubre 9, 2017. http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/portugal_19_06_12.pdf.
- 67 Ley 55 de 30 noviembre de 2016. Consultado octubre 9, 2017. https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/28169_A/GacetaNo_28169a_20161201.pdf.

tras no se establezca el destino o paradero de la víctima y serán imprescriptibles tanto la acción penal como la pena.⁶⁸

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.⁶⁹

De conformidad con la ficha Técnica del Caso Vélez Loor Vs. Panamá, Jesús Tranquilino Vélez Loor, de nacionalidad ecuatoria-

68 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”.

69 Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. consultado octubre 9, 2017. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf.

na, 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 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.⁷⁰

En los puntos resolutivos del fallo de 23 de noviembre de 2010, la Corte Interamericana dispuso las siguientes medidas de reparación:

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 plazo de seis meses.

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.

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.

70 Ficha Técnica Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Consultado octubre 9, 2017. http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?lang=es&nId_Ficha=34.

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.

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.

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.⁷¹

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 N° 2 de 14 de febrero de 2012⁷² 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 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 Senten-

71 Caso Vélez Loo Vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. *ibid.*

72 Decreto de Gabinete N° 2 de 14 de febrero de 2012, publicado en la Gaceta Oficial de Panamá N° 26977, de 17 de febrero de 2012. Consultado octubre 9, 2017. <https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdf-Temp/26977/37010.pdf>.

cia 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 N° 11 de 27 de marzo de 2012⁷³ 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.⁷⁴ 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 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

73 Decreto de Gabinete N° 11 de 27 de febrero de 2012, publicado en la Gaceta Oficial de Panamá N° 27003 A, de 28 de marzo de 2012. Consultado octubre 9, 2017. https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/27003_A/37428.pdf.

74 Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de 13 de febrero de 2013. Consultado octubre 9, 2017. http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/Velez_13_02_13.pdf.

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. 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/>.⁷⁵

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 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 moti-

75 Ibid.

vo 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.⁷⁶

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.⁷⁷

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 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.⁷⁸

76 Ibid.

77 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Informe Anual 2015. p. 70. Consultado octubre 9, 2017. http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/spa/spa_2015.pdf.

78 Ibid.

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 copiar 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 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 oc-

tubre de 2014 (Excepciones Preliminares, fondo, Reparaciones y Costas).⁷⁹

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 múltiples denuncias de injerencias en sus territorios. De conformidad con los denunciados, 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.⁸⁰

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 inter-

79 Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Consultado octubre 9, 2017. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_284_esp.pdf .

80 Ibid.

nos, 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:

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.

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.

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 Piriatí Emberá y titular las tierras Ipetí como derecho a la propiedad colectiva de la comunidad Ipetí Emberá.

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 Piriatí.

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 Piriatí 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 Piriatí, 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 Piriatí respectivamente.

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.

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 N° 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”.⁸¹

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 Interameri-

81 Decreto de Gabinete N° 23 de 11 de agosto de 2015, publicado en la Gaceta Oficial de Panamá N° 27850, de 20 de agosto de 2015. consultado octubre 9, 2017. <https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdf-Temp/27850/52368.pdf>.

cana (artículo 1); reconoce el pago de Doscientos 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 3); 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 4); 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 5); ordena las publicaciones de la Sentencia, su difusión y la celebración del acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional dispuesto por la misma (artículos 6, 7, 8 y 9); 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.⁸²

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 2015.⁸³ Por su parte, el Informe Anual 2015 de la

82 Ibid.

83 Resolución de 28 de agosto de 2015 (Reintegro al fondo de Asistencia Legal de Víctimas). Consultado octubre 9, 2017. http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/kuna_fv_15.pdf.

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.⁸⁴

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".⁸⁵ 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".⁸⁶

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 propie-

84 Informe Anual 2015. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *ibid.*

85 *Ibid.*

86 *Ibid.*

dad colectiva de la comunidad Ipetí Emberá”⁸⁷ 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 1 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”.⁸⁸ 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”.⁸⁹

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 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

87 Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá. Sentencia de 14 de octubre de 2014. *ibid.*

88 *Ibid.*

89 *Ibid.*

obligación impuesta al Estado de realizar las publicaciones y radiodifusión del resumen oficial de la Sentencia.⁹⁰

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.⁹¹ 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.”⁹²

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 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.⁹³

90 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.

91 Ibid.

92 Ibid.

93 Ibid.

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 N° 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 adquirentes de buena fe.⁹⁴ 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.⁹⁵

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.

94 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 (Cejiil), 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.

95 Ibid.

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.⁹⁶

Bibliografía

Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil). Los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. Compilación de Instrumentos, 2da. ed., San José, 1997.

García Ramírez, Sergio, La Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2da. ed. México: Editorial Porrúa, 2015.

Krsticevic, Viviana. “Reflexiones Sobre la Ejecución de las Decisiones del Sistema Interamericano de Protección de Dere-

96 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 .

- chos Humanos". En "Implementación de las Decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales", editado por Centro por la Justicia y el Derecho Internacional CEJIL, 15-67. San José; 2007.
- 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, Número 5 (2009), 38-49. Consultado octubre 9, 2017. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24252.pdf>.
- Nash Rojas, Claudio. "El desafío de reparar las violaciones de los derechos humanos". En "Revista Iberoamericana de Derechos Humanos", Fundación Konrad Adenauer Stiftung. Núm. 3 (2008), 69-99.
- Nogueira Alcalá, Humberto, Lineamientos de Interpretación Constitucional y del Bloque Constitucional de Derechos. Chile: Librotecnia, 2006.
- Pastor, Marta María. "La Corte Interamericana Intérprete Última de la Convención Americana". En "El Control de Convencionalidad", editado por Susana Albanese (coord.), Buenos Aires, Editorial Ediar, 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". Consultado octubre 9, 2017. <http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/extranjero/derechos-humanos/N%C3%A9stor->.
- 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. Consultado octubre 9, 2017. [http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142515/Derechos-humanos-y-juicio-justo.pdf?sequence=1,](http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142515/Derechos-humanos-y-juicio-justo.pdf?sequence=1).

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 Re-

presentantes de Corregimientos y publicada en la Gaceta Oficial No. 18.468 de 30 de noviembre de 1977. Consultado octubre 9, 2017. http://gacetas.procuraduria-admon.gob.pa/18468_1977.pdf.

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. http://www.organojudicial.gob.pa/cendoj/wp-content/blogs.dir/cendoj/CONSTITUCIONES_POLITICAS/constitucion_politica.pdf.

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. Consultado octubre 9, 2017. <http://docs.panama.justia.com/federales/decretos-de-gabinete/decreto-de-gabinete-8-de-2002-apr-16-2002.pdf>.

Resolución de Gabinete N° 47 de 17 de agosto de 2005 publicada en la Gaceta Oficial N° 25,367 de 19 de agosto de 2005. Consultado octubre 9, 2017. https://www.gacetaoficial.gob.pa/gacetas/25367_2005.pdf.

Ley No. 1 de 13 de enero de 2011, publicada en la Gaceta Oficial No. 26702-A. Consultado octubre 9, 2017. http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CAT/Shared%20Documents/PAN/INT_CAT_ADR_PAN_25542_S.PDF.

Decreto de Gabinete N° 2 de 14 de febrero de 2012, publicado en la Gaceta Oficial de Panamá N° 26977, de 17 de febrero de 2012. Consultado octubre 9, 2017. https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/26977/GacetaNo_26977_20120217.pdf.

Decreto de Gabinete N° 11 de 27 de febrero de 2012, publicado en la Gaceta Oficial de Panamá N° 27003-A, de 28 de marzo de 2012. Consultado octubre 9, 2017. https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/27003_A/GacetaNo_27003a_20120328.pdf.

Decreto de Gabinete N° 23 de 11 de agosto de 2015, publicado en la Gaceta Oficial de Panamá N° 27850, de 20 de agosto de 2015. Consultado octubre 9, 2017. <https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/27850/52368.pdf>.

Ley 55 de 30 noviembre de 2016. Consultado octubre 9, 2017. https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/28169_A/GacetaNo_28169a_20161201.pdf.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA

Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Sentencia de 2 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas). Consultado octubre 9, 2017. 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. Consultado octubre 9, 2017. 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. Consultado octubre 9, 2017. 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. Consultado octubre 9, 2017. 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. Consultado octubre 9, 2017. 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. Consultado octubre 9, 2017. 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). Consultado octubre 9, 2017. 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. Consultado octubre 9, 2017. 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). Consultado octubre 9, 2017. 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. Consultado octubre 9, 2017. 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. Consultado octubre 9, 2017. 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. Consultado octubre 9, 2017. http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/baena_28_05_10.pdf.
- 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. Consultado octubre 9, 2017. http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/tristan_01_09_10.pdf.
- Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2010 (Fondo, Reparaciones y Costas). Consultado octubre 9, 2017. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf.
- 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. Consultado octubre 9, 2017. http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/baena_22_02_11.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 junio de 2012. Consultado octubre 9, 2017. http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/baena_28_06_12.pdf.
- 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. Consultado octubre 9, 2017. http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/baena_05_02_13.pdf.
- 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. Consultado octubre 9, 2017. http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/portugal_19_06_12.pdf.
- Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de 13 de febrero de 2013. Consultado octubre 9, 2017. http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/Velez_13_02_13.pdf.
- 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). Consultado octubre 9, 2017. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_284_esp.pdf.
- 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). Consultado octubre 9, 2017. http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/kuna_fv_15.pdf.
- 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. Consultado octubre 9, 2017. http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/Kuna_23_05_17.pdf.

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. Consultado octubre 9, 2017. <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>.

Resolución de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral de 11 de febrero de 2004 con número de expediente 653-03. Consultado octubre 9, 2017. <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>.

Sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de 2 de marzo de 2004. Consultado octubre 9, 2017. <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>.

Resolución de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral de 3 de marzo de 2004 con número de expediente 460-03. Consultado octubre 9, 2017. <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html> .

Resolución de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral de 18 de octubre de 2004 con número de expediente 460-03. Consultado octubre 9, 2017. <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html> .

Resolución de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral de 11 de agosto de 2009 con número de expediente 183-09. Consultado octubre 9, 2017. <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>.

INFORMES

INFORME ANUAL 2015. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Consultado octubre 9, 2017. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2015/>.

INFORME ANUAL 2016. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Consultado octubre 9, 2017. <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. Consultado octubre 9, 2017. http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=222&lang=es.

Ficha Técnica del Caso Santander Tristán Donoso Vs. Panamá. Consultado octubre 9, 2017. http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=253.

Ficha técnica del Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Consultado octubre 9, 2017. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/heliodoroportugal.pdf>.

Ficha Técnica Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Consultado octubre 9, 2017. http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?lang=es&nId_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. Consultado octubre 9, 2017. http://www.asamblea.gob.pa/proyley/2014_P_005.pdf.

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

Luis-Andrés Cucarella Galiana¹

SUMARIO: I. EL DESAFÍO DE LOS DERECHOS HUMANOS: RECONOCIMIENTO Y EFECTIVA PROTECCIÓN INDIVIDUAL Y COLECTIVA. 1. El punto de partida: constitucionalización de los derechos humanos.-2. Exposición de la sistemática. II. RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS CONSTITUCIONES EUROPEAS. 1. Introducción.-2. Sistema de amparo otorgado solamente por la Jurisdicción ordinaria. 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. b) Segunda etapa. a') El nuevo orden político y jurídico en Europa. b') Primeras experiencias de Justicia Constitucional.- c) Tercera etapa. B) Algunos ejemplos de sistemas judiciales de doble amparo. III. EL PROCESO DE AMPARO CONSTITUCIONAL EN ESPAÑA. 1. Introducción. 2. El proceso de amparo constitucional. A) Objeto del proceso de amparo. Aspectos subjetivos. C) Tramitación de la demanda de amparo y su especial trascendencia constitucional. D) Resolución sobre el amparo. BIBLIOGRAFÍA.

1 Doctor en Derecho por la Università degli Studi di Bologna (Italia) y por la Universidad de Valencia (España), Profesor Titular de Universidad. Área de Derecho Procesal. Departamento de Derecho Administrativo y Procesal Facultad de Derecho. Universitat de València (España).

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

1. EL PUNTO DE PARTIDA: CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Al término de la II 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.² Muchas habían sido las violaciones que se habían producido y que condujeron al estallido de la II 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.³

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

2 Véase sobre estas consideraciones, Rodríguez, A., Integración europea y derechos fundamentales. Civitas. Madrid, 2001; RIPOL CARULLA, S., El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español. Atelier, Barcelona, 2007, págs. 17-20.

3 Como indica Martín-Retortillo Baquer, L., Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos. Perspectivas española y europeas. Cuadernos Civitas. Cizur Menor (Navarra), 2006, pág. 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.

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 se 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 heterotutela. Ahora bien, hay una serie de materias que pertenecen al núcleo duro e irreductible de lo que es labor jurisdiccional, y esa materia está representada, principalmente, por la protección de los derechos fundamentales.

Ésta es la razón que lleva a los diferentes textos constitucionales a llevar a cabo una proclamación de los derechos fundamentales,⁴ 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 em-

4 En este sentido, Martín-Retortillo Baquer, L., *Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos...*, cit. pág. 31, habla del “compromiso de las Constituciones con los derechos fundamentales”.

bargo, 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. Las infracciones del derecho fundamental al juez ordinario o predeterminado, fueron evidentes.⁵

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.⁶ 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.⁷ No obstante, el problema de este tribunal es que los Estados le acaben reconociendo Jurisdicción.⁸

5 Véase en este sentido, Gimeno Sendra, J. V., La experiencia de los “juicios de Núrenberg” y la necesidad de crear el Tribunal Penal Internacional. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 1998, págs. 1766-1768.

6 Sobre este Tribunal, Delgado Cánovas, J. B., *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, Pignatelli y Meca, F., *El Tribunal Penal Internacional para Ruanda*. *Revista española de Derecho militar*, núm. 65, 1995, págs. 389-430.

7 Sobre este tribunal, Aguirrezábal Quijera, I., *El tribunal penal internacional: un desafío a la impunidad*. *Tiempo de paz*, núm. 49, 1998, págs. 40-52; Jiménez García, F., *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, págs. 103-132.

8 Así, por ejemplo, puede verse, Kenneth, R., *El rechazo de EEUU al Tribunal Penal Internacional*. *Papeles de cuestiones internacionales*, núm. 79, 2002, págs. 127-138.

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.

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.⁹ Y si aún en ese caso no se otorgara el amparo, puede acudir al amparo ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

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

1. INTRODUCCIÓN

Como hemos señalado, la II 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

9 A partir de ahora TCE.

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.¹⁰

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.¹¹ 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

10 Véase en este sentido, Martín-Retortillo Baquer, L., *Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos...*, cit. págs. 31-42.

11 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 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 Cucarella Galiana, L. A., *Incapacitación, tribunales y esterilización de disminuidos psíquicos*. La Ley. Madrid 2012.

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 acudirse a la Jurisdicción constitucional. Se prevén así, dos tipos de amparo: el ordinario y el extraordinario.

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 de 22 de diciembre de 1947,¹² 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,¹³ 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

12 A partir de ahora CI.

13 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.

la protección de los derechos fundamentales se agota en el ámbito interno, ante la Jurisdicción ordinaria.¹⁴

Situación parecida encontramos en el caso de la constitución portuguesa de 2 de abril de 1976.¹⁵ 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.

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

14 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.

