LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN IBEROAMÉRICA

VICTOR OROZCO SOLANO
SERGIO J. CUAREZMA TERÁN
DIRECTORES

INEJ
Fundado en 1995
24 AÑOS INEJ 1995-2019
Maestría Justicia Constitucional UCR

La justicia constitucional en Iberoamérica

Directores

Víctor E. Orozco Solano
Sergio J. Cuarezma Terán

Coordinadores

Nicaragua
Diego Cuarezma Zapata
Asistente de investigación
Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua

Costa Rica
Marvin Carvajal Pérez
Profesor de la Cátedra de Derecho Constitucional
Universidad de Costa Rica

Sebastián Umaña
Asistente de Cátedra de Derecho Constitucional
Universidad de Costa Rica, sede de Occidente

INEJ | 1995

Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ)

Consejo Académico y Administrativo

Rector
Mario A. Houed Vega (Costa Rica)

Vicerrector General
Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)

Secretario General
Silvio A. Grijalva Silva (Nicaragua)

Vicerrector Académico
Darvyn I. Centeno Mayorga (Nicaragua)

Vicerrector de Investigación
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)

Vicerrector Administrativo Financiero
Sergio J. Cuarezma Zapata (Nicaragua)

Equipo editorial

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

ISBN: 978-99924-21-44-4

Todos los derechos reservados conforme a la Ley
© INEJ, 2020

El INEJ, Nicaragua, 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: diplomado, posgrado, especialización, maestría y doctorado. 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.

Sitio web: www.inej.net
E-mail: info@inej.net

El contenido de la presente publicación es responsabilidad exclusiva de los autores, y en ningún caso debe considerarse que refleja la opinión de la Universidad de Costa Rica y su Programa de Maestría en Justicia Constitucional, y del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua.

Impreso en Nicaragua

CONTENIDO

Capítulo I.
Aproximación a la justicia constitucional contemporánea 7
1.- El control del orden jurídico internacional al orden jurídico nacional. Reflexiones sobre un tema contemporáneo: las normas constitucionales inconvencionales,
Gerardo Eto Cruz (Perú). 9

2.- El desarrollo democrático costarricense a la luz del neoconstitucionalismo,
Maikol Andrade Fernández (Costa Rica)..... 69

3.- Tendencias actuales y alcances procesales en Derechos Humanos,
Luis Andrés Cucarella Galiana (España) 99

4.- La cláusula abierta o de derechos implícitos del segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución Panameña como mecanismo para la protección de los Derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Iris Díaz Cedeño (Panamá) 137

Capítulo II.
El control de constitucionalidad como competencia esencial de la justicia constitucional..... 163
1.- Control político vertical, Jacob Carrera Spooner (Panamá). 165

2.- Control de constitucionalidad: divergencias y puntos de encuentro en los ordenamientos costarricense y francés,
Ingrid Hess Herrera (Costa Rica). 181

3.- La consulta legislativa previa de constitucionalidad y la competencia de la Comisión Permanente Especial de consultas de constitucionalidad en la Asamblea Legislativa de Costa Rica,
Jorge Córdoba Ortega (Costa Rica)..... 201

4.- Derechos humanos: garantía en función del modelo de Estado,
Edwin Castro Rivera y Sergio Cuarezma Terán (Nicaragua) 243

Capítulo III.
La jurisdicción constitucional de la libertad 267
1.- Algunas reflexiones sobre el recurso de amparo, y el recurso de habeas corpus, en el contexto constitucional latinoamericano y europeo,
Jesús Naveja Masías (México)..... 269

2.- Algunas reflexiones sobre el recurso de amparo: el caso de Costa Rica,
Víctor E. Orozco Solano (Costa Rica)..... 303

Capítulo IV.
Elementos del debido proceso en la justicia constitucional 321
1.- El debido proceso en el sistema interamericano de protección de los Derechos humanos,
Luis Alberto Canales Cortés (Costa Rica) 323
2.- Proceso penal y Constitución,
Claudio Aníbal Medrano Mejía (República Dominicana) 347

Capítulo I
Aproximación a la justicia constitucional contemporánea

El control del orden jurídico internacional al orden jurídico nacional. Reflexiones sobre un tema contemporáneo: las normas constitucionales inconvencionales[1]

Gerardo Eto Cruz

Sumario. 1. Exordio. PRIMERA PARTE. 2. Los ámbitos de competencia del Derecho Internacional Público 2.1. Los grandes temas pacíficos del Derecho Internacional Público 2.2. Los temas pacíficos con dinámicas conflictivas en el Derecho Internacional Público 2.3 Las zonas conflictivas del Derecho Internacional Público. SEGUNDA PARTE. 3. El control de convencionalidad frente a las normas constitucionales 3.1. Introducción 3.2. ¿Puede un organismo supranacional ejercer un control del ejercicio soberano de un poder constituyente? 3.2.1. Una revisión breve de la teoría clásica del poder constituyente 3.2.2. La naturaleza soberana o limitada del poder constituyente 3.3. Bloque de constitucionalidad vs. bloque de convencionalidad 3.4. El control concentrado y control difuso de convencionalidad frente a normas constitucionales. TERCERA PARTE. 4. El control de

1 Ponencia presentada al *XIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, "Trayectoria y porvenir del constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a la Constitución de Querétaro en su centenario", organizado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (IIDC) y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, entre otros, a realizarse en el Palacio de la Minería, Ciudad de México, del 1 al 3 de febrero de 2017.

convencionalidad de las normas constitucionales en la jurisprudencia de la Corte IDH 4.1. Caso Olmedo Bustos vs. Chile (caso Última Tentación de Cristo) 4.2. Caso Boyce y otros vs. Barbados 4.3. Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago 4.4. Caso Yatama vs. Nicaragua 4.5. Caso Zambrano Vélez vs. Ecuador 4.6. Caso Castañeda Gutman vs. México 4.7. Caso Radilla Pacheco vs. México 5. Epílogo

1. Exordio

Uno de los desafíos que viene afrontando los ordenamientos jurídicos nacionales; o más propiamente dicho, los ordenamientos constitucionales de cada país, es su marco de ubicación y su relación con el orden jurídico internacional y que aquí, para fines prácticos, llamaremos Derecho Internacional Público (DIP).

Como es sabido, a partir de la Segunda Guerra Mundial, lo que había sido el esbozo de una organización internacional de los Estados en el período de entreguerras a partir de la sociedad de Naciones,[2] se estructura luego como las Naciones Unidas (ONU), entidad que hoy agrupa a nivel planetario a los Estados contemporáneos,[3] y que sólo la FIFA parece superarlo con su ordenamiento autárquico en el fútbol.

Originalmente, Boris Mirkine-Güetzévith había planteado el problema de las relaciones entre el Derecho Internacional Público y el Derecho interno, bajo el siguiente esquema:

2 VERDROSS, Alfred: *Derecho Internacional Público*, traducción directa de Antonio Truyol y Serra, 5ª edición, Aguilar, Madrid, 1964, pp. 68-69; 118-119; 481 y ss.

3 ROUSSEAU, Charles: *Derecho Internacional Público*, Ariel, Barcelona, 1966.

a) Paralelismo: reconocimiento de la coexistencia de dos órdenes jurídicos independientes.
b) Internacionalismo: reconocimiento de la primacía del Derecho internacional.
c) Nacionalismo constitucional: reconocimiento de la primacía del Derecho interno.[4]

Actualmente, el problema de la recepción del Derecho internacional por los ordenamientos jurídicos nacionales o internos se ha decantado en dos grandes teorías y que si bien tienen algunas variantes, mantienen vigor en casi todos los ordenamientos estatales.

a) La *doctrina dualista*: expresada en los exponentes como Triepel en Alemania y Anzilotti en Italia, expresan lo que Mirkine-Güetzévitch lo identifica como el "*paralelismo*" y cuyas notas características merecen hoy recordarlas:
   - Que el Derecho Internacional Público (DIP) y el Derecho interno son dos ordenamientos jurídicos distintos y separados expresado tanto en el proceso de formación, de su contenido material y de la fuente de su creación.
   - Por sus consecuencias prácticas, el DIP no puede ser invocado como "obligatoria" a un orden interno de un Estado.
   - Sus destinatarios son los Estados que han dado su consentimiento.
   - A nivel de los ordenamientos internos, para que se pueda aplicar una norma externa o heteróno-

4 MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris: *Derecho Constitucional Internacional*, traducción de Luis Legaz y Lecambra, Reus (la edición original apareció en francés en 1933); antecede un prólogo de 1936 del profesor Nicolás Pérez Serrano, y un penetrante Estudio Preliminar de Gabriel Guillén Kulle; Madrid, 2009, p. 3.

ma, debe ser transformada en norma interna a través de un procedimiento legislativo de ratificación.

- Por otro lado, en la medida en que el Tratado se incorpora y transforma en orden interno, la norma posterior puede derogar o modificar la norma anterior.
- El Tratado, al tener una doble naturaleza de norma interna y a la vez de un tratado, resulta tener en el sistema de fuentes una estructura jerárquica por encima del orden interno.[5]
- Llegado un conflicto, el juez debe prevalecer la norma internacional, antes que la nacional.[6]

b) La *teoría monista*: cuyos máximos representantes son Kelsen[7] con la concepción normativista y la escuela sociológica de Scelle. Para esta teoría, la postura de Mirkine-Guetzévitch y que él mismo reconoce, "[el internacionalismo y el nacionalismo constitucional] responden a la concepción monista".[8]

Las líneas más características de esta escuela son, entre otras, las siguientes:

- El DIP y el derecho interno constituyen un solo sistema normativo.

5 MOYANO BONILLA, César: *La interpretación de los tratados internacionales*, MBA, Montevideo, 1985, pp. 162 y ss.

6 DÍEZ VELASCO, Manuel: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, décimo sexta edición, Tecnos, Madrid, 2007, pp. 242-243.

7 KELSEN, Hans; *Teoría Pura del Derecho*, traducción del alemán por Fernando Aren, Natalia Dassier y Silvina Rotemberg, Edit. Colihue, Buenos Aires, 2011, pp. 352 y ss.

8 MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris: op. cit., p. 121 y ss.

- En la postura kelseniana, bien sea una fuente externa o una que dimane de un Estado, existe una unidad en el ordenamiento jurídico. Lo importante es que su producción ostenta la validez a partir de una estructura jerárquica del orden jurídico.
- Si bien hay un punto de quiebre en saber si la *norma fundamental* es la *norma internacional* o la *norma interna*. A criterio de Kelsen, la *norma fundamental* es la *norma internacional*, es la que proviene del DIP.
- El Derecho interno es acaso una derivación del Derecho Internacional Público por lo que el orden internacional es el que va a reconocer la juridicidad y la obligatoriedad del derecho interno
- La competencia doméstica o interna está formada por los asuntos que "el Derecho Internacional deje a la competencia exclusiva del Estado" (artículo 15.8 del Pacto de la Sociedad de Naciones).
- El monismo constituye una posición que ostente más coherencia como concepción misma del derecho: un Estado no puede desconocer internamente las normas que ha generado externamente.[9]

Actualmente, estas posturas, si bien siguen teniendo vigor, el escenario que ha deparado la posmodernidad resulta ser sorprendentemente más complejo, dado que a nivel del DIP se viene produciendo una "*fragmentación*" del ordenamiento a través de *subsistemas* distintos y poco coordinados.

9 DÍEZ VELASCO, Manuel: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, op. cit., p. 243.

Aparte de este fenómeno, se habla también de un "*pluralismo jurídico*" (cualquier ordenamiento jurídico debe respetar la identidad de los demás ordenamientos), o de órdenes jurídicos que organizan su coexistencia a través de contralímites o de "derecho contrapuntual".[10] Y así terminamos en esta era contemporánea con una suerte de "*globalización jurídica*" donde distintos ordenamientos establecidos mediante textos fundacionales que comparten a todos o a un grupo de miembros de otros sistemas y cada uno parece evolucionar siguiendo su propio ritmo.[11]

Hablar de una confrontación entre el DIP y el Derecho Público interno supone una línea de una larga lista de problemas que se han venido gestando desde los inicios mismos de la organización de las Naciones Unidas. Y no sólo tenemos el problema genético de las clásicas teorías monista y dualista respecto al problema de las normas; sino que los tiempos actuales son de una multiplicación de conflictos que vienen desde una perspectiva transversal desde una concepción *multicultural*: éxodo mismo de ciudadanos del oriente frente a occidente (caso de Siria); las guerras en sus diversas

10 "Para que el derecho contrapuntual sea viable es necesario crear un conjunto de reglas que sean compartidas por los diferentes ordenamientos jurídicos a la hora de proponer y aplicar sus distintas pretensiones de autoridad. Este conjunto de principios permite a los distintos ordenamientos jurídicos, ajustarse a las pretensiones de los otros y prevenir la posibilidad de conflictos". Vid. a POIARES MADURO, Miguel: "Las formas del poder constitucional de la Unión Europea", en *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Época, N.º 119, enero-marzo 2003, pp. 11-51; específicamente, p. 28 y ss.

11 GORDILLO PÉREZ, Luis Ignacio: *Constitución y ordenamientos supranacionales*, antecede prólogo de Pablo Pérez Tremps, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, pp. 22-24.

tipologías: conflicto bélico, conflicto armado de baja intensidad, guerra interna, genocidio, luchas tribales, terrorismo en sus diversas tipologías; a ello se suma el complejo *pluralismo jurídico*, la creación de *jurisdicciones supranacionales*, que genera en los últimos tiempos un diálogo *trans-jurisdiccional*; la cartografía de ejes temáticos es larga y obedece a un mundo ancho y ajeno.

En el plano más estrictamente jurídico, los escenarios son otros: como veremos luego, lo importante es que en toda esa compleja realidad planetaria, hoy muchos de los problemas vienen siendo solucionados a partir de criterios jurisdiccionales, más que políticos.

En el plano político se aprecia que las resoluciones de la ONU son de eficacia relativa.

PRIMERA PARTE

2. Los ámbitos de competencia del Derecho Internacional Público

2.1 LOS GRANDES TEMAS PACÍFICOS DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Un breve recorrido del repertorio de las competencias del Derecho Internacional Público se ubica básicamente en temas que, no obstante su indiscutible complejidad, están en la orilla de sus competencias cotidianas; y por tanto, resultan ser casos no conflictivos, como son, sólo enunciativamente:

a) el tema de los *tratados* con todo lo que ello supone: negociación, consentimiento, entrada en vigor, su interpretación en el marco de la dinámica de su vigencia;

b) el tema de la *costumbre* es otro eje que, como práctica seguida por sujetos internacionales y que por lo general es aceptada por ellos, como derecho con efectos por tanto jurídicos, es otro tema competencial del DIP;

c) igualmente, existen diversos ámbitos como las *zonas de las competencias de los Estados* respecto al territorio terrestre y el espacio aéreo, su régimen de navegación internacional, los *Estados archipiélagos*, entre otros; en esta misma línea se encuentran con cierta dinámica potencialmente conflictiva el régimen jurídico de los espacios marinos, sobre todo la *plataforma continental*, la llamada *"zona económica exclusiva"*, y los *Estados sin litoral*;

d) otro ámbito pacífico es el tema de la *nacionalidad* y la *extranjería*, pero que, en los últimos tiempos, este tema ha presentado inusitadas formas de dinámica conflictiva; a partir de los problemas que ocurren en diversos Estados islámicos.

e) igualmente, se ubican en esta área el tema de la *cooperación internacional*, el tema del *derecho internacional económico* a partir de la llamada hoy *"mundialización de la economía"*, así como la *promoción del desarrollo*; en esta línea temática se ubica también el *comercio internacional* y la *protección internacional del medio ambiente*, eje temático que en su dinámica deviene en conflictiva en algunas zonas; sobre todo cuando se trata de los experimentos nucleares (caso Corea del Norte).

Existen otros temas pacíficos propios de la ONU como es la responsabilidad internacional juzgada de un hecho internacionalmente ilícito, donde se genera el tema de las reparaciones; en esta misma línea se ubica la responsabilidad internacional de sujetos distintos a

los Estados, eje temático que sí tiene una complejidad y lo ubicamos en las zonas conflictivas.[12]

2.2 Los temas pacíficos con dinámicas conflictivas en el Derecho Internacional Público

Existen en líneas generales, distintos ámbitos de competencia en donde el quehacer del Derecho Internacional Público se presentan con una dinámica conflictiva. Por lo pronto, se debe recordar que en la sociedad internacional no existe un órgano normativo que pueda homologarse a un Poder Legislativo de un Estado soberano. Hoy la ONU a través de su órgano plenario y deliberante que es la Asamblea General expide ingentes resoluciones que involucran las conductas y comportamientos de los Estados. "Estas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas no son per se obligatorias para los Estados miembros".[13] De allí que la ausencia de una coercitividad del Derecho Internacional Público lleve muchas veces en tornarse muchos temas ciertamente conflictivos.

Entre los temas pacíficos con dinámica conflictiva encontramos en el escenario internacional:

a) El *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*: Si bien todos estos derechos se encuentran pacífica-

12 Una visión integral de esta problemática puede verse en diversos autores; por citar, a ROUSSEAU, Charles: *Derecho Internacional Público*, cit. ACCIOLY, Hildebrando: *Tratado de Derecho Internacional Público*, 3 volúmenes, Imprenta Nacional, Río de Janeiro, 1946, en especial, T. II; DÍEZ DE VELASCO, Manuel: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, op. cit.

13 PASTOR RIDRUEJO, José A.: *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 15ª edición, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 23-24.

mente delineados en un complejo universo de Declaraciones, Pactos, Tratados en materia de derechos humanos; muchas veces en el interior de cada Estado soberano, su practicabilidad no se condice con lo que enuncia y protegen todo este "bloque de convencionalidad". De allí las colisiones normativas entre el ordenamiento interno de un Estado, frente al ordenamiento internacional de los derechos humanos. Este tema es materia del presente trabajo, y que abordará el control convencional de las normas constitucionales.

b) El *Derecho Internacional Humanitario*: Lo pacífico en este caso es que el *ius in bellum* puede estar regulado en las diversas Convenciones de Ginebra más sus Protocolos; con todo este tema más que una dinámica conflictiva, constituye todo un "terreno comanche" totalmente conflictivo y que lo enunciamos en un tercer sector.

c) El derecho de asilo como institución protectora de tutelar la libertad de las personas, así como el tema de los refugiados que hoy, por ejemplo, asola a Siria con los conflictos del fundamentalismo de ISIS, es otro de los grandes temas de una innegable dinámica conflictiva, sobre todo porque lo contingencial aunque de carácter previsible de este tipo de fenómenos, quedan muchas veces las instituciones del Derecho Internacional Público como simple declaración lírica, debiéndose dar soluciones parciales, significando en costo de muchas vidas perdidas, ello sobre todo en el caso de los refugiados que hoy conmocionan los éxodos masivos de miles de sirios que atraviesan sus fronteras y por mar logran llegar a tierras europeas. Estos temas, hoy, forman el oscuro escenario inusitado de la posmodernidad y de la historia actual.

2.3 LAS ZONAS CONFLICTIVAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Como ha señalado José Pastor:

"En el plano de la prevención y sanción de las violaciones, la situación institucional de la sociedad internacional no es mejor. Es verdad que en las Naciones Unidas existe el Consejo de Seguridad, al que la Carta de la Organización confiere la responsabilidad primordial en el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales y cuyas decisiones en este campo son obligatorias para los Estados miembros. Pero el requisito de la unanimidad entre los miembros permanentes del Consejo, que es una exigencia política para la pervivencia de la Organización, y el hecho de que la gran mayoría de los quebrantamientos de la paz o amenazas a la misma afecten siempre de una u otra manera a aquellos miembros –las superpotencias y las grandes potencias– impidieron hasta 1990 que el órgano en cuestión cumpliese mínimamente sus funciones de gendarme de la sociedad internacional y adoptase medidas eficaces de prevención y sanción de los actos de fuerza desencadenados en violación de los principios de la Carta".[14]

En el marco de esta propia situación y naturaleza, es que en el ajedrez geopolítico internacional, hoy en pleno *Tercer Millenium* existen complejas manifestaciones de temas que si bien involucran a los Estados independientes, son parte competencial de solucionarlo el Derecho Internacional Público. Con todo, aquí sólo enunciamos los grandes temas–males del mundo actual:

a) Los *conflictos armados*. Desde los albores de la humanidad, ha estado presente la naturaleza con-

14 PASTOR RIDRUEJO, José A.: *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, op. cit., pp. 24-25.

flictiva del hombre que impulsó por la fuerza sus pretensiones,[15] y hoy el Derecho Internacional Público ha regulado las normas aplicables en los tiempos de guerra (Derecho de Guerra).

Si bien existe ríos de tinta en torno a uno de los grandes males de la humanidad como es la guerra y al margen de su actitud y calificación axiológica, y aun cuando ello se encuentra normado en sendas declaraciones de Ginebra, es y acaso será una de las zonas y áreas más convulsionadas por su propio espíritu conflictivo que anida entre los sujetos en contienda bélica.

Pero dentro de este complejo campo de Agramante, se producen diversas formas de violencia política y que son, en líneas generales:

b) Los *conflictos armados no internacionales*, como ha sido el caso de Colombia que el día 26 de septiembre de 2016, después de 52 años de conflicto armado interno, recién se ha forjado en términos de un acuerdo definitivo, el fin de un largo conflicto que ha signi-

15 Las atrocidades más terribles a lo largo de la historia lo precisa White en estos guarismos:

"*Los cien multicidios más mortíferos*: 455 millones de muertos en total, lo que viene a ser algo así como 725.000 personas muertas por cada página de este libro, o unos 2.000 muertos por palabra. *Guerras*: 315 millones, en los que se incluyen 49 millones de soldados y 266 millones de civiles. De promedio, 85 por 100 de las personas muertas en las guerras han sido civiles. *Opresión institucional*: 141 millones. *Multicidios ideológicos*: 142 millones. *Religión*: 47 millones. Comunismo: 67 millones. *Guerras civiles entre rojos y blancos*: 26 millones.

Conflictos de ideologías diversas: 2 millones. *Multicidios étnicos*: 74 millones. *Económicos*: 154 millones" [WHITE, Matthew: *El libro negro de la humanidad. Crónica de las grandes atrocidades de la historia*, Crítica, Barcelona, 2012, p. 784].

ficado miles de muertos entre civiles, guerrilleros, militares y paramilitares. Este tema es un ejemplo de las grandes zonas conflictivas en el ámbito de la impotencia del Derecho Internacional Público.

c) Los *conflictos de baja intensidad* que igualmente constituye el enfrentamiento entre fuerzas regulares del Ejército y grupos insurgentes, muy propios de diversos países de América Latina. Sus orígenes si bien se ubican en la guerra de Vietnam, hoy casi son nulos este tipo de manifestaciones de violencia entre el Estado y grupos civiles armados.

d) *Guerrillas*, es otra tipología que envuelve los conflictos internos en la cual existe enfrentamiento entre las fuerzas regulares de un Estado con grupos insurgentes. Estos movimientos armados se desencadenaron en el marco de la *Guerra Fría*. Subyace una vieja ideología de la izquierda revolucionaria. Hoy virtualmente no existe estos movimientos muy propios de América Latina.

e) *Terrorismo*, si bien aquí sólo se enuncian las manifestaciones de la violencia política que envuelve el mundo actual; en el caso del terrorismo, bien se puede identificar en estricto sentido y que es el que provienen de grupos por lo general con cierta base ideológica que desencadena con sus actos terror. Existe también un *terrorismo de Estado* que constituye una contra-reacción de fuerza paramilitar, que igualmente utiliza métodos proscritos por la ley con miras a liquidar a los grupos terroristas, aquí juega un rol vital la vieja "concepción" de la *Doctrina de seguridad del Estado*.[16] El escenario post-11 de se-

16 Sobre lo que ocurrió, por ejemplo, en el Perú, puede verse nuestro trabajo ETO CRUZ, Gerardo: *La justicia militar en el Perú*, Nuevo Norte, Trujillo, 2000, pp. 55-64.

tiembre ha cambiado radicalmente la forma de ver y racionalizar cognitivamente este complejo fenómeno; dado que desde las orillas de un fundamentalismo religioso, el Derecho Internacional Público se encuentra imposibilitado de ver y enfrentar este tipo de situaciones. Lo propio, los destapes de las *cárceles negras* como son los presos de Guantánamo, el Derecho Internacional Público se ve en imposibilidad de afirmar mínimamente el Derecho Internacional Humanitario.

f) Otro de los temas es la *esclavitud*, la *trata de seres humanos* y la *lucha contra el tráfico de drogas*. Constituye uno de los temas que genera no sólo importantes problemas en el ámbito del Derecho Internacional Público, pues si bien existen sendas declaraciones a nivel de la ONU contra este tipo de prácticas odiosas, se generan daños contra la vida, la libertad, la dignidad de la persona y contra la salud pública.

Grosso modo, he aquí un brevísimo mapeo del escenario de lo que ocurre en el ámbito del control internacional a nivel de los ordenamientos internos de los Estados y su naturaleza conflictiva o no.

Pero, en el marco de este complejo horizonte de escenarios contradictorios, de resoluciones de la ONU muchas veces incumplidas por los Estados partes, se presenta un sector que merece especial relevancia: el rol de las *jurisdicciones supranacionales* que, al decir de Luis Ignacio Gordillo, "vienen desarrollando a través de un diálogo constructivo y complejo esfuerzos para, al menos, mantener la convivencia en un complejo escenario que salen a relucir las contradicciones intrínsecas entre los ordenamientos".[17]

17 GORDILLO PÉREZ, Luis Ignacio: *Constitución y ordenamientos supranacionales*, op. cit., pp. 23-24.

Hoy, el control de convencionalidad se ha convertido en un método innovador en torno al control de la producción de la normatividad interna de cada Estado parte; de manera tal que el bloque de constitucionalidad, hoy se erige como la fuente de fuentes del sistema jurídico interno de cada Estado, por lo que estos ordenamientos domésticos, hoy se someten por la forma, y sobre todo por el fondo, a la Convención Americana y todo ese conjunto de tratados que regulan los derechos humanos de la región, incluyendo las sendas resoluciones convencionales emanadas de la Corte IDH.[18]

SEGUNDA PARTE

3. El control de convencionalidad frente a las normas constitucionales

3.1 Introducción

Iniciamos en esta parte, una reflexión en torno al control convencional que hoy existe en el actual escenario de los Estados contemporáneos y que no viene a ser más que una suerte de control del Derecho Internacional frente al Derecho Público Interno de un Estado.