15 A partir de ahora CP.

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.¹⁶ Al respecto, debemos recordar que en la concepción liberal decimonónica, los jueces no pueden interferir en el proceso político.¹⁷ Su papel quedaba limitado a resolver las controversias que surgieran en el ámbito del Derecho privado, y al enjuiciamiento de las infracciones penales.¹⁸ Ello conducía, por lo tanto, a que la magistratura no pudiera controlar la legalidad de los actos de la administración pública, ni tampoco, la constitucionalidad de las normas emanadas del parlamento.¹⁹

- 16 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.
- 17 Véase, Olarieta Alberdi, J. M., La separación de poderes en el constitucionalismo burgués. *Nómadas*. Revista crítica de Ciencias Sociales y jurídicas, núm. 4, 2011, págs. 331-469.
- 18 Ortells Ramos, M., *Introducción al Derecho Procesal* (con Bonet Navarro, J.; Mascarell Navarro, M. J.; Cámara Ruiz, J.; Juan Sánchez, R.; Bellido Penadés, R.; Cucarella Galiana, L A.; Martín Pastor, J.; Armengot Vilaplana, A.). Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 6ª edición, 2016, pág. 80.
- 19 Esta concepción arranca de la división de poderes que en su día formuló Montesquieu. Véase en este sentido, Montesquieu, C. L., *El espíritu de las leyes*. Ediciones Istmo 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 (Ortells Ramos, M., *Introducción al Derecho Procesal* (con Bonet Navarro, J.; Mascarell Navarro, M. J.; Cámara Ruiz, J.; Juan

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 éstos son los instrumentos con los que puede controlarse indirectamente a los jueces y evitar que sean realmente independientes.²⁰

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

Sánchez, R.; Bellido Penadés, R.; Cucarella Galiana, L A.; Martín Pastor, J.; Armengot Vilaplana, A.), cit. pág. 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.

- 20 Véase sobre estas consideraciones, Ortells Ramos, M., Introducción al Derecho Procesal (con Bonet Navarro, J.; Mascarell Navarro, M. J.; Cámara Ruiz, J.; Juan Sánchez, R.; Bellido Penadés, R.; Cucarella Galiana, L A.; Martín Pastor, J.; Armengot Vilaplana, A.), cit. págs. 79-85.

Sobre la división de poderse y su aplicación práctica en la actualidad, Carmona Tinoco, J. U., La división de poderes y la función jurisdiccional. Reforma Judicial: Revista Mexicana de Justicia, núm. 9, 2007, págs. 45-78; FERRAJOLI, L., La esfera de lo indecible y la división de poderes. Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, año 6, núm. 1, 2008, págs. 337-343.

control de constitucionalidad.²¹ Mientras en 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,²² 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.²³

- 21 Sobre otras interpretaciones sobre esta cuestión, Ahumada Ruiz, M., *La Jurisdicción constitucional en Europa*. Thomson Civitas, Madrid 2005, págs. 243-261.
- 22 Véase al respecto, Fernández Segado, F., *El trasfondo político y jurídico de la «Marbury v. Madison Decision»*. Anuario Iberoamericano de justicia constitucional, núm. 15, 2011, págs. 139-224.
- 23 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, Ortells Ramos, M., *Introducción al Derecho Procesal* (con Bonet Navarro, J.; Mascarell Navarro, M. J.; Cámara Ruiz, J.; Juan Sánchez, R.; Bellido Penadés, R.; Cucarella Galiana, L. A.; Martín Pastor, J.; Armengot Vilaplana, A.), cit. pág. 62.

También puede verse sobre la nota de la independencia, Ruiz Vadillo, E., *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, págs. 992-996; Ruiz Vadillo, E., *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, págs. 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, Ortells Ramos, M., *Introducción al Derecho Procesal* (con Bonet Navarro, J.; Mascarell Navarro, M. J.; Cámara Ruiz, J.; Juan Sánchez, R.; Bellido Penadés, R.; Cucarella Galiana, L. A.; Martín Pastor, J.; Armengot Vilaplana, A.), cit. págs. 77-84.

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 I guerra mundial, se creó un nuevo orden político, geográfico y también jurídico.²⁴ Desde un punto de vista jurídico, interesa subrayar que tras la guerra, se introdujeron en Europa las primeras constituciones de corte democrático,²⁵ 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.²⁶

También puede verse, Rodríguez Vega, L., Independencia de los jueces y gobierno del poder judicial. Revista Vasca de Administración Pública, núm. 77, 2007, págs. 57-74.

24 La I 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.

25 Gusy, C., 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), págs. 593-625.

26 Puede verse al respecto, Álvarez Álvarez, L., La defensa de la Constitución durante el periodo de entreguerras. Historia Constitucional (revista electrónica), núm. 7, 2006. <http://hc.rediris.es/07/index.html>, págs. 235-236.

Las discusiones doctrinales acerca de la defensa de la constitución, se llevaron a cabo a principios del siglo XX²⁷ entre Hans Kelsen y Carl Schmitt, acerca de cómo debería defenderse la Constitución y en su caso, quién es el que la debería proteger.²⁸ Fruto de esta discusión, podemos encontrar dos grandes modelos propuestos. Por un lado, Carl Schmitt, en el contexto de la Constitución de Weimar de 1919,²⁹ por otro lado, Hans Kelsen.³⁰

- 27 Sobre estas cuestiones, Celotto, A., La Justicia constitucional en el mundo: formas y modelos. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, núm. 1, 2004, págs. 6-7.
- 28 Al respecto, Celotto, A., La Justicia constitucional en el mundo..., cit. pág. 7, 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”.
- 29 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, Steinberger, H., Algunos rasgos fundamentales de la Justicia constitucional en la República federal de Alemania. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), núm. 51, mayo-junio 1986, pág. 9.
- 30 Para un estudio de las aportaciones de este autor, Ahumada Ruiz, M., La Jurisdicción constitucional en Europa, cit. págs. 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 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 demo-

crática 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 constitu-

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 Federales.³¹ En lo que nos interesa, el artículo 144 atribuyó al Tribunal constitucional la competencia para conocer del recurso “por violación de derechos constitucionalmente garantizados.”³²

También en la Constitución de Checoslovaquia de 6 de marzo de 1920, se adoptó un sistema concentrado de Justicia constitucional.³³

La misma situación encontramos en España en el contexto de la Constitución de la II república del año 1931. Con ella, se intro-

cionalidad de las normas. Surgió así, el modelo de control concentrado de control de constitucionalidad.

31 Véase al respecto, Celotto, A., *La Justicia constitucional en el mundo...*, cit. pág. 7.

32 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, Herrera García, A., *El recurso de amparo en el modelo kelseniano de jurisdicción constitucional ¿un elemento atípico?* InDret 1/2011, págs. 11-12.

33 Fix-Zamudio, H., *Los Tribunales Constitucionales y los derechos humanos*. Universidad Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas 1980, págs. 127-128.

dujo 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.³⁴ 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.³⁵

Estas primeras experiencias de justicia constitucional en Europa tuvieron una duración muy limitada en el tiempo.³⁶

c) Tercera etapa

La expansión generalizada de los sistemas de control de control de constitucionalidad en Europa, tuvo lugar a partir del fin de la II 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;³⁷ pero sobre todo, como consecuen-

34 Sobre este Tribunal, Rubio Llorente, F., Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional. Revista de derecho político, núm. 16, 1982-1983, págs. 27-38; Roura Gómez, S. A., 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, págs. 443-462.

35 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”.

36 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 II 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 II república y la desaparición del Tribunal de Garantías Constitucionales.

37 Sobre este sistema, Favoreu, L., Los tribunales constitucionales. Ariel. Barcelona 1994, págs. 132-136.

cia del fin de regímenes de dictadura militar en países del sur de Europa. Así ocurre en Portugal,³⁸ Grecia³⁹ o España.⁴⁰ 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.⁴¹

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 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

38 Sobre este sistema de justicia constitucional, Favoreu, L., Los tribunales constitucionales, cit. págs. 126-131.

39 Sobre el sistema constitucional en este país, Magnotta, M. R., Los sistemas constitucionales de Chipre, Grecia y Malta. Revista de Derecho Constitucional Europeo, núm. 15, enero-junio 2011, págs. 348-361.

40 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.

41 Flores Juberías, C.; Torres Pérez, M., 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 2001, núm. 5, págs. 100-130.

puede darse el salto a la Jurisdicción constitucional.⁴² Esta Jurisdicción es la que está llamada a otorgar un amparo extraordinario.

Si prestamos atención a la Constitución alemana de 23 de mayo de 1949,⁴³ podemos ver que su capítulo I (arts. 1-19 CA) reconoce diferentes derechos fundamentales.⁴⁴ 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, 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,⁴⁵ así como contra actos administrativos o judiciales en los que se haya producido dicha

42 Obviamente, este sistema de protección requiere que el ordenamiento jurídico al que nos referimos, tenga un 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.

43 A partir de ahora CA.

44 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.

45 En general, González Pascual, M., *El tribunal constitucional alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*. Civitas. Thomson Reuters. Madrid 2010.

violación.⁴⁶ En el primer caso, el plazo del que se dispone es de un año; en el segundo, de un mes.⁴⁷

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.⁴⁸ Esta demanda de amparo procede contra las leyes y actos administrativos en los que se haya violado algunos de esos derechos.⁴⁹

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.⁵⁰

Esta aproximación a la situación existente puede completarse teniendo en cuenta que hay otros países europeos en los que se re-

46 Favoreu, L., Los tribunales constitucionales., cit. pág. 75.

47 Favoreu, L., Los tribunales constitucionales, cit. pág. 75.

48 Véase sobre esta cuestión, Elías Méndez, C., La Jurisdicción constitucional en los Estados miembros de la Unión Europea. Revista de Derecho Constitucional europeo, año 8, núm. 16, julio-diciembre 2011, pág. 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.

49 Favoreu, L., Los tribunales constitucionales, cit. págs. 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, Favoreu, L., Los tribunales constitucionales, cit. págs. 53-54.

50 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, Elías Méndez, C., La Jurisdicción constitucional en los Estados miembros..., cit. pág. 43.

gula un amparo extraordinario de carácter constitucional. Así ocurre en Chequia, Eslovenia, Letonia, Bulgaria, Polonia o Hungría.⁵¹

III. El proceso de amparo constitucional en España

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

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.”⁵²

51 Véase, Elías Méndez, C., *La Jurisdicción constitucional en los Estados miembros...*, cit. pág. 42.

52 Sobre la protección de los derechos fundamentales en el ámbito europeo, Sáiz Arnaiz, A., *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. Constitución europea y constituciones nacionales*

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,⁵³ 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.

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 artículo 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. 16.1CE), 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

(Cartabia, M.; De Wite B.; Pérez Tremps, P., directores, Gómez Fernández I., coord.), AAVV, 2005, págs. 531-588.

En general, sobre la protección constitucional de los derechos fundamentales, Rodríguez Palop, E., Justicia constitucional y derechos fundamentales. Derecho y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, año 8, núm. 12, 2003, págs. 523-528.

53 A partir de ahora LOTC.

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 CE⁵⁴).

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 Autónomas⁵⁵, 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).

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 firme⁵⁶ (art. 42 LOTC).

54 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”.

55 A partir de ahora CCAA.

56 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, Pulido Quecedo, M., 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, págs. 75-98.

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 precedente (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 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 b) LOTC).

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

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”.⁵⁷

57 Sobre el papel del Defensor del Pueblo en la Justicia constitucional, Bassols Coma, M., 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), págs. 21-46; Díaz Crego, M., Defensor del Pueblo y Justicia Constitucional: entre la declaración de intenciones y el exceso competencial. Teoría y realidad constitucional, núm. 26, 2010, págs. 307-352.

Sobre la legitimación activa del MF para la demanda de amparo, Domínguez García, F., La legitimación del Ministerio Fiscal para interponer recurso de amparo: Pronunciamientos del Tribunal Constitucional. RJC vol. 100, núm. 3, 2001, págs. 741-776.

Sobre el interés legítimo para presentar la demanda de amparo, 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.

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 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 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 MF “en defensa 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.⁵⁸ 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”.⁵⁹

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 con-

58 Sobre esta reforma, Aragón Reyes, M., La reforma de la ley orgánica a del Tribunal Constitucional. Revista de Derecho del Estado, núm. 21, 2008, págs. 7-35; Díaz Revorio, F. J., 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, págs. 81-108.

59 En doctrina, Aragón Reyes, M., La reforma de la ley orgánica..., cit. págs. 8-9.

sideren 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.⁶⁰

A dicha demanda deben acompañarse una serie de documentos enumerados en el artículo 49.2 y 3 LOTC.⁶¹ El incumplimiento de todos estos requisitos, en caso de falta de subsanación, conducirá a la inadmisión del recurso (art. 49.4 LOTC⁶²).

- 60 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 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.

- 61 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”.
- 62 El art. dispone que “de incumplirse cualquiera de los requisitos establecidos en los apartados que anteceden, las Secretarías de Justicia lo

En el supuesto en 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 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 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”.

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 providencias de inadmisión que pueda dictarse (art. 50.3 LOTC⁶³), posibilidad de subsunción de defectos (art. 50.4

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”.

63 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”.

LOT⁶⁴), remisión de las actuaciones al TC (art. 51 LOT⁶⁵) y vista (art. 52 LOT⁶⁶). 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.⁶⁷ La doctrina señala que con esta reforma se “elimina la dimensión subjetiva del amparo

- 64 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”.
- 65 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”.
- 66 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 precedentes.
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”.
- 67 Sobre la situación de colapso del TCE, Martínez Sospedra, M., 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, págs. 67-96.

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”.⁶⁸

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”.

68 Aragón Reyes, M., *La reforma de la ley orgánica...*, cit. pág. 29.

También puede verse, Cabañas García, J. C., 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, págs. 39-81; Espinosa Díaz, A., El recurso de amparo: problemas antes, y después, de la reforma. Indret: Revista para el Análisis del Derecho, núm. 2, 2010.

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, las opciones legislativas que se toman son. Por un lado, se reforma 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.⁶⁹

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

69 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, Bachmaier Winter, L., La reforma de la LOTC y la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones. *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 13, 2007.

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.

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 controlada 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 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.⁷⁰ 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,⁷¹ sin que sea posible una subsanación de

70 BDAW RTCE 2008\188 AUTO.

71 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 (LOTG) (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 in fine 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

este defecto.⁷² 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.⁷³

Presentan también interés el auto 288/2008, 22 septiembre,⁷⁴ 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 (...).”

72 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”.

73 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”.

74 BDAW 2008\289 AUTO.

Si atendemos al contenido de las sentencias, es interesante la STCE 155/2009 (Pleno), 25 junio,⁷⁵ 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 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 doc-

75 BDAW 155\2009.

trina 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.⁷⁶ 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).

76 Sobre los efectos de esta sentencia, Díez-Picazo Giménez, I., Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recursos de amparo, en La sentencia de amparo constitucional: actas de las I Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, 1996, págs. 17-74.

Bibliografía

- AGUIRREZÁBAL QUIJERA, I., El tribunal penal internacional: un desafío a la impunidad. *Tiempo de paz*, núm. 49, 1998.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L., La defensa de la Constitución durante el periodo de entreguerras. *Historia Constitucional (revista electrónica)*, núm. 7, 2006. <http://hc.rediris.es/07/index.html>.
- ARAGÓN REYES, M., La reforma de la ley orgánica a del Tribunal Constitucional. *Revista de Derecho del Estado*, núm. 21, 2008.
- BACHMAIER WINTER, L., La reforma de la LOTC y la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones. *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 13, 2007.
- BASSOLS COMA, M., 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).
- CABAÑAS GARCÍA, J. C., 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.
- CARMONA TINOCO, J. U., La división de poderes y la función jurisdiccional. *Reforma Judicial: Revista Mexicana de Justicia*, núm. 9, 2007.
- CELOTTO, A., La Justicia constitucional en el mundo: formas y modelos. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 1, 2004.
- CUCARELLA GALIANA, L. A., Incapacitación, tribunales y esterilización de disminuidos psíquicos. *La Ley*. Madrid 2012.
- DELGADO CÁNOVAS, J. B., 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, M., Defensor del Pueblo y Justicia Constitucional: entre la declaración de intenciones y el exceso com-

- petencial. Teoría y realidad constitucional, núm. 26, 2010, págs. 307-352.
- DÍAZ REVORIO, F. J., 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.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recursos de amparo, en La sentencia de amparo constitucional: actas de las I Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, 1996.
- DOMÍNGUEZ GARCÍA, F., La legitimación del Ministerio Fiscal para interponer recurso de amparo: Pronunciamientos del Tribunal Constitucional. RJC vol. 100, núm. 3, 2001.
- ELÍAS MÉNDEZ, C., La Jurisdicción constitucional en los Estados miembros de la Unión Europea. Revista de Derecho Constitucional europeo, año 8, núm. 16, julio-diciembre 2011.
- ESPINOSA DÍAZ, A., El recurso de amparo: problemas antes, y después, de la reforma. Indret: Revista para el Análisis del Derecho, núm. 2, 2010.
- FAVOREU, L., Los tribunales constitucionales. Ariel. Barcelona 1994.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F., El trasfondo político y jurídico de la «Marbury v. Madison Decision. Anuario Iberoamericano de justicia constitucional, núm. 15, 2011.
- FERRAJOLI, L., La esfera de lo indecible y la división de poderes. Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, año 6, núm. 1, 2008.
- FIX-ZAMUDIO, H., Los Tribunales Constitucionales y los derechos humanos. Universidad Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas 1980.
- FLORES JUBERÍAS, C.; TORRES PÉREZ, M., 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 2001, núm. 5.

- GIMENO SENDRA, J. V., La experiencia de los "juicios de Núrenberg" y la necesidad de crear el Tribunal Penal Internacional. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 1998.
- 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, M., El tribunal constitucional alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos. Civitas. Thomson Reuters. Madrid 2010.
- GUSY, C., 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).
- HERRERA GARCÍA, A., El recurso de amparo en el modelo kel-seniano de jurisdicción constitucional ¿un elemento atípico? *InDret* 1/2011.
- JIMÉNEZ GARCÍA, F., 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.
- KENNETH, R., El rechazo de EEUU al Tribunal Penal Internacional. *Papeles de cuestiones internacionales*, núm. 79, 2002.
- MAGNOTTA, M. R., Los sistemas constitucionales de Chipre, Grecia y Malta. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 15, enero-junio 2011.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos. *Perspectivas españolas y europeas. Cuadernos Civitas. Cizur Menor (Navarra)*, 2006.
- MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., 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.
- MONTESQUIEU, C. L., El espíritu de las leyes. Ediciones Istmo 2002.

- OLARIETA ALBERDI, J. M., La separación de poderes en el constitucionalismo burgués. *Nómadas. Revista crítica de Ciencias Sociales y jurídicas*, núm. 4, 2011.
- ORTELLS RAMOS, M., Introducción al Derecho Procesal (con BONET NAVARRO, J.; MASCARELL NAVARRO, M. J.; CÁMARA RUIZ, J.; JUAN SÁNCHEZ, R.; BELLIDO PENADÉS, R.; CUCARELLA GALIANA, L. A.; MARTÍN PASTOR, J.; ARMENGOT VILAPLANA, A.). Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 6ª edición, 2016.
- PIGNATELLI Y MECA, F., El Tribunal Penal Internacional para Ruanda. *Revista española de Derecho militar*, núm. 65, 1995.
- PULIDO QUECEDO, M., 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.
- RODRÍGUEZ, A., Integración europea y derechos fundamentales. Civitas. Madrid, 2001.
- RIPOL CARULLA, S., El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español. Atelier, Barcelona, 2007.
- RUBIO LLORENTE, F., Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional. *Revista de derecho político*, núm. 16, 1982-1983.
- RODRÍGUEZ PALOP, E., Justicia constitucional y derechos fundamentales. *Derecho y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año 8, núm. 12, 2003.
- RODRÍGUEZ VEGA, L., Independencia de los jueces y gobierno del poder judicial. *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 77, 2007.
- ROURA GÓMEZ, S. A., 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.
- RUIZ VADILLO, E., 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.

- 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.

SÁIZ ARNAIZ, A., *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. Constitución europea y constituciones nacionales* (CARTABIA, M.; DE WRITE B.; PÉREZ TREMPES, P., directores, GÓMEZ FERNÁNDEZ I., coord.), AAVV, 2005.

STEINBERGER, H., *Algunos rasgos fundamentales de la Justicia constitucional en la República federal de Alemania*. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 51, mayo-junio 1986.

El precedente constitucional y su impacto externo

Guido César Aguila Grados¹

SUMARIO: I. EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN EL CONTEXTO DE LAS DEMÁS JURISDICCIONES NACIONALES 1.1. *El precedente constitucional y su impacto en la justicia ordinaria.* 1.2. *El precedente constitucional y su interacción con la justicia internacional* II. EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL Y SU INFLUENCIA EXTERNA: EL CASO DEL PARLAMENTO. BIBLIOGRAFÍA.

- 1 Doctor en Ciencias Jurídicas por la UNIVALI (Brasil). Magíster en Derecho Procesal por la Universidad Nacional de Rosario (UNR) de Argentina. Maestro en Derecho Constitucional por la Universidad Nacional Federico Villarreal (UNFV). Máster en Gerencia y Administración por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) y la EOI (España). Especialista en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante (España). Árbitro registrado en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Docente visitante de la Universidad Nacional de Rosario (UNR) de Argentina, de la Universidad Católica de Asunción (UCA) de Paraguay y de la Universidad de Medellín (UdeM) de Colombia. Docente Honorario de la Universidad de Panamá. Docente de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional en Escuelas de Posgrados del país. Docente de la Academia de la Magistratura (AMAG). Presidente de Capítulo Perú del Instituto Panamericano de Derecho Procesal (IPDP). Miembro del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) desde el 7 de mayo de 2015. Conferencista nacional e internacional.

I. El precedente constitucional en el contexto de las demás jurisdicciones

I.1 EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL Y SU IMPACTO EN LA JUSTICIA ORDINARIA

En esta sección, analizaremos la relación existente entre el precedente constitucional y la actividad realizada por la justicia ordinaria. En ese sentido, nuestro principal interés es revisar la forma cómo la justicia ordinaria responde a la creación de reglas constitucionales en sede jurisdiccional constitucional. Las preguntas que surgen en torno a este tema, incluyen las siguientes: ¿La judicatura ha asumido la emisión de los precedentes constitucionales como reglas jurídicas y, como consecuencia, ha aplicado las mismas sin darles matizaciones en los casos que han exigido su aplicación? ¿Al darse la emisión de precedentes constitucionales, la justicia ordinaria considerado que ciertos precedentes, no solo regulan materia constitucional, sino además materia infraconstitucional y –como tal– que ingresa en el fuero exclusivo de la justicia ordinaria? En otros términos: ¿La implementación de los precedentes constitucionales se efectiviza sin problemas dentro de la justicia ordinaria?

Al respecto, la experiencia internacional muestra que la respuesta es negativa. Desde la implementación de la justicia constitucional (especialmente con la creación de órganos de control constitucional específicos – tribunales constitucionales) se ha generado una serie de tensiones y enfrentamientos entre el Poder Judicial y los nuevos órganos constitucionales. El ejemplo más claro viene de la experiencia europea.

Mauricio Martínez lo explica de la siguiente manera:

Italia fue el país que experimentó por primera vez el problema, denominado “guerra freda fra le due Corti” (guerra fría entre las dos Cortes), en referencia a la desobediencia de la Corte de Casación (...) frente a las llamadas sentencias interpretativas, con las que, para evitar excluir una norma del ordenamiento, la Corte Constitucional adecuaba su sentido al nuevo modelo de Estado social surgido después de la Segunda Guerra Mundial.

En la década del 50, el Parlamento italiano era controlado por una mayoría conservadora que concebía las recién expedidas normas constitucionales como programáticas, de no puesta en práctica inmediatamente, sino como prescripciones que necesitaban un desarrollo legislativo. La misma concepción la tenía allí la Corte de Casación, y por eso su oposición a la Corte Constitucional. (...) El problema duró hasta comienzos de 1970 a favor de los derechos fundamentales, con la aceptación definitiva entre operadores y juristas del denominado “diritto vivente” (derecho viviente) o adecuación de los preceptos constitucionales a las transformaciones y necesidades sociales del momento (Ferrajoli).

El belicoso nombre, carente de rigor científico, se extendió a otros países. En Alemania, lo que se llamó “Der Krieg der Richter” (la guerra de los jueces) lo suscitó la consagración constitucional sin ambages de la Verfassungsbeschwerde gegen gerichtliche Entscheidungen (tutela contra sentencias), pues allí el servicio de la judicatura al poder político y a la partidocracia había sido tan evidente que tenía que consagrarse un mecanismo que controlase los peligros del abuso judicial con violación de los derechos humanos, como había ocurrido durante el régimen nazi precedente.

(...)

En España, al expedirse la Constitución hoy vigente, se tenía poca confianza en la Corte de Casación (llamado allí Tribunal Supremo) por sus relaciones comprometidas con el régimen franquista, pues con su jurisprudencia, principalmente durante el periodo de 1964 a 1974, había acogido y actuado según los principios de dicho régimen.

Este hecho y la falta de formación constitucional de jueces y magistrados determinó que el Constituyente –el órgano que expidió la nueva Constitución de 1978– dejara en manos de una institución situada fuera del poder judicial, el Tribunal Constitucional (...), la tarea de constitucionalizar la justicia a través, entre otros instrumentos, del Recurso de Amparo (...) contra las decisiones

judiciales para rescatar los derechos fundamentales, tan desconocidos durante el régimen dictatorial.

Resultado de ello es, por ejemplo, que para 2005 más del 97% de la actividad del Tribunal Constitucional español estuviera dedicada al Amparo: de un total de 7.814 de estos recursos, 7.702 se tramitaban contra sentencias, de las cuales 2.424 eran contra el Tribunal Supremo. Por ello, los especialistas españoles registran que la “guerra entre las Cortes” también ha representado allí un duro enfrentamiento. Sin embargo, este ha ido disminuyendo paulatinamente en la medida en que al Tribunal Supremo han ido ingresando magistrados con la conciencia constitucional y una mejor formación en derechos fundamentales. (...).²

Estos mismos problemas no han sido extraños en la región, ejemplo de ello es la experiencia en Colombia, en donde –como menciona Gómez García–:

La Corte Constitucional ha sentado precedente con respecto a las sentencias judiciales y lo ha hecho desde 1992, año en que, por disposición constitucional, comenzó su funcionamiento y su trayecto en la vida colombiana. Ese año la Corte Constitucional profirió un fuerte y duro pronunciamiento de la sentencia T-006 de 1992, donde expresamente dice:

La sentencia que se produzca con violación o desconocimiento de los derechos fundamentales, tanto de orden sustantivo como procesal, por no incorporar el mínimo de justicia material exigido por el ordenamiento constitucional, no puede pretender hacer tránsito a cosa juzgada. Sólo la cosa juzgada que incorpore por los menos ese mínimo de justicia puede aspirar a conservar su carácter.³

- 2 Martínez, Mauricio “Los Conflictos entre las Altas Cortes” Universidad Nacional de Colombia. Disponible en: <http://historico.unperiodico.unal.edu.co/ediciones/113/05.html>.
- 3 Gómez García, Carlos Fernando “Las Vías de Hecho como Generadoras del Choque de Trenes en la Jurisprudencia Constitucional (1992-2008)” En: Criterio Jurídico Vol. 9, N° 2. 2009. p. 37.

Y agrega el autor:

Ante esto, la Corte Suprema de Justicia dirige su respuesta directamente a la inimpugnabilidad de sus decisiones, pese a que por el proceder de alguna de sus salas se presente un problema de violación de derechos fundamentales que genere una posible inconstitucionalidad del actuar de la correspondiente sala. (...)

La Corte Suprema de Justicia en su carácter de Juez Colegiado no podía sustraerse del conocimiento de las acciones de tutela. El artículo 86 de la Constitución Política compromete a todos los Jueces en la defensa de los derechos fundamentales. La nueva atribución que adiciona las competencias de la Corte Suprema de Justicia, no es sino la refrendación de un mandato organizativo de la Constitución.

Y en cuanto al dilema presentado frente a la cosa juzgada, señala la Corte Constitucional: la cosa juzgada no se elimina y por el contrario se enriquece pues si prospera la acción de tutela y por ende se modifica la sentencia judicial, ésta incorporará ese mínimo de justicia material sin el cual la cosa juzgada por sí sola no se sostiene frente a la nueva Constitución.⁴

En el Perú esto también se ha producido, específicamente, por cuanto las sentencias del máximo tribunal del Perú –sea en el contexto de la emisión de precedentes constitucionales, o sea por la emisión de sentencias normativas, interpretativas y otras– han sido fuertemente cuestionadas,⁵ tanto institucionalmente (por de-

4 Idem., p. 38.

5 Aquel cuestionamiento no solo se produce en el contexto de una posible invasión de las potestades propias de la justicia ordinaria, sino también en una posible invasión de las potestades del parlamento. Esto será tratado más a fondo más adelante, sin embargo, cabe ir indicando que esto llevó a que se elaborara un proyecto de Ley (Flores-Aráoz), que buscaba que el Tribunal Constitucional dejara de erigirse como legislador positivo. Si bien el contexto de aquel proyecto normativo se produjo por la emisión de sentencias interpretativas, la razón fundamental de esta acción se dio por los efectos normativos de las sentencias constitucionales. En ese sentido, se intentó agregar al artículo 4 de la Ley Orgánica

cisiones del Poder Judicial) como por un amplio sector de la doctrina de aquel país. Es claro que otro sector apoya las atribuciones de aquel tribunal; por ejemplo, Eguiguren indica al respecto:

del Tribunal Constitucional, lo siguiente: “Constituye función del Tribunal Constitucional en las acciones de inconstitucionalidad que conoce, identificar los posibles vacíos normativos que ameriten la expedición de una nueva norma debiendo proponer al Congreso de la República, como consecuencia de ello, las iniciativas legislativas que juzgue pertinente”. La razón fundamental para iniciar esta reforma era la inseguridad jurídica que las sentencias normativas del Tribunal Constitucional generaban. En ese sentido, uno de los argumentos avanzados en el proyecto antes indicado, señalaba: “Asimismo, en este tipo de sentencias frecuentemente la interpretación o norma nueva no figura en el fallo de la sentencia, sino que éste se remite a los fundamentos jurídicos de la misma, lo que las hace confusas y de difícil conocimiento para los jueces y abogados, sin contar los inconvenientes prácticos, y aun de seguridad jurídica, de esta técnica jurisprudencial. El efecto inmediato de lo señalado es que la emisión de dichas sentencias genera inseguridad jurídica porque es muy difícil que los operadores jurídicos y en general la ciudadanía comprenda la parte considerativa de las resoluciones que sustentan una sentencia interpretativa, produciéndose el desconocimiento generalizado de los criterios jurisprudenciales y la imposibilidad de norma que otorgue al Tribunal Constitucional tal atribución.” En contraposición esto, también existen algunas posiciones que tratan de reconciliar la labor cuasi-legislativa del Tribunal Constitucional con la labor del Parlamento. A decir de Robert Alexy: “Existe, sin embargo, otra razón para atribuir un carácter prejudicial a las decisiones de la Corte Constitucional: las constituciones son regulaciones escuetas y en extremo abstractas. Desde ellas, la ponderación abre muchas posibilidades en cada caso particular. Precisamente a causa de la necesidad de ponderar en el derecho constitucional, especialmente en la interpretación de los derechos fundamentales, y precisamente a causa de la indefinición relacionada con eso, la vinculación prejudicial es indispensable como instrumento de compensación, con el fin de crear seguridad jurídica. Lo expuesto puede resumirse en la breve fórmula: ponderación supone precedente judicial. Y añadido algo más: se debe evitar la sobre constitucionalización, desde luego. Pero el medio adecuado para evitar una sobre constitucionalización no es la eliminación del vínculo prejudicial. Al contrario, es justamente en el precedente judicial donde se habrán de destacar cuáles márgenes de acción y libertades tiene el legislador. Por eso necesitamos los precedentes, que dicen cuál es la amplitud de los márgenes de acción del legislador. Con eso el legislador tiene una libertad asegurada.” Véase: QUINTERO, Diana Cinco Preguntas a Robert Alexy Bogotá. 2005.