En efecto, como ya existe una larga literatura sobre la materia,[19] la Corte Interamericana de Derechos Hu-

18 Un panorama en torno a este tema puede apreciarse en MARINONI, Luiz Guilherme y DE OLIVEIRA MAZZUOLI, Valerio (coordinadores): *Controle de convencionalidade. Um panorama latino-americano*, Gazeta Jurídica, Brasilia, 2013.

19 Entre otros: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo: *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional*, prólogo de Diego Valadés, estudio introductorio de Héctor Fix-Zamudio,

manos (Corte IDH) creó la doctrina del "control de convencionalidad"; si bien viejos antecedentes posiblemente se encuentran en el Consejo Constitucional francés. Así, en expresión de uno de sus exponentes, Eduardo Ferrer, ha sostenido que este control de convencionalidad es "una institución internacional", principalmente "el derecho internacional de los derechos humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de dicho Tribunal".[20]

UNAM/Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo, 2013; AA.VV.: *El control difuso de convencionalidad*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coordinador), FUNDAP, Querétaro, 2012; GARCÍA BELAUNDE, Domingo: "El control de convencionalidad y sus problemas", en *Pensamiento Constitucional*, Vol. 20, Núm. 20, 2015, pp. 135-160; ALBANESE, Susana (coordinadora): *El control de convencionalidad*, Ediar, Buenos Aires, 2008; AYALA CORAO, Carlos M.: *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México D.F., 2013; GARCÍA RAMÍREZ, Sergio: *La tutela de los derechos humanos en la jurisdicción interamericana. Aportaciones, recepción y diálogo*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2014; NASH, Claudio: *Control de convencionalidad. De la dogmática a la implementación*, Porrúa, México D.F., 2013; QUINCHE RAMÍREZ, Manuel: *El control de convencionalidad*, Temis, Bogotá, 2014; REY CANTOR, Ernesto: *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional Nº 26, México, 2008; VON BOGDANDY, Armin, Mariela Morales Antoniazzi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinadores): *Ius constitutionales commune en Derechos Humanos en América Latina*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2013.

20 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo: "Control de convencionalidad (sede interna)", en *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, 2ª edición, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Fabiola Martínez Ramírez y Giovanni Figueroa Mejía (coordinadores), UNAM / IIJ, México, 2014, pp. 236-237.

Interesa en este breve excurso identificar cuáles son las *materias* u *objeto* que es posible de ser controlado convencionalmente por el organismo supranacional que es, en este caso, la Corte IDH.

Al estar por lo que desde sus inicios ha venido decantando y aclarando en diversos fallos que no es objeto aquí de identificar por razones de espacio, se trata *prima facie*, de que todos los Estados de la región deben respetar, en el marco de sus políticas internas, todo ese *corpus iuris* de declaraciones y tratados en materia de derechos humanos de la Región y que hoy se les identifica como "*bloque de convencionalidad*". Siendo esto así, se trataría de interpretar que cualquier manifestación del orden jurídico interno de un país, en el marco de sus potestades soberanas y bajo el principio mismo de la libre autodeterminación de los pueblos, las autoridades de un país deben guardar fidelidad a ese ordenamiento heterónomo y externo del bloque de convencionalidad. En otras palabras, hoy la fuente que va a otorgar validez y legitimidad no sólo radica en la soberanía de cada Estado, sino de la cooperación que dicho Estado realice respetando el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. He aquí, la nueva luz que alumbra el *Tercer Millenium* y que ha generado toda una revolución copernicana en los regímenes políticos contemporáneos.

Podemos señalar entonces que el control de convencionalidad es la potestad jurisdiccional que tiene un órgano de jurisdicción supranacional para resolver controversias que derivan de normas, hechos, actos contrarios a la Convención y a los demás tratados de la región. El control de convencionalidad tendrá como eje, cotejar y comparar si en un determinado ordenamiento interno se adecua y acata a la Convención o no.

En consecuencia, se trata de cualquier expresión de un orden jurídico interno; Constitución, leyes, decretos, reglamentos, jurisprudencia, etc.

Normalmente, la Corte IDH ha sentado competencia para evaluar el test de convencionalidad frente a leyes;[21] lo propio frente a las interpretaciones de la ley que realizan los tribunales de cada Estado;[22] igualmente en el caso de las omisiones legislativas;[23] y, finalmente otras de las competencias que se han presentado en los últimos tiempos es el control convencional de normas con rango constitucional.[24]

3.2 ¿Puede un organismo supranacional ejercer un control del ejercicio soberano de un Poder Constituyente?

¿Tiene sentido vincular el control de convencionalidad con el poder constituyente? No cabe duda que si el principal ordenamiento fundamental de un Estado es la Constitución que es elaborada por un Poder Constituyente, desde luego que hoy y bajo este contexto ambos temas se encuentran vinculados. Y lo paradójico de los tiempos actuales es que siendo el Poder Constituyente la máxima expresión de la soberanía de un país, en tanto puede dictar el texto constitucional que estime legítimo y políticamente conveniente para un determinado Estado; ello, hoy, en los tiempos de la posmodernidad, dicha concepción radicalmente ha cambia-

21 Caso *Gelman vs. Uruguay*; caso *Barrios Altos vs. Perú*.

22 Caso *Gomez Lund vs. Brasil*.

23 Caso *Trujillo Oroza vs. Bolivia*

24 Vid. a TORRES ZÚÑIGA, Natalia: *El control de convencionalidad de las normas constitucionales*, Edit. Académica Española, Saarbrücken, Alemania.

do, como también ha cambiado el clásico concepto de soberanía como uno de los elementos y componentes del Estado; dado que la soberanía tanto y con mayor razón desde los predios de los Estados integrantes de la Unión Europea, como de los que integran Latinoamérica, dicha concepción hoy se ha relativizado. Es en este contexto donde los Estados soberanos, sin abdicar al imperio de su libre determinación como principio político-jurídico, ha venido por decirlo así, cediendo parte de su potestad soberana, a fin de que Tribunales supranacionales puedan controlar excesos o violaciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Hoy, no debe llamar a desconcierto que un Tribunal como puede ser el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, o el de la Corte IDH puedan incluso ya no simplemente "revisar" normas con rango de ley, o sentencia emitidas por los más altos tribunales supremos; sino que el control de convencionalidad puede advertir la existencia de "normas constitucionales inconvencionales", fenómeno que puede homologarse, guardando las distancias dentro del sistema de fuentes, de las "normas constitucionales inconstitucionales" que esgrimieron en su momento Otto Bachoff.

Con todo, repasemos brevemente algunos alcances de esta compleja teoría del poder constituyente.

3.2.1 Una revisión breve de la teoría clásica del poder constituyente

Hoy por hoy, la problemática del Poder no sólo debe vertebrarse a partir de la construcción del distingo clásico entre el *poder constituyente* y el *poder constituido*, sino por otras reflexiones que sobrepasan una sistemática pacífica en torno al tema.

La teoría del poder constituyente se nos presenta como una gran construcción doctrinaria iniciada por

Vattel[25] y que constituye el gran cimento armado del edificio contemporáneo de la Constitución como norma fundamental. El poder constituyente, como desarrollo teórico, es un archipiélago que nutre distintas aristas del amplio e intrincado territorio del constitucionalismo contemporáneo.

Así, el poder constituyente tiene múltiples conexiones con otros dominios que, en líneas generales, son:

a) El origen fundacional del Estado.
b) En la reforma de la Constitución[26] y con él, se ubica también el tema de las mutaciones constitucionales[27] y no sólo en su expresión formal del poder constituyente derivado, sino como poder constituyente originario en forma material.
c) El poder constituyente, guarda conexidad con el tema de la interpretación constitucional,[28] por un

25 Emer de VATTEL: *Derecho de gentes o principios de la ley natural aplicados a la conducta y a los negocios de las naciones y de los soberanos*, traducción de Lucas Miguel Oterna, Vol. I, Casa de Masson e hijos, París, 1824, cit. por CARPIO MARCOS, Edgar: "Un antecedente del Tribunal Constitucional: el *jury constitutionnaire* (una lectura heterodoxa de Sieyés)", en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, Vol. I, Lima, 1999, p. 572.

26 DE VEGA, Pedro: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1995.

27 JELLINEK, George: *Reforma y mutación constitucional*, estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú, traducción de Cristian Förster, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991; DAU-LIN, Hsü: *Mutación de la Constitución*, traducción de Pablo Lucas Verdú y Cristian Förster, Oñati.

28 A.J. RICHARDS, David: "La intención de los constituyentes y la interpretación constitucional", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N.º 1, setiembre-diciembre de 1988, pp. 141-171; CANOSA USERA, Raúl: *Interpretación constitucional y fórmula política*, prólogo de Pablo Lucas Verdú, Centro de

lado, y nos atrevemos a sostener, con el propio fundamento de la defensa de la Constitución.[29]

d) El poder constituyente igualmente se vincula con el complejo tema de la soberanía, como lo han planteado, entre otros y en forma orgánica, Ignacio Burgoa y Bidart Campos.[30]

e) Otros, en cambio, vinculan la temática del poder constituyente con la *transición política*, según la singularidad con que se desarrolla en la escena de cada país.[31]

Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1988, pp. 50 y ss.

29 Al respecto, puede verse una bibliografía básica tales como: KELSEN, Hans: "La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)", traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, en *Anuario Jurídico*, Instituto de Investigaciones Jurídicas / UNAM, México D.F., 1974, pp. 471-515.

Del mismo Kelsen: *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, estudio preliminar de Guillermo Casió, traducción y notas de Roberto J. Brie, supervisión técnica de Eugenio Bulygin, Tecnos, Madrid, 1995; SCHMITT, Carl: *La defensa constitucional*, Espasa Calpe, Madrid, 1934, vid., específicamente, pp. 125 y ss.; AA.VV.: *La Constitución y su defensa*, UNAM, México D.F., 1984; y más modernamente, FIX-ZAMUDIO, Héctor: *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 2ª edición, UNAM, México, 1998; GARCÍA BELAUNDE, Domingo: *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional*, nota introductoria y edición al cuidado de José Palomino Manchego, 2ª edición, Grijley, Lima, 2000.

30 BURGOA, Ignacio: *Derecho constitucional mexicano*, 12ª edición, Porrúa, México D.F., 1999, pp. 189-279, y en forma específica, pp. 238 y ss.; BIDART CAMPOS, Germán: *Derecho Constitucional*, Tomo I., Ediar, Buenos Aires, 1961, pp. 157-206, específicamente, pp. 162 y ss.

31 TORRES DEL MORAL, Antonio: *Principios de Derecho Constitucional español*, Vol. I, Servicio de Publicaciones de la Facultad

f) Finalmente: hoy se aprecia que el poder constituyente está vinculado con el control de convencionalidad.

Un breve esquema de la teoría del poder constituyente atraviesa por estos tramos:

a) *Causas que generan la presencia de un poder constituyente*: En líneas generales, existe todo un amplio horizonte etiológico donde se presenta la reflexión y la conexión misma en torno a esta presencia que el pensamiento jurídico ha construido, a fin de entender las bases y fundamentos mismo donde se presenta la presencia de este complejo fenómeno denominado "poder constituyente". Así, entre otros aspectos, sus principales causas, son, en forma enunciativa las siguiente:
   - Creación de un nuevo Estado.
   - Independencia adquirida por territorios coloniales.
   - Ineficacia de una Constitución y su sustitución por otra.
   - La revolución.
   - La conquista militar y el golpe de Estado.[32]

b) *Clases de poder constituyente*: la doctrina en forma clásica ha determinado dos grandes manifestaciones donde se patentiza este poder que tiene la virtud y la fuerza de crear un nuevo orden fundante en los

de Derecho de la Universidad Complutense Madrid, 1992, p. 5.

32 Vid. sobre esta materia a FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador: *Derecho Constitucional mexicano y comparado*, 7ª edición, México D.F., 2010, pp. 95-139.

estados. Así, hay absolutamente consenso que este poder se puede expresar en las variantes de:

- Poder constituyente originario
- Poder constituyente derivado[33]

c) *Poder constituyente, poder constituido y poder revisor de la Constitución*: Debemos a Sieyés en su obra "*¿Qué es el Tercer Estado?*" donde formula la distinción entre poder constituyente y poder constituido. El primero, no cabe duda, es aquel poder que va a tener la virtud y la fuerza de crear una Constitución allí donde no existe; o habiendo un Estado con una Constitución, éste decide cambiar totalmente por otra. En cambio, el poder constituido no es más que el poder político de un Estado, en situación de normalidad y permanencia. Diríase que un Estado jamás puede existir sin la presencia de un poder constituido, el que se manifiesta en todos los órganos del Estado.

   De aquí que se podría esbozar algunas diferencias entre el poder constituyente y el poder constituido:

   i. De naturaleza: el poder constituyente es el creador y el poder constituido es el creado.
   ii. Cronológico: el poder constituyente es anterior y el poder constituido es posterior.
   iii. Funcional: el poder constituyente tiene por tarea exclusiva crear una Constitución, y los poderes constituidos la tarea de gobernar.
   iv. El poder constituyente desaparece una vez creada la Constitución, en cambio el poder constitui-

33 SÁNCHEZ VIAMONTE, Segundo: *El Poder Constituyente*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, p. 251; BIDART CAMPOS, Germán: *Derecho Constitucional*, op. cit., p. 170; ORBEGOSO VENEGAS, Sigifredo: *El poder constituyente y otros ensayos*, Normas Legales, Trujillo.

do puede devenir en poder revisor de la Constitución.

d) *Sujeto titular del poder constituyente*. En la doctrina, se ha planteado esta interrogante: ¿Quién debe ejercer el poder constituyente? La pregunta trae implícita *la legitimidad del ejercicio*. Desde luego, también se formula desde otro ángulo, esta otra: ¿Quién *puede* ejercer el poder constituyente?

   Ambas interrogantes nos permiten identificar que existen dos titulares: a) un *sujeto moral*: que es la comunidad o el pueblo; y, b) un *sujeto de facto*, que es el poder político o el régimen de quien detenta el poder en ese momento y que es el que desencadena el escenario constituyente.

e) *Teoría del cambio constitucional*. Esta teoría comprende los diferentes incidentes y accidentes que puede sufrir una Constitución durante su vigencia. Aquí, Fix Zamudio y Valencia Carmona quintaesencian los siguientes fenómenos:

   i. *Reforma de la Constitución*: se trata de modificar el texto de la Constitución, porque la dinámica constitucional lo impone y se hace por el procedimiento establecido en la propia Constitución.

   ii. *Mutación constitucional*: se origina por el cambio de las leyes ordinarias, por la interpretación que le da el TC, por la costumbre constitucional o por prácticas administrativas.

   iii. *Suspensión constitucional*: cuando una o varias prescripciones normativas de la Constitución son provisionalmente puestas fuera de vigor, por ejemplo, el estado de emergencia, el estado de sitio, el estado de guerra o la ley marcial (Donoso Cortés, Schmitt, Maquiavelo).

   iv. *Quebrantamiento constitucional*: o rotura constitucional, consiste en la violación de las prescrip-

ciones constitucionales, para algunos casos determinados, pero a título excepcional, pero no se suprime permanentemente; superada la contingencia, se restaura dicho quebrantamiento, por ejemplo el caso Juárez en 1863: su prórroga de mandato.

v. *Supresión de la Constitución*: ocurre cuando desaparece o se elimina la Constitución vigente en su totalidad, el orden constitucional se rompe en su conjunto: es un fin y un renacer: se acaba una y se anuncia otra.[34]

vi. *Inconvencionalidad constitucional*: que se produce cuando una cláusula constitucional quebranta y afecta el contenido esencial del corpus iuris del bloque de convencionalidad. Este tópico lo retomaremos más abajo.

3.2.2 La naturaleza soberana o limitada del poder constituyente

En la teoría clásica del poder constituyente subyace su naturaleza soberana por un lado; e ilimitada, por otro.

Así, Luis Recasens en un clásico folleto publicado en los años treinta, enfatizaba con ahínco lo siguiente:

> "(…) la única fuente legítima del poder público radica en la soberanía nacional, y éste después de haber caducado el anterior sistema jurídico, no se ha producido todavía creando otro nuevo, debemos reconocer que no se puede conseguir un orden jurídico sino merced a la actuación de ese poder constituyente del pueblo, uno, pleno e indiviso, y

34 Vid., por todos, a FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador: *Derecho Constitucional mexicano y comparado*, op. cit., pp. 99-102.

> no sujeto a limitaciones ni regulaciones previas de ningún género"[35] [énfasis nuestro].

Por otro lado, Bidart Campos esgrimía la idea de que "fácticamente el poder constituyente tiene *capacidad indefinida*, pero en el orden de la validez, debemos reconocerlo limitado".[36]

Lo propio el TC peruano, en esta ruta de concepción clásica, enfatizaba:

> "El poder constituyente responde, entre otras, a tres características: es único, extraordinario e ilimitado. Único como consecuencia de que ningún otro poder o forma de organización, puede, en estricto, ejercer la función que aquél desempeña. Se trata, por consiguiente, de un poder omnímodo, que no admite ningún poder paralelo en el ejercicio de sus atribuciones. Es, a su vez, extraordinario, en tanto que la responsabilidad por él ejercida, no es permanente sino excepcional; como tal, sólo puede presentarse en momentos o circunstancias históricas muy específicas (como las de creación o transformación de la Constitución). Es, finalmente, ilimitado, en tanto asume plenipotenciariamente todas las facultades, sin que puedan reconocerse restricciones en su ejercicio, salvo las di-

35 RECASENS SICHÉS, Luis: *El poder constituyente. Su teoría aplicada al momento español*, Javier Morata Edit., 1931, Madrid, p. 69.

36 BIDART CAMPOS, Germán: *Derecho Constitucional. Realidad, normatividad y justicia en el Derecho Constitucional*, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1963, p. 172.

> rectamente vinculadas con las que se derivan de las valoraciones sociales dominantes".[37]

Con todo, bien cabe hacer un deslinde cuando se produce el *momento fundacional del Estado* con su primigenia Constitución, allí hablamos de un poder constituyente originario y genético en el tiempo en que por vez primera se crea una Constitución en un Estado donde mucho antes no existía. Allí bien cabe hablar que el ejercicio de ese poder constituyente no tiene limitaciones, acaso ni fácticas ni mucho menos jurídicas; y por lo tanto, no hay aquí problemas de discusión en torno a la validez y acaso de legitimidad de ese acto constituyente, su ejercicio mismo; y finalmente, el producto final que es la Constitución.

No obstante, bien cabe aquí también indicar que ese poder constituyente originario, sí puede y de hecho ha tenido limitaciones de orden o sentido común. Es decir, jamás se podría pensar que en un texto constitucional, puede establecerse normas arbitrarias o insensatas ante el ojo común de un simple razonamiento juicioso del pueblo.

Por otro lado, en la evolución de la teoría del poder constituyente, encontramos un segundo tramo: *la limitación* del poder constituyente que en su manifestación de un poder constituyente derivado, va a reformar la Constitución de acuerdo a los propios mecanismos que ella prevé. Aquí no existe un poder constituyente originario: se trata de una reforma constitucional que lo ejerce simplemente el poder constituido con atribuciones constitucionales. Aquí se puede presentar que la propia Constitución prevé alguna cláusulas que son irreformables (cláusulas pétreas). Ante este supuesto, no podría exis-

37 STC 0014-2002-AI/TC, FJ. 60.

tir una reforma constitucional derivada si no se respeta el testamento histórico del poder constituyente originario.

En caso que el poder constituyente derivado reforme cláusulas pétreas que fueron declaradas por la propia Constitución como "irreformables", dicho poder constituyente derivado deviene en originario por un lado, pues ya no "deriva" su validez de la Constitución sino de su poder fáctico que le da su propio desarrollo y dinámica. Por otro lado, al aprobarse una Constitución en dichos supuestos, estamos ante un *texto constitucional inconstitucional*, fenómeno que en su momento logró atalayar el profesor Otto Bachoff.[38]

Habría un tramo final donde el ejercicio del poder constituyente, sea en su versión de un Poder Constituyente originario o un poder constituyente derivado, va a encontrar en los tiempos actuales otro tipo de restricciones o limitaciones; a despecho de su clásica concepción decimonónica de que ella, por esencia, es un poder soberano e limitado: son los tiempos de la *mundialización de los derechos*, donde los Estados deben apertura hacia toda la comunidad de naciones y devenir, al decir de Häberle, en un "*Estado constitucional cooperativo*";[39] esta actual barrera, restricción o limitación es hoy justamente el bloque de convencionalidad que hoy en-

38 BACHOF, Otto: *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Palestra, Lima, 2008; vid., igualmente, nuestro trabajo: "Luces y sombras a medio siglo de una propuesta. Las normas constitucionales inconstitucionales", en *Pensamiento Constitucional*, Vol. 9, Núm. 9, 2003, pp. 541-551 [ahora también en *Constitución y procesos constitucionales*, Tomo I, Adrus, Lima, 2013, pp. 435-447].

39 HÄBERLE, Peter: *El Estado constitucional*, estudio introductorio de Diego Valadés, traducción e índices de Héctor Fix-Fierro, Astrea / UNAM / Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Buenos Aires, 2007, p. 163 y ss.

frenta el bloque de constitucionalidad, y que no es más que una mirada desde otra perspectiva aparentemente pugilística: jurisdicción constitucional vs. Jurisdicción convencional; o Tribunal Constitucional vs. Corte IDH.

3.3 BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD VS. BLOQUE DE CONVENCIONALIDAD

El control convencional de las normas constitucionales no viene a significar más que el conflicto normativo que se presenta entre el ordenamiento jurídico interno de un Estado (expresado a través de su "bloque de constitucionalidad"), frente a otro conjunto externo, heterónomo que viene a ser todo ese *corpus iuris* tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus Protocolos y Tratados, más la jurisprudencia de la Corte IDH, todo este "bloque de normas y resoluciones" constituye hoy en día el bloque de convencionalidad.

Es en este marco donde se presenta el escenario de un Tribunal Internacional, como es la Corte IDH, que bajo el parámetro normativo del bloque de convencionalidad, analiza si el bloque de constitucionalidad respeta el *test de convencionalidad,*[40] conforme veremos luego.

Recordemos, sólo a guisa de explicación breve, que el bloque de constitucionalidad está conformado por dos variantes, la versión francesa y que fuera divulgado en su momento por el profesor Luis Favoreau,[41] y la

40 REY CANTOR, Ernesto y REY ANAYA, Angela Margarita: "Test de convencionalidad", en *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, 2ª edición, op. cit., p. 240-242.

41 FAVOREAU, Luis: *El bloque de constitucionalidad (simposium franco-español de derecho constitucional)*, Civitas / Universidad de Sevilla, Madrid, 1991

versión ibérica que fue igualmente divulgada por Francisco Rubio Llorente.

De nuestra parte sólo tomamos en cuenta el bloque de constitucionalidad a todo ese conjunto de normas que, sumado al texto constitucional fruto de su poder constituyente, existen otras normas que entran a ostentar igual jerarquía constitucional. Se trata en consecuencia de normas de derecho interno. Para otros países como Argentina, Colombia, Bolivia y República Dominicana, se encuentra su propia Constitución más ciertos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.[42]

Más allá de estos regímenes, el control de convencionalidad frente a las normas constitucionales, ha significado, como ya se tiene dicho, varios aspectos:

a) Se viene consolidando la primacía de la tesis monista en materia de derechos humanos, pese a que a nivel del Derecho Internacional Público prima la tesis dualista.
b) La soberanía de los Estados contemporáneos se ha venido en los tiempos actuales relativizando, ha dejado de existir la "soberanía absoluta" y cuya expresión más gráfica en el marco del principio de la libre autodeterminación de los pueblos era el ejercicio "soberano e ilimitado del poder constituyente".
c) Hoy el poder constituyente cuyo fin es elaborar una Constitución va a tener como parámetro de restricción y validez, el bloque de convencionalidad.

42 MANILI, Pablo Luis: "Bloque de constitucionalidad y bloque de convencionalidad", en *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, op. cit., pp. 122-124.

d) Hoy, en la tesis kelseniana que esgrime la "norma hipotética no positiva", cuyo fundamento de validez de la propia Constitución resultaba ser el ejercicio soberano del pueblo, recae en los marcos de una mundialización del orden jurídico, expresado en un conjunto de normas que hoy regulan a nivel regional e internacional el régimen de los derechos humanos.

e) En este contexto, la *validez* de las cláusulas constitucionales no va a depender del fruto del poder constituyente, sino del parámetro de respeto al Derecho Internacional de los Derechos Humanos que regula y garantiza el bloque de convencionalidad.

f) Mientras el *bloque de constitucionalidad* es interpretado por su "intérprete supremo" que es la jurisdicción constitucional expresada en una Sala, Corte o Tribunal Constitucional en su versión kelseniana, europea o austríaca; o en la versión norteamericana por las Cortes Supremas de Justicia; en el caso del *bloque de convencionalidad* su intérprete final es una *jurisdicción convencional*, que es de carácter *supraconstitucional*; y por lo tanto, supranacional, pero que va a tener injerencia en verificar si las cláusulas de una Constitución responde al pedigrí axiológico del bloque de convencionalidad.

g) Un fallo de la Corte IDH que declare fundado un control frente a una norma constitucional, ésta deviene jurisdiccionalmente en una *norma constitucional inconvencional* cuyos efectos son nulificantes; lo que supone como exigencia de su fase ejecutiva, la reforma y supresión de dicha cláusula constitucional declarada inconvencional.

h) Ante el supuesto anterior, el Poder Legislativo (poder constituido), por exigencia de una jurisdicción convencional, deviene en un momento en un poder constituyente derivado que va a "terminar" la fase ejecutiva de una sentencia que ha declarado incon-

vencional determinada norma o normas. Sólo y tan sólo con la reforma promovida por la Corte IDH, es que se culmina con el control convencional de las normas constitucionales.

i) A partir de todo lo expuesto, hoy todas las Constituciones, por lo menos de la región de Latinoamérica integrante del sistema interamericano de derechos humanos, deben ostentar la hoy llamada "*Constitución convencionalizada*", y que a decir de Néstor Pedro Sagüés, es la Constitución "pero armonizada, conformada, reciclada, mediante operativos de inaplicabilidad de alguna de sus cláusulas, de selección de interpretaciones, o de construcción de interpretaciones (mutativas por adición, sustracción o mixtas), a fin de adecuarla al nuevo estado de cosas. Es un texto fluido, en el sentido de que experimenta transformaciones en la medida en que despliega el derecho convencional de los derechos humanos, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Y es el instrumento para efectivizar el control de constitucionalidad respecto del derecho interno, con más, el control de convencionalidad".[43]

3.4 El control concentrado y control difuso de convencionalidad frente a normas constitucionales

Entre los elementos que merecen distinguir en el ejercicio del control de convencionalidad es ver si acaso sólo la Corte IDH en su vertiente de "control concentrado de convencionalidad" es el ente jurisdiccional que en términos exclusivos puede ejercer el control a las Cons-

43 SAGÜÉS, Néstor Pedro: "Constitución convencionalizada", en *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, op. cit., pp. 190-192.

tituciones nacionales; o bien cabe también que los jueces nacionales, bajo el actual paradigma que ellos pueden ejercer el "*control difuso de convencionalidad*", éstos también podrían declarar a una norma constitucional como inconvencional.