Es cierto que ello genera tensión, en tanto que el poder solamente se puede detener por otro poder. En el caso del Poder Judicial, ello se manifiesta cuando hay un enfrentamiento entre el Derecho penal, civil o el que sea, con el Derecho constitucional. Solamente cuando la afectación, en el ámbito del derecho civil, penal, patrimonial o comercial tiene ribetes de inconstitucionalidad, al tutelar aspectos sustantivos como la propiedad o libertad económica, o aspectos adjetivos como la tutela jurisdiccional efectiva, es que se puede, mediante un proceso de amparo, revisar la decisión judicial. Pero esto sólo debe verificarse a nivel constitucional, no en materia estrictamente civil o penal. En ese sentido, es razonable la revisión por parte del Tribunal Constitucional, ya que no se constituye en una cuarta instancia, sino más bien en el controlador constitucional de las sentencias.⁶

Sin embargo: ¿Ha sido aquel tribunal (y en general los tribunales constitucionales regionales) efectivos en delimitar correctamente sus atribuciones frente a materia exclusiva del juez ordinario? ¿Es acaso simple tratar materia civil, penal, laboral u otra en una sentencia constitucional a la luz de un derecho fundamental,⁷ sin com-

- 6 Mesa Redonda - "Parámetros Interpretativos Constitucionales y el Lugar del Tribunal Constitucional en el Proceso Normativo en Perú: Diez Años Después" En: Themis – Revista de Derecho Vol. 55. 2008. p. 20.
- 7 Téngase en cuenta lo indicado por Borrajo: "The underlying issue in this matter is, inevitably, the role of the supreme court. From the moment all courts of law engage in constitutional interpretation when constructing legislation, their decisions are subject to review by the constitutional court. So what is the function of the supreme court in the legal system of a constitutional state? Maybe the answer lies in the institutions themselves, rather than in a philosophical separation between appeals in "ordinary law" and appeals in "constitutional law". Because if you look at the real output of supreme and constitutional courts in European countries, you can see that supreme courts are larger and adjudicate in specialized formations." Al respecto, véase: Borrajo Iniesta, Ignacio Limits of Fact, Law and Remedies: Myths and Realities of Constitutional Review of Judicial Decisions Constitutional Court of Spain Experience" European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission) Strasbourg. CCS 2005/11. December 20 2005. p. 12.

prometer el sentido general de una disposición no constitucional?⁸ ¿Son los tribunales constitucionales efectivos en aquella tarea y han dispuesto algún mecanismo para controlar su labor? Para responder estas preguntas, tengamos en cuenta el caso resuelto por el Tribunal Constitucional peruano, en el caso Soverón Márquez,⁹ en el cual aquel colegiado analizó el recurso extraordinario interpuesto por Julio Soverón y Gastón Ortiz, contra una sentencia que deniega su recurso de amparo. El peticionario de los recurrentes indicaba que se habría vulnerado el derecho al debido proceso de Alberto Fujimori, en el momento en que se le inhabilitó a ejercer sus funciones pues éste no habría sido notificado. Más allá de los argumentos de los recurrentes, la resolución en este caso resalta por dos aspectos: i) Establece un precedente constitucional de forma defectuosa y ii) Al hacerlo, de forma defectuosa, crea problemas respecto al contenido del precedente.

Respecto al primer punto, en la sentencia el Tribunal Constitucional en ningún momento señala que su resolución constituye un precedente (como legalmente estaba obligado), siendo solo por medio de un recurso de aclaración que se establece esto.¹⁰ Como es claro, en la resolución de aclaración se trata de resolver un error; sin embargo, se deja patente otro, como el no indicar

8 Anticipándonos a las conclusiones a las que llegaremos en esta sección, podemos indicar que la respuesta es negativa. Una razón fundamental para ello, estriba en el hecho de que la adjudicación de justicia en la justicia ordinaria y constitucional, usan métodos interpretativos diferentes. Sobre este punto, debe indicarse que, si bien la justicia constitucional y ordinaria pueden hacer uso de métodos interpretativos comunes (al ser generales) la justicia constitucional presenta métodos interpretativos propios y, además, un mayor uso de ciertos métodos interpretativos dada la generalidad de la norma constitucional. En ese sentido, de forma general puede indicar que mientras en los procesos ordinarios se utilizan métodos ordinarios de interpretación, tales como el sistemático, histórico, funcional, literal, lógico, entre otros, los procesos constitucionales obedecen a los siguientes principios de interpretación: unidad de la Constitución, concordancia práctica, corrección funcional, función integradora y fuerza normativa. Véase: Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia Exp. N° 5854-2005-PA/TC ... op. cit., Fundamento 12.

9 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia Exp. N° 2791-2005-PA/TC-LIMA del 10 de junio de 2005.

10 Idem.

qué sección de la sentencia constituía precedente constitucional. Como resulta claro, la resolución aclaratoria no soluciona el error original; por el contrario, aquel déficit puede generar efectos graves, por cuanto en su fundamento 7 el Tribunal Constitucional del Perú incluye reflexiones de carácter puramente penal de forma desconectada de su análisis principal, al indicar:

Consecuentemente, la inhabilitación del ciudadano Alberto Fujimori Fujimori para ejercer toda función pública, no impide que pueda ejercer su derecho constitucional de libertad de expresión, sujeto a la regulación legal sobre la materia. En torno a ello, si bien es cierto que, conforme aparece de las publicaciones en el diario oficial “El Peruano”, se sigue contra el ciudadano Alberto Fujimori Fujimori numerosos procesos penales por delitos de genocidio, desaparición de personas, corrupción de funcionarios y otros ilícitos, no existe aún sentencia en ninguno de ellos, por estar prófugo del país, razón por la cual es aplicable la presunción a que se refiere el inciso e) del numeral 24.º del artículo 2.º de la Constitución Política del Perú. El artículo 41.º de la Ley N° 28094, empero, permite a los partidos políticos el uso de los medios de comunicación de propiedad del Estado, en período no electoral, “(...) para la difusión de sus propuestas y planteamientos (...)”, **de manera que cualquier contenido distinto debe ser diferido por los órganos competentes para su difusión en el período señalado por el artículo 37.º de la ley referida. En ese sentido, en ningún caso, los partidos políticos, ni sus integrantes, pueden usar los medios de comunicación social para realizar la apología de algún delito, sin incurrir los autores en el ilícito previsto en el artículo 316.º del Código Penal.** El Ministerio Público, bajo la responsabilidad que la ley establece, debe, en tal supuesto, ejercer las atribuciones previstas en el artículo 159.º de la Constitución Política del Perú y en su Ley Orgánica.¹¹ (Énfasis y subrayado agregado)

11 Tribunal Constitucional del Perú. Resolución de Aclaración Exp. N° 2791-2005-PA/TC ... op. cit., Fundamento 7.

Como se observa en la sección transcrita, el Tribunal Constitucional peruano efectúa un razonamiento extraño. En primer lugar, hace referencia al hecho de que Alberto Fujimori al momento de la formulación de la sentencia, estaba siendo procesado por una serie de delitos y que, es aplicable la presunción de inocencia. Posteriormente, sin ninguna conexión clara con lo anterior, señala que la Ley N° 28094 permite a los partidos políticos el uso de medios de comunicación en período no electoral para la difusión de sus propuestas y, luego concluye que, como consecuencia, otro contenido (que no esté relacionado con difusión de propuestas) debe ser diferido para el período establecido en el artículo 37 de la norma. Lo que sigue, resulta inexplicable, pues nuestro máximo tribunal, con una fórmula de conexión directa (“en ese sentido”) pasa a indicar que, como consecuencia, los partidos políticos ni sus integrantes pueden usar los medios de comunicación para realizar apología de algún delito. Como resulta claro, no existe conexión alguna entre la afirmación inicial y la conclusión a la que llega aquel tribunal, pero, para los efectos del análisis en este momento, lo más relevante es que concluye que los partidos políticos no pueden usar los medios de comunicación social para realizar apología de un delito sin incurrir en el ilícito del artículo 316 del Código Penal. Resulta totalmente redundante la en tanto el artículo 316 del Código Penal del Perú establece el delito de apología. Es como si el Tribunal Constitucional peruano indicara que quien efectúa el delito de infanticidio, comete el delito de infanticidio. Pero, la redundancia sería un defecto simple, sino fuese porque aquel tribunal entra a calificar un hecho hipotético como generador del ilícito penal. Debe tenerse en cuenta que el Derecho no es una ciencia causal, es decir, no basta que se produzca el tipo para incurrir en un ilícito sancionable. Aun así, lo más grave de los efectos, es que esta declaración gratuita requiere la extracción de algún sentido y, aquel sentido, debe efectuarse en el contexto de la sentencia.

Siendo esto así, ¿qué ha querido decir aquel tribunal constitucional? ¿Por qué ha indicado lo que ha indicado? Y, si la respuesta no se encuentra en la sentencia, entonces, queda preguntarnos si aquella opinión se debe a que la limitación de la inhabilitación no podía considerarse como restricción a la libertad de expresión de Alberto Fujimori y, esto podría haber llevado a que se argumentara que el mismo podía expresarse en los medios de comunicación públicos. Sea como fuese, la fórmula usada por aquel tribunal lleva a especular si la defensa efectuada en un medio de co-

municación público (de un personaje aún no sentenciado) constituiría un delito de apología. Lo cierto es que esta pregunta es puramente penal y, como tal, no constituye el ámbito competencial del juez constitucional. Sin embargo, aquel tribunal ingresa a obscurecer, antes que aclarar temática de dogmática criminal. Y, el problema se vuelve aún más relevante, por cuanto aquella sección es parte de una sentencia declarada –de forma poco técnica– en su totalidad como un precedente constitucional. Entonces, ante la pregunta: ¿Son los tribunales constitucionales efectivos en delimitar correctamente sus atribuciones, frente a materia exclusiva del juez ordinario? La respuesta es negativa, no solo porque en sí el respeto por la competencia exclusiva del juez ordinario cada vez más lo pone en duda estos colegiados (ejemplo de ello son las sentencias normativas de los tribunales y/o cortes constitucionales), sino porque habiéndose recepcionando una institución foránea como el precedente dentro de ordenamientos civilistas, no se ha seguido una de las obligaciones que haría de la misma una herramienta útil y coherente como es que los jueces constitucionales determinen y señalen las secciones que contienen la regla constitucional creada.

Entonces, se hace claro que señalar que una sentencia en general es un precedente constitucional,¹² no solo hecha a perder la uni-

- 12 Indicamos tendencia, por cuanto el caso antes señalado no es el único, en el que nuestro máximo tribunal ha señalado que su sentencia íntegra constituye precedente constitucional. Por ejemplo, téngase en cuenta la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso del Exp. N° 2616-2004-AC/TC, en el cual nuestro máximo tribunal indicó: “14. El Tribunal Constitucional, en sesión de pleno jurisdiccional, por las consideraciones de hecho y de derecho antes expuestas, y en mérito de lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, acuerda apartarse de los precedentes emitidos con anterioridad respecto al tema sub examine, y dispone que los fundamentos de la presente sentencia son de observancia obligatoria.” Véase: Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia Exp. 2616-2004-AC/TC del 12 de septiembre de 2005. Como bien ha indicado Castillo Córdova, “(e) ste es un nuevo caso en el que el TC decide declarar como precedente vinculante todo el contenido de la sentencia, es decir, y en estricto, tanto la ratio decidendi como los obiter dicta. Gran número de fundamentos jurídicos de esta sentencia, no obstante, no contienen propiamente contenido normativo a partir de los cuales se pueda configurar reglas jurídicas. (...) La sentencia en este apartado conforma un caso bien singular. Hasta ahora ya se había presentado el caso en el que el

dad respecto al sentido que debe tener una nueva regla constitucional, sino que además implica ciertas intrusiones en el ámbito exclusivo del juez ordinario al ser consideradas obligatorias y al tenerse por normas generales y –por tanto– complementando de facto el orden legal penal, administrativo, civil, etc., lo cual aunque ilógico, podría darse en los hechos.

En ese sentido, ante la pregunta que formuláramos líneas arriba: ¿Es acaso simple tratar materia civil, penal, laboral u otra en una sentencia constitucional, a la luz de un derecho fundamental comprometido y sin afectar el sentido general de una disposición no constitucional?; la respuesta debe ser negativa. Y, aunque no es una tarea sencilla, es una que debe realizar todo tribunal que formule precedentes constitucionales, pues la materia puramente infra-constitucional escapa de sus atribuciones.

Ahora bien, un segundo punto de importancia en la relación entre Tribunales Constitucionales y el Poder Judicial (en lo referido al precedente constitucional) es si el Poder Judicial puede desobedecer el contenido de un precedente constitucional por considerarlo incorrecto o por considerar que introduces ingresar a formular materia que solo es competencia de la judicatura. En aquellos casos, ¿puede el Poder Judicial inaplicar el contenido de un precedente constitucional para un caso concreto? ¿Cuándo es que nos encontramos –por el contrario– ante situaciones de rebeldía en lo referido a la aplicación de los precedentes constitucionales? Se produce aquello, ¿cuándo se deja de aplicar por completo el “precedente constitucional”, o también cuando los tribunales ordinarios efectúan distinciones respecto a la regla creada (no contenidas en el precedente)? Aún más: ¿Qué es lo que sucede cuando un tribunal ordinario no sigue un precedente constitucional en un proceso de garantía constitucional, y al no seguirla, emite una sentencia estimativa y, por tanto, no revisable (normalmente) por los tribunales constitucionales?

TC crea los precedentes vinculantes a partir de una resolución aclaratoria, o que modifica un precedente vinculante a través de una resolución aclaratoria. Lo que añade singularidad (negativa, por desgracia) al asunto ahora es que en la resolución aclaratoria se establece que toda la sentencia aclarada constituye precedente vinculante, con los ya manifestados peligros que ello supone.” Véase: CASTILLO CÓRDOVA, Luis Los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional 2da Ed. Gaceta Jurídica 2015. pp. 463-465.

En el caso del Perú, la inobservancia de precedentes llevó a que su tribunal constitucional en la sentencia del Exp. N° 00001-2010-CC/TC señalara que, ante el desacato de un precedente constitucional por parte de la justicia ordinaria, las consecuencias eran que: a) La resolución judicial que inaplicase, contraviniese, inobservara o se apartara de las reglas de un precedente vinculante, serían reputadas como inconstitucionales. b) Como consecuencia de ello, aquellas resoluciones judiciales serían nulas de pleno derecho. c) La administración pública se encontraría impedida de acatar cualquier resolución judicial que contraviniese o inobservara las reglas establecidas por un precedente vinculante. d) De constatarse que las resoluciones judiciales son contrarias a los precedentes vinculantes, los jueces podrían ser procesados y sancionados con el Consejo Nacional de la Magistratura y la Oficina de Control de la Magistratura y denunciados por el Ministerio Público.¹³ Incluso las sentencias estimativas dicta-

- 13 Todo esto se desprende de lo expresado por nuestro máximo tribunal, al indicar: “Consecuentemente este Tribunal considera que toda resolución judicial, sea una medida cautelar o una sentencia de primer o segundo grado, que inaplique el contenido normativo del Decreto Legislativo N.º 843, o de los Decretos Supremos N.os 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o de los Decretos de Urgencia N.os 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008 o que contravenga, inobserve o se aparte de las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC, es nula de pleno derecho por ser inconstitucional. Por ello, debe establecerse que las entidades de la Administración Pública se encuentran impedidas de acatar cualquier resolución judicial emitida que inaplique el contenido normativo del Decreto Legislativo N.º 843, de los Decretos Supremos N.os 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC y de los Decretos de Urgencia N.os 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008 o que contravenga o inobserve las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC. Ello porque dichas resoluciones judiciales son nulas de pleno derecho por ser inconstitucionales. Si se comprueba que las resoluciones judiciales emitidas son contrarias a las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC, este Tribunal considera que los jueces que las emitieron deben ser procesados y sancionados por el Consejo Nacional de la Magistratura y la Oficina de Control de la Magistratura, así como denunciados por el Ministerio Público, a fin de que sean procesados penalmente, pues ningún juez puede fallar en contra del texto expreso y claro de las reglas establecidas como precedente vinculante. Cabe recordar que en estos casos el Ministerio Público ha considerado que el comportamiento de los jueces que fallan en contra o apartándose

das por el Poder Judicial serían revisables, si el otorgamiento de las mismas contravinieran un precedente. En ese sentido, el tribunal constitucional del Perú decidió establecer en su sentencia del caso Dirección Regional de Pesquería de La Libertad, que si bien el artículo 202.2 de la Constitución peruana establece que corresponde al Tribunal Constitucional conocer en última y definitiva instancia las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo (etc.), la interpretación literal de dicha disposición sería contraproducente, pues, si solo las resoluciones denegatorias de los recursos mencionados son revisables en última instancia, las decisiones estimativas (adoptadas por la justicia ordinaria) no podrían ser analizadas, aunque se produjesen en su resoluciones vulneraciones a derechos fundamentales como el derecho al debido proceso o a la tutela jurisdiccional efectiva (que se produciría al dejar de aplicarse un precedente constitucional existente).