Por principio, los jueces nacionales pueden ejercer sólo un control difuso de convencionalidad bajo ciertos presupuestos. Veamos el esbozo que ha planteado el actual magistrado de la Corte IDH, Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en torno al control difuso de convencionalidad.[44]

a) Todos los jueces nacionales "deben" ejercer el control difuso, desaplicando alguna norma que no compatibiliza con la "supremacía convencional".

   En esta perspectiva, el juez nacional se convierte en un juez interamericano y guardián de la Convención Americana de Derechos Humanos, de sus Protocolos adicionales y de la jurisprudencia de la Corte IDH.

b) Intensidad del "control difuso de convencionalidad": de mayor grado cuando se tiene competencias para inaplicar o declarar la invalidez de una norma general. Esto significa que si en el modelo de jurisdicción constitucional de cada país, se le otorga facultades de "inaplicar" normas que contravienen a la Constitución, lo propio el juez nacional se encuentra investido para desaplicar incluso sentencias de

44 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo: "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", en El amparo del siglo XXI, Eduardo FERRER MAC-GREGOR Y Giovanni FIGUEROA MEJÍA (coordinadores), Porrúa, México, 2014, pp. 1-110; y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo: *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, prólogo de Diego Valadés, estudio introductorio de Héctor Fix-Fierro, Marcial Pons, Madrid, 2013.

los más altos organismos jurisdiccionales de su país, si dichos fallos son inconvencionales.

c) Debe ejercer el control convencional "de oficio": sea invocado o no por las partes.

d) Parámetros del "control difuso de convencionalidad": el bloque de convencionalidad. Aquí el juez, frente a cualquier tipo de manifestación del orden jurídico interno que no respeta el bloque de convencionalidad, simplemente lo desaplica.

e) La jurisprudencia convencional: el juez nacional debe tener en cuenta, más que la jurisprudencia constitucional de su Tribunal Constitucional, la "cosa juzgada convencional" que ha significado una interpretación de todo el *corpus iuris* convencional.

Bajo estas premisas que aún se vienen delineando, estimamos que un juez nacional, pese a que se encuentra investido del *control difuso de convencionalidad*, no puede declarar inconvencional una cláusula constitucional; ello, sin embargo, consciente con la dinámica de la jurisdicción convencional difusa, no le impide, llegado el caso, desaplicar una ley que desarrolle una cláusula constitucional inconvencional. Por ejemplo, podría ser que en hipótesis de trabajo, en el Perú la pena de muerte, pese a que la Convención Americana se ubica en la tesis abolicionista, allí el juez debe "desaplicar" la ley penal que impone la pena de muerte y sustituir por otro tipo penal. Pero, aparte, el juez nacional, sin necesidad de que aplique una regla constitucional inconvencional, puede simplemente optar por una interpretación desde el bloque de convencionalidad, para darle un contenido convencional a la norma constitucional.

Recapitulando, sólo la Corte IDH es el único órgano jurisdiccional supranacional que puede declarar a una norma constitucional, como inconvencional.

TERCERA PARTE

4. El control de convencionalidad de las normas constitucionales en la jurisprudencia de la Corte IDH

La jurisprudencia de la Corte IDH permite apreciar que, en efecto, ésta ha acogido la tesis favorable al control de convencionalidad de las normas constitucionales de los Estados partes de la Convención, a partir de cuya revisión podemos afirmar que dicha postura le ha permitido justificar dos conclusiones sobre este tema: a) por un lado, que el Estado parte tiene la obligación de modificar o derogar una norma constitucional a fin de no contravenir la Convención Americana, y en tal sentido, cumplir con la obligación de adecuar su derecho interno a dicho tratado internacional, según lo previsto en el artículo 2º de la Convención; y, b) por otro lado, que es posible realizar una "*interpretación convencional de una norma constitucional*" (símil de lo que, a nivel interno, es la "interpretación constitucional de la ley") para encontrar así una "norma" constitucional que sea conforme a los derechos previstos en la Convención y no declarar así su "inconvencionalidad".

Existen algunos ejemplos paradigmáticos del primer modelo: así por ejemplo, podemos citar el caso *Olmedo Bustos vs. Chile* (caso "Última tentación de Cristo"), referido a la prohibición de censura previa en el ejercicio de la libertad de expresión; así como los casos *Boyce y otros vs Barbados* y *Caesar vs. Trinidad y Tobago*, ambos referidos a la prohibición o tendencia abolicionista sobre la pena de muerte que asume la Convención. En ese mismo orden de ideas, un supuesto muy peculiar es el que representa el caso *Gelman vs. Uruguay*, en donde la Corte IDH declaró contraria a la Convención una ley aprobada por referéndum.

En cambio, la Corte IDH ha aplicado una suerte de "interpretación convencional de las normas constitucionales" en determinados casos como el de *Castañeda Gutman vs. México* y, asimismo, el caso *Radilla Pacheco vs. México*, a los que también nos referiremos en el siguiente apartado.

Veamos, pues, ahora en cada caso particular, cuál fue el análisis y la explicación que ofreció la Corte IDH para justificar el control de convencionalidad de normas constitucionales de los Estados partes de la Convención.

4.1 Caso Olmedo Bustos vs. Chile (caso Última tentación de Cristo)[45]

Este primer caso trata sobre una sentencia de la Corte IDH en la cual se condenó al Estado de Chile por la violación de los derechos a la libertad de pensamiento y de expresión, previstos en el artículo 13º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en concordancia con las obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos (artículo 1º) y de adecuar el ordenamiento jurídico interno a lo consagrado en la Convención (artículo 2º).

La petición individual que dio origen a este caso estaba referida a un artículo de la Constitución chilena (artículo 19º numeral 12) que establecía la censura previa de la producción cinematográfica en dicho país, en los siguientes términos: "*La ley establecerá un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica*". En virtud a esta disposición constitucional fueron aprobadas, a su vez, tanto el Decreto ley

45 Corte IDH. Caso "*La última tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

679 (de octubre de 1974) así como la creación del denominado "Consejo de Calificación Cinematográfica". En este caso, si bien inicialmente el citado "Consejo" rechazó la exhibición de la película "La última tentación de Cristo", posteriormente decidió autorizarla, pero un grupo de personas logró que la Corte Suprema de Justicia de Chile declare fundado un recurso de protección (amparo) y disponga la prohibición de difusión de la película en cuestión.

La Corte declaró la responsabilidad internacional del Estado chileno, en base al siguiente fundamento:

"*Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste,* ***independientemente de su jerarquía****, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial*" [resaltado nuestro].[46]

Con arreglo a esta afirmación, y como parte de sus "reparaciones", la Corte ordenó en su sentencia que "*el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película 'La última tentación de Cristo', y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la no-*

46 Corte IDH. Caso "*La última tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*, cit., párr. 72.

tificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto".[47]

Así pues, y en cumplimiento de este fallo, el Estado de Chile dejó sin efecto este precepto constitucional de la censura previa, mediante Ley de Reforma Constitucional N.º 19742, del 25 de agosto de 2001, fecha a partir de la cual el artículo 19º de su Constitución nacional quedó redactado del siguiente modo: "*La ley regulará un sistema de calificación para la exhibición de la producción cinematográfica*". En mérito a ello, la Corte IDH declaró que el Estado parte había dado pleno cumplimiento a su sentencia, dando por terminado así al expediente ante dicha instancia.[48]

4.2 Caso Boyce y otros vs. Barbados[49]

La petición individual del caso *Boyce y otros vs. Barbados*, sometida a conocimiento de la Corte IDH, estuvo referida a cuatro presuntas víctimas quienes fueron sentenciadas a la pena de muerte, con arreglo al artículo 2º de la Ley de Delitos contra las Personas de 1994 de dicho país, el cual establecía la aplicación obligatoria de la pena capital para todas las personas condenadas por el delito de homicidio.

La Corte no tuvo mayor reparo en señalar que la Ley de Delitos contra la Persona era contraria a la Conven-

47 Corte IDH. Caso "*La última tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros)* Vs. Chile, cit., punto resolutivo N.º 4.

48 Corte IDH. Caso *"La última tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Resolución de cumplimiento de sentencia, de 28 de noviembre de 2003.

49 Corte IDH. *Caso Boyce y otros Vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169

ción, y específicamente, a su artículo 4.2, la cual limita la aplicación de la pena de muerte para los delitos más graves; precepto convencional que, sin duda, era vulnerado por la Ley en cuestión, dado que establecía mecánicamente la aplicación de dicha pena para cualquier situación en que se hubiese cometido el delito de homicidio; lo que, igualmente, vulneraba el derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida, previsto en el artículo 4.1 convencional.

Sin embargo, al analizar el presunto incumplimiento de la obligación de adecuación de la legislación interna a la Convención, la Corte emitió pronunciamiento sobre un artículo de la Constitución de Barbados (el artículo 26º, denominada "cláusula de exclusión"), la cual prohibía el cuestionamiento sobre la inconstitucionalidad de leyes que estuvieran vigentes antes de la adopción de la Constitución de dicho país (las llamadas "leyes existentes"), a pesar de que tales leyes fueran violatorias de derechos fundamentales. Y dicha disposición constitucional tenía directa relación con el caso que conocía la Corte, pues los órganos jurisdiccionales de Barbados había declarado que no podían "declarar la inconstitucionalidad" de la Ley de Delitos contra la Persona, porque se lo impedía esta "cláusula de exclusión" prevista en el artículo 26º de la Constitución nacional de Barbados.

Pero, a juicio de la Corte IDH, dicha conclusión adoptada por los órganos jurisdiccionales de Barbados era denotativa de un "*análisis puramente constitucional, en el cual no se tuvo en cuenta las obligaciones que tiene el Estado conforme a la Convención Americana y según la jurisprudencia de esta Corte*",[50] pues el análisis que debía realizar-

50 Corte IDH. Caso *Boyce y otros Vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, cit., párr. 77.

se "*no debería haberse limitado a evaluar si la LDCP era inconstitucional. Más bien, la cuestión debería haber girado en torno a si la ley también era 'convencional'*".[51]

En ese sentido, la sentencia de la Corte declaró que el artículo 26º de la Constitución de Barbados le negaba a los ciudadanos, en general, y a la presuntas víctimas, en particular, el derecho de exigir protección judicial contra violaciones al derecho a la vida; y por tanto, concluyó que el Estado parte no había cumplido con la obligación de adecuación de la legislación interna previsto en el artículo 2º de la Convención. En consonancia con ello, dentro de las "reparaciones" ordenadas por la Corte, se estableció lo siguiente:

"El Estado debe adoptar, dentro de un plazo razonable, contado a partir de la fecha de notificación de la presente Sentencia, aquellas medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para asegurar que la Constitución y la legislación de Barbados cumplan con la Convención Americana y, en especial, eliminar el efecto del artículo 26 de la Constitución de Barbados con respecto a la inimpugnabilidad de las 'leyes existentes', en los términos de los párrafos 127(c) a 128 de este Fallo"[52] [subrayado nuestro].

En la última supervisión del cumplimiento de esta sentencia, el Estado de Barbados ha informado a la Corte su decisión de abolir el artículo 26º de su Constitución nacional, así como la conformación de un "Comité" encargado de analizar las implicancias que tendría la anulación de este precepto constitucional en el ordenamiento interno, información que ha permitido elabo-

51 Corte IDH. Caso *Boyce y otros Vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, cit., párr. 78.

52 Corte IDH. Caso *Boyce y otros Vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, cit., punto resolutivo N.º 8.

rar y discutir el denominado "Proyecto Constitucional (Enmienda), 2010". Sobre estos avances en el cumplimiento de la sentencia, la Corte expresó que "*valora la decisión del Estado de derogar el artículo 26 de la Constitución y de presentar prueba de este cambio. Sin embargo, dado que aún no ha recibido esta prueba, el Tribunal considera que las presentes medidas siguen pendientes de cumplimiento y le solicita al Estado que presente un informe actualizado sobre el estado del proceso iniciado a fin de derogar el artículo 26 de la Constitución*".[53]

4.3 Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago[54]

En la demanda sometida en este caso por la Comisión IDH ante la Corte, se denunciaba que una ley de Trinidad y Tobago (la Ley de Penas Corporales, para delincuentes mayores de 18 años) permitía la imposición de penas tales como que el condenado sea golpeado o azotado con un objeto denominado "gato de nueve colas", un instrumento de nueve cuerdas de algodón trenzadas que eran descargadas en la espalda del sujeto, entre los hombros y la parte baja de la espina dorsal. Precisamente, la presunta víctima de este caso, el señor Winston Caesar, había sido condenada a recibir 15 latigazos con este objeto, lo que a juicio de la Comisión constituía a todas luces un trato inhumano prohibido por la Convención Americana. A su vez, si bien la Constitución de Trinidad y Tobago establecía que el Parlamento no podía imponer o autorizar a imposición de tratos

53 Corte IDH. Casos Boyce y otros y Dacosta Cadogan vs. Barbados. Resolución de cumplimiento de sentencia, de 21 de noviembre de 2011.

54 Corte IDH. Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de marzo de 2005. Serie C No. 123

o penas crueles o inusuales (artículo 5.b), no obstante en su artículo 6.1 señalaba que ninguno de tales derechos *"deberá invalidar (…) una ley existente"*.

Como no podía ser de otro modo, la Corte concluyó que la regulación y aplicación de estas penas corporales *"refleja una institucionalización de la violencia que (…) constituye una sanción incompatible con la Convención" toda vez que "las penas corporales por medio de flagelación constituyen una forma de tortura"*[55]. Pero además, en lo que concierne a la "cláusula de exclusión" prevista en el artículo 6.1 de la Constitución nacional, estableció que ésta había ocasionado que los órganos jurisdiccionales de Trinidad y Tobado se encuentren obligados a confirmar la constitucionalidad de la legislación que preveía tales penales corporales. En razón a ello, la Corte concluyó que *"el Estado no proveyó a la presunta víctima de un recurso efectivo para impugnar la imposición de la mencionada pena corporal"*, vulnerándose con ello el artículo 25º de la Convención, en relación con sus artículos 1.1 y 2 (obligación de adecuación de la legislación interna)".[56]

La Corte IDH fue aún más explícita sobre este último asunto, y recordando lo ya expuesto en el caso Hilaire y otros, señaló lo siguiente:

> *"La Ley de Delitos contra la Persona es incompatible con la Convención Americana y, por lo tanto, cualquier disposición que determine su inimpugnabilidad, también lo es en virtud de que Trinidad y Tobago, al ser parte de la Convención en el momento de los hechos, no puede invocar las disposiciones de su derecho interno para justificar el incumplimiento de sus obligaciones inter-*

55 Corte IDH. Caso *Caesar Vs. Trinidad y Tobago*, cit., párr. 73.

56 Corte IDH. Caso *Caesar Vs. Trinidad y Tobago*, cit., párr. 117.

> *nacionales. En el mismo sentido, al imposibilitar que la Ley de Penas Corporales sea impugnada,* ***la 'cláusula de exclusión' contenida en la Sección 6 de la Constitución de Trinidad y Tobago es incompatible con la Convención.*** *En consecuencia,* ***la Corte considera pertinente ordenar que el Estado enmiende, dentro de un plazo razonable, la mencionada Sección 6 de la Constitución de Trinidad y Tobago,*** *en cuanto imposibilite a las personas el acceso a un recurso efectivo ante un tribunal competente para la protección violaciones de sus derechos humanos"*[57] [énfasis agregado].

Y así lo ordenó en el punto resolutivo N.º 4 de la sentencia, la cual ordenó al Estado de Trinidad y Tobago a "*enmendar, dentro de un plazo razonable, la Sección 6 de la Constitución*" de dicho país.[58]

En la etapa de supervisión de cumplimiento de esta sentencia, la Corte ha verificado que, lejos de derogar o enmendar la "cláusula de exclusión" prevista en la Constitución trinitaria, "*se ha informado a la Comisión que los tribunales de Trinidad y Tobago continúan aplicando penas corporales, no obstante lo ordenado por la Corte en la Sentencia*".[59] En su última resolución sobre este caso, la Corte ha declarado que el Estado ha incumplido, durante doce años, con su obligación de informar sobre las medidas adoptadas para acatar la sentencia, y "*no ha dado cumplimiento a ninguna de las reparaciones ordenadas en la sentencia del caso Hilaire, Constantine, Benjamín*

57 Corte IDH. Caso *Caesar Vs. Trinidad y Tobago*, cit., párr. 133.

58 Corte IDH. Caso *Caesar Vs. Trinidad y Tobago*, cit., punto resolutivo N.º 4.

59 Corte IDH. Caso *Caesar Vs. Trinidad y Tobago*. Resolución de cumplimiento de sentencia, de 21 de noviembre de 2007.

y otros (…) y con relación al caso Caesar".[60] Como consecuencia de este incumplimiento total de su sentencia, la Corte IDH decidió incorporar esta decisión en su Informe Anual a fin de informar a la Asamblea General de la OEA, en aplicación del artículo 65º de la Convención.

4.4 Caso Yatama vs. Nicaragua[61]

En el año 2000, los candidatos a alcaldes, vicealcaldes y concejales del partido político regional nicaragüense "Yapti Tasba Masraka Nanih Asla Takanda" (YATAMA, por sus siglas) fueron excluidos de participar en las elecciones municipales realizadas el 5 de noviembre de ese año, como consecuencia de una decisión adoptada por el Consejo Supremo Electoral, así como por la resolución expedida por la Corte Suprema de Justicia que declaró improcedente un recurso de amparo presentado por los afectados.

La controversia original giraba en torno al artículo 82º de la Ley Electoral nicaragüense, que establecía la obligación de los partidos políticos de inscribir candidatos *"al menos en el ochenta por ciento (80%) de los municipios [y] al menos el ochenta por ciento (80%) del total de las candidaturas"*. En virtud a esta norma, el Consejo Supremo Electoral excluyó a YATAMA de las elecciones, pues el número de municipios en los cuales había presentado candidatos no alcanzaba el 80% que exigía la ley electoral. Ante ello, los afectados presentaron un recurso de amparo administrativo, solicitando la sus-

60 Corte IDH. Casos *Hilaire, Constantine y Benjamín y otros* y *Caesar vs. Trinidad y Tobago*, Resolución de cumplimiento de sentencia, de 20 de noviembre de 2015.

61 Corte IDH. Caso *Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

pensión de dicha decisión y de sus efectos; pero la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia declaró improcedente *in límine* el amparo, aduciendo que la resolución del Consejo Supremo Electoral *"es una resolución de materia electoral"*, motivo por el cual la Corte Suprema *"carece de competencia en materia electoral, con base en la parte final del artículo 173 de la Constitución Política que establece: 'De las resoluciones del Consejo Supremo en materia electoral no habrá recurso alguno ordinario ni extraordinario'"*.[62]

Entre las consideraciones que efectuó la Corte IDH, merece destacarse su análisis sobre la violación del derecho a un recurso sencillo y rápido consagrado en el artículo 25º.1 de la Convención. Teniendo en cuenta la prohibición establecida en el artículo 173º de la Constitución, la Corte señaló que esto no podía significar que el órgano electoral *"no deba estar sometido a controles judiciales, como lo están los otros poderes del Estado. Las exigencias derivadas del principio de independencia de los poderes del Estado no son incompatibles con la necesidad de consagrar recursos o mecanismos para proteger los derechos humanos"*.[63] Y es que, a juicio del tribunal supranacional, la previsión de ese recurso para controvertir una decisión del órgano electoral, no resultaba incompatible per se con las funciones que son propias de dicho órgano estatal.[64]

En mérito a ello, una de las reparaciones ordenadas por la Corte IDH fue la siguiente:

> *"El Estado debe* ***adoptar, dentro de un plazo razonable, las medidas legislativas necesarias para establecer un recurso judicial sen-***

62 Corte IDH. Caso *Yatama Vs. Nicaragua,* cit., párr. 124.60)

63 Corte IDH. Caso *Yatama Vs. Nicaragua,* cit., párr. 174.

64 Corte IDH. Caso *Yatama Vs. Nicaragua,* cit., párr. 175.

> ***cillo, rápido y efectivo que permita controlar las decisiones del Consejo Supremo Electoral*** *que afecten derechos humanos, tales como los derechos políticos, con observancia de las garantías legales y convencionales respectivas, y* ***derogar las normas que impidan la interposición de ese recurso****, en los términos de los párrafos 254 y 255 de la presente Sentencia"*[65] [subrayado nuestro].

Pero la sentencia del caso Yatama es, sin duda, uno de los casos en los que, con toda claridad, se aprecia la conducta renuente de un Estado parte a adecuar su legislación interna a lo establecido por la Convención y a lo interpretado por la Corte. En efecto, luego de diez (10) años desde que se expidiera la sentencia, y tras seis resoluciones de supervisión que resultaron infructuosas, el Estado de Nicaragua no ha dado cumplimiento a las reparaciones ordenadas en dicha sentencia, a consecuencia de lo cual, en su última resolución del año pasado, la Corte ha decidido aplicar el artículo 65º de la Convención Americana, y en tal sentido, incorporar en su Informe Anual el estado de total desacato a la sentencia de este tribunal supranacional por parte de Nicaragua, incluyendo su incomparecencia a las audiencias de supervisión y el incumplimiento de su obligación de informar a la Corte sobre los avances en la implementación del fallo.

65 Corte IDH. Caso *Yatama Vs. Nicaragua,* cit., punto resolutivo N.º 9.

4.5 Caso Zambrano Vélez vs. Ecuador[66]

En el año 1993, los señores Wilmer Zambrano Vélez, Segundo Caicedo Cobeña y José Miguel Caicedo Cobeña fueron víctimas de una ejecución extrajudicial por agentes estatales en Guayaquil, Ecuador, situación que estuvo seguida por una falta de investigación de los hechos a nivel judicial. A pesar de que el Estado parte reconoció su responsabilidad por el incumplimiento del artículo 27º de la Convención (relativo a la suspensión de garantías), la Corte decidió ingresar al análisis de las condiciones bajo las cuales puede ser declarado un estado de emergencia. Así pues, la Corte determinó que la suspensión de garantías que había decretado el Estado "*sobrepasó la facultad reconocida a los Estados por la Convención*" en su artículo 27º,[67] si bien reconoció y valoró el compromiso del Estado para que el régimen de excepción sea regulado en la próxima Asamblea Constituyente (que, por entonces, estaba por conformarse) a fin de evitar el uso indiscriminado de dicha institución.[68]

Por otro lado, la Corte consideró que el Estado "*debe adecuar su legislación interna en materia de estados de emergencia y suspensión de garantías a la Convención Americana, en particular las disposiciones de la Ley de Seguridad Nacional. Específicamente, tiene que adecuar su legislación en el sentido de que la jurisdicción militar no pueda asumir competencias de la jurisdicción ordinaria, en los términos señalados en*

66 Corte IDH. Caso *Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166.

67 Corte IDH. Caso *Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*, cit., párr. 52.

68 Corte IDH. Caso *Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*, cit., párr. 52.

esta Sentencia".[69] Y en tal sentido, dentro de las reparaciones ordenadas en su sentencia, dispuso lo siguiente:

> *"El Estado debe adoptar todas las medidas legales, administrativas y de otra índole que sean necesarias para evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir en el futuro; en especial, el Estado debe adecuar su legislación interna en materia de estados de emergencia y suspensión de garantías, en particular las disposiciones de la Ley de Seguridad Nacional, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los términos de los párrafos 152 a 154 de la presente Sentencia*".[70]

Sin embargo, si bien el mandato de la sentencia de la Corte parecía limitarse únicamente a la necesidad de modificar la legislación infraconstitucional referida a los estados de emergencia y a la configuración de la jurisdicción militar; la Corte constató posteriormente que, en cumplimiento de su sentencia, el artículo 164º de la nueva Constitución de Ecuador tenía importantes avances en materia de delimitación de los regímenes de excepción: así, por ejemplo, incorporaba los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad y razonabilidad; y por otro lado, obligaba al Presidente de la República a incluir en el decreto respectivo, los derechos que podrán suspenderse o limitarse. Así, a juicio de la Corte, en etapa de supervisión de cumplimiento de la sentencia, concluyó que:

> *"(…) el nuevo orden constitucional trae como consecuencia la expulsión del enunciado jurídico del*

69 Corte IDH. Caso *Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*, cit., párr. 154.

70 Corte IDH. Caso *Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*, cit., punto resolutivo N.º 9.

> *sistema normativo interno, con lo que se suprime la norma violatoria de la Convención. Además, implica que el fuero penal militar ahora carece de competencia para conocer de hechos ocurridos durante un estado de excepción que puedan configurar delitos, así como para juzgar y sancionar a militares y civiles por violaciones a derechos humanos cometidas durante estados de emergencia*".[71]

Más aún, la Corte valoró que si bien el artículo 164º de la nueva Constitución utilizaba algunos conceptos genéricos como "grave conmoción interna" o "calamidad pública", entre las causales para decretar un estado de emergencia, ello no era contrario a la Convención pues "*la evaluación de la adecuación de los aspectos fácticos a tales conceptos indeterminados deberá realizarse en cada caso concreto y no en forma abstracta, en estricto cumplimiento de los mandatos constitucionales y convencionales señalados*".[72]

Por ello, respecto a este extremo de la sentencia, la Corte dio por cumplido el punto resolutivo relacionado a la adopción de adecuación del orden interno, afirmando que "*la obligación estatal de adecuar la legislación interna a las disposiciones convencionales no se limita al texto constitucional, sino que deberá irradiar a todas las disposiciones jurídicas de carácter secundario o reglamentario y traducirse en la efectiva aplicación práctica de los estándares de protección de los derechos humanos en situaciones excepcionales*".[73]

71 Corte IDH. Caso *Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*. Resolución de cumplimiento de sentencia, de 21 de septiembre de 2009, párr. 44.