I.2 EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL Y SU INTERACCIÓN CON LA JUSTICIA INTERNACIONAL

En este punto, dos son las dudas esenciales que surgen: a) ¿Los tribunales constitucionales y cortes supremas se encuentran obligadas a construir un precedente constitucional teniendo en cuenta los “precedentes internacionales” en materia de derechos humanos? ¿Cuál es la relación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el Comité de Derechos Humanos (y su jurisprudencia/decisiones/”precedentes”) y los tribunales y/o cortes estatales que resuelven materia constitucional en última y definitiva instancia?

Para entender esto, debe tener presente que, bajo diferentes fórmulas, las diferentes cartas fundamentales de la región reconocen la aplicación dentro de sus ordenamientos internos, tanto de

se del precedente vinculante se encuadra dentro del tipo penal de prevaricato. Esta posición, fue destacada por la Fiscal de la Nación en la Resolución de la Fiscalía de la Nación N.º 041-2010-MP-FN, publicada en el diario oficial El Peruano el 13 de enero de 2010. En dicha resolución, la Fiscal de la Nación precisó que los jueces que emitan resoluciones judiciales contrarias al precedente vinculante cometen el delito de prevaricato porque fallan en contra del texto expreso y claro del artículo VI del Título Preliminar del CPConst. y de la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.” Idem., Para. 25-27.

los tratados de derechos humanos, como de los acuerdos y declaraciones de derechos humanos de carácter universal y, en algunos casos, reconocen la jurisdicción internacional en aquellas mateias como última instancia de resolución.¹⁴

- 14 Esta disposición constituye el reconocimiento de la aceptación de la justicia internacional o supranacional (específicamente en materia de derechos humanos). Al respecto, debe recordarse que la justicia internacional (o supranacional) parte del supuesto de que la protección de los derechos fundamentales no solo está consagrada en el ámbito de la jurisdicción nacional, sino también en la internacional. En ese sentido, acudir a las instancias internacionales para solicitar la revisión de una decisión, no acorde a derecho, constituye el gran desarrollo obtenido durante y después de la década de los 40 del siglo pasado. El posterior reconocimiento efectuados por los Estados a la competencia de ciertos organismos internacionales es lo que se conoce como “jurisdicción supranacional” de los derechos fundamentales. El surgimiento de este tipo de jurisdicción no fue fruto del azar, fue el lógico resultado de la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, disciplina jurídica que internacionalizó los derechos fundamentales reconocidos en los diferentes ordenamientos internos, a fin de garantizar su protección a escala global. La noción de jurisdicción supranacional puede adquirir diversos matices, dependiendo del particular enfoque teórico. Así, si bien en términos prácticos puede ser entendida como aquella jurisdicción que está por encima del ámbito de los gobiernos e instituciones nacionales y, que actúa con independencia de ella, una noción más completa del término sería considerarlo como: “aquella [jurisdicción] que facilita a una persona o Estado a alcanzar un remedio judicial, a través de específicos mecanismos supraestatales, específicos, por el quebranto de una norma de derecho internacional o por estar vinculada a la defensa de los derechos fundamentales reconocidos formalmente en los convenios internacionales. En ese sentido, se trata de un órgano jurisdiccional de alcance internacional, encargado de temas judiciales diversos, directos y obligatorios en el territorio de los Estados adscritos a un tratado específico de la materia.” [Véase: GARCIA TOMA, Víctor “La jurisdicción supranacional y la ejecución de sentencias extranjeras” En: *Revista de Derecho y Ciencias Política* Vol. 50, N° 1. 1993. p. 328.] Por lo demás, la jurisdicción supranacional se constituye como una garantía adicional para la protección de los derechos humanos en la medida en que estos, en muchas ocasiones, son vulnerados por decisiones de tinte político que imposibilitan a los organismos judiciales brindar la debida garantía judicial a lo que se aúna el problema de que los aludidos organismos pueden estar conformados por magistrados que no son independientes del poder político. [Véase: BERNALES BALLESTEROS, Enrique *La Constitución de 1993. Análisis comparado* 5ed. Lima, Perú. Editora RAO S.R.L., p. 864.] En

Esto implica que las normas constitucionales de los estados de la región, que coincidan con el ámbito material de las normas incluidas en tratados de derechos humanos, se encontrarán sujetas a una interpretación en concordancia con aquellos instrumentos. Sin embargo: ¿Cuál es el contenido de aquellas normas internacionales de derechos humanos? En el caso de instrumentos firmado y ratificados por los estados de la región y que contengan órganos de adjudicación, la interpretación última de aquellos instrumentos se encuentra a cargo de dichas entidades; ejemplo de ello, es la Corte Interamericana de Derechos Humanos para el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos. En aquellos casos, la interpretación final de los derechos recogidos en la Convención Americana es tarea de la jurisprudencia de aquel órgano (jurisprudencia que al ser internacional adopta contornos particulares).¹⁶

ese contexto, “el acceso a [los] órganos supranacionales debe ser visto desde una doble perspectiva: en el orden internacional, constituye una verdadera garantía complementaria de los derechos humanos, una especie de amparo internacional para la restitución del derecho vulnerado; y en el orden interno, un verdadero derecho fundamental, que permite al lesionado en sus derechos recurrir a los órganos internacionales buscando la tutela efectiva”. [Véase: CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynes “Jurisdicción supranacional” En: CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynes (Coordinadora). Derecho Procesal Constitucional. Tomo II (Segunda edición). Lima, Perú. Jurista Editores E.I.R.L.P., 2004. p. 1048.]

- 15 Además, debe tenerse presente que la opción de acudir a la jurisdicción supranacional, se activa según el ordenamiento constitucional de cada Estado. FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales San José, Costa Rica. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996. p. 194-195.
- 16 Si bien hacemos referencia al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, no es solo en aquel en el que puede dictarse jurisprudencia y/o precedentes relevantes para el ordenamiento nacional. Será de relevancia todo sistema internacional de protección de derechos humanos que: a) Permita acceder a su jurisdicción para determinar situaciones conflictivas con el Estado y que b) Presenten un órgano de adjudicación, el cual emitirá decisiones de relevancia para nuestro sistema nacional. Al respecto, cabe indicar que, teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 114 de nuestro Código Procesal Constitucional, los organismos internacionales a los que puede recurrir cualquier persona que se

Esto implica –por ejemplo– que la interpretación de la Convención Americana (por la cual se da contenido a los derechos de aquel instrumento) vinculan en cierto grado a los tribunales y cortes nacionales. Y, siendo eso así; las decisiones internacionales en materia de derechos humanos vinculan a las judicaturas de los estados de la región. Esto debe llevarnos a cuestionar: ¿Con qué grado vinculan las sentencias y jurisprudencia de la Corte Interamericana a nuestros sistemas legales? ¿Además de los tribunales constitucionales y cortes supremas, los demás órganos del Estado también se encuentran vinculados por las interpretaciones efectuadas por un órgano de adjudicación de derechos humanos? Si esto es así: ¿se requiere que aquellas interpretaciones sean recepcionadas por aquellos tribunales máximos, o surten efecto inmediatamente?

considere lesionada en los derechos reconocidos por la Constitución o los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano son, entre otros, los siguientes: a) El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Éste es un órgano convencional formado por expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) por los Estados que lo han ratificado. Como parte de uno de los siete organismos instituidos por tratados sobre derechos humanos promovidos por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), el Comité no solo tiene la función de revisar los informes periódicos que los Estados le hacen llegar periódicamente sobre la manera en que se ejercitan los derechos, sino también examinar las denuncias entre los Estados, las denuncias entre particulares en relación con supuestas violaciones del PIDCP cometidas por los Estados partes y publicar su interpretación del contenido de las disposiciones de derechos humanos (se les denomina observaciones generales cuestiones temáticas o sus métodos de trabajo). El Comité se reúne en Ginebra o Nueva York y normalmente celebra tres periodos de sesiones al año. b) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión Interamericana) de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Es un órgano de la Organización de los Estados Americanos (OEA) creado para promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, además de servir como órgano consultivo de la OEA en esta materia. Creada por resolución de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores en Santiago de Chile en 1959, la Comisión tiene como sede el Distrito de Columbia (EE.UU.) y es una de las dos entidades del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. La Comisión celebra dos periodos ordinarios de sesiones al año durante el lapso previamente determinado por ella.

Si la posición adoptada en un ordenamiento apuntase a que las sentencias de, por ejemplo, la Corte Interamericana son vinculantes para los Estados parte de la Convención Americana aun cuando el caso no hubiese involucrado al Estado en cuestión, entonces en aquellos casos podríamos hablar de jurisprudencia vinculante internacionales provenientes de los órganos de adjudicación de derechos humanos. Pero: ¿Qué sucede si un precedente constitucional emitido por un tribunal constitucional y/o corte suprema colisionan con la jurisprudencia vinculante emitida por un órgano internacional en materia de derechos humanos? ¿Qué sucede si la Corte Interamericana emite jurisprudencia que colisiona con un precedente constitucional emitido por un tribunal constitucional? ¿Es la jurisprudencia internacional el único escenario en donde el precedente constitucional tendría que interactuar con decisiones de la Corte Interamericana? Respecto a esto último, lo más probable es que no sea así, pues, la Corte Interamericana no solo emite “jurisprudencia” sino además Opiniones Consultivas (que no tiene naturaleza idéntica a las sentencias contenciosas); pero además por que la Corte Interamericana en estricto no solo interpreta la Convención, en el sentido de encontrar interpretaciones de derechos expresos incluidos en él; además en diferentes casos (por ejemplo en materia de pueblos indígenas) ésta ha incurrido en una verdadera creación de derechos humanos (no expresamente incluidos, ni fácilmente derivables de los expresamente reconocidos) con efectos generales. En este último caso, nos encontramos ante ejercicios similares a los efectuados por los diferentes tribunales constitucionales regionales mediante sus precedentes constitucionales. ¿Son aquellas decisiones modificaciones a la Convención Americana? Y si es así; ¿esto también influye en la interpretación de las cartas fundamentales de los Estados de nuestra región? En esos casos, el Tribunal Constitucional ¿puede interpretar aquellos derechos reconocidos en sede internacional? ¿Si es así; entonces no sería válido decir lo mismo respecto a sus precedentes constitucionales y la justicia ordinaria?

En ese sentido, como indica Sagués:

(...) la Corte Interamericana de Derechos Humanos, merced a la doctrina del control de convencionalidad, ha afirmado como obligatoria una tesis semejante, de algún modo, al *stare decisis*, o valor del precedente estadounidense de su Corte Suprema de

Justicia, doctrina creada en aquel país también sin un texto constitucional expreso que la haya sostenido. O si se prefiere, asume los roles de una Corte de Casación supra-nacional en derechos humanos, en aras de uniformar la interpretación de los derechos de esa índole emergentes del Pacto de San José de Costa Rica. Y ello importa, inexorablemente, una sensible reducción de las facultades de los jueces nacionales en materia de control de constitucionalidad y de interpretación de los derechos personales. De aquí en más ya no son libres de descifrar esos derechos a su independiente leal saber y entender, sino que deben comprenderlos con el significado que hasta ahora les ha dado, y les dará en el futuro la Corte Interamericana. Asimismo, tendrán que 'leer' los derechos constitucionales locales en consonancia con esas directrices, como puntualizamos infra, en el párrafo X (...).¹⁷

El comentario de Sagués se encuentra en las mismas bases de las interrogantes y requiere un análisis profundo por parte de la doctrina.

II. El precedente constitucional y su influencia externa: el caso del parlamento

En esta sección, analizaremos brevemente si la emisión de los precedentes constitucionales ha impactado en la labor de algunos de los parlamentos de la región. ¿Es posible encontrar alguna dinámica entre los precedentes y el trabajo del parlamento? ¿Qué sucede si el Parlamento emite una norma que contradice una regla normativa adoptada por un tribunal constitucional o

17 SAGÜÉS, N., “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad” En: Estudios Constitucionales - Centro de Estudios Constitucionales de Chile – Talca. 2010. pp. 125 y 126. Véase, igualmente sobre este tema: FUENZALIDA, Sergio “La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como Fuente de Derecho. Una Revisión de la Doctrina del Examen de Convencionalidad” En: Revista de Derecho (Valdivia) Vol. 28, N° 1. 2015.

corte suprema? ¿Qué sucede si la regla general creada por un tribunal constitucional o corte suprema, modifica una norma emitida por el parlamento de un Estado?

La respuesta a esta interrogante se encuentra enmarcada en un contexto más amplio referido a la adjudicación de mayores poderes por parte de los tribunales constitucionales en la región mediante diferentes figuras jurídicas. Por ejemplo, para el caso colombiano, López Daza comenta:

El control desplegado por la Corte Constitucional colombiana le ha generado numerosas críticas, entre otras cosas por las modificaciones efectuadas a las leyes por medio de las cuales, ordena la imposición de un efecto no previsto por el legislador. Los críticos consideran que la Corte invade los campos del legislativo y que ella contribuye a crear un clima de inseguridad jurídica.

(...)

En Colombia esta técnica de la modulación de fallos ha sido también utilizada por la Corte Suprema colombiana desde 1912 y por el Consejo de Estado colombiano desde 1947 en los casos de las acciones de inconstitucionalidad y de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad respectivamente.

Bajo la Constitución Política de 1991, la Corte Constitucional ha acudido a la modulación o manipulación de sus decisiones con el fin de darle un efecto o alcance diferente a la norma revisada, diferente a la consecuencia prevista por el legislador colombiano.

Es por ello que se podría afirmar que una manera mediante la cual el juez ha substituido al legislador y al poder reglamentario del ejecutivo, ha sido por medio de la modulación o manipulación de las sentencias. Sin embargo, la intervención de la Corte en campos ajenos no es solamente de este método; lo ha hecho también ante la inactividad del legislador en aspectos que ella misma determina.¹⁸

18 López Daza, Germán “El Juez Constitucional Colombiano como Legislador Positivo: ¿Un Gobierno de los Jueces?” En: Cuestiones Consti-

Otro ejemplo de esto y, aún más específico es el de la emisión de precedentes constitucionales y el conflicto que produjo entre el Tribunal Constitucional del Perú, la Justicia Electoral y el Parlamento de aquel mismo país. Y es que, aquel tribunal mediante sentencia del Exp. N° 5854-2005-PA/TC,¹⁹ tuvo que determinar la posibilidad de revisar (en sede constitucional) las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones.

Para poder determinar aquella posibilidad, dicho tribunal tuvo que “re-interpretar” artículos claros de la constitución peruana, los mismos que indicaban:

Art. 142. No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, ni las del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces.²⁰

Art. 181. El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones aprecia los hechos con criterio de conciencia. Resuelve con arreglo a ley y a los principios generales de derecho. En materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno.²¹

La literalidad de aquellas disposiciones, claramente establecía que las decisiones del JNE no son revisables. Sin embargo, como indica el Tribunal Constitucional peruano: *“¿tiene algún sentido reconocer que la Constitución tiene carácter jurídico, para luego afirmar que existen actos de los poderes públicos que escapan al control constitucional ejercido por la jurisdicción constitucional?, ¿es posible afirmar que todo poder está sometido a la Constitución y a los derechos fundamentales que ella reconoce, y a la par sostener que los actos de estos poderes están relevados de control constitucional, pese a que contravienen la Cons-*

tucionales - Revista Mexicana de Derecho Constitucional N 24. 2011. pp. 180-181.