72 Corte IDH. Caso *Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*. Resolución de cumplimiento de sentencia, de 21 de septiembre de 2009, párr. 45.

73 Corte IDH. Caso *Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*. Resolución de cumplimiento de sentencia, de 21 de septiembre de 2009, párr. 49.

4.6 Caso Castañeda Gutman vs. México[74]

La denuncia que dio origen al caso *Castañeda Gutman vs. México*, estaba referida a la inexistencia de un recurso sencillo y efectivo, en el ordenamiento mexicano, para el reclamo de la constitucionalidad de los derechos políticos y el consecuente impedimento para que el señor Jorge Castañeda Gutman inscribiera su candidatura independiente a la Presidencia de México.[75] En concreto, la Dirección de Partidos Políticos y Financiamiento del Instituto Federal Electoral, había rechazado la inscripción del candidato Castañeda Gutman porque según la legislación interna mexicana, sólo los partidos políticos podían solicitar el registro de candidatos a cargos de elección popular.

Ante dicha negativa, el señor Castañeda Gutman presentó una demanda de amparo, pero el Juzgado Federal resolvió declararlo improcedente, en base a la improcedencia constitucional prevista en el artículo 105, fracción II, párrafo tercero de la Constitución mexicana, la cual establecía que la única vía para cuestionar la constitucionalidad de las leyes electorales es la "acción de inconstitucionalidad". Dicha sentencia fue confirmada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien justificó la cláusula constitucional en el argumento de que "*se busca dar certeza a las reglas que regirán el proceso electoral, a partir del establecimiento*

74 Corte IDH. Caso *Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184

75 Corte IDH. Caso *Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos*, cit., párr. 2.

de un medio de control constitucional denominado Acción de Inconstitucionalidad".[76]

La Corte IDH consideró que no era inconvencional, per se, que el recurso de amparo sea improcedente para el conocimiento de ciertas materias, "*siempre y cuando provea otro recurso de similar naturaleza e igual alcance para aquellos derechos humanos que no sean de conocimiento de la autoridad judicial por medio del amparo*".[77] Por esta razón, el tribunal supranacional se avocó a analizar si el denominado "juicio de protección" era un recurso accesible para la presunta víctima, dado que el amparo resultaba improcedente, y la acción de inconstitucionalidad era un recurso extraordinario limitado en su legitimación activa.

La Corte consideró que el "juicio de protección" no era un recurso accesible, pues el artículo 80º de la Ley de Impugnación Electoral establecía el requisito de que el recurrente de dicho "juicio de protección" haya sido propuesto por un partido político y se le haya negado el registro como candidato.[78] Tampoco consideró la Corte que dicho recurso sea "efectivo", pues la Suprema Corte de Justicia había interpretado, de modo vinculante, que el Tribunal Electoral no podía hacer control difuso de constitucionalidad de las leyes electorales, en el entendido que el único control de constitucionalidad po-

76 Corte IDH. Caso *Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos*, cit., párr. 86.

77 Corte IDH. Caso *Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos*, cit., párr. 92.

78 Corte IDH. Caso *Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos*, cit., párr. 111.

sible de leyes electorales le correspondía a la Suprema Corte de Justicia vía la acción de inconstitucionalidad.[79]

Por todas estas razones, la Corte IDH consideró que el Estado de México había vulnerado el derecho a un recurso accesible y efectivo para la protección de los derechos, pues el amparo no era procedente en materia electoral, la acción de inconstitucionalidad era una acción extraordinaria, y el "juicio de protección" era inaccesible e inefectivo.

Pues bien, en ese contexto, el Estado parte informó a la Corte IDH que se había aprobado una reforma constitucional del artículo 99º de la Constitución, a fin de que a partir de entonces el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación puedan declarar la inaplicación de leyes electorales que contravengan la Constitución Federal, lo que a su vez dejaba sin efecto cualquier criterio de la Suprema Corte de Justicia sobre el particular. La Corte IDH valoró positivamente esta información brindada por el Estado, pero entre sus reparaciones ordenó lo siguiente:

> *"El Estado debe, en un plazo razonable, completar la adecuación de su derecho interno a la Convención, de tal forma que* ***ajuste la legislación secundaria y las normas que reglamentan el juicio de protección de los derechos del ciudadano de acuerdo con lo previsto en la reforma constitucional de 13 de noviembre de 2007****, de manera que mediante dicho recurso se garantice a los ciudadanos de forma efectiva el cuestionamiento de la constitucionalidad de la regulación legal del derecho a ser elegido, en los*

79 Corte IDH. Caso *Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos*, cit., párr. 124.

términos de los párrafos 227 a 231 de la presente Sentencia"[80] [énfasis añadido].

En su última resolución de supervisión, la Corte IDH ha declarado que el Estado de México ha dado cumplimiento total a su obligación de garantizar a los ciudadanos, de forma efectiva, el cuestionamiento de la constitucionalidad de la regulación legal del derecho a ser elegido, según lo ordenado en la sentencia,[81] pues el Estado reformó la Ley de Impugnación Electoral y la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, a fin de que el Tribunal Electoral pueda inaplicar leyes electorales contrarias a la Constitución, entre otros aspectos.

4.7 Caso Radilla Pacheco vs. México[82]

Un último caso en el que podríamos decir que la Corte IDH ha adoptado una suerte de "interpretación convencional de las normas constitucionales", es el caso *Radilla Pacheco vs. México*, y específicamente, un artículo de la Constitución mexicana referido a la justicia militar.

En este caso, entre otros puntos, los representantes de las víctimas solicitaban que se ordene al Estado reformar el artículo 13º de la Constitución de México, que establece las competencias y atribuciones del "fuero de guerra", pues a su juicio, *"[a]unque en principio el artículo pareciera no generar problema alguno, las interpre-*

80 Corte IDH. Caso *Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos*, cit., punto resolutivo Nº 6.

81 Corte IDH. Caso *Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos*. Resolución de cumplimiento de sentencia, de 28 de agosto de 2013, punto resolutivo N.º 1.

82 Corte IDH. Caso *Radilla Pachecho vs Estados Unidos Mexicanos*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209

taciones que de éste se han hecho […] llevan a la necesidad de solicitar su reforma para alcanzar la precisión necesaria que impida que elementos del Ejército mexicano sean juzgados por tribunales militares cuando han cometido violaciones a los derechos humanos".[83]

Sin embargo, la Corte IDH desistió de tal petición de los representantes de las víctimas, pues consideró que:

> "*(…) la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención . En términos prácticos, la* ***interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana***"[84] [subrayado nuestro].

Dicho en otras palabras, para la Corte IDH, no era necesario que el Estado parte reformara el artículo 13º de la Constitución mexicana, sino que los operadores jurídicos debían hacer un "control de convencionalidad" difuso de dicho precepto constitucional, tomando en cuenta no sólo lo que establece la Convención, sino

83 Corte IDH. Caso *Radilla Pachecho vs Estados Unidos Mexicanos*, cit., párr. 337.

84 Corte IDH. Caso *Radilla Pachecho vs Estados Unidos Mexicanos*, cit., párr. 338.

también su interpretación autorizada por la Corte Interamericana. Así pues, la Corte concluyó lo siguiente:

> *"De tal manera, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal, los cuales han sido reiterados en el presente caso*
>
> *Bajo ese entendido, este Tribunal considera que no es necesario ordenar la modificación del contenido normativo que regula el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos".*[85]

Epílogo

Como quiera que el paradigma teórico del control de convencionalidad tiene indudables efectos prácticos en los Estados, cuyo fin es simple y llanamente consolidar una utopía realizable; esto es, legitimar en cada Estado el respeto por los derechos humanos, interesa poner de relieve que esta nueva concepción de entender la tutela y protección de los derechos fundamentales por tribunales jurisdiccionales internacionales ha llevado a la Corte IDH a establecer un *test de convencionalidad*[86] que bien merece tener en cuenta en el control convencional de las normas constitucionales.

85 Corte IDH. Caso *Radilla Pachecho vs Estados Unidos Mexicanos*, cit., párrs. 340 y 341.

86 Aquí tomamos como referencia, el trabajo al alimón de padre e hija: Ernesto Rey Cantor y Ángela Margarita Rey Anaya.

a) El primer presupuesto de orden fáctico es que la Corte debe apreciar si estamos ante un contencioso en el que existe un conflicto normativo entre su *corpus iuris* (el bloque de convencionalidad) frente a las normas internas de un Estado; siendo en este caso la Constitución u otras normas que tiene dicha relevancia (bloque de constitucionalidad).

b) En segundo lugar, se trata de establecer si, al existir dos dimensiones normativas, una de ellas es incompatible frente a otra; siendo aquí el caso anteponer que el parámetro de validez es el bloque de convencionalidad que está por encima de las normas de una Constitución, aun cuando éstas resultan ser la norma fundamental en la estructura jerárquica del orden jurídico del Estado emplazado.

c) En tercer lugar, el conflicto o incompatibilidad debe ser de orden sustantivo; aquí ha de tenerse como referencia que es el bloque de convencionalidad la que se presenta como "*fuente de fuentes*" de un ordenamiento normativo nacional; debiendo entenderse que hay una suerte de fuente material que debe ser objeto de respeto todo el contenido esencial de la protección del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

d) En cuarto lugar, el conflicto normativo que desencadene un control convencional frente a las normas de la Constitución deben ser una "real contradicción *in terminis*"[87] directa entre una cláusula constitucional específica frente a la cláusula convencional y su jurisprudencia convencional.

e) En quinto lugar, anotan Rey Cantor y Ángela Margarita Rey Anaya, debe existir el *escrutinio de adecua-*

87 REY CANTOR, Ernesto y REY ANAYA, Angela Margarita: "Test de convencionalidad", op. cit., p. 240.

ción material que hace la Corte y que consiste en el examen de confrontación normativa de la Constitución frente a la Convención y a la jurisprudencia interamericana *–ecquis conventionnel–*, con el objeto de establecer la incompatibilidad directa (*contradictio in terminis*) de alguna cláusula constitucional con el *ecquis conventionnel*, generando el incumplimiento de obligaciones internacionales específicas (derechos humanos civiles y políticos, arts. 3 a 25) en relación con el incumplimiento de las obligaciones internacionales generales derivadas de los artículos 1.1 y 2º de la Convención.[88]

f) En sexto lugar, para establecer la *contradictio in terminis* de inconvencionalidad, hay que interpretar el bloque de convencionalidad y las cláusulas constitucionales objeto de control. Este aspecto se explicará líneas abajo.

g) En octavo lugar, al declararse una norma constitucional inconvencional, "se configura un hecho internacionalmente ilícito atribuible al Estado parte de la Convención Americana u otros tratados, generando de inmediato la responsabilidad internacional del Estado (*tempus commisi delicti*)"[89] por las violaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos; surge así la obligación de reparar; en este caso, de reformar la Constitución, suprimiendo la cláusula declarada inconvencional.

88 REY CANTOR, Ernesto y REY ANAYA, Angela Margarita: "Test de convencionalidad", op. cit., pp. 240-242.

89 REY CANTOR, Ernesto y REY ANAYA, Angela Margarita: op. cit., p. 241.

Finalmente, en el marco de los roles que cumple la Corte IDH, siguiendo la metodología propuesta por Néstor Pedro Sagüés,[90] existirían dos grandes roles:

a) Un *control o rol represivo*, en donde en este caso, la Corte finalmente ha resuelto declarar determinada cláusula o regla constitucional que es inconvencional, con todo lo que ello supone como fin último: su supresión y reforma en el Estado emplazado; y, por otro lado:
b) Un *control o rol constructivo*, en el que la Corte IDH trata de salvar las normas constitucionales que parecen contravenir o ser opuestas a los principios que irradia el contenido esencial del bloque de convencionalidad.

En este último caso, el rol de la jurisdicción convencional va a significar el uso de diversas técnicas que aquí indica Sagüés:

> "(…) una, de *selección de interpretaciones* (si una norma constitucional admite varias exégesis, se prefieren las compatibles con la Convención y la doctrina de la Corte Interamericana), y otra, de *construcción de interpretaciones* (mediante interpretaciones mutativas por adición, sustracción o mixtas), respecto de las reglas constitucionales, para tornarlas compatibles con las referidas Convención y doctrina de la Corte Interamericana".[91]

90 SAGÜÉS, Néstor Pedro: "Constitución convencionalizada", op. cit., pp. 190-192.

91 SAGÜÉS, Néstor Pedro: "Constitución convencionalizada", op. cit., p. 191.

Más allá de todo este esfuerzo por generar una suerte de fallos atípicos de convencionalidad; esto es, "sentencias convencionales interpretativas", o que en el rol "represivo" la Corte declare inconvencional determinadas cláusulas constitucionales; hoy, el escenario del control internacional o más propiamente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos frente a los derechos fundamentales de las Constitucionales nacionales, la construcción teórica apenas se está dibujando en un periplo imparable de construir las grandes bases por consolidar desde los Tribunales Internacionales, un rol vital en el mundo actual que exige mayores esfuerzos en que se afirme una verdadera vigencia sociológica de los derechos en cada país. Y que en reciprocidad corresponde a los jueces nacionales, asumir una concepción más abierta, menos restrictiva en favor de la tutela de los derechos fundamentales.

En tal perspectiva, el futuro de la jurisdicción interamericana se aquilatará, no tanto por sus fallos, aun cuando sean novedosos y traigan una alquimia sublime de protección de los derechos de nuestras mujeres y hombres de nuestra América morena; sino que el futuro, no cabe duda, se medirá con generar nuevos patrones, arquetipos y modelos de conducta de esa cultura en favor del respeto al prójimo y a sus derechos; sólo con esta concepción arraigada en el quehacer cotidiano de nuestras gentes, y de nuestra autoridades, el control de convencionalidad habrá de menguar para que en cada país los jueces asuman creativamente la interpretación de una constitución convencionalizada.

El desarrollo democrático costarricense a luz del neo constitucionalismo

Maikol J. Andrade Fernández [1]

Sumario. 1. Introducción 2. Democracia formal y democracia sustancial 3. Límites y vínculos de la idea de democracia sustancial 4. El constitucionalismo contemporáneo inmerso en las decisiones de la sala constitucional. Bibliografía.

1. Introducción

La tan conocida oración del discurso de Gettysburg (Pensilvania) el 19 de noviembre de 1863, la más famosa alocución pronunciada por el decimosexto presidente de los Estados Unidos de América, Abraham Lincoln, al mencionar el "***gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo***", acuñado incluso, en el artículo 2º de la Constitución de la V República Francesa, afir-

1 Maikol J. Andrade Fernández, Master en Justicia Constitucional por la Universidad de Costa Rica, Doctorando en Administración, Hacienda y Justicia en el Estado Social de Derecho de la Universidad de Salamanca, España. Letrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Profesor del Curso de Derecho Constitucional Especial: Módulo Derecho Ambiental de la Maestría en Justicia Constitucional de la Universidad de Costa Rica; así como, profesor de los cursos de Derecho Constitucional II y Derecho Administrativo I de la Universidad Federada de Costa Rica, Colegio Santo Tomás de Aquino.

mó, un principio democrático que debería ser tomado hoy en día, como un axioma jurídico-político. Sin embargo, pareciera que la célebre frase que deslumbró al occidente durante tanto tiempo; el idílico pensamiento del republicanismo, se ha tornado, a través de los años, en una oración enigmática y, prácticamente, frase desconocida para las nuevas generaciones. No obstante, esa frase que encierra para muchos el concepto de Estado Democrático, se ha ido moldeando hacia un sistema constitucionalista encuadrado dentro de la forma de gobierno *democrático republicano*.

Pues bien, para hacer una breve reseña histórica, sobre este tema tan amplio, debemos decir que en América Latina, en 200 años de vida independiente, la democracia nació y murió decenas de veces. Mientras se le consagraba en las Constituciones Políticas, se le destruía en la práctica. Guerras, tiranías y breves primaveras componen gran parte de esta historia independiente, durante la cual hasta las violaciones a la democracia fueron hechas en su nombre. América Latina es, probablemente, la región del mundo que más ha reivindicado la democracia en los últimos 2 siglos, aún, para interrumpirla invocando su futura instauración. Los latinoamericanos, que tantas veces vimos cómo se nos negaba o arrebataba la voluntad de ser parte de la construcción de la democracia, somos ahora, finalmente, actores que asumen sus desafíos y desarrollo. Tras 2 décadas de diversas formas de transición, los regímenes democráticos están ampliamente extendidos en América Latina. Hace 25 años, sólo Colombia, Costa Rica y Venezuela eran democráticos. Un cuarto de siglo después, todos nuestros países cumplen con los criterios básicos del régimen democrático, en su dimensión electoral y política, claro con sus excepciones más recientes.

Las libertades que hoy poseemos son un bien invaluable; ésta es una conquista lograda con el impulso,

la lucha y el sufrimiento de millones de seres humanos. Somos testigos del avance más profundo y amplio que la democracia ha tenido desde la independencia de nuestras naciones. Pero lo conquistado no está asegurado. La preservación de la democracia y su expansión no son hechos espontáneos, son construcciones voluntarias, formuladas en proyectos, modeladas por liderazgos e investidas del poder que proviene del apoyo popular. Requieren partidos políticos que construyan opciones sustantivas, un Estado con poder para ejecutarlas y una sociedad capaz de participar en una construcción que exceda los reclamos sectoriales. Una política que omite los problemas centrales, vacía de contenido las opciones ciudadanas; un Estado sin poder transformar el mandato electoral en una expresión de voluntades sin consecuencias, y una sociedad sin participación activa, lleva, tarde o temprano, a una peligrosa autonomía del poder, que dejará de expresar las necesidades de los ciudadanos. Pues, bien y ¿como se ha desarrollado la democracia frente al imperio de la Ley? o bien, ¿como le ha asistido la ley, a la democracia en su proceso de desarrollo? para contestar esta pregunta, debemos decir que en el Estado de Derecho,la premisa mayor es la omnipotencia del legislador como productor de las normas que rigen los destinos de la colectividad. Y es que esta afirmación histórica, que culmina con el pensamiento iuspublicista alemán de la segunda mitad del siglo XIX, sin duda cumple un pasaje fundamental en la historia de las instituciones públicas, ya que su consolidación representa el tránsito definitivo del gobierno de los hombres al gobierno de las leyes. Es decir, que se puede entender la omnipotencia del legislador, en el Estado de Derecho, como una garantía acerca de la posición institucional de poder cuasi constituyente permanente, al no encontrar ninguna "frontera" donde detener su actividad de creador de normas jurídicas, pues la Constitución no contiene ningún límite

en ese sentido. Por eso, en el Estado Constitucional de Derecho, la incursión del neoconstitucionalismo, como se le suele llamar, rompe con la imagen en la que prevalece la **voluntad del legislador**, pues la afirmación de la rigidez constitucional y de los órganos de justicia constitucional significa un redimensionamiento sustancial del poder legislativo, al cual, para decirlo mediante una fórmula simplificadora, se le substrae su carácter de omnipotencia en cuanto a la producción jurídica.

De tal suerte que el legislador, en el Estado Constitucional de Derecho, ya no es omnipotente sino que constituye un poder limitado, 'acotado' como suele decirse. Y no sólo encuentra límites en su acción institucional, sino que encuentra también con dos aspectos de relevancia doctrinal.

Podríamos reseñar un lado negativo, relacionado con los límites que el legislador encuentra en la distinción entre ley constitucional y ley ordinaria (para proteger los principios y valores inscritos en la constitución como aspiraciones colectivas); y otro, positivo, relativo a los vínculos que la misma constitución, en sus principios y valores fundacionales, imponiéndole al legislador mucha tarea por cumplir. La consecuencia, importantísima tanto en el plano de la política, como en el plano del derecho, es que en el nuevo estado de cosas, para dar cuenta de la creación de las normas jurídicas, así como, el concepto de democracia, entendido, tradicionalmente, como un método para tomar decisiones públicas, mediante el principio de la mayoría, ya no es del todo útil. Tal concepto, en efecto, constituye un instrumento para asegurar el gobierno de las leyes emanadas por aquellos que, no pudiendo hoy ejercer la democracia directa como en sus orígenes, son elegidos para ello.

Sin embargo, esta idea de democracia, que podríamos llamar formal (o concepto mínimo de democracia,

como prefieren algunos autores), se resiste a la "muerte" conceptual y "vive" aún en muchas de las reflexiones politológicas y jurídicas; es como si, para quienes sostienen hoy en día esta idea de democracia, no hubiera sucedido nada después de la Segunda Guerra Mundial, en el sentido como aquí se ha expuesto; y, como consecuencia, muchos de ellos siguen inmutables tratando de dar cuenta de una realidad, la toma de decisiones públicas, mediante un instrumental teórico inadecuado.

2. Democracia formal y democracia sustancial

Por lo tanto, uno de los conceptos, mediante los cuales se trata de romper, decididamente, con la noción de democracia mínima –es decir, la formal- es el que ha venido trabajando, desde hace muchos años, el conocido jurista italiano Luigi Ferrajoli, y que subyace a algunas de las consideraciones que aquí expongo. Para Ferrajoli, la democracia es una noción compleja, que incorpora ya sea elementos de naturaleza formal (que corresponden a su noción mínima) ya sea aspectos de naturaleza sustancial. Para llegar a esta noción de democracia, Ferrajoli parte (aparentemente) lejos, del derecho, la intuición de que para una mejor comprensión de las modalidades de ejercicio del poder político, resulta imprescindible considerar las reglas establecidas por las reglas del ordenamiento jurídico.

Ferrajoli sostiene que con el (surgimiento) del Estado moderno se consolida el paradigma del derecho moderno. Por encima del derecho pre moderno, en el que se consideraba válida y vinculante la norma jurídica sólo si correspondía a valores trascendentes de derecho natural. En cambio, con este nuevo paradigma se comienza a afirmar la idea de que la validez de la norma jurídica depende, exclusivamente, de la forma de su producción: del quién y del cómo, y ya no de la corres-

pondencia de su contenido con el contenido del derecho natural. Es decir, se trata del triunfo, no definitivo ni concluyente, del iuspositivismo por sobre el iusnaturalismo, dentro de un proceso histórico.

Esta preponderancia se prolonga alrededor de 2 siglos y contribuye a la formación del Estado de Derecho, a la afirmación plena del principio del gobierno de las leyes y a la consolidación de una idea de democracia como democracia formal, o como democracia mínima, en las palabras de Norberto Bobbio. Pues bien, por otra parte, debo mencionar, que el paradigma del derecho moderno, comienza a entrar en una fase de crisis, que tiene su base teórica en el nunca resuelto problema de la soberanía y en la distinción, introducida por Sieyés (1789; 1795), entre el poder constituyente y el poder constituido. Tal crisis, Ferrajoli la coloca en un momento histórico preciso, en el surgimiento del nazismo y del fascismo, en Alemania e Italia, fenómenos que, en un cierto sentido, dan razón a quienes sostenían que la democracia contiene los gérmenes de su degeneración y de su disolución en un régimen autoritario. Y es que en efecto, en ambos países la transición hacia el autoritarismo, se dio en los márgenes de la democracia formal, es decir, siguiendo contradictoriamente las reglas del Derecho. El resultado, como todos podemos tristemente corroborar, fue la Segunda Guerra Mundial, con millones y millones de víctimas.

De tal suerte, que al haber experimentado de manera dramática los resultados de un ejercicio sin límites de la democracia formal, inmediatamente, después de que la guerra termina, se verifica un nuevo cambio de paradigma en el pensamiento teórico-jurídico y político. En efecto, a partir de ese momento comienza a nacer y a generalizarse, una nueva doctrina constitucional: la doctrina del constitucionalismo rígido y su corolario, el garante o "guardián" de la Constitución como

instrumento de control concentrado de constitucionalidad. Antecedentes de estos dos aspectos de la nueva doctrina ya existían en el Tribunal Constitucional Austriaco de 1920 y en otras experiencias marginales, así como, en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica que, sin embargo, preveía un control difuso de constitucionalidad.

En el nuevo paradigma constitucional, en pocas palabras, el derecho positivo, las leyes producidas por los órganos autorizados para ello, ahora, ya no son tan válidas, claro está, desde el punto de vista de la producción legislativa de la ley. Es decir, que el juicio de vigencia de la ley o del derecho, se encuentra ahora reservando a un juicio de validez, al momento en que se compara su contenido con el contenido de la Constitución: es decir, que el derecho que no corresponda a la Constitución será, entonces un derecho vigente, pero no válido, entendiéndolo por supuesto, hasta tanto no se declare la inconstitucionalidad, por parte de un órgano autorizado para ello –es decir el Tribunal Constitucional–. Es evidente que, a partir de estas consideraciones de orden jurídico, se configura una idea de democracia que, necesariamente, va más allá de la pura consideración de la forma de las decisiones públicas, para afirmar una dimensión sustancial.

La noción ferrajoliana de democracia, en sus primeras formulaciones, parecía oponerse a la definición clásica, por así decirlo, sostenida por autores de diversa proveniencia cultural, según la cual, se entiende por democracia, un método para tomar decisiones públicas mediante el principio de la mayoría y, en particular, al entender de Norberto Bobbio, un método que asegura la participación en este proceso, a la mayor parte de los individuos cuyas vidas recibirán la influencia de tales decisiones: o sea su propuesta de "democracia mínima". Es decir, que si la democracia mínima consis-

te en la forma mediante la cual, se toman las decisiones (quién y cómo), la democracia sustancial se coloca como una propuesta alternativa.

La propuesta definitoria de la democracia, como democracia sustancial que comprende también aspectos formales, nace, entonces, como reflexión, cuya finalidad es la comprensión de los presupuestos e implicaciones que subyacen a los cambios reales que se han verificado en el terreno concreto de la historia jurídica. Si la mayor parte de las Constituciones, nacidas después de la segunda guerra mundial, han asumido los principios del constitucionalismo rígido, ello significa que estamos de frente a un nuevo paradigma que corresponde ya no a un mero Estado de Derecho, donde se asegura la preeminencia del legislador, sino que se determina el Estado Constitucional de Derecho, donde la omnipotencia del legislador se encuentra limitada por la Constitución: en sentido ningún poder es absoluto, pues todos encuentran un límite en los presupuestos de la Constitución Política.

Se puede decir, ahora, que la alternativa clásica entre gobierno de las leyes y gobierno de los hombres, se convierte en una alternativa que se juega dentro del gobierno de las leyes emanadas por el legislador y el gobierno de la Constitución, a través del Neoconstitucionalismo, como producto de la voluntad común, para asegurar la convivencia civil.

3. Límites y vínculos de la idea de democracia sustancial

Podríamos decir que, la finalidad de la democracia sustancial es, ni más ni menos, que evidenciar todos aquellos espacios que la Constitución, que se substraen a la esfera de la política; espacios en donde el poder po-

lítico no debe decidir. Se trata, en primer lugar, de los derechos individuales que no deben ser conculcados mediante la acción pública y, en segundo lugar, de todos aquellos factores que el constituyente decide establecer, como no modificables, o modificables sólo mediante una acción política diferente de la que se resuelve en la creación de la ley ordinaria. De tal suerte, que cuando el poder político "invada" estos ámbitos (**coto vedado**[2]), el Tribunal Constitucional debe establecer el orden, debe subsanar la ruptura, eliminando del sistema las decisiones contrarias a la Constitución: se trata de la función del juez constitucional que Kelsen llamo"legislador negativo".

Por otro lado, el segundo aspecto concierne, a lo que se debe decidir por parte del poder político, en razón, que así lo establece la Constitución, es de todas aquellas disposiciones que las Constituciones, dadas sus características de documentos generales, contienen y que son prescripciones de acciones posteriores, de algo que debe ser, función propia del juez constitucional, al que Kelsen llamó "legislador positivo". Según la visión de la esfera de lo no decidible, toca a un Tribunal Constitucional, ayudado por la ciencia jurídica y la ciencia política, hacer lo posible para que llene la laguna que se origina, cuando el legislador no cumple su cometido, indicándole, inclusive, los instrumentos necesarios para realizarlo –aquí en nuestro país, todavía existe una per-

2 Término acuñado por Ernesto Garzón Valdés. Refleja concretamente, aquel espacio donde no podría negociarse absolutamente nada, y tampoco podría haber disensos por comprender los denominados derechos básicos. Esta vinculación es válida si se acepta que la democracia representativa no significa el «dominio de la mayoría» sino la vigencia del «principio de la mayoría», dentro de un marco de homogeneidad social que permita alentar la esperanza de la autodeterminación individual.

sistente discusión acerca del los limites de la Sala Constitucional frente a la actividad legislativa del Congreso.

Pues bien, es evidente, a todas luces, que la esfera de lo indecidible, corolario del neoconstitucionalismo, generador a su vez de la noción sustancial de la democracia, viene a constituirse como un límite y un vínculo para la acción del legislador, el cual no puede tomar determinadas decisiones, mientras que debe tomar otras, señaladas por la Constitución. Se configura de esta manera, así parece, una cierta tensión, teórica y política, entre los conceptos de Constitución y democracia, pues parecería que tanto al teórico, como al político, no les queda otra alternativa, que tomar partido: o por la Constitución o por los procedimientos democráticos, corriendo el riesgo de que el legislador haga lo que desee, con la Constitución. Por lo que me veo en la obligación de traer a colación la famosa y conocida frase de don Eduardo Ortiz Ortiz, jurista eminente de nuestro país, al señalar que: "prefiero el gobierno de los jueces, a la justicia de los políticos".

Y es que en efecto, el paradigma del neoconstitucionalismo y el concepto de democracia sustancial, que constituye su corolario, conducen, así, a un nuevo momento de crisis del pensamiento político. Se podría casi decir que, en una forma cíclica, se da un paso hacia atrás, a un momento precedente de tensión teórica entre gobierno de las leyes y calificación negativa de la democracia, etapa que había sido sanada mediante la "introducción" de una noción formal (o mínima) de la democracia, en la que se recomponía la fractura. Con la democracia sustancial, concepto que explica de mejor manera lo que ha sucedido en el terreno concreto de la política en nuestro país, el constitucionalismo, ha venido a configurar a lo interno, un fenómeno político, entre Constitución y democracia, entre política y derecho, entre el principio de mayoría y la constitución. Se

podría formular esta tensión con las siguientes preguntas: ¿Por qué el legislador, como legítimo representante del pueblo soberano, debe encontrar límites (negativos y positivos) para su actividad política en la Constitución? ¿Por qué, en otras palabras, debemos seguir la voluntad de los padres de la Constitución?

El Estado Constitucional de Derecho y democracia sustancial, si se configuran como un paso importante, para limitar las posibilidades que el poder político "se degenere" y se convierta en tiranía, pues pareciera que la misma Democracia –como ya lo hemos visto– contiene en su interior los gérmenes de su "autodestrucción", dentro de la representación, claro esta, de los poderes constituidos.

De tal suerte que la tensión entre constitución y democracia, claramente presente en la reflexión actual acerca de los fenómenos políticos que se han suscitado en la palestra política costarricense, se advertía ya en el horizonte, en los albores del Estado moderno, cuando estaba por afirmarse el paradigma del derecho moderno por sobre el del derecho premoderno: es decir, la prevalencia del iuspositivismo sobre el iusnaturalismo. De esta contradicción, en efecto, ya existe huella en autores como Hume, Locke, Paine, Burke, Hobbes, Rouseeau, quienes, como es sabido, proponen soluciones diferentes al problema de cómo crear un sistema político que permanezca en el tiempo, pero que también respete la voluntad de los individuos.

Me es imposible, ahora, profundizar en modo adecuado las relaciones de la soberanía con la Constitución, y, en particular, con el poder político, como se perfilan en el horizonte que hemos venido examinando, pues sería necesaria un espacio mayor que éste. Sin embargo, me limitaré, entonces, a efectuar algunas observaciones que, al mismo tiempo, consideraré como una es-

pecie de conclusión parcial, dentro de un proceso reflexivo como este. ¿En quién reside la soberanía? En el pueblo, se suele responder. Pero el pueblo, en una democracia representativa como la actual, es un concepto demasiado fácil como para considerar cerrada la cuestión con una respuesta tan tajante. Si ya en la democracia antigua, en la participación masiva de los individuos, en su acción, se veía la degeneración del gobierno de todos, el riesgo es aún mayor, cuando de la democracia directa del mundo antiguo, se ha pasado a nuestra democracia representativa, en un contexto donde la "voluntad" del pueblo se ve mediada, personificada, por la voluntad de sus representantes.

La prueba palpable de la conciencia de este riesgo, es la cordura y la cautela con las cuales, se hace uso del recurso directo a la opinión de los individuos. Así, si el pueblo es soberano, lo es a través de sus representantes y si es así, se podría pensar, estos no conocen límites en su acción política, como representantes del pueblo soberano. Podemos decir entonces, que la experiencia histórica nos lo demuestra, que el poder corrompe, en el sentido de que quien lo detenta casi siempre se ve tentado a mantenerlo; y bien sabemos, además, que las reglas formales de la democracia, al establecer quienes decidirán, en ocasiones favorecen un gobierno de los peores, como diría Bovero (en lugar de un gobierno de los mejores). En otras palabras, el pueblo elector a veces se equivoca, haciéndose representar por quienes preferirán sus propios intereses por sobre los intereses de la colectividad.

La pregunta es, entonces, ¿deben existir límites y vínculos para la acción del poder político, representante del pueblo soberano? No poner límites al poder político, por considerarlo como el legítimo representante del poder soberano, resultaría dejar en sus manos el conjunto de reglas fundamentales que garantizan la

vida en común y la Constitución misma como conjunto de reglas del juego de la democracia.

El poder político no es, entonces, soberano porque representa al pueblo soberano; soberana, en todo caso, es la Constitución como pacto, como construcción artificial mediante la cual, el pueblo ha dado forma a las reglas para convivir en modo pacífico. Es posible, sin embargo, que el pueblo se equivoque y/o que sus representantes se vean tentados por mantener el poder, o deliberen contra el interés público. En casos como éstos, el pueblo, la colectividad y, sobre todo, quienes lo representan, deben considerarse como Ulises que, frente a la alternativa entre la perdición por escuchar el canto de las sirenas y no escucharlo, decide, no tanto taparse los oídos sino ponerse en condiciones de oír el canto, ordenando a su tripulación que se cubra los oídos y que lo mantenga atado al mástil hasta que la nave se aleje.

La Constitución, en este sentido, contiene ataduras para todos, las cuales nos impiden hacer lo que deseamos aún cuando, eventualmente, tengamos el poder para hacerlo; pero y en esto consiste su valor, nos pone al reparo de nuestras pasiones circunstanciales, de la tentación de perdernos en la lucha por el poder y de conceder crédito a quienes pretenden representar la voluntad popular del pueblo, entendida como masa.

Afirmando su propia predilección por el gobierno de las leyes y no por el gobierno de los hombres, Norberto Bobbio se pregunta: ¿Qué es la democracia sino un conjunto de reglas (las reglas del juego) para la solución de conflictos sin derrame de sangre, y en qué consiste el buen gobierno democrático sino, sobre todo, en el riguroso respeto de estas reglas?

Nuestra Constitución, es una Constitución Política consolidada, diseña un modelo limitado de organización constitucional del poder y de formación democrática de la voluntad estatal. Un complejo conjunto de reglas y principios, fruto de la fusión entre las ideas de Democracia y Estado Constitucional –el Estado social y democrático de Derecho–, que se asientan sobre la esencial regla de la mayoría y la complementan al tiempo que la equilibran. Debemos recordar constantemente, que la decisión mayoritaria no siempre es razón bastante en la cultura del constitucionalismo. Hacen falta distintos pesos y contrapesos que aseguren la libertad, el Gobierno moderado y representativo, así como, la confianza de los ciudadanos en sus instituciones que son patrimonio inalienable de esa cultura. Y el contrapoder que la justicia constitucional supone respecto de las sucesivas mayorías y en la custodia de los derechos, es parte esencial e indefectible de esto. Una difícil función arbitral y pacificadora o garantista que tanto el legislador como, sobre todo, el Poder Judicial deben comprender colaborando en ella.

Sólo cuando el poder limita al poder de los individuos, se alcanza realmente un espacio de libertad, seguridad y justicia para todos.

4. El constitucionalismo contemporáneo inmerso en las decisiones de la sala constitucional

Bajo los parámetros enunciados en este trabajo, se puede decir, que la Constitución como un orden de valores, constituye lo decisivo y lo novedoso del constitucionalismo contemporáneo o neoconstitucionalismo, pues, precisamente, el carácter axiológico de las constituciones las dota de cualidades materiales o sustan-

ciales que la tornan, prácticamente, omnicomprensivas, en toda operación de creación y aplicación del derecho.

De hecho, en la actualidad, es difícil concebir un problema jurídico que no encuentre alguna orientación, ya sea próxima o remota, en el texto constitucional. Y en la medida en que la Constitución se ha proyectado sobre todo el ordenamiento jurídico, contribuyendo a configurar el orden social en su conjunto, las relaciones entre legislación y jurisdicción se han modificado sustancialmente: el juicio de validez de la ley depende ahora de un juicio de conformidad con la Constitución y, en definitiva, de una cierta interpretación de la misma y de los principios constitucionales por parte de un Tribunal Constitucional.

Entender la Constitución como un orden de valores que ha transformado los ordenamientos jurídicos, con mayor o menor profundización, es consecuencia, finalmente, de la adopción de una determinada teoría acerca de lo que la Constitución es: un orden valorativo donde los elementos estructurales del Estado obedecen a principios sustantivos que se hallan también en la base del sistema de los derechos fundamentales.

En síntesis, el orden de valores, concretizado en cada uno de los derechos fundamentales, es hoy condición, límite o margen de todo acto, estatal o particular, constituyéndose como parámetro de control para aquellos agentes llamados, primeramente, a garantizar el contenido axiológico de las constituciones.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en sus diversas sentencias, ha contribuido con la tendencia de la teoría del neoconstitucionalismo; ejemplo de esto, la resolución No. 2016-001692, dictada a las 11:21 hrs. del 3 de febrero de 2016, mediante la cual, se analizó la inconstitucional-

lidad del **Decreto Ejecutivo No. 39210-MP-S, denominado "Autorización para la Realización de la Técnica de Reproducción Asistida de Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria**", del 10 de setiembre de 2015. En dicho pronunciamiento, el Tribunal Constitucional, estableció que cuando una regulación involucraba aspectos relativos a la vida, dignidad y salud de los seres humanos, únicamente, podría realizarse por medio de ley formal, según lo regulado en el Derecho de la Constitución. Asimismo, mediante la sentencia No. 2014-3715, de las 11:40 hrs. del 14 de marzo de 2014, fecha anterior a la promulgación del decreto impugnado, se había resuelto que era indispensable la promulgación de una ley, en sentido estricto, pues, esa regulación tocaría cuestiones fundamentales, tales como la integridad física, el derecho a la vida de la mujer y los embriones implantados, así como, la dignidad. En este mismo voto, se mencionó lo que había señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva No. 6/86, en la que la República Oriental del Uruguay, consultó sobre el alcance de la expresión "leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En ese momento, se indicó lo siguiente: "*(…) La reserva de ley para todos los actos de intervención en la esfera de la libertad, dentro del constitucionalismo democrático, es un elemento esencial para que los derechos del hombre puedan estar jurídicamente protegidos y existir plenamente en la realidad. Para que los principios de legalidad y reserva de ley constituyan una garantía efectiva de los derechos y libertades de la persona humana, se requiere no sólo su proclamación formal, sino la existencia de un régimen que garantice eficazmente su aplicación y un control adecuado del ejercicio de las competencias de los órganos. (…)*". La anterior sentencia, refleja la esencia misma del neoconstitucionalismo, pues, concede un giro especial al momento de reconocer la materialización intervencionista del Estado, pero, a su

vez, satisface, primordialmente, el cumplimiento de la protección de los derechos fundamentales, a la luz, del derecho convencional.

Otro caso relevante, que introdujo el modelo jurídico del neoconstitucionalismo, fue la resolución No 2013-010404 de las 16:00 hrs. del 31 de julio de 2013, a través de la cual, se resolvió la **acción de inconstitucionalidad promovida por la Defensora de los Habitantes de la República, contra los artículos 98 inciso 6) y 102 inciso e) del Código Penal, en tanto incluían las palabras "homosexualismo" y "prostitución" como parte de los supuestos para poder imponer una medida de seguridad**. Sobre el particular, fue enfática la Sala Constitucional, al señalar que, desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, resultaba del todo improcedente que nuestro ordenamiento jurídico penal autorizara la imposición de una medida de seguridad, a una persona por la sola condición de ser homosexual, toda vez que, a la luz del criterio mayoritario de la doctrina especializada, la homosexualidad no es un padecimiento. Asimismo, puntualizó que dentro de este contexto, mediante la sentencia No. 2007-7128, el Tribunal Constitucional, indicó que la protección del derecho a la identidad sexual de la persona se construía a partir de los siguientes asideros constitucionales: a) el derecho al libre desarrollo de la personalidad; b) el derecho a la protección de la salud como derecho de toda persona a su bienestar general y psicosocial en particular; c) el derecho a la intimidad personal y a la propia imagen así como a la dignidad personal; y d) el derecho a la integridad psicofísica. Según esta perspectiva, existía una obligación incluso por parte de los Poderes Públicos de proteger la dignidad de la persona y su derecho a la personalidad y, como tal, era viable realizar la construcción jurídica del derecho a la "identidad sexual".

Dentro del mismo voto, los magistrados Armijo Sancho, Jinesta Lobo y Hernández Gutiérrez, con redacción del primero, externaron razones adicionales. Manifestaron que era preciso recordar, los alcances de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atalá Riffo vrs. Chile, en la que se prohibió todo tipo de discriminación, por razones de orientación sexual, en el ámbito del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Afirmaron que, a todas luces era evidente que el pronunciamiento vertido por la CIDH en esa oportunidad, en aplicación del conocido control de convencionalidad, justificara un tratamiento distinto de este tipo de asunto. De este modo, en la sentencia de 24 de febrero de 2012, la CIDH realizó un amplio análisis sobre el concepto de discriminación y, específicamente, de discriminación por razones de orientación sexual, y dejando establecido que: "*(…) la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual. (…)* ". La sentencia citada aclaró, además, que: "*(…) 92. En lo que respecta al argumento del Estado de que para la fecha de emisión de la sentencia de la Corte Suprema no habría existido un consenso respecto a la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación, la Corte resalta que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido. El hecho de que ésta pudiera ser materia controver-*

sial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana. (…)".

Finalmente y, a manera de conclusión, se podría extraer de las sentencias enunciadas, que el constitucionalismo contemporáneo responde a las nuevas tendencias del cambio social y político de los pueblos, el multiculturalismo, las relaciones existentes entre sociedades abiertas y plurales, situaciones que reclaman respuestas acordes a los cambios y necesidades de las nuevas sociedades.

Bibliografía

AHUMADA, María Ángeles. Neoconstitucionalismo y Constitucionalismo (A propósito de "Constitucionalización y Neoconstitucionalismo" de Paolo Comanducci) En: Positivismo Jurídico y Neoconstitucionalismo. COMANDUCCI, Paolo, AHUMADA, María Ángeles y GONZALEZ LAGIER, Daniel. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

ALEXY, Robert. La naturaleza de la filosofía del derecho. Trad. Carlos Bernal Pulido. Doxa No. 26 (2003).

ALMOND, Gabriel y VERBA, Sídney. La Cultura Cívica. Estudio sobre la participación política democrática en cinco naciones. Trad. José Belloch Zimmermann. Euramérica S.A., Madrid, 1970.

ALONSO GARCIA, Enrique. La interpretación de la constitución. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

ARAGON, Manuel. Constitución y democracia. Tecnos, Madrid, 1989.

ATIENZA, Manuel. Introducción al derecho. Segunda Edición, Fontamara, México, 2000, págs. 37 - 38.

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos. 2a Edición, Ariel, Barcelona, 2004.

ATRIA, Fernando. La ironía del positivismo jurídico. DOXA 27 (2004).

BARBA SOLANO y otros (Comp.), Transiciones a la democracia en Europa y América Latina, Flacso, México.

BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral. Trad. Santiago Sastre. En, CARBONELL, Miguel (Editor). Neoconstitucionalismo(s), Trotta, Madrid, 2003.

BARRANCO AVILES, María del Carmen. Derechos y decisiones interpretativas. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas – Universidad Carlos III de Madrid - Marcial Pons, Madrid, 2004.

BASTIDA FREIXEDO, Xacobe. Los asuntos de la filosofía del derecho. Doxa 22 (1999).

BERGALLI, Roberto y Resta, Eligio (Editores). La soberanía: un principio que se derrumba. Paidós, Barcelona, 1996.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. Introducción al derecho constitucional comparado. Las "formas de Estado" y las "formas de gobierno". Las Constituciones Modernas. Trad. Héctor Fix-Zamudio. Fondo de Cultura Económica, México, 1996.

BERLIN, Isaiah. Cuatro ensayos sobre la libertad. Trad. Belén Urrutia, Julio Bayón y Natalia Rodríguez Salmones. Primera Edición, Primera Reimpresión, Alianza Editorial, Madrid, 2000,

BOBBIO, Norberto. Contribución a la teoría del derecho. Trad. Alfonso Ruiz Miguel, Fernando Torres Editor, Valencia, 1980.

BÖCKENFORDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el estado de derecho y la democracia. Trad. Rafael Agapito, Trotta, Madrid, 2002.

BONORINO, Pablo Raúl. El imperio de la interpretación. Los fundamentos hermenéuticos de la teoría de Dworkin. IDHBC – Dykinson, Madrid, 2003.

BORRADORI, Giovanna. La filosofía en la época del terror. Diálogos con Jürgen Habermas y Jacques Derrida. Trad. Juan José Botero y Luis Eduardo Hoyos. Taurus, Madrid, 2003.

CALVO GARCÍA, Manuel. Transformaciones del estado y del derecho. Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2005.

CALSAMIGLIA, Albert. El derecho como integridad: Dworkin. Working Paper n.25. Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 1990.

CAMPS, Victoria. El malestar en la vida pública. Grijalbo, Barcelona, 1996. CARBONELL, Miguel (Editor.) Neoconstitucionalismo (s). Trotta, Madrid, 2003.

CARBONELL; Miguel (Editor). Teoría del neoconstitucionalismo. Trotta – Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, Madrid, 2007.

CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (Editores), El canon neoconstitucional. Trotta, Madrid, 2010.

CARDENAS RIVERA, Miguel Eduardo (Coordinador), Modernidad y sociedad política en Colombia. Fescol – IEPRI – Ediciones Foro Nacional por Colombia, Santafé de Bogotá, 1993.

CARDENAS RIVERA, Miguel Eduardo (Coordinador). La construcción del posconflicto en Colombia. Enfoques desde la pluralidad. Fescol – Cerec, Bogotá D.C. 2003.

CARRIO, Genaro. Principios jurídicos y positivismo jurídico. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970.

CASANOVAS, Pompeu y José Juan Moreso. El ámbito de lo jurídico. Lecturas de Pensamiento Jurídico Contemporáneo. Crítica, Barcelona. 1994.

COMANDUCCI, Paolo. Modelos e interpretación de la Constitución. Trad. Manuel Ferrer Muñoz, en: CARBONELL; Miguel (Editor). Teoría del neoconstitucionalismo. Trotta – Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, Madrid, 2007.

COMANDUCCI, Paolo, AHUMADA, María Ángeles y GONZALEZ LAGIER, Daniel. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

CORTÉS RODAS, Francisco y Alfonso Monsalve Solórzano (Editores). Liberalismo y comunitarismo. Derechos humanos y

democracia. Colciencias, Edicions Alfons el Magnanim, Generalitat Valenciana, Valencia, 1996.

CORTINA, Adela. Ética aplicada y democracia radical. Tecnos, Madrid, 1993.

COSSIO DIAZ, José Ramón. Derecho y análisis económico. Fondo de Cultura Económica – Instituto Tecnológico de México, México, 1997.

COURTIS, Christian. Enseñanza jurídica y dogmática en el campo jurídico latinoamericano: apuntes acerca de un debate necesario. En, GARCIA VILLEGAS, Mauricio y RODRIGUEZ, César A. (Eds.). Derecho y Sociedad en América Latina: Un debate sobre los estudios jurídicos críticos. Ilsa – Universidad nacional de Colombia, Bogotá D.C., 2003.

CRUZ, Luís M. La constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos. Editorial Comares, Granada, 2005

DAHL, Robert A. La democracia y sus críticos. Trad. Leandro Wolfson. Segunda Edición. Paidós Ibérica S.A., Segunda Edición, Barcelona, 1993.

DAVID, Rene. Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos. Trad. Pedro Bravo Gala. Aguilar, Madrid, 1968.

DE ASÍS, Rafael. Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento. Marcial Pons, Madrid. 1997.

DE ASÍS, Rafael y otros Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho. Dykinson, Madrid, 2000.

DE LORA DELTORO, Pablo. La interpretación originalista de la constitución. Una Aproximación desde la Filosofía del Derecho. Boletín Oficial del Estado – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

DEL ÁGUILA, Rafael. La senda del mal. Política y razón de Estado. Taurus, Madrid, 2000.

DIAZ, Elías. Estado de Derecho y sociedad democrática. Cuadernos para el Dialogo, Madrid, 1973, p. 13.

DORADO PORRAS, Javier. Iusnaturalismo y positivismo jurídico: Una revisión de los argumentos en defensa del iuspositivismo. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas Universidad Carlos III de Madrid – Dykinson, Madrid, 2004.

DWORKIN, Ronald. La filosofía del derecho. Fondo de Cultura Económica, México, 1980.

EASTON, David. Esquema para el análisis político. Trad. Aníbal C. Leal. Amorrortu Editores, Buenos Aires, 1992.

ENDICOTT, Timothy A. O. La vaguedad en el derecho. Trad. J. Alberto del Real Alcalá y Juan Vega Gómez. Universidad Carlos III de Madrid – Dykinson, Madrid, 2006.

ESCUDERO ALDAY, Rafael. Positivismo y la moral interna del derecho. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

FERNANDEZ, Eusebio. Teoría de la justicia y derechos humanos. Debate, Madrid, 1984.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La jurisdicción constitucional en España, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Santafé de Bogotá, 1999.

FERRAJOLI, Luigi, derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Carlos Bayón Mohíno, Juan Terradillos B. y Rocio Cantero B. Trotta, Madrid, 1985.

FERRERES COMELLA, Víctor. Justicia constitucional y democracia. Segunda Edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

FIORAVANTI, Maurizio. Constitución. De la antigüedad a nuestros días. Trad. E. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2001.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Principios y positivismo jurídico. Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1998.

GARCIA VILLEGAS, Mauricio (Director) normas de papel. La cultura del incumplimiento de reglas. Siglo del Hombre Editores –Dejusticia, Bogotá, 2009.

GARGARELLA, Roberto. La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Ariel, Barcelona, 1996.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Algo más acerca de la relación entre derecho y moral. En, DOXA (8), 1990.

GIDDENS, Anthony. Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas. Trad. Pedro Cifuentes. Taurus, Madrid, 2000,

GONZÁLEZ ORDOVÁS, María José. Ineficacia, anomia y fuentes del derecho. Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" Universidad Carlos III de Madrid – Dykinson, Madrid, 2003.