19 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia Exp. N° 5854-2005-PA/TC ... op. cit.,

20 Constitución Política del Perú. Artículo 142.

21 Constitución Política del Perú. Artículo 181.

titución y los derechos fundamentales?”²² Y agrega que, “*en efecto, afirmar que existen actos de alguna entidad estatal cuya validez constitucional no puede ser objeto de control constitucional, supone sostener, con el mismo énfasis, que en tales ámbitos la Constitución ha perdido su condición de norma jurídica, para volver a ser una mera carta política referencial, incapaz de vincular al poder.*”²³ En ese sentido, aquel tribunal concluye mediante un “precedente constitucional”, lo siguiente:

En tal sentido, sin perjuicio de lo que luego se sostendrá, llegado a este punto, el Tribunal Constitucional se encuentra en condiciones de afirmar que toda interpretación de los artículos 142° y 181° de la Constitución que realice un poder público, en el sentido de considerar que una resolución del JNE que afecta derechos fundamentales, se encuentra exenta de control constitucional a través del proceso constitucional de amparo, es una interpretación inconstitucional. Consecuentemente, toda vez que el JNE emita una resolución que vulnere los derechos fundamentales, la demanda de amparo planteada en su contra resultará plenamente procedente.²⁴

La decisión transcrita, como es obvio, modifica la literalidad de la base legal aplicable y vigente, generando un problema doctrinal en el ordenamiento peruano. A decir verdad, el problema adquiriría tales proporciones que, como recuerda Alva Orlandini (uno de los jueces firmantes de la sentencia bajo análisis), dos jueces que integraban el máximo tribunal serían denunciados por el dictado de la sentencia, indicándose como fundamento de infracción lo siguiente:

La manipulación de esta sentencia resulta asombrosa, ya que desnaturaliza el proceso de amparo toda vez que de los 47 considerandos, 43 son utilizados para esbozar una novísima ideología del Tribunal Constitucional en el que una facultad no otorgada por la Constitución y que no guardaba ninguna relación

22 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia Exp. N° 5854-2005-PA/TC ... op. cit., Fundamento 7.

23 Idem.,

24 Idem., Fundamento 35.

con la materia sub litis y la pretensión del señor Lizana Puelles a cuya causa sólo se hace referencia en 4 considerandos. Asimismo, se desconfigura su rol de guardián de la Constitución del Tribunal, para convertirlo en un ente que es simultáneamente normativo, intérprete y aplicador de la norma. Esto nos lleva a una evidente afectación al cuadro de valores materiales de la Constitución, por cuanto con una concepción ideológica como ésta se quiebra el principio de separación y equilibrio de poderes.²⁵

Más allá de los errores de los denunciados en una serie de puntos, lo importante es tener presente que, en aquella denuncia, se tocan puntos relevantes para el ejercicio a ser llevado a cabo por el Tribunal Constitucional al emitir “precedentes constitucionales”. Como bien indican los denunciados, resultaba cuestionable (o, al menos, representa un punto que debería aclarar dicho Tribunal Constitucional), ¿cómo puede aceptarse al mismo tiempo que un órgano sea creador, intérprete y aplicador de una norma? Pero aún más, también debería señalar los límites existentes en torno a la emisión de precedentes, pues el mismo no puede implicar un poder de reforma constitucional de facto. ¿Implica la capacidad normativa de un tribunal constitucional o corte suprema (mediante precedentes constitucionales) la emisión de normas constitucionales? Solo una respuesta afirmativa a esta interrogante podría fundamentar la modificación del artículo 142 y 181 de la Constitución del Perú, pues el sentido claro y expreso de aquellas disposiciones, no permiten campos de interpretación para sostener que los mismos se dan en base al texto vigente; es pues, más que una re-interpretación, una sustitución constitucional.

Todo esto obligado a que los otros poderes del Estado reaccionen frente a lo que consideran una auto-atribución de poderes, que hace que estos giren en torno a un solo órgano (como sería un tribunal constitucional). Por ello, se produjo la reacción del Parlamento peruano, el cual expresaría su desconfianza. Así, mediante

25 Alva Orlandini, Javier “El Principio de Supremacía Constitucional” En: Lex - Facultad de Derecho y Ciencia Política Vol. 9, N° 8. 2011. p. 115.

la Ley N° 28642²⁶ el Parlamento de este Estado modificó el artículo 5, numeral 8 del Código Procesal Constitucional. ¿Por qué el legislador se dirigió a regula los casos en los que no proceden procesos constitucionales? El numeral 8 indicaba:

No proceden los procesos constitucionales cuando:

8. Se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, salvo cuando no sean de naturaleza jurisdiccional **o cuando siendo jurisdiccionales violen la tutela procesal efectiva**. Tampoco procede contra las resoluciones de la Oficina Nacional de Procesos Electorales y del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil si pueden ser revisadas por el Jurado Nacional de Elecciones.²⁷ (Énfasis agregado)

Dado que esta provisión dejaba abierta la posibilidad de que el Tribunal Constitucional peruano concluyera (adecuada o inadecuadamente) que la norma fundamental permitía el control de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones; el Parlamento decidió modificar aquella provisión en los siguientes términos:

Artículo 5°. - No proceden los procesos constitucionales cuando: (...) 8) Se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones **en materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, bajo responsabilidad. Resoluciones en contrario, de cualquier autoridad, no surten efecto legal alguno**. La materia electoral comprende los temas previstos en las leyes electorales y aquellos que conoce el Jurado Nacional de Elecciones en instancia definitiva.²⁸ (Énfasis agregado)

Semejante desafío no fue pasado por alto por aquel máximo tribunal, el cual en su sentencia del caso Colegio de Abogados del

26 Ley N° 28642, Ley que Modifica el Artículo 5, Numeral 8) de la Ley N° 28237 - Código Procesal Constitucional. Publicado el 08 de diciembre de 2005.

27 Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional ... op. cit., Artículo 5, numeral 8. nota: 211.

28 Idem., Ley N° 28642.

Callao c. Congreso de la República,²⁹ declaró inconstitucional la modificación incluida en el artículo 5, numeral 8 del Código Procesal Constitucional. En su decisión, aquel máximo tribunal fue cauto y no calificó la acción del Parlamento y –por el contrario– argumentó, en la misma línea de su sentencia previa (donde estableció el precedente constitucional en cuestión), que su interpretación no solo se basaba en una lectura integral de la Constitución peruana, sino en los criterios adoptados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a temas específicamente electorales. Con ello, la interrelación de los “precedentes constitucionales”, el funcionamiento de otros “órganos autónomos”, el Parlamento y la justicia internacional surgían para generar un amplio debate.

Ahora bien, la aproximación cauta de aquel Tribunal Constitucional es dejada de lado –al menos, por un momento– en la sentencia adopta en el caso Chirinos.

Como recuerda Torres Zúñiga:

En concreto, el TC señala que los jueces tienen el deber de ejercer control difuso sobre normas que atenten contra la Constitución y (en este caso) indicó que de considerarse aplicable la referida ley, se debió tener presente que la procedencia de las demandas de amparo contra las resoluciones del JNE que violen derechos fundamentales deriva de una adecuada interpretación de la propia Constitución del Estado y que, por lo tanto, una interpretación contraria haría sucumbir "(...) el principio de supremacía constitucional, reinstitucionalizando el de soberanía parlamentaria, y negando, en consecuencia, los fundamentos mismos del Estado Constitucional.³⁰

Como bien apunta el Tribunal Constitucional peruano, el ejercicio efectuado por el Parlamento pone en cuestión la efectividad

29 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia Exp. N° 00007-2007-PI/TC ... op. cit.,

30 Tórres Zúñiga, Natalia “Amparo Electoral: Apuntes sobre la Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley 28642” En: La Justicia Constitucional en el 2007: Análisis de Casos Relevantes y Precedentes Vinculantes Justicia Viva. Instituto de Defensa Legal Lima, 2008. p. 43.

del sistema constitucional, cuyo más elemental criterio es el de control de constitucionalidad de las leyes. Sin embargo: ¿Quién controla a un tribunal constitucional o corte suprema cuando su labor pasa de jurisdiccional a normativo? Esta interrogante se encuentra envuelta en la paradoja de que, en ciertas sentencias de estos máximos tribunales, dichos órgano hasta cierto punto fun- gen de juez y parte.

Bibliografía

ALVA ORLANDINI, Javier "El Principio de Supremacía Consti- tucional" En: Lex - Facultad de Derecho y Ciencia Política Vol. 9, N° 8. 2011.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis Los Precedentes Vinculantes del Tri- bunal Constitucional 2da Ed. Gaceta Jurídica 2015.

FUENZALIDA, Sergio "La Jurisprudencia de la Corte Interameri- cana de Derechos Humanos como Fuente de Derecho. Una Revisión de la Doctrina del Examen de Convencionalidad" En: Revista de Derecho (Valdivia) Vol. 28, N° 1. 2015.

QUINTERO, Diana Cinco Preguntas a Robert Alexy Bogotá. 2005.

REPUBLICA DEL PERÚ

Legislación: Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Judicial. Pu- blicado en el Diario Oficial El Peruano el 20 de diciembre de 2007. Ley N° 28642, Ley que Modifica el Artículo 5, Numeral 8) de la Ley N° 28237 - Código Procesal Constitucional. Publicado el 08 de diciembre de 2005.

Jurisprudencia: Tribunal Constitucional del Perú Sentencia Exp. N° 2791-2005-PA/TC-LIMA del 10 de junio de 2005. Reso- lución de Aclaración Exp. N° 2791-2005-PA/TC del 20 de junio de 2005 – Sentencia Exp. 2616-2004-AC/TC del 12 de septiembre de 2005 – Sentencia Exp. N° 5854-2005-PA/ TC del 8 de noviembre de 2005 - Sentencia Exp. N° 00007- 2007-PI/TC (Colegio de Abogados del Callao c. Congreso de la República) del 19 de junio de 2007 - Sentencia Exp. N° 00001-2010-CC/TC-Lima del 12 de agosto de 2010

SAGÜÉS, N., "Obligaciones internacionales y control de conven- cionalidad" En: Estudios Constitucionales - Centro de Estu- dios Constitucionales de Chile – Talca. 2010.

TÓRRES ZÚÑIGA, Natalia "'Amparo Electoral: Apuntes sobre la Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley 28642" En: La Justicia Constitucional en el 2007: Análisis de Casos Relevantes y Precedentes Vinculantes Justicia Viva. Instituto de Defensa Legal Lima, 2008.

Acceso jurisdiccional a la justicia constitucional y convencional

Silvio Antonio Grijalva Silva¹

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN II. SISTEMAS DE CONTROL DE CONSTITUCIONAL. 1. Control de Constitucionalidad Difuso. 2. Control de Constitucionalidad Concentrado. 3. Sistema Mixto de Control de Constitucionalidad. III. MECANISMO DE CONTROL CONSTITUCIONAL DE NICARAGUA. 1. Recurso por Inconstitucionalidad de la Ley. 1.1 Objeto del recurso 1.2 Legitimación activa y pasiva 1.3 Procedimiento 1.4 Efecto de la sentencia 2. Recurso de Amparo. 2.1 Función y objeto 2.2 Naturaleza jurídica del Recurso de Amparo 2.3 Efectos de las sentencia 3. Recurso de Inconstitucionalidad en casos concretos a través del recurso de Amparo y casación. 4. Control Constitucional en caso concreto, conocido y resuelto por juez ordinario. 5. Recurso de Exhibición Personal. 6. Recurso de Habeas Data. 6.1 Objeto del recurso 6.2 Derechos protegidos 6.3 Órgano competente 6.4 Legitimación activa y pasiva 6.5 Efectos de las sentencia 7. Recurso de Conflicto de Competencia y Constitucionalidad entre los Poderes del Estado. 8. Control de Convencionalidad.

- 1 Secretario General, Profesor e Investigador del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua; profesor de Derecho procesal de la Universidad Americana (UAM). Máster en Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Centroamericana (UCA), Managua; Magister en Derecho y Desarrollo Humano desde la Perspectiva de Género, Instituto de Derecho Público de la Universidad Rey Juan Carlos, España y Especialista en Derecho Penal impartido por el CAJ/FIUSAID y la Universidad Jaime I de Castelló, España. Asesor de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de la República de Nicaragua.

I. Introducción

Conforme el arto. 6 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. 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 Cn., 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 Cn, 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 Cn “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 Cn; “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 Cn: Ningún cargo concede a quien lo ejerce, más funciones que las que le confiere la Constitución y la Leyes” y el artículo 1 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 aná-

lisis sobre el funcionamiento y regulación del control constitucional en Nicaragua.

II. 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, que 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.

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 sub-

jetivos 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. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD CONCENTRADO

El Sistema concentrado, es también 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 por que 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.

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.

III. 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 (Cn), 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: 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, aun 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.

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 por que 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.

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.

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).

1.3 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.

1.4 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.

2. RECURSO DE AMPARO

2.1. 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 Cn; 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.² 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 acude directamente ante el juez constitucional especializado. Si bien es cierto 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.

2 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.

2.2. *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 treinta días calendarios, que se contará 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) Que 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; y
6. Contra el proceso de formación de la ley, desde la introducción de la correspondiente iniciativa hasta la publicación del texto definitivo.

2.3. 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 (actos o actos reclamados es de carácter positivo) del recurrente 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.

3. 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 ratifica la inconstitucionalidad, en caso que la ratifique procederá a declarar su inaplicabilidad no solo en el caso concreto sino con efecto 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.

4. 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 5 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 ge-

nerales 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.

5. 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 ejecutor, 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)

6. 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, que es 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.

6.1. 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.

6.2. *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; y
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.

6.3. *Órgano competente*

El órgano competente para conocer y resolver del recurso de hábeas data es la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

6.4. *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. Entiénden-

dase cualquier persona, el 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.

6.5. 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 inter-partes y ordenara:

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.

7. 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 Cn), 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 conjuces para que conozcan y resuelvan dicho recurso. Veamos algunos casos que se han resuelto a través de este recurso:

7.1. 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.

7.2. *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 los 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.

7.3. *Conflicto entre los Poderes Legislativo vs. 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 fun-

cionarios 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.

8. 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 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 arto. 9 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 debi-

do 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 en Nicaragua si bien no existe arraigada en nuestros tribunales, cultura jurídica de ejercer el control de convencionalidad y dada la supremacía constitucional establecida en su Arto. 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 Arto. 46 Cn., de manera indirecta realizamos el control de convencionalidad. Así mismo 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 Belén Do Para.

Los derechos humanos, diversidad cultural y sistema interamericano

Henry Eyner Isaza¹

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN. II. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. III. EL CONTROL DE LA CONVENCIONALIDAD CONCENTRADO Y DIFUSO. IV. EL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD EJERCIDO POR EL PODER JUDICIAL DE PANAMÁ. V. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, MARGEN DE APRECIACIÓN Y CONCORDANCIA PRÁCTICA Y SU APLICACIÓN A LA DIVERSIDAD CULTURAL VI. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. Introducción

La constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha manifestado en primer lugar, con el otorgamiento de un determinado rango normativo en el derecho interno a los instrumentos internacionales, es decir, con la precisión,

- 1 Doctor en Ciencias Políticas y Derecho Constitucional, Magister en Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Chiriquí, Panamá, Magister en Administración de Instituciones de Justicia de la Universidad Santa María la Antigua, Panamá, Postgrado en Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de Chiriquí, Panamá, Postgrado en Docencia Superior de la Universidad del Istmo, Panamá, Especialización en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos, Universidad de Pisa, Italia, Diplomado en Derecho Administrativo y Probatorio de la Universidad Metropolitana de Educación, Ciencia y Tecnología, Miembro del Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal, Miembro de los Institutos Panamericanos e Iberoamericano de Derecho Procesal, Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional, Director del Centro de Estudios e Investigaciones jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chiriquí-Panamá, Profesor Universitario y Autor de Libros Jurídicos.

en las Constituciones, del valor que debe tener tanto la norma internacional como la del derecho interno en relación con los Derechos Humanos, determinando cual es la que debe prevalecer en caso de conflicto entre las mismas.

Una de las manifestaciones más claras sobre esta constitucionalización del Derecho internacional de los Derechos Humanos, lo constituye otorgar jerarquía constitucional a los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos o incorporar los tratados de derechos Humanos al Bloque de la Constitucionalidad, tendencia seguida por algunos países, entre ellos Panamá.

La Constitución Política de la República de Panamá, establece en sus artículos 4 y 17, lo siguiente:

Artículo 4: La República de Panamá acata las normas del Derecho Internacional.

Artículo 17: Las autoridades de la República de Panamá están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales dondequiera se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley.

Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los Derechos Fundamentales y la dignidad de la persona.

El artículo 4 de la Constitución Política de Panamá, establece que “La República de Panamá acata las normas del Derecho Internacional”, razón por la cual, nuestro país está obligado a acatar, respetar y cumplir los Tratados del Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos de los que Panamá es Estado parte.