GONZÁLEZ VICÉN, Felipe. Estudios de Filosofía del Derecho. Universidad de La Laguna, 1979.

GRIMM, Dieter. Constitucionalismo y derechos fundamentales. Trad. Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Marín Trotta, Madrid, 2006.

GRUESO, Delfín Ignacio. Rawls, una hermenéutica pragmática. Editorial Universidad del Valle, Santiago de Cali, 1997.

GUASTINI, Riccardo. Estudios de teoría constitucional. Fontamara, México, 2003.

Teoría e ideología de la interpretación constitucional. Trad. Miguel Carbonell y Pedro Salazar. Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, Trotta, Madrid, 2008.

HÄBERLE, Peter. Teoría de la constitución como ciencia de la cultura. Trad. Emilio Mikunda Franco. Tecnos, Madrid, 2000.

HABERMAS, Jürgen. Teoría de la acción comunicativa. Complementos y estudios previos. Trad. Manuel Jimenez Redondo. Cátedra, Madrid, 1989.

HABERMAS, Jürgen y RAWLS, Jhon. Debate sobre el liberalismo político. Trad. Gerard Vilar Roca, Paidós I.C.E. /U.A.B., Barcelona, 1998.

HART, H. L. A. El concepto de derecho. Trad. Genaro R. Carrió. Segunda Edición, Reimpresión, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.

HELLER, Hermann. La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional. Trad. Mario de la Cueva. Fondo de Cultura Económica – UNAM, Santiago de Chile, 1995.

HERNANDEZ MARIN, Rafael. Las obligaciones básicas de los jueces. Marcial Pons, Madrid, 2006.

HIERRO, Liborio. La eficacia de las normas jurídicas. Ariel, Barcelona, 2003.

HOFMANN, Hasso. Filosofía del derecho y del Estado. Trad. Luis Villar Borda. Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2002

IGLESIAS VILA, Marisa. El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1999.

ITURRALDE SESMA, Victoria. Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

KAUFMANN, Arthur. La filosofía del derecho en la posmodernidad. Temis, Santafé de Bogotá, 1998.

KELSEN, Hans. Teoría general del Estado, Trad. Luis Legaz y Lacambra. Editorial Nacional, México, 1979.

KUHN. Thomas S. La estructura de las revoluciones científicas. Trad. Agustín Contín. Primera Edición, Quinta, Fondo de Cultura Económica, México, 1983.

KYMLICKA, Will. Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías. Trad. Carme Castells Auleda. Paidós, Barcelona. 1996.

LAPORTA, Francisco. Sobre el concepto de derechos humanos. Doxa 4 (1987), LARA, María Pía. La democracia como proyecto de identidad ética. Anthropos –

LIFANTE VIDAL, Isabel. Dos conceptos de discrecionalidad jurídica. DOXA 25 (2002).

LIEVANO AGUIRRE, Indalecio. Los grandes conflictos sociales y económicos de nuestra historia. 2v. 9a Edición, Tercer Mundo Editores, Bogotá D.E., 1980.

LOEWENSTEIN, Carl. Teoría de la constitución. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Ariel, Barcelona, 1979

LOCKE, John. Segundo ensayo sobre gobierno civil. Trad. Amando Lazaro Ros. Primera Edición, Primera reimpresión, Aguilar, Madrid, 1969.

LUHMANN, Niklas. Sistema jurídico y dogmática jurídica. Trad. Ignacio De Otto y Pardo. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997. .

LLANO ALONSO, Fernando H. El formalismo jurídico y la teoría experiencial del derecho. Un estudio iusfilosófico en clave comparativa. Universidad de Sevilla – Tirant Lo Blanch, Sevilla, 2009.

MACCORMICK, Neil. H.L.A. Hart. Traducción y Estudio preliminar de Juan Manuel Pérez Bermejo. Marcial Pons, Madrid.

MARDONES, José María. Filosofía de las ciencias humanas y sociales. Materiales para una fundamentación científica. Anthropos, Barcelona, 1994,

MARMOR, Andrei. Interpretación y teoría del Derecho, Trad. Marcelo Mendoza Hurtado. Gedisa, Barcelona, 2001.

MARIAS, Julián, Biografía de la filosofía, Alianza Editorial, Madrid, 1980.

MEJÍA QUINTANA, Oscar. Justicia y democracia consensual. La Teoría neocontractualista de John Rawls. Siglo del Hombre Editores – Uniandes, Santafé de Bogotá D.C., 1997

MILL, Jhon Stuart. Sobre la libertad. Trad. Manuel de Azcarate. Editorial Sarpe, Madrid, 1984.

MILLER, David y WALZER, Michael (Compiladores). Pluralismo, justicia e igualdad. Trad. Horacio Pons. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1997.

MOUFFE, Chantal. El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical. Trad. Marco Aurelio Galmarini. Paidós, Barcelona, 1999.

NAVARRO, Pablo E. y REDONDO, Maria Cristina (compiladores). La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política. Gedisa, Barcelona, 2002

NEGRI, Antonio. El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad. Trad. Clara Marco. Libertarias/Prodhufi S.A., Madrid, 1994.

NINO, Carlos Santiago. Constructivismo epistemológico: entre Rawls y Habermas. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

OFFE, Klaus. Partidos políticos y nuevos movimientos sociales. Trad. Juan F. Gutierrez-Cortines. Sistema, Madrid, 1992.

PECES-BARBA, Gregorio. Derecho y fuerza. En, AA. VV. Curso de teoría del derecho. Segunda edición, Marcial Pons, Madrid, 2000.

PECES-BARBA, Gregorio, Eusebio Fernández, Rafael de Asís y otros. Historia de los derechos fundamentales. 5 t., Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas – Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 1998.

PECES-BARBA, Gregorio, Rafael de Asís, Carlos Fernández y Ángel Llamas. Curso de derechos fundamentales – Teoría General. 1a Edición, 1a Reimpresión, Universidad Carlos III de Madrid - Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.

PECZENICK, Aleksander y HAGE, Jaap. Conocimiento jurídico, ¿sobre qué? Trad. Ángeles Ródenas. DOXA (22), 1999.

PEÑA FREIRE. Antonio Manuel. La garantía en el estado constitucional de derecho. Trotta, Madrid, 1997.

PÉREZ BALTODANO, Andrés (Editor). Globalización, ciudadanía y política social en América Latina: tensiones y contradicciones. Nueva Sociedad, Caracas, 1997.

PÉREZ BERMEJO, Juan Manuel. Coherencia y sistema jurídico. Marcial Pons, Madrid, 2006.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. El desbordamiento de las fuentes del Derecho. Real Academia sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 1993.

PORRAS NADALES, Antonio J. El Orden comunicativo de la acción política. En, El debate sobre la crisis de la representación política. Tecnos, Madrid, 1996.

POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. Trad. Josep M. Vilajosana. DOXA 21-II (1998).

PRIETO SANCHÍS, Luís. Constitucionalismo y positivismo. Segunda Edición, Fontamara, México, 1999.

PRZEWORSKI, Adam. Democracia y mercado. Trad. Mireia Bofill Abelló Cambridge University Press, Cambridge, 1995

QUIROGA, Hugo, Susana Villavicencio y Patrice Velmeren (Comp.) Filosofías de la ciudadanía. Sujeto político y democracia. 2a Edición, HomoSapiens, Rosario, 2001.

RAWLS, Jhon. Justicia como imparcialidad y otros ensayos. Trad. Miguel Ángel Rodilla Gonzales. , Taurus, Madrid, 1986.

RAZ, Joseph. La autoridad del derecho. Ensayos sobre Derecho y Moral. Trad. Rolando Tamayo Salmorán. Segunda Edición, UNAM, México, 1985.

RECASENS SICHES, Luís. Tratado general de filosofía del derecho. Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 1970.

RIDDALL, J. G. Teoría del derecho. 2a Edición, Gedisa, Barcelona, 2000.

RODRÍGUEZ ADRADOS, Francisco. Historia de la democracia. De Solón hasta nuestros días. Editorial Temas de Hoy, Madrid, 1997.

RODRÍGUEZ, César. La decisión judicial. El debate Hart – Dworkin. Siglo del Hombre Editores – Universidad de los Andes, Santafé de Bogotá, 1997,

RODRIGUEZ-TOUBES, Joaquín. Principios, fines y derechos fundamentales. Universidad Carlos III de Madrid, IDHBC – Dykinson, Madrid, 2002.

RORTY, Richard. Contingencia, ironía y solidaridad. Paidós, Barcelona, 1991. ROUSSEAU, Jean Jacques. El contrato social. Sarpe, Madrid, 1983.

RUBIO CARRACEDO, José. Paradigmas de la política. Del Estado Justo al Estado Legítimo. Anthropos, Barcelona, 1990.

SARTORI, Giovanni. Homo videns. La sociedad teledirigida. Trad. Ana Díaz Soler. Taurus, Madrid, 1998.

SCHMITT, Carl. Teoría de la constitución. Trad. Francisco Ayala. Alianza Editorial, Madrid, 1982.

TAYLOR, Charles. Multiculturalismo y política del reconocimiento. Fondo de Cultura Económica, México, 1992.

TOURAINE, Alain. ¿Qué es la democracia? Trad. Mauro Armiño. Editorial Tiempos de Hoy, Madrid, 1994.

TUGENDHAT, Ernest. Problemas de la ética. Trad. Jorge Vigil Rubio. Crítica, Barcelona, 1991.

URSÚA, José Francisco. Interpretación jurídica: Una propuesta de esquematización de planteamientos. ISONOMÍA 20 (2004).

VALLESPÍN, Fernando. El futuro de la política. Taurus, Madrid, 2000.

VELASCO ARROYO, Juan Carlos. La teoría discursiva del derecho. Sistema Jurídico y democracia en Habermas. Boletín Oficial del Estado – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

VIOLA, Francesco y Giuseppe Zaccaria. Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del Derecho. Trad. Ana Cebeira, Aurelio de Prada y Aurelia Richart. IDHBC Universidad Carlos III de Madrid – Fundación el Monte – Dykinson, Madrid, 2007.

WEBER. Max. Economía y sociedad, Trad. José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Imáz, Eduardo García Maynez y José Ferrater Mora, Segunda Edición, Cuarta reimpresión, Fondo de Cultura Económica, Santafé de Bogotá, 1997.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia. Trad. Marina Gascón. Quinta, Edición, Trotta, Madrid, 2003.

Tendencias actuales y alcances procesales en derechos humanos[1]

Luis Andrés Cucarella Galiana[2]

Sumario. 1. Introducción 2. Crisis del modelo clásico de justicia 3. El Consejo de Europa como institución para el reconocimiento y protección de los derechos humanos 3.1. Origen 4. Notas estructurales del TEDH 4.1. Tribunal permanente 4.2. Jurisdicción supranacional 4.3. Funciones jurisdiccionales declarativas 5. Medidas generales impuestas en sentencia y la tutela indirecta de intereses difusos 5.1. Planteamiento general 5.2. Caso Demicoli contra Malta 5.3. Caso Sejdic et Finci contra Herzegovina 5.4. Caso Zornic contra Bosnia Herzegovina. 6. La sentencia piloto. 6.1. Antecedentes 6.2. Presupuestos 6.3. Aspectos procedimentales relevantes 6.4. Contenido 6.5. Forma 6.6. Publicidad 6.7. Efectos 6.8. Terminación de los procesos afectados por la sentencia piloto 6.9. Análisis de las primeras sentencias pilotos. Bibliografía.

1 El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación número de referencia DER2015-69722-R (MINECO/FEDER).

Ponencia presentada en el Primer Encuentro Iberoamericano de Justicia , 14-15 abril 2018.

2 Luis-Andrés Cucarella Galiana, Profesor Titular de Universidad. Acr. Catedrático de Universidad. Doctor en Derecho por las Universidades de Bolonia (Italia) y Valencia (España). Área de Derecho Procesal. Universitat de València (Estudi General). España. luis.a.cucarella@uv.es. Vicepresidente para Europa de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional.

1. Introducción

En el presente trabajo pretendemos prestar atención a las nuevas vías de tutela colectiva de derechos humanos que se van abriendo paso en el sistema europeo de protección de este tipo de derechos.

En concreto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[3] ha ido evolucionando en su jurisprudencia en lo relativo a la concreción de las medidas generales que pueden imponerse al Estado condenado. Y por otro lado, se ha ido consolidando la figura de las sentencias piloto, con las que pretende darse respuesta a violaciones colectivas de derechos humanos.

No obstante, antes de analizar estos dos mecanismos, creemos interesante hacer referencia al origen y características del sistema europeo de protección de los derechos humanos. Posteriormente, prestaremos atención a los dos supuestos a los que nos hemos referido.

2. Crisis del modelo clásico de Justicia

La II guerra mundial y los hechos y circunstancias que la desencadenaron, provocaron la crisis del modelo clásico de Justicia. Una jurisdicción limitada a las fronteras de los diferentes Estados, se había manifestado claramente insuficiente para dar una respuesta adecuada a las graves violaciones de los derechos humanos que se produjeron, antes y durante el desarrollo del conflicto bélico.

El modelo de Justicia liberal decimonónica se caracterizó por limitar el ámbito de actuación jurisdiccional, a dos esferas: la penal –circunscrita al ámbito territorial

3 A partir de ahora TEDH.

de cada Estado–; y la del Derecho privado. Es decir, el papel de la justicia quedaba limitado a imponer las penas por delito, así como resolver los conflictos de intereses en materia civil o mercantil.[4]

No se concebía que la Administración pública pudiera estar sometida a control jurisdiccional, ni tampoco, se admitía que las disposiciones del parlamento pudieran ser sometidas a control jurisdiccional de constitucionalidad.[5] A ello hay que sumar que los jueces y ma-

4 Esta distribución descansa en la teoría de la división de la teoría de la división de poderes formulada por 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 SÁNCHEZ, R.; BELLIDO PENADÉS, R.; CUCARELLA GALIANA, L A.; MARTÍN PASTOR, J.; ARMENGOT VILAPLANA, A.). Aranzadi, 4ª edición, 2014, pág. 80.

5 Hay que esperar a principios del siglo XX para que tengan lugar las primeras discusiones teóricas sobre los aspectos relativos a control de constitucionalidad de las leyes. En las mismas, encontramos dos posiciones claramente diferenciadas. Véase, SCHMITT, C., *La defensa de la Constitución*. Tecnos, Madrid 1983, págs. 225-250; KELSEN, H., *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*. Universidad Nacional Autónoma de México (TAMAYO Y SALMORÁN, R., traductor), México 2001, págs. 55-56.

gistrados permanecían de espaldas a la protección de los derechos humanos.

El conflicto bélico al que nos referimos, evidenció que el modelo de Justicia que hemos descrito era claramente insuficiente para poder llevar a cabo la reconstrucción jurídica y política de Europa. Y sobre todo, ahora sí, cuando empiezan a introducirse con mayor fuerza los regímenes democráticos en Europa, era preciso reordenar el papel de los diferentes poderes del Estado. En definitiva, se adquiere conciencia de que los jueces no deben permanecer al margen del juego político. Comienza así el largo camino para someter a control jurisdiccional los actos de la Administración pública. Y por otro lado, comienza extenderse el modelo de control jurisdiccional de constitucionalidad que muy tímidamente se había ensayado en el periodo de entreguerras en algunos países como Austria, Checoslovaquia, o España.

Sin embargo, en el ámbito de los derechos humanos, era preciso adquirir conciencia de que pertenece al núcleo duro e irreductible de la labor jurisdiccional, proteger los derechos fundamentales en caso de violación. Y no solo eso, sino que además, era preciso superar los límites territoriales de los Estados. Este planteamiento llevó la concienciación de que era preciso articular algún mecanismo supranacional para la protección de los derechos fundamentales. Se pretendía ir más allá del límite territorial de las fronteras nacionales, para fijar un verdadero mecanismo supranacional de protección de los derechos.[6]

6 Sobre la gestación de este planteamiento, LINDE, E.; ORTEGA, L. I.; SÁNCHEZ MORÓN, M., *El sistema europeo de protección de los derechos humanos. Estudio de la Convención y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (GARCÍA DE ENTE-

3. El Consejo de Europa como institución para el reconocimiento y protección de los derechos humanos

3.1. Origen

En el contexto a que nos referimos, fueron esenciales las labores que se llevaron a cabo para la creación del Consejo de Europa,[7] cuyo Estatuto está hecho en Londres el 5 de mayo de 1949.[8]

El 5 de mayo de 1949, en Londres, tuvo lugar la firma del tratado constitutivo del CE. Son diez los países que lo firmaron: los Reinos de Bélgica, Dinamarca; Países Bajos; Noruega; Suecia y Gran Bretaña e Irlanda del Norte, así como las Repúblicas francesa, irlandesa y el Gran Ducado de Luxemburgo. A día de hoy, son un total de cuarenta y siete países europeos los que forman parte del CE.[9]

RRÍA, E., coordinador). Civitas, Madrid, 1979, págs. 55-64; CASADEVALL J., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*. Tirant lo Blanch, Valencia 2012, págs. 25-26.

7 A partir de ahora CE.

8 A partir de ahora ECE.

9 Así, a los diez a los que nos hemos referido anteriormente, hay que sumar los que siguen: Albania, Armenia, Andorra, Austria, Azerbaiyán, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Chipre, república Checa, Estonia, Finlandia, Georgia, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Latvia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, república de Moldavia, Mónaco, Montenegro, Polonia, Rumanía, Federación Rusa, San Marino, Serbia, República eslovaca, Eslovenia, España, Suiza, Macedonia, Turquía y Ucrania. Tienen la condición de Estados observadores, la Santa Sede, Canadá, México, Estados Unidos de Norteamérica, Israel y Japón.

Como órgano del CE se encuentra el TEDH. Son muchos los aspectos que pueden tratarse de dicho órgano jurisdiccional. Así, por ejemplo, podría ser objeto de estudio los principios sobre la base de los cuales se estructura el proceso seguido ante el mismo,[10] o los aspectos relativos a los medios de impugnación que proceden.[11] Sin embargo, en este trabajo vamos a centrarnos, sobre todo, en los aspectos relativos a las sentencias que emite el Tribunal con el objeto de tutelar colectivamente derechos humanos.

4. Notas estructurales del TEDH

4.1. Tribunal permanente

El hecho de que nos encontremos ante un Tribunal permanente, es un presupuesto esencial para que se respeten las exigencias derivadas del necesario respeto al derecho a un juez ordinario predeterminado por el ordenamiento jurídico. Nótese, por lo tanto, que no se trata de un Tribunal que se crea *ex post facto*, es decir, para el enjuiciamiento de un hecho cuando éste ya se ha producido. Su carácter permanente permite que se trate de un órgano que preexiste a los asuntos que va

10 Sobre los mismos, CUCARELLA GALIANA, L .A., *Principios relativos a las partes y al procedimiento seguido ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Derecho Procesal Constitucional* (VELANDIA CANOSA, E. A., dir.), con otros. Universidad de Santo Tomás. Legis, Colombia 2015, págs. 181-203.

11 Al respecto, CUCARELLA GALIANA, L. A., *Recursos y medios de impugnación contra las resoluciones dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Derecho Procesal Constitucional* (VELANDIA CANOSA, E. A., dir. científico), con otros. VC editores, Legis. Colombia 2014, págs. 739-762.

a juzgar. Nos encontramos, por lo tanto, ante un tribunal que no puede ser considerado como de excepción.

4.2. Jurisdicción supranacional

El TEDH es un órgano que se constituye en el ámbito del CEDH y que por lo tanto, tiene el carácter de supranacional.

4.3. Funciones jurisdiccionales declarativas

De entrada, el hecho de que el CEDH denomine a este órgano como "tribunal", sumado al hecho de que, se refiera a los integrantes del mismo como "jueces", pone de relieve el carácter jurisdiccional del órgano. Ahora bien, no basta con la denominación que se le dé, o las palabras que se utilicen, sino que debemos constatar si al TEDH se le atribuyen verdaderas funciones jurisdiccionales. Para resolver esta cuestión, debe tenerse presente el artículo 32 CEDH que dispone que "la competencia del Tribunal se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y la aplicación del Convenio y de sus Protocolos que le sean sometidas en las condiciones previstas en los arts. 33, 34, 46 y 47". La integración de los citados artículos, evidencia cuáles son las funciones del TEDH. Así, conoce de las demandas que den origen a un proceso declarativo por violación de derechos fundamentales.[12] Dicha demanda puede presentarla cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares "que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes

12 Sobre esta competencia, SÁNCHEZ LEGIDO, A., *La reforma del mecanismo de protección del Convenio europeo de derechos humanos*. Colex 1995, págs. 175-179.

Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos" (art. 34 CEDH[13]).

Se trata efectivamente, de una actuación del TEDH en la que se "juzga" si ha habido una violación de un derecho reconocido en el CEDH o sus protocolos. La actuación del Tribunal es con desinterés objetivo, es decir, actuando por vía de heterotutela, y con eficacia de cosa juzgada, ya que sus decisiones no son revisadas por ninguna otra instancia nacional o supranacional. Es el demandante el que determina subjetivamente el proceso y el que lo dota de objeto. Por lo tanto, cuando el asunto llega al TEDH, éste es ajeno a la cuestión sobre la que juzga. No se trata, por lo tanto, de un órgano administrativo que por vía de autotutela imponga su decisión.[14]

4.4. LA FUNCIÓN DEL TEDH NO SE EXTIENDE A LA ACTIVIDAD EJECUTIVA

Si se presta atención al artículo 46.1 CEDH, se constata que "las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes". Y el apartado 2 añade que "la sentencia definitiva del Tribunal será transmitida

13 Esta disposición añade que "las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho".

14 Existen posiciones doctrinales que sostienen que el TEDH, en ocasiones, acaba actuando como un verdadero tribunal constitucional europeo. En este sentido, RODRÍGUEZ, A., *Integración europea y derechos fundamentales*. Civitas 2001, págs. 121-122; ROLLNERT LIERN, G., *El protocolo nº 11 al Convenio Europeo de los Derechos Humanos y el nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿hacia un Tribunal Constitucional Europeo?* Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadriuque Furió Ceriol, núm. 13, 1995, págs. 239-257.

al Comité de Ministros, que velará por su ejecución". Nótese que el TEDH carece de instrumentos coercitivos para poder exigir, por la fuerza, el cumplimiento de sus decisiones. Es decir, se atribuye al Tribunal la competencia para poder "juzgar", pero no para poder "ejecutar lo juzgado". Es el Comité de Ministros, el que de acuerdo con las funciones que tiene atribuidas, debe velar por la ejecución de las sentencias.[15] Sin embargo, la ejecución forzosa queda en manos del Estado condenado, así como la elección de los medios idóneos para dar cumplimiento a la sentencia, tal y como analizamos más adelante.

5. Medidas generales impuestas en sentencia y la tutela indirecta de intereses difusos

5.1. Planteamiento general

Anteriormente hemos señalado que en la jurisprudencia del TEDH, se deja en manos del Estado condenado la elección del medio particular o general para lograr la *restitutio in integrum*. Curiosamente, este planteamiento también lo encontramos en pronunciamientos en los que el TEDH ha constatado que la violación del derecho humano viene determinada por la aplicación de una norma nacional de rango constitucional. Como en cualquier otro caso en que hay una norma que pro-

15 El art. 46.3 CEDH añade que "cuando el Comité de Ministros considere que la supervisión de la ejecución de una sentencia definitiva resulta obstaculizada por un problema de interpretación de dicha sentencia, podrá remitir el asunto al Tribunal con el objeto de que éste se pronuncie sobre dicho problema de interpretación. La decisión de remisión al Tribunal se tomará por mayoría de dos tercios de los votos de los representantes que tengan derecho a formar parte del Comité".

voca la violación de un derecho, si se constatara dicha situación, lo razonable sería que el TEDH condenara al Estado parte a reformar o derogar dicha disposición normativa. Sin embargo, el TEDH no se ha atrevido a llegar a ese extremo. Es por ello, por lo que el Estado condenado decide libremente si modifica o no su texto constitucional para adecuarlo al CEDH. Desde nuestro punto de vista, ésta es una gravísima carencia del sistema europeo. No entendemos cómo el TEDH solamente puede limitarse condenar por violación, sin que pueda exigir al Estado que modifique su ordenamiento interno.

5.2. CASO DEMICOLI CONTRA MALTA

Este caso lo encontramos en la STEDH de 27 de agosto de 1991.[16] En concreto, Demicoli era el redactor jefe una revista política satírica de Malta. En su día, publicó un artículo satírico contra unos diputados. El artículo 34 de la Constitución de Malta permitía que el Parlamento pudiera juzgar e imponer penas de reclusión y multas a quien ultrajara al Parlamento.

Demicoli fue juzgado ante el Parlamento y se le impuso una pena de multa. El TEDH entendió que se había vulnerado el artículo 6.1 CEDH, al no haber sido juzgado y condenado por un tribunal independiente e imparcial. En este sentido, afirma:

> "En este caso, la Cámara de Representantes ejerció sin duda una función jurisdiccional resolviendo sobre la culpabilidad del demandante. La clave consiste en saber si se cumplió con la exigencia de imparcialidad. A

16 Base de datos Aranzadi Westlaw (a partir de ahora BDAW) TEDH 1991\3.

> efectos del artículo 6.1, ésta se aprecia subjetivamente, basándose en la convicción o el interés personales de un juez concreto en una situación concreta, y objetivamente determinando si ofrece las garantías suficientes para excluir a este respecto toda duda legítima. En la propia materia las apariencias pueden ser importantes, sobre todo en lo penal (ver, entre otras, la Sentencia Hauschildt de 24 mayo 1989 [TEDH 1989, 8], serie A núm. 154, pg. 21, ap. 46-48).
>
> Los dos diputados cuyo comportamiento en el Parlamento criticaba el artículo enjuiciado, y que denunciaron a la Cámara un atentado contra los privilegios (apartado 11 supra), participaron en el procedimiento dirigido contra el acusado, incluida la constatación de culpabilidad y –salvo uno de ellos, que falleció en el intervalo– la fijación de la pena.
>
> Por este motivo, la imparcialidad del órgano de decisión está sujeta a caución y se justifican en la materia los temores del señor Demicoli (Sentencia Hauschildt, previamente citada, serie A núm. 154, pg. 23, ap. 52".

Entre otros aspectos, el demandante solicitó que el TEDH se pronunciarse sobre la necesidad de reformar la Constitución maltesa en relación con los privilegios o prerrogativas del Parlamento. El TEDH, en la línea que hemos señalado más arriba, sostuvo que el CEDH no le permitía realizar dicha condena. Así en el párr. 45 afirma:

> "El demandante solicita al Tribunal que obtenga, con ayuda del Gobierno, el voto en el Parlamento de una resolución revocando las

> que le declararon culpable y condenaron a una multa, la derogación del artículo 11.1k por vía de enmienda a la ordenanza y la supresión, en la Constitución maltesa, de toda referencia a las diligencias por atentado a los privilegios. El Gobierno se opone a ello.
>
> El Tribunal señala que el Convenio no le habilita a admitir esta solicitud. Recuerda que es al Estado a quien corresponde escoger los medios a utilizar en su orden jurídico interno para reparar una situación que ha llevado consigo una violación (ver, mutatis mutandis, la Sentencia Zanghi de 19 febrero 1991 [TEDH 1991, 21], serie A núm. 194-C, pg. 48, ap. 26)".

No obstante, la sentencia, de manera indirecta, acabó provocando una reforma constitucional.[17]

En el tema que nos ocupa, Demicoli era víctima directa de la violación y por ello, tenía legitimación activa para acudir ante el TEDH. Él fue el condenado por el Parlamento maltés y por lo tanto, tenía legitimación

17 Véase en este sentido, CASADEVALL, J., *El Convenio europeo de derechos humanos*..., cit. pág. 115, nota 147.

Consideraciones semejantes podemos hacer si prestamos atención a la sentencia de 28 de octubre de 1998, caso *Çiraklar contra Turquía* (BDAW TEDH 1998\100). Esta sentencia acabó provocando, también de manera indirecta, la reforma de la constitución de Turquía en relación con la composición de los Tribunales de Seguridad del Estado. Se concedió el amparo porque un juez militar juzgó a un civil por haber participado en una manifestación en la vía pública no autorizada previamente y haber hecho uso de la violencia contra las fuerzas del orden.

En doctrina, CASADEVALL, J., *El Convenio europeo de derechos humanos*..., cit. pág. 115, nota 147.

activa para poder presentar la demandada de amparo ante el TEDH. Con su demanda, indirectamente, consiguió que se modificara la Constitución y por lo tanto, se evitaron nuevas violaciones del mismo derecho.

5.3. Caso Sejdic et Finci contra Herzegovina

El caso al que nos referimos lo encontramos en la STEDH (Gran Sala) de 22 de diciembre de 2009,[18] y es un ejemplo en el que el Tribunal declara que un precepto de la Constitución de una nación no cumple con el nivel de protección del CEDH.

En concreto, la demanda ante el TEDH la presentaron el señor Sedjic, de origen romaní, y el señor Finci, de origen judío, contra el Estado de Bosnia-Herzegovina. La demanda se fundamentaba en el hecho de que estas personas, atendida la etnia a la que pertenecían, no podían concurrir a las elecciones de la Cámara de los Pueblos y a las elecciones presidenciales en el país indicado.

La prohibición de intervención tiene su fundamento en la misma Constitución política de Bosnia-Herzegovina. Dicha Constitución establece una clara distinción entre los "pueblos constituyentes" y los "otros" pueblos. En concreto, entre los primeros, se incluyen a las personas que pertenecen al grupo de los bosniacos, al de los croatas o al de los serbios. Los "otros" son los miembros de cualesquiera otras minorías étnicas y personas que declaran que no pertenecen a ningún grupo en particular, por ejemplo, porque han contraído matrimonio con una persona de otro origen étnico, o porque los padres son de origen étnico distin-

18 BDAW TEDH JUR\2009\493814.

to, o por otras razones. Los demandantes pertenecían a dicha categoría de "otros" grupos étnicos.

Para comprender adecuadamente esta distinción y clasificación en grupos étnicos, debe tenerse presente que en la antigua Yugoslavia, la pertenencia a un grupo étnico era decidida por las mismas personas, en virtud de un "sistema de autoclasificación".[19] Como indica el TEDH en los antecedentes del caso, "no se requería el cumplimiento de ningún criterio objetivo, como el conocimiento de una lengua determinada o la pertenencia a una religión concreta. Tampoco se requería la aceptación por los demás miembros del grupo étnico en cuestión". Este sistema de autoclasificación es el que hereda Bosnia-Herzegovina. De esta manera, los demandantes que afirmaban ser de étnica romaní y de etnia judía quedaban excluidos de los grupos constituyentes.

El TEDH reconoce que se buscaba el restablecimiento de la paz en el momento en que se aprueba la texto constitucional como anexo al Acuerdo Marco General para la Paz en Bosnia-Herzegovina (Acuerdo de Paz de Dayton), aprobado en Dayton el 21 de noviembre de 1995[20] (párr. 45[21]).

19 Véase la STEDH, circunstancias del caso, párr. 11.

20 Debe tenerse presente, como subraya el TEDH en el párr. 6 de los hechos de la sentencia, que "la Constitución fue redactada y aprobada sin que se aplicaran los procedimientos que habrían podido conferirle la legitimidad democrática. Negociada y publicada en una lengua extranjera, el inglés, representa el único caso de Constitución que nunca ha sido publicada formalmente en las lenguas oficiales del país en cuestión".

21 "Volviendo al presente caso, el Tribunal señala que para poder concurrir a las elecciones a la Cámara de los Pueblos de Bosnia y Herzegovina es necesario declarar la pertenencia a uno de los «pueblos constituyentes». Los demandantes que manifiestan ser de origen romaní y judío, respectivamente, y que no decla-

Sin embargo, el TEDH considera que la diferencia de trato y la exclusión del sufragio pasivo a los "otros" ciudadanos, supone una clara violación del derecho reconocido en el artículo 14 del CEDH. En la línea de lo que hemos indicado, el TEDH no condenó al Estado a modificar su texto constitucional, sino simplemente, a indemnizar a los demandados.[22] En concreto, 1.000 euros de indemnización en favor del primero de los demandantes, y 20.000 euros, a favor del segundo.[23]

---

ran pertenecer a ningún «pueblo constituyente», carecen pues de esta posibilidad (apartado 11 supra). El Tribunal señala que esta regla de exclusión perseguía al menos un fin globalmente compatible con los objetivos generales del Convenio reflejados en su Preámbulo, el restablecimiento de la paz. Cuando se adoptaron las disposiciones constitucionales enjuiciadas, imperaba en el país un frágil alto el fuego. Las disposiciones en cuestión pretendían poner fin a un conflicto brutal marcado por actos de genocidio y de «depuración étnica». La naturaleza del conflicto era tal que era necesaria la aprobación de los «pueblos constituyentes» (bosníacos, croatas y serbios) para garantizar la paz. Ello explica, sin necesariamente justificarla, la ausencia de representantes de las otras comunidades (especialmente las comunidades romaní y judía locales) en las negociaciones de paz y el deseo de los negociadores de velar por la igualdad efectiva entre los «pueblos constituyentes» en la sociedad post-conflicto".

22 Sobre esta sentencia y su análisis, KUCUKALIC IBRAHIMOVIC, E., *El lugar de "los Otros" en la Constitución de Bosnia y Herzegovina. La representación constitucional de las minorías y sus consecuencias sobre los derechos individuales*, en Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, núms. 67-68, 2009, págs. 135-152.

23 Así, se prestamos atención al fallo de la sentencia podremos ver que el TEDH "1. Decide, por unanimidad, acumular las demandas;

2. Declara admisibles, por mayoría, las quejas principales relativas a la imposibilidad para los demandantes de concurrir a las elecciones a la Cámara de los Pueblos de Bosnia-Herzegovina;

En este caso, de nuevo, la legitimación activa la ostentan determinadas personas que tenían la condición de víctimas directas de una violación. Sin embargo, si

---

3. Declara admisibles, por unanimidad, las quejas principales relativas a la imposibilidad para los demandantes de concurrir a las elecciones presidenciales de Bosnia-Herzegovina;

4. Declara, por unanimidad, admisible el resto de las demandas;

5. Declara, por catorce votos contra tres, que ha habido violación del artículo 14 en relación con el artículo 3 del Protocolo núm. 1, en lo referente a la imposibilidad para los demandantes de concurrir a las elecciones a la Cámara de los Pueblos de Bosnia-Herzegovina;

6. Declara, por unanimidad, que no ha lugar a examinar la misma queja desde el punto de vista del artículo 3 del Protocolo núm. 1 considerado aisladamente o del artículo 1 del Protocolo núm. 12;

7. Declara, por dieciséis votos contra uno, que ha habido violación del artículo 1 del Protocolo núm. 12 en lo referente a la imposibilidad para los demandantes de concurrir a las elecciones presidenciales de Bosnia-Herzegovina;

8. Declara, por unanimidad, que la constatación de violación constituye en sí misma una satisfacción equitativa suficiente por todo el daño moral que pudieran haber sufrido los demandantes.

9. Declara

a) Por dieciséis votos contra uno, que el Estado demandado deberá abonar al primer demandante, dentro del plazo de tres meses, 1.000 EUR (mil euros) en concepto de gastos y costas, cantidad a convertir en marcos convertibles al cambio aplicable en el momento del pago, más las cargas fiscales correspondientes

b) Por quince votos contra dos, que el Estado demandado deberá abonar al segundo demandante, dentro del plazo de tres meses, 20.000 EUR (veinte mil euros) en concepto de gastos y costas, cantidad a convertir en marcos convertibles

el TEDH hubiera condenado al Estado demandado a modificar su Constitución, indirectamente se hubieran protegido los intereses de cualquier otra persona perteneciente a las otras etnias no constituyentes, las cuales, podrían haber concurrido al proceso electoral.

El hecho de que la Constitución política de Bosnia Herzegovina no fuera objeto de modificación para acomodarlo al sistema europeo de protección de los derechos humanos, posibilitó, unos años después, que el TEDH volviera a pronunciarse sobre un asunto semejante, fundado en la misma violación.

5.4. Caso Zornic contra Bosnia Herzegovina

La STEDH de 15 de julio de 2014,[24] evidencia cómo la actuación de un determinado miembro de un grupo o colectivo afectado por una disposición constitucional violatoria de derechos humanos, puede conseguir un pronunciamiento del TEDH que beneficie de manera indirecta a otras personas.

La demanda ante el TEDH que dio origen a esta sentencia, fue presentada por una ciudadana bosnia-herzegovina, que no se adscribió a ninguno de los pueblos constituyentes de dicho país. Por lo tanto, fue excluida

> al cambio aplicable en el momento del pago, más las cargas fiscales correspondientes;
>
> c) Por unanimidad, que estas sumas se verán incrementadas por un interés simple anual equivalente al tipo de interés de la facilidad marginal de los préstamos del Banco central europeo incrementado en tres puntos a partir de la expiración del antedicho plazo de tres meses y hasta el pago;
>
> 10. Rechaza, por unanimidad, el resto de la solicitud de indemnización del segundo demandante".

24 BDAW TEDH\201449.

de la participación en el proceso electoral a la presidencia y a la casa del pueblo. En esta sentencia, el TEDH reconoce que el pronunciamiento que en su día dictó en la sentencia del caso Sejdic y Finci, implicaba que el Estado condenado adoptara medidas que acabaran protegiendo a todas las personas que se encontraban en la misma situación que los demandantes. Así se pronuncia en el párr. 39 de la sentencia:

> "El Tribunal recuerda que el artículo 46 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) , interpretado a la luz del artículo 1, impone al Estado demandado la obligación legal de aplicar, bajo la supervisión del Comité de Ministros, medidas adecuadas generales y/o individuales para garantizar el derecho del demandante que el Tribunal ha considerado violado. Dichas medidas deben ser tomadas también respecto del resto de personas en la situación del demandante, en especial solventando los problemas que han llevado a las conclusiones del Tribunal (véase Scozzari y Giunta contra Italia [GS] [TEDH 2000, 391] , núms. 39221/98 y 41963/98, ap. 249, TEDH 2000 VIII; Karanović contra Bosnia-Herzegovina, núm. 39462/03, ap. 28, 20 de noviembre de 2007 [JUR 2007, 334165]; Čolić y otros contra Bosnia-Herzegovina, núms. 1218/07 y otros, ap. 17, 10 de noviembre de 2009 [JUR 2009, 448860]; Burdov contra Rusia (núm. 2) [JUR 2009, 123], núm. 33509/04, ap. 125, TEDH 2009 ...; y Greens y M.T. contra el Reino Unido [JUR 2010, 382394] , núms. 60041/08 y 60054/08, ap. 106, TEDH 2010 (extractos)".

En el párr. 41 hace referencia a las medidas de ejecución forzosa que deberían haberse adoptado en relación con la anterior sentencia que hubieran evitado que se repitiera una demanda ante el TEDH. En concreto, reconoce, que de acuerdo con lo fijado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, debería haberse procedido a realizar una reforma constitucional en dicho país. Así afirma:

> "Conforme al artículo 46.2, Sejdić y Finci está actualmente bajo la supervisión del Comité de Ministros, quien ha examinado regularmente los desarrollos internos y busca un rápido final a la situación de incumplimiento. Siempre ha considerado que deberían adoptarse una serie de enmiendas a la Constitución de Bosnia-Herzegovina y a la legislación electoral para la ejecución de la presente sentencia. El Comité de Ministros aprobó tres resoluciones provisionales instando a las autoridades de Bosnia-Herzegovina a tomar todas las medidas necesarias para la plena ejecución de esa sentencia mediante la adopción de medidas encaminadas a eliminar la discriminación contra quienes no están afiliados con un pueblo constituyente para poder presentarse a las elecciones a la Casa del Pueblo y a la Presidencia de Bosnia-Herzegovina y establecer la conformidad de su Constitución y de su legislación electoral conforme a los requisitos del Convenio sin más dilación (véase el apartado 12; Ver también las resoluciones núms. 1701(2010), 1725(2010) y 1855(2012) y Recomendación núm. 2025(2013) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa). En su tercera resolución en particu-

> lar el Comité de Ministros hace un llamamiento al Estado demandado "a garantizar inmediatamente que el marco legislativo y constitucional sea conforme con los requisitos del Convenio y que por tanto las elecciones de octubre de 2014 se celebren sin ninguna discriminación contra aquellos ciudadanos que no estén afiliados con ninguno de los "pueblos constituyentes" (véase apartado 12)".

Y con ello, en el párrafo 43 llega a la conclusión de que Bosnia-Herzegovina debe proceder a modificar su constitución política para acomodarla al CEDH. En concreto, afirma:

> "En Sejdić y Finci el Tribunal observó que cuando se establecieron las disposiciones constitucionales impugnadas estaba en vigor un muy frágil alto el fuego y que las disposiciones fueron diseñadas para poner fin a un brutal conflicto marcado por el genocidio y la "limpieza étnica" (véase ibíd., ap. 45). La naturaleza del conflicto era tal que la aprobación de los "pueblos constituyentes" se hacía necesaria para garantizar la paz (ibíd.). No obstante, ahora, más de dieciocho años después del final del trágico conflicto, ya no existiría ninguna razón para el mantenimiento de las controvertidas disposiciones constitucionales. El Tribunal espera que los acuerdos democráticos se realicen sin demora. Habida cuenta de la necesidad de garantizar la efectiva democracia política, el Tribunal considera que ha llegado el momento de un sistema político que proporcione a todos los ciudadanos de Bosnia-Herzegovina el derecho a presentarse a las

> elecciones a la Presidencia y a la Casa del Pueblo de Bosnia-Herzegovina sin discriminación basada en la pertenencia étnica y sin otorgar derechos especiales a los pueblos constituyentes excluyendo a las minorías o a los ciudadanos de Bosnia-Herzegovina".

Nótese que el TEDH no se pronuncia expresamente sobre la obligación del Estado demandado de modificar su Constitución. Sin embargo, puede apreciarse un ligero cambio en su jurisprudencia, pues expresamente indica que es hora de que Bosnia Herzegovina modifique su texto constitucional, habida cuenta de que las circunstancias políticas han cambiado desde el fin de la guerra. Desde nuestro punto de vista, supone un paso adelante en relación con la posibilidad de que una persona directamente afectada por una disposición constitucional, pueda conseguir un pronunciamiento del TEDH que acabe beneficiando a otras personas que potencialmente podrían sufrir una lesión en su derecho.

6. La sentencia piloto

El segundo mecanismo procesal de protección colectiva de derechos humanos es el de la sentencia piloto.

6.1. Antecedentes

El Comité de Ministros, en su sesión de 12 de mayo de 2004 adoptó una resolución en virtud de la cual invitaba al TEDH, cuando conociera de las demandas de amparo, a identificar, cuando fuera posible, el problema estructural subyacente. Esta invitación se efectuó, sobre todo, cuando se tratara de problemas que pudieran dar origen a numerosas demandas, y con el objetivo de ayudar a los Estados parte a buscar una solución adecuada a dicho problema, y su vez, facilitar la labor

de control del cumplimiento, por parte del Comité de Ministros.[25] Un mes después, se dictó la primera sentencia piloto.

En concreto, el artículo 61 RTEDH es el que regula el procedimiento de la sentencia piloto. Pues bien, lo que pretendemos realizar a continuación son los aspectos relativos a los presupuestos para la emisión de este tipo de sentencias, así como al contenido de las mismas.

6.2. Presupuestos

Los presupuestos que son necesarios para que pueda seguirse el procedimiento que conduzca a la emisión de una sentencia piloto, se desprenden del contenido del artículo 61 RTEDH, y son los siguientes:

a) Existencia de un problema estructural o sistémico u otra disfunción similar en el Estado demandado.

Este primer requisito aparece expresado con total claridad en el apartado 1 al que nos hemos referido.[26] Dicho problema puede afectar a su ordenamiento jurídico o práctica judicial o administrativa, por ejemplo. Lo relevante es que esas actuaciones u omisiones generan una violación de alguno de los derechos incluidos en el CEDH o en sus protocolos adicionales.

El TEDH ha entendido que las sentencias piloto se pueden dictar cuando se trata de supuestos de violaciones repetitivas y a gran escala, ocasionadas por "carencias o disfunciones estructurales y sistemáticas en

25 Véase, Casadevall, Josep, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*..., op. cit. p. 115.

26 En doctrina puede verse, Abrisketa Uriarte, Joana, op. cit. pp. 81-83.

el orden jurisdiccional de ciertos Estados".[27] En todo caso, posteriormente analizaremos los dos primeros casos en que se emitió sentencia piloto.

b) Que dicho problema afecte (o pueda afectar) a un colectivo (determinado o no) de personas

Para poder recurrir a este procedimiento, no es preciso que exista una violación masiva en la que concurra necesariamente la nota de ser efectiva o real. Lo importante es que el problema subyacente sea capaz de generar una violación masiva de derechos humanos, sea efectiva o potencial.

En este sentido, las situaciones con las que nos podríamos encontrar son dos. La primera, que se haya presentado una única demanda contra el Estado por una deficiencia estructural que puede ocasionar que acaben presentándose posteriores demandas. En este caso, hay un único supuesto pendiente ante el TEDH y sin embargo, podría emitirse sentencia piloto.[28]

La segunda situación, viene determinada porque en el momento de la emisión de la sentencia piloto, se hayan presentado repetidas demandas contra el mismo Estado, fundadas en una misma deficiencia estructural

27 Casadevall, Josep, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*…, op. cit. p. 116.

28 En este caso, el artículo 61 RTEDH no contempla qué ocurre con las demandas que se presenten con posterioridad a la emisión de la sentencia. Desde nuestro punto de vista, podría adoptarse una solución semejante a la prevista cuando los procesos ya están pendientes en el momento de la emisión de la sentencia piloto. Nos referimos a que dichas demandas sean admitidas a trámite para a continuación, establecer su suspensión con el objeto de que el Estado demandado entre en negociaciones con los demandantes, tomando como referencia las medidas adoptadas en la sentencia piloto.

subyacente. Es decir, existen varios o numerosos procesos pendientes basados en la misma deficiencia estructural o sistémica. Es decir, ya existe una violación masiva de derechos humanos.[29]

c) Que la fundamentación fáctica de las demandas presentadas (o que se puedan presentar) permita identificar la misma deficiencia estructural

Como puede apreciarse, estamos hablando de la existencia de varios procesos pendientes (o que puedan originarse) sobre la base de la misma causa de pedir. Es decir, no estamos refiriéndonos a procesos idénticos, pues la litispendencia impediría su desarrollo. Nos referimos a que haya (o pueda haber) diferentes procesos fundados en el mismo supuesto fáctico: la deficiencia estructural o sistémica que afecte al ordenamiento jurídico o al sistema judicial de un determinado país.

d) Que exista identidad subjetiva, en el lado pasivo de los procesos iniciados (o que puedan iniciarse)

Presupuesto que necesariamente debe concurrir y que está implícito en la concreción de los anteriores, es el que el Estado demandado (efectiva o potencialmente) sea el mismo. La razón es evidente. La deficiencia estructural o sistémica es la que provoca (o puede provocar) que ese Estado viole repetidamente el mismo derecho correspondiente a diversas personas.

29 En este supuesto, la cuestión procesal relevante es la de determinar en qué medida la emisión de la sentencia piloto incide sobre los procesos ya pendientes fundada la pretensión en el mismo tipo de violación. Como analizamos más adelante, esta situación está contemplada expresamente en el artículo 61 RTEDH. En concreto, veremos que lo que se contempla es que dichos procedimientos se suspendan para que el Estado condenado entre en negociaciones con los demandantes.

6.3. Aspectos procedimentales relevantes

a) Inicio

El artículo 61.2 b) RTEDH es claro al indicar que el TEDH puede decidir aplicar el procedimiento que permita la emisión de una sentencia piloto, bien de oficio o a instancia de parte.[30] En este último caso, se contemplan dos posibilidades. La primera, que todas las partes procesales soliciten conjuntamente que se acuerde iniciar un procedimiento que permita la emisión de una sentencia piloto.

La segunda situación, es que la solicitud venga formulada por una sola de las partes. En este sentido, la solicitud puede ser formulada indistintamente por el demandante, o también por el Estado demandado. No es condición sine qua non que todas las partes formulen conjuntamente la solicitud de iniciar este tipo de procedimiento.

b) Audiencia de las partes

El artículo 61.2 a) RTEDH establece que antes de decidir seguir el procedimiento de sentencia piloto, el TEDH debe prestar audiencia a las partes. En relación con esta exigencia, queremos realizar básicamente dos observaciones.

La primera, que este trámite de audiencia debe considerarse necesario en el caso en que el recurso al procedimiento de sentencia piloto se pretenda iniciar de oficio, o a instancia de alguna de las partes. Por el contrario, si todas las partes han presentado de manera conjunta su solicitud de recurrir a este procedimiento, no tiene sentido iniciar el trámite de audiencia.

30 Morte Gómez, Carmen, "El procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", op. cit. p. 921.

El objeto de este trámite de audiencia, es solamente discutir y conocer los argumentos del Tribunal o de la parte contraria, acerca de la concurrencia del prepuesto de la existencia de deficiencia estructural o sistémica en el Estado demandado, así como que la demanda se presta a este procedimiento de sentencia piloto. No es posible discutir sobre cualesquiera otros aspectos distintos a los señalados.

c) Publicidad

El artículo 61.10 RTEDH exige que el inicio del procedimiento que permita lograr una sentencia piloto, deba publicarse en la página web del TEDH.

d) La demanda del procedimiento piloto tendrá un tratamiento prioritario

Este efecto se contempla claramente en el artículo 61.2 c) RTEDH.[31] En concreto, dicho artículo dispone que a dicha demanda deba reservarse un tratamiento prioritario a los efectos de lo que se regula en el artículo 41 RTEDH.[32] Por lo tanto, implica una modificación de los criterios de tratamiento de las demandas que con carácter general hayan sido aprobados por el TEDH.

31 Ibídem, "El procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", op. cit. p. 921.

32 En este sentido, debe tenerse presente que el art. 41 RTEDH regula los aspectos relativos al orden de tratamiento de las demandas. Al respecto, la disposición citada dispone que el orden de examen de las mismas vendrá determinado por el TEDH, atendiendo a la importancia y la urgencia de las cuestiones planteadas. Sin embargo, también se contempla que la Sala o su presidente, pueden derogar dichos criterios y conceder un tratamiento prioritario a una demanda determinada. Pues bien, el art. 61.2 c) RTEDH viene a establecer ese carácter prioritario de la demanda en un procedimiento piloto.

6.4. Contenido

Si atendemos a los apartados 3 y 4 del RTEDH, podemos distinguir dos tipos de contenidos en la sentencia: preceptivos y facultativos.

a) Preceptivo

Con carácter preceptivo, la sentencia piloto debe incluir:

1º) La identificación de la naturaleza del problema estructural o sistémico, o de la disfunción constatado en el ordenamiento jurídico del Estado demandado.

2º) Indicación de las medidas reparatorias que el Estado condenado debe adoptar a nivel interno en aplicación del fallo de la sentencia.

En este sentido, hay que señalar que la sentencia piloto da respuesta a la demanda individual presentada, por lo tanto, debe pronunciarse sobre las medidas particulares que deben adoptarse en favor del demandante. Pero a su vez, fija las medidas de carácter general que habrían evitado que la violación se hubiera producido y que, por lo tanto, pueden evitar que en el futuro puedan producirse nuevas violaciones.[33] En definitiva, el TEDH asume un rol más activo, pudiendo fiscalizar el ordenamiento interno de un Estado.[34]

33 Al respecto, Morte Gómez, Carmen, "El procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", op. cit. p. 921, afirma que en dicha sentencia, el Tribunal "da indicaciones claras al Estado demandado sobre la manera de tratar el problema, para eliminarlo".

También puede verse, Abrisketa Uriarte, Joana, op. cit., pp. 83-85.

34 Así se pronuncia, Ibídem, op. cit. p. 75, al afirmar que las sentencias piloto conllevan "una clara intromisión en su ordenamiento jurídico interno".