Se incorpora con las reformas constitucionales del 2004, al artículo 17 de la Constitución Política de Panamá, la doble dimensión de los derechos fundamentales, reconociéndoles, por un lado, en virtud del artículo 54, La dimensión subjetiva, esto es como derecho de protección y defensa frente a los poderes públicos del Estado; pero también, en virtud del artículo 17, la dimensión objetiva con contenido y alcance que superan y exceden a la tradicional concepción de derechos subjetivos, es decir como una norma vinculante para el deber de protección, ello implica la tutela de

los derechos fundamentales no solo por violaciones de los poderes públicos, sino también, por violaciones de actos de particulares, reconocidos por la Constitución y la convención Americana de los Derechos Humanos.

En el Sistema Jurídico panameño existe la Doctrina del Bloque de constitucionalidad, al cual pueden referirse los juicios sobre la constitucionalidad de leyes ordinarias, decretos u otros actos de inferior jerarquía, sujetos al control judicial de Constitucionalidad.

En Panamá la Doctrina del bloque de constitucional se introdujo con el Fallo de 30 de Julio de 1990 (R.J: Julio 1990, p. 131) en el que se resuelve la consulta de inconstitucionalidad promovida por el Juez décimo del primer circuito judicial de Panamá, Ramo Civil, Contra el Artículo 1768 del Código Judicial. Magistrado Ponente, Carlos Lucas López.

Los distintos elementos que integran el bloque de constitucionalidad en Panamá, son enunciados también en el fallo del 30 de Julio de 1990, mediante la reproducción literal de un Artículo publicado en el periódico Panamá América, escrito por Ex magistrado Arturo Hoyos, precursor de esta doctrina en nuestro país, donde se establece que “Existe un conjunto normativo que integra, con la Constitución Política de Panamá, un bloque de constitucionalidad que sirve a la Corte como parámetro para emitir un juicio sobre la constitucionalidad de una norma jurídica o cualquier acto sujeto al control judicial de constitucionalidad”.²

Integran el bloque de constitucionalidad en nuestro país, los siguientes elementos:

1. La doctrina constitucional sentada en las sentencias de la Corte Suprema de justicia, siempre que sean compatibles con el Estado de Derecho y sin perjuicio de la potestad de la Corte de variar la doctrina cuando exista justificación suficiente para ello.
2. El reglamento de la Asamblea legislativa, con respecto a las normas que se refieren exclusivamente al ejercicio de la función legislativa de la asamblea.
3. La costumbre Constitucional, siempre que no contrarié el texto de la constitución.

2 Hoyos, Arturo. *El control judicial y el bloque de constitucional en Panamá*. Órgano Judicial, Panamá, 1991.

4. Las normas de la constitución derogada de 1946, con respecto a actos expedidos y que surtieron sus efectos durante la vigencia de la dicha constitución.
5. El estatuto de retorno inmediato a la plenitud del orden Constitucional.
6. Algunos Convenios Internacionales ratificados por la República de Panamá.

Con respeto al último elemento que conforma la Doctrina del Bloque de Constitucionalidad en Panamá, Convenios Ratificados por la República de Panamá, En el Fallo de 28 de Septiembre de 1990, que resuelve una acción constitucional de Habeas Corpus la Corte Suprema de Justicia destaca el Valor de la Convención Americana de Derechos Humanos como forma de protección de los derechos de los Ciudadanos. Es interesante resaltar que las garantías que se prevén en el Artículo 8 de la Convención Americana de los Derechos Humanos constituyen un mínimo de protección a la persona Humana.

Posteriormente, en Fallo de 8 de noviembre de 1990, que resuelve en apelación una Acción Constitucional de Amparo de Garantías Constitucionales promovido por Alex Askaazar Ahouri, la Corte expresamente establece que la Convención Americana de Derechos Humanos forma parte del Bloque de la Constitucionalidad. En esta sentencia fue ponente el Magistrado Arturo Hoyos.

Es conveniente resaltar que la Corte Suprema de Justicia ha dejado establecido que en Panamá existe un Bloque de Constitucionalidad. Este se integra por un conjunto de normas, la que, conjuntamente con la constitución formal, sirven a la corte para emitir juicio sobre la constitucionalidad de Leyes y otros actos de servidores públicos sujetos al control de la Constitucionalidad. En este sentido, el Pleno de la Corte Suprema entiende que el Artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos forma parte del Bloque de Constitucionalidad de la República de Panamá, ya que puede integrarse al mismo en virtud de lo dispuesto en el Artículo 4 de Constitución Nacional.

Finalmente, el pleno de la Corte Suprema de Justicia considera que ciertos Derechos, como el Derecho a un proceso Justo, son elementos fundamentales del Estado de Derecho que se reconstruye en la República de Panamá y, de conformidad con lo expuesto anteriormente, el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos se integra con el Artículo 32 de la Constitu-

ción Nacional para formar, entre ambos, el Bloque de las garantías constitucionales de un proceso justo en nuestro país.

En conclusión, luego del análisis de la jurisprudencia se expresado excepcionalmente, que ciertas normas de Derecho Internacional ratificadas por Panamá, pueden tener jerarquía constitucional si consagran Derechos Fundamentales que son esenciales para el Estado Constitucional de Derecho.

En ese mismo orden de ideas el autor Humberto Quiroga Lavié opina que “El bloque de Constitucionalidad se encuentra conformado por un conjunto de normas de igual jerarquía suprema pero no incluidas en un mismo cuerpo normativo. Según este autor a este cuerpo normativo deben sumársele los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos con rango constitucional en aquellas naciones que lo consagran expresamente”.³

II. Control de convencionalidad

A partir de mediados del siglo XX se pasó a hablar de la "Internacionalización" del derecho constitucional y más recientemente, en las dos últimas décadas, de la "Constitucionalización" del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Los Derechos Humanos vino a reconocer que, en el plano internacional propiamente dicho, los tratados de Derechos Humanos tienen una dimensión "Constitucional", no en sentido de su posición en la jerarquía de normas en el derecho interno de cada Estado, sino más bien en el sentido mucho más avanzado de que construyen, en el propio plano internacional, un orden jurídico constitucional de respeto a los Derechos Humanos.

La "Constitucionalización" de los tratados de derechos humanos, acompaña, así, con igual paso el control de su convencionalidad. Y este último puede ser ejercido por los jueces tanto nacionales como internacionales, dada la interacción entre los órdenes jurídicos internacional y nacional en el presente dominio de protección de Derechos Humanos. El Artículo 2 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, en virtud del cual los Estados Partes están obligados a armonizar su ordenamiento jurídico in-

3 Quiroga Lavié, Humberto. *Derecho Constitucional Argentino*. Rubinzal – Culzoni, Argentina, 2001.

terno con la normativa de protección de la Convención Americana de los Derechos Humanos, abre efectivamente la posibilidad de un "control de convencionalidad" con miras a determinar si los Estados Partes del Sistema Interamericano, han efectivamente cumplido o no la obligación general del artículo 2 de la Convención Americana, así como el artículo 1, numeral 1.

Para el profesor Víctor Bazán "la creciente trascendencia de la intersección del Derecho Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos exige un articulación de tal binomio de fuentes mediante su retroalimentación y complementariedad en aras de afianzamiento real y no sólo declamado del sistema de Derechos y Garantías. En tal escenario subyace la circunstancia que marca que la medular cuestión de los Derechos Humanos es una incumbencia concurrente o compartida entre las jurisdicciones estatales o internacional; esto es, que hace mucho tiempo ha dejado de ser una problemática exclusiva de los Estados. La Jurisdicción Interamericana ostenta una naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de aquella de los ordenamientos Nacionales".⁴

Para el especialista en Derechos Humanos, Ernesto Rey Cantor "El control de convencionalidad es un mecanismo de protección procesal que ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el evento en que el derecho interno (constitución, ley, actos administrativos, jurisprudencia, prácticas administrativas o judiciales, etc.) es incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros tratado-aplicables-, con el objeto de aplicar la Convención u otro tratado, mediante un examen de confrontación normativo (derechos interno con el tratado), en un caso concreto, dictando una sentencia judicial y ordenando la modificación, derogación, anulación o reforma de las normas o prácticas internas, según corresponda, protegiendo los derechos de la persona humana, con el objetivo de garantizar la supremacía de la Convención americana".⁵

4 Bazán, Víctor. Contextos es una publicación del Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, número 05, Primera Edición, 2013, pág. 8.

5 Rey Cantor, Ernesto. Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos, homenaje a Héctor Fix Zamudio, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México 2008, pág. 47.

Así las cosas, la doctrina ha clasificado el control de convencionalidad en dos; El control en sede Internacional implica que la Corte IDH tiene competencia cuando existe incompatibilidad normativa entre el ordenamiento jurídico interno de un país con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por otra parte, el control de convencionalidad aparece en sede Nacional cuando un juez no emplea el derecho interno y aplica la Convención u otro tratado que forme parte del sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, realizando un examen de confrontación normativo (derecho interno con el tratado) en un caso concreto y adoptando una decisión judicial de proteger los Derechos de la persona humana.

La terminología "Control de Convencionalidad" que significa una comparación entre el Pacto San José de Costa Rica y otras convenciones a las que los países se han plegado y las disposiciones del derecho interno de los Estados adheridos, fue mencionada por primera vez, en el caso *Myrna Mack Chang vs Guatemala*, en el año (2003), a través del voto razonado del Juez Sergio García Ramírez. Esto no quiere decir que sólo a partir del citado caso la Corte Interamericana de Derechos Humanos haya ejercido tal potestad, sino que desde siempre el cuerpo hace una comparación entre ambos esquemas, destacando por supuesto la prioridad de la regla supranacional; lo que en verdad ha sucedido es que a partir de ese momento se comienza a utilizar el término.

La doctrina del "control de convencionalidad" surge en el año 2006, en el Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que "El poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas 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, interprete última de la Convención Americana de los Derechos Humanos".⁶

En el caso *Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú* (2006), la Corte Interamericana estableció que "Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga

6 CORTE IDH. Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, Párrafo 124.

a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea merma-
do o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposi-
ciones, objeto y fin”.⁷

En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” fundamentado en los siguientes aspectos:

1. Procede de oficio sin necesidad que las partes lo soliciten; y
2. Debe ejercerse dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, considerando otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia.
3. Es complementario al “control de constitucionalidad”, de manera que se debe aplicar además del citado control al que están obligados los órganos del Poder Judicial por su propia legislación interna y;
4. Es de aplicación también en un eventual contexto de impedimentos normativos y prácticos, para asegurar un acceso real a la justicia y de una situación generalizada de ausencia de garantías e ineficacia de las instituciones judiciales.

Posteriormente la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010), aclara su doctrina sobre el “control de convencionalidad”, al sustituir las expresiones relativas al “Poder Judicial” que aparecían desde el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006), para ahora hacer referencia a que “todos sus órganos” de los Estados que han ratificado la Convención Americana, “incluidos sus jueces”, deben velar por el efecto útil del Pacto, y que “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles” están obligados a ejercer, de oficio, el “control de convencionalidad”.⁸

La intencionalidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es clara: definir que la doctrina del “control de convencionalidad” establece que cuando un Estado es parte de un Tratado Internacional como la Convención Americana sobre Derechos

7 CORTE IDH. Caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, Párrafo 128.

8 CORTE IDH. Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Párrafo 225.

Humanos, 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 americana de los Derechos Humanos, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos.

En el caso *Gelman vs Uruguay* (2011), se amplió el ejercicio del control de convencionalidad a todas las autoridades públicas, la Corte interamericana de los Derechos estableció lo siguiente “la sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial”.⁹

La Corte Interamericana de los Derechos Humanos en los Casos *López Mendoza vs Venezuela* (2011) y *Caso Atala Riffo y niñas vs Chile* (2012), Estableció “adecuación de las interpretaciones judiciales y administrativas y de las garantías judiciales a los principios establecidos en la jurisprudencia de la corte interamericana de los derechos humanos”.¹⁰

En ese mismo sentido, en el caso *Gudiel Álvarez y otros vs Guatemala* (2012), la Corte Interamericana de los Derechos Humanos determinó que “el Parámetro de Convencionalidad se

9 CORTE IDH. Caso *Gelman vs. Uruguay*, Párrafo 239.

10 CORTE IDH. Caso *López Mendoza vs. Venezuela*, Párrafo 226 y 227 y CORTE IDH. Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Párrafo 284.

extiende a otros tratados de Derechos Humanos del Sistema Interamericano".¹¹

Finalmente, en el Caso Liakat Ali Alibux vs Suriname (2014), la Corte Interamericana de los Derechos Humanos estableció que "la Convención Americana sobre Derechos Humanos no impone un determinado modelo de control de Convencionalidad".¹²

III. El control de la convencionalidad concentrado y difuso

El control de la convencionalidad tiene dos manifestaciones: una de carácter "concentrada" por parte de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en sede internacional; y otra de carácter "difusa" por los jueces nacionales, en sede interna.

1. CONTROL CONCENTRADO

La primera obedece a las facultades inherentes de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, al resolver los casos contenciosos sometidos a su consideración, en cuanto guardián e intérprete final de la Convención Americana de Derechos Humanos. Es en realidad un control "concentrado" de convencionalidad, al encomendarse a dicho órgano jurisdiccional la facultad exclusiva de "garantizar al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados" y "reparar las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración a la parte lesionada", todo lo cual, cuando "decida hubo violación de un derecho o libertad protegidos por la Convención Americana de los Derechos Humanos (art. 63), teniendo dicho fallo carácter "definitivo e inapelable" (art. 67) Convención Americana de los Derechos Humanos; por lo que los estados "se comprometen a cumplir con la decisión de la Corte en todo caso de que sean partes (art. 68.1) de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

El control de convencionalidad constituye la razón de ser de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos: realizar un control de compatibilidad entre el acto de violación (en sentido lato)

11 CORTE IDH. Caso Gudiel Álvarez y otros vs. Guatemala, Párrafo 330.

12 CORTE IDH. Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname, Párrafo 124.

y la Convención Americana de los Derechos Humanos (y sus protocolos adicionales). En caso de violación (sea por acción u omisión), la responsabilidad internacional recae sobre el Estado y no sobre alguno de sus órganos o poderes.

La consecuencia que se deriva del control de convencionalidad que realiza la Corte Interamericana de los Derechos Humanos es que dispone que en el caso en concreto se violó la convención, tal pronunciamiento es vinculante Artículos 62.3 y 68.1 del Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de los Derechos Humanos y el Estado tiene la obligación de adaptar y en su caso modificar el Derecho Interno, incluyendo la propia constitución como ha ocurrido en algunos casos ventilados en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

2. CONTROL DIFUSO

Una de las manifestaciones de este proceso de “Constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos” es, precisamente, la concepción difusa de convencionalidad que estamos analizando, ya que parte de la arraigada connotación del “control difuso de constitucionalidad” en contraposición con el “control concentrado” que se realiza en los Estados constitucionales por las altas “jurisdicciones constitucionales”, teniendo la última interpretación constitucional los Tribunales, Cortes o Salas Constitucionales o en algunos casos, las Cortes Supremas y otras altas jurisdicciones. En este sentido, el “control concentrado de convencionalidad” lo venía realizando la Corte Interamericana de los Derechos Humanos desde sus primeras sentencias, sometiendo a un examen de convencionalidad los actos y normas de los Estados en un caso particular.

Este “control concentrado” lo realizaba, fundamentalmente, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Ahora se ha transformado en un “control difuso de convencionalidad” al extender dicho “control” a todos los jueces nacionales como un deber de actuación en el ámbito interno, si bien conserva la Corte Interamericana de los Derechos Humanos su calidad de “intérprete última de la Convención Americana de los Derechos Humanos” cuando no se logre la eficaz tutela de los derechos humanos en el ámbito interno.

Los órganos del Poder Judicial de cada Estado Parte de la Convención Americana de los Derechos Humanos, deben conocer a

fondo y aplicar debidamente no sólo el Derecho Constitucional sino también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; deben ejercer ex officio el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana.

El Carácter “difuso” todos los jueces nacionales “deben” ejercerlo. Se trata, en realidad, de un “control difuso de convencionalidad”, debido a que debe ejercerse por todos los jueces nacionales. Existe, por consiguiente, una asimilación de conceptos del Derecho Constitucional, lo cual está presente desde el origen y desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, especialmente al crearse las “Garantías” y “Órganos” internacionales de protección de los derechos humanos.

Se advierte claramente una “internacionalización del Derecho Constitucional”, particularmente al trasladar las “garantías constitucionales” como instrumentos procesales para la tutela de los derechos fundamentales y salvaguarda de la “supremacía constitucional”, a las “garantías convencionales” como mecanismos jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales para la tutela de los derechos humanos previstos en los pactos internacionales cuando aquéllos no han sido suficientes, por lo que de alguna manera se configura también una “supremacía convencional”.

El jurista mexicano, Sergio García Ramírez aclara que “el “parámetro” de control de convencionalidad debería no limitarse a la Convención Interamericana de Derechos Humanos, sino a todo el corpus juris convencional de los Derechos Humanos de los que es parte el Estado”.¹³

En ese mismo orden de Ideas, el jurista brasileiro Antônio Augusto Cançado Trindade, agrega que “los jueces nacionales deben aplicar no sólo el derecho constitucional sino también el derecho internacional de los derechos humanos, ejerciendo ex officio el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante inte-

13 Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez. CORTE IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú.

racción para la protección de la persona humana, por tal razón, los recursos efectivos de derecho interno, a los cuales se refiere expresamente determinadas disposiciones de los tratados de derechos humanos, integran la propia protección internacional de los derechos humanos”.¹⁴

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 sobre Derechos Humanos sujetas a su competencia.

Dos razonamientos sobre el presente tema:

1. El ejercicio del control de convencionalidad cabe, tanto a los jueces nacionales como a los internacionales.
2. La obligación general del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos abre el camino para su "constitucionalización", o sea, la "constitucionalización" de una convención internacional.

Para el jurista y juez de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “los jueces nacionales se convierten en jueces interamericanos: en un primer y auténtico guardián de la Convención Americana, de sus Protocolos adicionales eventualmente de otros instrumentos internacionales) y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos que interpreta dicha normatividad”.¹⁵ Y si seguimos esta idea y la relacionamos con el control de constitucionalidad, los jueces panameños serán al mismo tiempo guardián de la Constitución Política y guardián de la Convención Americana de los Derechos Humanos, lo que implica una mejor protección y garantía de los Derechos Humanos.

- 14 Voto razonado del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade. CORTE IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú.
- 15 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coordinador). El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales. México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C. 2012.

IV. El control difuso de convencionalidad ejercido por el poder judicial de Panamá

Las anteriores características de la doctrina jurisprudencial del “control difuso de convencionalidad” aplican para el sistema jurisdiccional Panameño. Al haber firmado Panamá la carta de la Organización de Estados Americanos de 1948, ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el año 1978 y al haber aceptado la competencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en el año 1990, estas sentencias internacionales deben ser cumplidas y las mismas adquieren carácter “definitivo e inapelable”; sin que pueda invocarse ninguna disposición de derecho interno o criterio jurisprudencial como justificación para su incumplimiento, toda vez que los pactos internacionales obligan a los Estados partes y sus normas deben ser cumplidas, en términos de los artículos 26 y 27 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscrito también por el Estado de Panamá.

De esta manera, el “Control Difuso de Convencionalidad” implica que todos los jueces panameños y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, pertenecientes o no al Poder Judicial, con independencia de su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización, están obligados, de oficio, a realizar un ejercicio de compatibilidad entre los actos y normas nacionales con la Convención Americana de Derechos Humanos, sus Protocolos adicionales (y algunos otros instrumentos internacionales), así como con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos y sus opiniones consultivas, formándose un “Bloque de Convencionalidad”.

El Juez local, en su juicio de ponderación y atendiendo las circunstancias en cada caso, puede ampliar su capacidad interpretativa aplicando las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos donde el Estado ha sido parte. En este sentido, los jueces o tribunales que materialmente realicen actividades jurisdiccionales, sean de la competencia local o Nacional, necesariamente deben ejercer el “Control Difuso de Convencionalidad” para lograr interpretaciones conformes con el Corpus Juris Interamericano. En otras palabras, el control de convencionalidad se

debe realizar teniendo en cuenta las cláusulas de la Convención Americana de los Derechos Humanos, más las interpretaciones que de ello ha hecho la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en sus sentencias y opiniones consultivas.

En ese orden de ideas, el profesor Néstor Pedro Sagües, plantea que ya no se justifica que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Constitucional sigan siendo abordados de forma estática o separada. Por tal razón “Los papeles del Control de Convencionalidad, que guardan paralelismo con el Control de Constitucionalidad, son los siguientes”.¹⁶

- a. **Rol exclutorio.** En este ámbito, la Corte interamericana exige que los jueces nacionales inapliquen, por inconvenientes, es decir que reputen como carentes de efectos jurídicos, a las leyes y normas internas (con lo que caen también bajo este control, las cláusulas constitucionales), opuestas al pacto de San José de Costa Rica, o Convención Americana sobre los Derechos del Hombre, y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La doctrina discute si esta tarea debe realizarla todos los jueces, o solamente quienes están habilitados para efectivizar el control de constitucionalidad.
- b. **Rol Constructivo o positivo.** El control de Convencionalidad demanda aquí que los jueces nacionales apliquen el derecho local (incluido el Constitucional), en consonancia o de conformidad con el Pacto de San José de Costa Rica y la Jurisprudencia de la misma Corte. De hecho, tal función (que llamamos “constructiva”) del control de convencionalidad, es similar al papel, igualmente constructivo, que deben realizar los jueces en materia de control de constitucionalidad. Por lo demás esta tarea está a cargo de todos los jueces, aunque algunos no estén autorizados a realizar por sí mismo control exclutorio de constitucionalidad, puesto que no pueden hacer funcionar el Derecho interno o Domestico ignorando la Convención Americana de los Derechos Humanos y la referida jurisprudencia de la Corte Interamericana.

16 Sagües, Néstor Pedro. Dificultades operativas del “Control de Convencionalidad” en el sistema interamericano, artículo de doctrina publicado en La Ley, 2009-B, p1.

V. El control de convencionalidad, margen de apreciación y concordancia práctica y su aplicación a la diversidad cultural

La diversidad cultural es la Variedad de diferentes culturas, dentro de un grupo de personas o una Sociedad. El nuevo Código Procesal penal de Panamá el cual se implementó mediante Ley 63 del 28 de Agosto del 2008, regula la Diversidad Cultural en los Artículos 28 y 416, los cuales dicen textualmente lo siguiente.

Artículo 28: Las autoridades Judiciales y los tribunales llamados a pronunciarse en materia penal deben tomar en cuenta la Diversidad Cultural de los Intervinientes.

Artículo 416: En los casos de hechos punibles en que uno o más de los sujetos sea parte o provengan de una diversidad cultural, se debe ordenar una pericia para ambas partes para reconocer los valores que permitan valorar adecuadamente su responsabilidad penal.

Dentro de este Código Procesal Penal encontramos diseminados artículos que hacen referencia a la aplicación directa de los Tratados y Convenios de Derechos Humanos ratificados por Panamá al nuevo sistema Penal Acusatorio, entre los cuales tenemos.

Artículo 2: Legalidad procesal: nadie puede ser condenado a una pena o sometido a una medida de seguridad sin juicio previo dentro de un proceso tramitado con arreglo a las normas de la constitución política, de los tratados y convenios internacionales ratificados por la república de Panamá y de este código.

Artículo 14. Respeto a los Derechos Humanos: las partes en el proceso penal serán tratadas con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. Los derechos y garantías que consagra la constitución política, los tratados y convenios internacionales de derechos humanos y este código, deben entenderse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona.

A. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

La Corte Interamericana se ha pronunciado en el tema de la Diversidad Cultural aplicando el Control de Convencionalidad donde obliga al Estado condenado a adecuar su Derecho Interno a los

principios, lineamientos y estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, entre las Jurisprudencia que podemos citar son las siguientes:

- Caso Aloeboetoe vs Surinam: sentencia del 2003
- Caso Cayara vs Perú: sentencia del 2003
- Caso comunidad Mayagna Awas Tingni vs Nicaragua: sentencia 2000
- Caso Bamaca Velásquez vs Guatemala: sentencia 2000
- Caso Masacre Plan de Sánchez vs Guatemala: sentencia 2004
- Caso Yatama vs Nicaragua: sentencia 2005
- Caso de la comunidad Moiwana vs Surinam: sentencia 2006
- Caso comunidad Indígena yakye axa vs Paraguay: sentencia 2006
- Caso comunidad Indígena sawhoyamaxa vs Paraguay: sentencia 2006
- Caso Escue Zapata vs Colombia: sentencia 2007
- Caso del pueblo Saramaka vs Surinam: sentencia 2007
- Caso Tiu Tojin vs Guatemala: sentencia 2008
- Caso Rosendo Cantu y otras vs México: sentencia 2010
- Caso Chitay Nech y Otros vs Guatemala: sentencia 2010
- Caso Fernández ortega vs México: sentencia 2011
- Caso pueblo Indígena kichwa Sarayaku vs Ecuador: sentencia 2012
- Caso masacre de Rio Negro vs Guatemala: sentencia 2012
- Caso kuna de Madugandi y Embera de bayano y sus miembros vs Panamá: sentencia 2014
- Caso comunidad Garifuna Punta Piedra y sus miembros vs Honduras: sentencia 2015
- Caso Pueblo kaliña y Lokono vs Suriname: sentencia 2015

En la sentencia dictada contra el Estado de Panamá, KUNA DE MADUGANDI Y EMBERA DE BAYANO y sus miembros: se con-

denó a al Estado por violación a los siguientes Derechos y se aplicó Control de Convencionalidad.

1. Al derecho a la propiedad
2. Los procedimientos para acceder a la propiedad del territorio indígena
3. Protección frente a terceros
4. Obligación de respetar los derechos sin discriminación por origen étnico
5. Brindar protección igualitaria ante la ley
6. El deber de adecuar el derecho interno (control de convencionalidad), para ordenar al estado el establecimiento de un recurso adecuado y eficaz que tutele el derecho de los pueblos indígenas en panamá a reivindicar y acceder a sus territorios tradicionales, el respeto de los pueblos indígenas a aplicar sus normas consuetudinarias a través de sistemas de justicia.

B. MARGEN DE APRECIACIÓN

Esta Doctrina fue creada por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, en el caso *Handyside vs Gran Bretaña*, el margen de Apreciación es un instrumento de interpretación que le concede a los Tribunales de los Estados la posibilidad de aplicar los Derechos Consagrados a Nivel Internacional con una Interpretación Nacional.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha utilizado los límites de esta Doctrina para Justificar tratos desiguales a Favor de los Pueblos o Comunidades Indígenas por su Diversidad Cultural. El margen de apreciación está limitado por la Protección y el empoderamiento de los Grupos Sociales desfavorecidos.

En el caso *Herrera Ulloa vs Costa Rica*, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, debía determinar si la condena por difamación que sufre un periodista constituye una violación a la libertad de expresión protegida por la Convención Americana de los Derechos Humanos. En el análisis de la Corte interamericana de los Derechos Humanos y tal como lo ha reiterado en varias oportunidades, la libertad de expresión cumple un rol fundamental para el Estado Democrático. Así, el control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la res-

ponsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual debe existir un margen reducido a cualquier restricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés público. Por ello, las expresiones referidas a autoridades públicas – personas que ejercen funciones públicas – deben contar de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático. Tal “apertura” implica una reducción considerable sobre el margen de discrecionalidad estatal en la determinación de restricciones a la libertad de expresión.

C. LA CONCORDANCIA PRACTICA

Esta Doctrina fue creada por el Tribunal Constitucional Peruano, la cual se enfoca en toda aparente tensión, entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta “optimizando” su interpretación, es decir sin sacrificar ninguno de los Valores, Derecho o Principios.

Esta doctrina se da cuando hay tensiones entre Derechos Fundamentales donde se debe aplicar el principio de Proporcionalidad y ponderación de Derechos, el cual ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional Español, donde establece que no se trata de establecer jerarquías de Derechos ni prevalencias a Priori, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos Derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca.

La Corte Interamericana de los Derechos Humanos ha utilizado la doctrina de la concordancia Practica por ejemplo en el caso *Kimel vs Argentina*, la Corte señaló que la decisión de criminalizar la expresión de opiniones e informaciones "se debe analizar con especial cautela" por los Estados Partes, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales.

Quizás el ejemplo más claro de proporcionalidad se encuentra en la sentencia del caso *Castañeda Gutman vs. México*. La Corte Interamericana de los Derechos Humanos comprendía el contenido normativo de los derechos políticos asegurados por la Convención Americana de los Derechos Humanos. El Estado mexi-

cano había negado el registro de la candidatura independiente de Castañeda-Gutman para la presidencia de la Nación. Las reglas electorales en México exigen que los candidatos sean postulados por los partidos políticos, excluyendo a los independientes o las candidaturas ciudadanas.

VI. Conclusiones

1. La Constitucionalización del Derecho internacional de los Derechos Humanos, lo constituye otorgar jerarquía constitucional a los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos o incorporar los tratados de derechos Humanos al Bloque de la Constitucionalidad o incorporar los Tratados y Convenios en Materia de Derechos Humanos a través de la Implementación del Sistema Penal Acusatorio.

2. El Control de Convencionalidad Obliga a los Estados que forman parte del Sistema Interamericano a Adecuar su derecho Interno a los principios, lineamientos y estándares fijados por la Corte Interamericana a través de su Jurisprudencia y Opiniones Consultivas.

3. El Control de Convencionalidad obliga a las Autoridades Públicas, es decir al Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y especialmente al Poder Judicial a aplicar los Precedentes jurisprudenciales fijados por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

4. La Diversidad Cultural como principio Rector del Nuevo Sistema Penal Acusatorio en Panamá, debe ser analizada desde el contexto de Los Derechos Humanos, aplicando las Doctrinas del llamado Control de Convencionalidad, Margen de Apreciación y Concordancia Practica.

5. La doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el Control de Convencionalidad plantea tres interrogantes para los Estados que hacen parte del Sistema Interamericano, sobre la determinación del parámetro de control para enjuiciar la norma nacional, sobre el estándar de protección y sobre el órgano llamado a ejercer el control.

6. El desafío del Control de Convencionalidad es que los Estados que hacen parte del Sistema Interamericano, en su derecho interno deben ir avanzando hacia la aplicación directa de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Ju-

risprudencia y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

Bibliografía

- BAZÁN, Víctor. Contextos es una publicación del Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, número 05, Primera Edición, 2013, pág. 8.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coordinador). El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales. México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C. 2012
- HOYOS, Arturo. El control judicial y el bloque de constitucional en Panamá. Órgano Judicial, Panamá, 1991.
- QUIROGA LAVIÉ, Humberto. Derecho Constitucional Argentino. Rubinzal – Culzoni, Argentina, 2001.
- REY CANTOR, Ernesto. Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos, Editorial Porrúa, México, pág. XLVII.
- SAGÜES, Néstor Pedro. Dificultades operativas del “Control de Convencionalidad” en el sistema interamericano, artículo de doctrina publicado en La Ley, 2009-B, p1.
- Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez. Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú.
- Voto razonado del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade. Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú.
- Jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano vs. Chile, Párrafo 124.
- Jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, Párrafo 128.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Párrafo 225.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Caso Gelman vs. Uruguay, Párrafo 239.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Caso López Mendoza vs. Venezuela, Párrafo 226 y 227.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Párrafo 284.

Convención Americana de Derechos Humanos de 1969.

Constitución Política de la República de Panamá de 1972.

El libro recoge la investigación regional sobre el *Estado de Derecho Constitucional y Convencional*, realizada por un grupo de académicos e investigadores consagrados de Argentina, Colombia, República Dominicana, España, México, Nicaragua, Panamá y Perú. La investigación, como se expresa en el Prólogo, se centra, por un lado, en dejar al descubierto los enormes desafíos que las democracias de nuestros países enfrentan para la tutela y protección efectiva de los derechos humanos en el marco del llamado Estado Constitucional y Convencional de Derecho, donde la dignidad humana se ha constituido en un principio que atraviesa todo el sistema interamericano y constituye un parámetro regulador y equilibrador de sus decisiones; y, por otro, en procurar encontrar respuestas, al menos parcialmente, a dichos desafíos y muchos otros interrogantes que se plantean en la realidad jurídica de hoy, y que enfrentan conceptos profundos de teoría constitucional, de teoría procesal constitucional, de teoría del poder constituyente, y de teoría de la democracia y de los derechos fundamentales.



9 789992 142137 6