Por otro lado, hay que añadir que en el supuesto en que el demandante hubiera solicitado una satisfacción equitativa al amparo del artículo 41 CEDH, el TEDH puede reservarse el análisis de esa cuestión, a la espera del cumplimiento por parte del Estado demandado, de las medidas individuales y generales impuestas en la sentencia. Así se dispone expresamente en el artículo 61.5 RTEDH). Por lo tanto, no habría en este caso, un supuesto de incongruencia omisiva en la sentencia piloto.

b) Facultativo

Con este carácter facultativo, el TEDH puede fijar un plazo para la adopción de las medidas mencionadas anteriormente. La fijación del plazo en concreto depende de la naturaleza de las medida impuestas y de la rapidez con la cual se puede poner remedio al problema estructural a nivel interno (art. 61.4 RTEDH).

6.5. Forma

Desde un punto de vista formal, el artículo 61 RTEDH no contiene especialidad alguna. Por lo tanto, formalmente, las sentencias piloto son idénticas al resto de sentencias que pueda dictar el TEDH.[35]

35 No encontramos en el CEDH una referencia explícita a los requisitos formales que desde un punto de vista general, deben cumplir las sentencias dictadas por el TEDH. No obstante, el artículo 45.2 CEDH recoge que si hubiera votos u opiniones disidentes de algún magistrado, éstas deberán recogerse por separado en la sentencia. En concreto, el artículo citado indica que "si la sentencia no expresa en todo o en parte la opinión unánime de los Jueces, cualquier Juez tendrá derecho a unir a ella su opinión por separado". En este sentido, el art. 74.2 RTEDH dispone que "los jueces que hayan participado en el examen del asunto por parte de una Sala o de la Gran Sala

6.6. Publicidad

a) Reglas generales comunes a cualquier tipo de sentencia

De entrada, son aplicables a este tipo de sentencias, los requisitos de publicidad que se establecen con carácter general para todas las sentencias dictadas por el TEDH. De este modo, la sentencia piloto puede ser leídas en audiencia pública por el presidente de la Sala o por el magistrado en que aquél haya delegado. Para ello, los representantes de las partes deben ser debidamente informados de la fecha de la audiencia. En el caso en que no se lea en audiencia pública, la sentencia debe notificarse a las partes por escrito (art. 77.2 RTEDH).

b) Reglas específicas de las sentencias piloto

Pero como requisitos específicos de publicidad, deben tenerse presentes los que se contemplan en los apartados 9 y 10 del artículo 61 RTEDH.

Por un lado, el TEDH debe comunicar al Comité de Ministros, a la Asamblea Parlamentara, al Secretario General del CE, y al Comisario por los derechos del Hombre del Consejo de Europa, la emisión de cualquier sentencia piloto,[36] o de otra sentencia que sin ser piloto, haya identificado un problema estructural sistémico en un Estado parte del CE (art. 61.9 RTEDH).

---

pueden adjuntar al texto de la sentencia la exposición de su opinión separada, concordante o disidente, o una simple declaración de disentimiento.

Es más completa la regulación de los requisitos formales en el artículo 74.1 RTEDH.

36 Morte Gómez, Carmen, *El procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, op. cit. p. 922.

Por otro lado, la emisión de una sentencia piloto, su ejecución y el cierre del procedimiento, deben publicarse en la página web del TEDH (art. 61.10 RTEDH).

6.7. Efectos

La regulación contenida en el artículo 61 RTEDH, nos permite clasificar los efectos de la sentencia piloto desde dos puntos de vista diferentes.

a) Desde el punto de vista subjetivo. Extensión de los efectos de la sentencia a terceros que no sean parte

Si atendemos a los sujetos que pueden haber sido afectados por la deficiencia estructural del Estado condenado, la emisión de la sentencia piloto no impide que puedan volverse a presentar nuevas demandas contra dicho Estado basadas en esa deficiencia estructural. Mientras siga subsistiendo el fallo estructural o sistémico, se seguirán produciendo nuevas violaciones de derechos.

Ahora bien, si el Estado condenado atiende a las medidas generales impuestas, indirectamente, la sentencia acaba beneficiando a sujetos afectados que no han sido parte en el proceso. Es en este punto en el que se constata, claramente, que la sentencia piloto es un mecanismo que sirve para la protección colectiva de derechos.

b) Desde el punto de vista procesal

El efecto que provoca la emisión de una sentencia piloto, desde el punto de vista procedimental es relevante. Al respecto, el TEDH puede decidir la suspensión de todos los procesos que ya estén pendientes contra el mismo Estado y fundamentados en la misma defi-

ciencia estructural.[37] Así se desprende del artículo 61.6 a) RTDH.

Desde nuestro punto de vista, esta disposición también debe aplicarse por analogía a los casos en que tras la emisión de la sentencia, se presenten nuevas demandas frente al Estado basadas en la misma deficiencia estructural. Entendemos que dichas demandas deben ser admitidas a trámite y provocar por lo tanto el efecto de litispendencia. Pero una vez iniciado el proceso, debe acordase la suspensión del mismo.

En todo caso, la suspensión de estos procedimientos se lleva a cabo a la espera de que el Estado condenado adopte las medidas que se han indicado en la parte dispositiva de la sentencia.

La suspensión debe ser comunicada a las partes de todos los procesos afectados, así como cualquier otra nueva circunstancia relevante que afecte a su causa (art. 61.6 b) RTEDH). No obstante, en cualquier momento, el TEDH puede levantar la suspensión de un determinado procedimiento si fuera necesario por razones de interés de la Justicia (art. 61.6 c) RTEDH).

6.8. Terminación de los procesos afectados por la sentencia piloto

Estos procesos suspendidos pueden acabar de dos maneras, ya sea de manera anormal o normal. Vamos a referirnos separadamente a cada uno de estos supuestos.

37 Morte Gómez, Carmen, "El procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", op. cit. p. 921, se refiere a la posibilidad de "<congelar> el examen de los demás casos similares durante un cierto periodo de tiempo (…)". Véase también, Abrisketa Uriarte, Joana, op. cit. pp. 85-86.

Los procesos terminan de manera anormal, cuando el Estado condenado adopta las medidas necesarias para dar cumplimiento al fallo o parte dispositiva de la sentencia piloto. En ese caso, además, ofrece a los demandantes en cada uno de esos procesos, un arreglo amistoso, que deberá ser fiscalizado por el TEDH. Dichos procesos, por esta vía, terminan de manera anticipada sin que el TEDH tenga que entrar a pronunciarse sobre el fondo del asunto. Sin embargo, como hemos señalado, terminan con la satisfacción del interés particular del demandante. Por lo tanto, el mecanismo de la sentencia piloto, además de permitir extender los efectos de la sentencia a la protección de terceros, permite luchar contra la saturación del Tribunal, a la vez que evita "repetir una y otra vez el mismo mensaje y de atribuir una satisfacción equitativa caso por caso".[38]

Sin embargo, es posible que en relación con un proceso suspendido, o con todos los que han sido objeto de suspensión, se reanude la tramitación procedimental. En estos casos, el proceso terminaría de manera normal, entrando el TEDH a conocer del fondo del asunto.

Al respecto, debe tenerse presente que el TEDH puede decidir la reanudación de la tramitación de un procedimiento suspendido tras la emisión de la sentencia piloto, si hubiera un interés de buena administración de la justicia (art. 61.6 c) RTEDH.

Y por otro lado, se procede a levantar la suspensión de todos los procedimientos afectados por la emisión de la sentencia piloto, cuando el Estado no atiende a

38 Casadevall, Josep, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*…, op. cit. p. 116. Por su parte, Fernández Sola, Natividad., op. cit. pp. 184-185, subraya el problema del colapso del TEDH.

las medidas impuestas en el fallo de la sentencia (art. 61.8 RTEDH).

6.9. Análisis de las primeras sentencias piloto

a) Caso Broniowski contra Polonia

Hemos querido hacer referencia a esta sentencia, en la medida en que fue la primera que revistió el carácter de piloto. Nos referimos a la STEDH de 22 de junio de 2004, caso *Broniowski contra Polonia*.[39] En esta sentencia se analiza la situación en la que se encontraban los propietarios de bienes inmuebles situados a un lado del río Boug, que debieron abandonar sus propiedades en 1944, tras el fin de la II guerra mundial. Esos perjudicados no habían recibido las compensaciones económicas que el Estado se comprometió a darles.[40] En concreto, tras las Conferencias celebradas al fin de la II guerra mundial, Polonia perdió una parte de su territorio, en beneficio de la Unión Soviética (actuales territorios de Ucrania, Bielorrusia y Lituania). Un gran número de personas perdieron sus propiedades en dichos territorios y fueron "repatriadas" en función de los acuerdos que se habían alcanzado.[41]

Esta sentencia recae como consecuencia de la demanda interpuesta por un ciudadano polaco que no había recibido una compensación económica por la propiedad que perdió en su día. Pues bien, la sentencia que nos referimos va más allá del caso individual. En con-

39 BDAW JUR 2004\178964. Sobre esta sentencia puede verse, Morte Gómez Carmen, *Eficacia de las sentencias*…, op. cit. pp. 76-80.

40 Véase, Casadevall, Josep, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*..., op. cit. p. 116.

41 Véase párrs. 11 y 12 de la STEDH.

creto, tiene presente que la situación en la que se encuentra el demandante, es la misma en la que podrían estar cerca de 80.000 personas.[42] Todas ellas no habían presentado aún demanda ante el TEDH. Sin embargo, ya había un gran número de asuntos pendientes ante dicho Tribunal por dicho motivo.

En formación de Gran Sala decide suspender el examen de todas las demás demandas pendientes contra Polonia por la misma causa,[43] a la espera de las decisiones de carácter general que el Estado polaco pueda adoptar a la vista de la sentencia dictada.

Nótese que el TEDH detecta una deficiencia estructural o sistémica en Polonia, determinada por un fallo legislativo y una práctica administrativa. Incluso se pone de manifiesto que los mismos tribunales polacos han reconocido la existencia de este fallo sistémico. A la vista de ello, impone al Estado la obligación de garantizar con medidas jurídicas y administrativas, el reconocimiento del derecho de todos los afectados de la zona del río Boug.

Para que el Estado condenado corrigiera las carencias, el Tribunal concedió a las partes un plazo de seis meses para que lograran un arreglo amistoso.[44] Es decir, se trataba de que en el ese lapso de tiempo, las partes pudieran provocar un fin anticipado de los restantes procesos pendientes, por haber alcanzado un arreglo amistoso.

42 En este sentido, Casadevall, Josep, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*…, op. cit. p. 116, nota 151.

Véase al respecto, párr. 162 de la STEDH.

43 Párr. 198.

44 Casadevall, Josep, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*…, op. cit. p. 117. Véase el párr. 5 del fallo de la STEDH.

Pues bien, en julio de 2005, Polonia aprobó una ley en la que se disponía el mecanismo de compensación a todos los afectados por las tierras abandonas más allá del río Bug. A raíz de esta medida adoptada por Polonia, el TEDH, fue eliminando más de 200 demandas semejantes fundadas en los mismos hechos y que fueron suspendidas tras la emisión de la sentencia piloto.

b) Caso Hutten-Czapska contra Polonia

También resulta interesante la STEDH 22 de febrero de 2005, caso *Hutten-Czapska contra Polonia,*[45] en un supuesto de deficiencias estructurales en el alquiler de viviendas, que podrían estar afectando a 100.000 personas.[46] En concreto, dicha disfunción implicaba que cuando el propietario de un bien lo ponía en alquiler, lo cobrado en concepto de renta arrendaticia, era insuficiente para cubrir "el mantenimiento de los inmuebles" y el pago de "los impuestos exigidos en concepto de propiedad".[47] Es decir, el sistema normativo polaco imponía una serie de restricciones a los derechos de los arrendadores, fijando un límite máximo de cobro de renta, que al ser tan bajo, no permitía cubrir los costes de mantenimiento e impuestos, y por lo tanto, no era posible sacar rendimiento económico de los inmuebles de los que eran propietarios.

Constatada la violación en la sentencia piloto, se suspendieron las demás causas fijando un plazo de seis meses para que las partes llegaran a un arreglo amistoso.

45 BDAW JUR 2005\62008. Sobre esta sentencia, Morte Gómez, Carmen, *Eficacia de las sentencias…*, op. cit. pp. 235-236.

46 Véase, Casadevall, Josep, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos…*, op. cit. p. 117.

47 Ibídem, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos…*, op. cit. p. 117.

A su vez, se impone al Estado la obligación de introducir en su ordenamiento jurídico un mecanismo que garantizara adecuadamente los intereses de los propietarios. Al respecto, señala que deja en manos del Estado condenado la elección de la medida más adecuada para respetar el fallo de la sentencia.

No obstante, hay que señalar que la reforma legal que se ajustó a esta previsión, no tuvo lugar hasta el año 2011. Con dicha ley se permite fijar un precio de alquiler con el que obtener una ganancia suficiente, así como percibir una compensación por las limitaciones existentes hasta ese momento.

Bibliografía

CASADEVALL J., El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia. Tirant lo Blanch, Valencia 2012.

CUCARELLA GALIANA, L. A., Recursos y medios de impugnación contra las resoluciones dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Derecho Procesal Constitucional (VELANDIA CANOSA, E. A., dir. Científico), con otros. VC editores, Legis. Colombia 2014.

Principios relativos a las partes y al procedimiento seguido ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Derecho Procesal Constitucional (VELANDIA CANOSA, E. A., dir.), con otros. Universidad de Santo Tomás. Legis, Colombia 2015.

KELSEN, H., La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional). Universidad Nacional Autónoma de México (TAMAYO Y SALMORÁN, R., traductor), México 2001.

KUCUKALIC IBRAHIMOVIC, E., El lugar de "los Otros" en la Constitución de Bosnia y Herzegovina. La representación constitucional de las minorías y sus consecuencias sobre los derechos individuales, en Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, núms. 67-68, 2009.

LINDE, E.; ORTEGA, L. I.; SÁNCHEZ MORÓN, M., El sistema europeo de protección de los derechos humanos. Estudio de la Convención y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (GARCÍA DE ENTERRÍA, E., coordinador). Civitas, Madrid, 1979.

MONTESQUIEU, C. L., El espíritu de las leyes. Ediciones Istmo 2002.

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, 4ª edición, 2014.

SÁNCHEZ LEGIDO, A., La reforma del mecanismo de protección del Convenio europeo de derechos humanos. Colex 1995.

RODRÍGUEZ, A., Integración europea y derechos fundamentales. Civitas 2001.

ROLLNERT LIERN, G., El protocolo nº11 al Convenio Europeo de los Derechos Humanos y el nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿hacia un Tribunal Constitucional Europeo? Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadriuque Furió Ceriol, núm. 13, 1995.

SCHMITT, C., La defensa de la Constitución. Tecnos, Madrid 1983.

La cláusula abierta o de derechos implícitos del segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución panameña como mecanismo para la protección de los Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

Iris Díaz Cedeño[1]

Sumario. 1. Introducción. 2. El artículo 17 de la Constitución panameña antes de la reforma constitucional de 2004. 3. La cláusula abierta o cláusula de derechos implícitos introducida al artículo 17 de la Constitución con el Acto Legislativo N° 1 de 2004. 4. La labor de la Corte Suprema de Justicia en la determinación del significado del segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución. 5. La protección de los derechos contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Panamá en la Corte Suprema de Justicia, a partir de la cláusula abierta o de derechos implícitos del artículo 17 de la Constitución. 6. Conclusiones. Bibliografía.

1 Estudios de Doctorado en Derecho con énfasis en Derecho procesal por la Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL), México. Profesora de Derecho procesal constitucional del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua; y del Instituto Superior de la Judicatura de Panamá, "Doctor Cesar Augusto Quintero Correa"; Profesora de Derechos Humanos de la Universidad del Istmo (UDI) y Asistente de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

1. Introducción

Como parte de las reformas la Constitución Política de la República de Panamá en el año 2004, se adicionó al artículo 17 de la Constitución un segundo párrafo, contentivo de lo que se conoce doctrinalmente como una cláusula abierta, de derechos implícitos, no enumerados o no listados.

La determinación del significado y relevancia de esta cláusula en la Constitución panameña ha sido un trabajo complejo, debido en gran parte a que el método que se utilizó para llevar a cabo la reforma constitucional que le dio vida, no favoreció la divulgación de su contenido y el Legislador, actuando en función constituyente, poco dijo acerca de los motivos que llevaron a su aprobación. De hecho, las actas parlamentarias sólo registran algunas parcas intervenciones de los entonces Legisladores con relación a este artículo, por lo que la labor de establecer el significado del segundo párrafo del artículo 17 de la Norma Fundamental se ha tenido que llevar a cabo prescindiendo de ellas. Ha sido la Corte Suprema de Justicia la que a través de la jurisprudencia se ha encargado de ir desarrollando el significado y trascendencia de esta disposición.

En este trabajo nos referiremos al significado y relevancia del artículo 17 de la Constitución como mecanismo para la protección de los Derechos Humanos, abordaremos la función de la Corte Suprema de Justicia en la determinación del significado de las normas constitucionales y revisaremos brevemente algunos fallos de la Corte Suprema de Justicia que permiten apreciar cómo la Corte ha utilizado el segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución como mecanismo para la tutela de derechos y garantías que no se encuentran expresamente reconocidos en la Constitución o que lo están de mejor manera en otras normas, como es el

caso de algunos derechos y garantías contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Panamá.

2. El artículo 17 de la Constitución antes de las reformas del 2004

Antes de la reforma constitucional de 2004, la jurisprudencia negaba justiciabilidad directa de muchos de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, restando utilidad a las garantías de tales derechos. Esa posición descansaba, fundamentalmente, en el argumento relativo a que muchas de las normas de la Constitución eran *programáticas*, es decir que no contenían derechos que pudiesen ser exigidos por las personas y no eran susceptible de ser violadas de forma directa.[2]

Una de esas normas que, a pesar de que en algunas épocas se consideró fuente de derechos, en la mayor parte de la historia constitucional panameña no escapó de esa realidad es el artículo 17 de la Constitución el cual sólo podía ser invocado como infringido, vinculándolo a otros derechos que sí eran estimados como *justiciables*. El artículo 17 de la Constitución expresaba lo siguiente:

> Artículo 17. Las autoridades de la República 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 individua-

2 Cfr. Sentencias del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 10 de diciembre de 1993 y de 10 de septiembre de 2008.

> les y sociales y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley.

El autor Sebastián Rodríguez Robles explica que, a inicios de la década de los noventa, la Corte asumió por vía pretoriana la doctrina del bloque de constitucionalidad,[3] según la cual la jurisprudencia de la Corte en materia Constitucional -junto con otros elementos-, formaba parte del bloque de constitucionalidad.[4] Al establecerse en la jurisprudencia el carácter programático del artículo 17 de la Constitución, tal jurisprudencia hacía parte del bloque de constitucionalidad, por lo que dicho criterio permaneció invariable hasta después de ser reformado mediante el Acto Legislativo N° 1 de 2004. De allí que si bien la jurisprudencia de la Corte no siempre negó carácter normativo del artículo 17 de la Constitución, en la época inmediatamente anterior a la reforma constitucional de 2004 puede afirmarse que el artículo 17 de la Norma Fundamental antes citado se consideraba una norma programática, carente de valor normativo. Lo expuesto se corrobora con el fallo del Pleno de *Sentencia 21 de noviembre de 2014* en el cual la Corte indicó lo siguiente:

> "…a propósito del cargo de agravio relacionado con la cita del artículo 17 de la Cons-

3 Según el ex magistrado Arturo Hoyos, "El bloque de constitucionalidad es el conjunto normativo de jerarquía constitucional que la Corte Suprema de Justicia ha empleado para emitir juicio sobre la constitucionalidad de las leyes y de otros actos sujetos al control constitucional".Cfr. HOYOS, Arturo, "La Interpretación Constitucional", Editorial Temis, S.A., Bogotá, 1993, p. 98.

4 Rodríguez Robles, Sebastián, "Algunas Reflexiones sobre la Doctrina del Bloque de la Constitucionalidad en Panamá", "*Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*", Medellín, 1995, pp. 391 -404.

titución Política como norma infringida y el carácter programático que le asigna el Tribunal A Quo, que a partir de los cambios introducidos a la Carta Magna a través del Acto Legislativo N°1 de 2004, dicha norma contiene derechos, al consignar que tantos estos como las garantías reconocidas en la Constitución deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona, y así lo ha determinado esta Magistratura en múltiples pronunciamientos, entre los que se encuentran los emitidos el 19 de enero de 2009, 11 de mayo de 2009, 29 de diciembre de 2009 y 2 de febrero de 2012, fallo este que se cita a continuación, en su parte pertinente: "Antes de las reformas constitucionales de 2004, el artículo 17 de la Constitución Política era considerado una norma de carácter programático y por ende, no susceptible de ser invocada de forma autónoma en una demanda de inconstitucionalidad. Sin embargo, en virtud de tales reformas (Acto Legislativo N°1 de 2004 que adicionó el segundo párrafo al Artículo 17, incorporó el principio de pro libertatis, conllevando una protección extensiva de los derechos fundamentales previstos en los tratados o convenios internacionales de derechos humanos). Esta Corporación de Justicia, ha considerado que la misma puede ser invocada y aplicada directamente con independencia de cualquier otra norma de la Constitución... Por tanto, concluye la Corte que el artículo 17 de la Constitución Política ha sido violentado de forma derivada, específicamente

> la frase "cumplir y hacer cumplir la Constitución y la ley", que mandata una obligación de las autoridades en sus actuaciones." (Fallo de 2 de febrero de 2012 dictado dentro de la demanda de inconstitucionalidad presentada por el Licenciado Julio Berrios Herrera contra la Ley No. 78 de 11 de diciembre de 2009. Mgdo. Harry A. Díaz).[5]

3. La cláusula abierta o cláusula de derechos implícitos introducida al artículo 17 de la Constitución con el Acto Legislativo N° 1 de 2004

Con la reforma a la Constitución Política de la República de Panamá llevada a cabo en el año 2004, se adicionó un segundo párrafo al artículo 17 de la Constitución dejando el contenido de la referida disposición con la siguiente redacción:

> Artículo 17. "Las autoridades de la República 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 inci-

5 Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 21 de noviembre de 2014. Disponible en: http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html Consultado el 3 de julio de 2019.

dan sobre los derechos fundamentales y la dignidad humana".

El segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución antes citado, corresponde a lo que doctrinalmente se conoce como cláusula abierta, cláusula de derechos implícitos, innominados o no enumerados. El magistrado de la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá Jerónimo Mejía Edward, se refiere a ella como una "cláusula abierta" que "...produce importantes efectos normativos, a saber: reconoce la existencia de derechos fundamentales fuera de la Constitución con efectos jurídicos vinculantes, la dignidad humana y los derechos fundamentales, sirven de puntos de conexión con tales derechos fundamentales, le otorga rango constitucional a los derechos humanos reconocidos en los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos y se amplía el marco de protección de los derechos fundamentales o humanos mediante la conformación de un sistema de derechos fundamentales integrado por los derechos humanos internacionalmente reconocidos y los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, entre otros".[6]

Por nuestra parte, entendemos el artículo 17 de la Constitución panameña como una disposición normativa que, en su primer párrafo, establece el deber fundamental que tienen las autoridades de la República de:

a. *Sujetarse al orden jurídico constitucional y legal*, al disponer que "Las autoridades de la República están

6 MEJÍA EDWARD, Jerónimo, *"Estatus de los Derechos Humanos en el Derecho Interno Panameño luego de las Reformas Constitucionales de 2004"*, en "Nuevas Tendencias: Derecho Constitucional y Procesal Constitucional", Sergio Cuarezma Terán (Compilador), Managua, p. 674.

instituidas para...cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley";

b. *Proteger la vida, honra y bienes de las personas bajo su jurisdicción*, lo que se deriva del párrafo primero que expresa: "Las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales dondequiera que se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción...";

c. *Asegurar la efectividad de los derechos individuales y sociales*, al expresar que las autoridades de la República están instituidas para "...asegurar la efectividad de los derechos...individuales y sociales...", y

d. *Asegurar la efectividad de los deberes individuales y sociales*, ya que establece que "Las autoridades de la República están instituidas para asegurar la efectividad de los... deberes individuales y sociales...".

En cuanto al segundo párrafo del artículo 17, podemos precisar que el mismo reconoce:

a) *Que los derechos y garantías que figuran en la Constitución constituyen el mínimo del que goza toda persona*, al precisar que "Los derechos...que consagra esta Constitución deben considerare como mínimos..."

b) *La existencia de otros derechos fundamentales justiciables y de otras garantías fundamentales fuera del texto constitucional,* al expresar que no se excluyen *"...otros..." "...derechos y garantías..." "...que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad humana"*.

c) *La probabilidad de que los derechos fundamentales que consagra la Constitución se encuentren desarrollados de mejor manera en otros instrumentos distintos del texto constitucional*, lo que se infiere de la afirmación que hace en el sentido que "Los derechos y garantías que consagra esta Constitución..." deben considerarse como

"...mínimos y no excluyente de otros que incidan sobre los derechos fundamentales...".

d) *La probabilidad de que existan derechos fundamentales que no figuran en el texto constitucional pero que inciden sobre la dignidad de la persona*, lo que se infiere de la afirmación que hace en el sentido que "Los derechos y garantías que consagra esta Constitución..." deben considerarse como "...mínimos y no excluyente de otros que incidan sobre...la dignidad humana...".

A partir de esta cláusula abierta o de derechos implícitos del segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución es posible plantear la existencia de un bloque constitucional de derechos, del que hacen parte:

a. Los derechos que figuran expresamente en la Constitución;
b. Las garantías que consagra el texto constitucional para la protección de los derechos fundamentales;
c. Las disposiciones que incidan o desarrollen derechos constitucionalmente reconocidos que los tutelen de forma más amplia que el texto constitucional;
d. Los derechos que no figuran en el texto constitucional pero que aparecen regulados en tratados internacionales reconocidos por Panamá y que inciden sobre la dignidad de la persona, y
e. Las garantías que consagran los tratados internacionales de derechos humanos para la protección de los derechos fundamentales, estén o no reconocidos en la Constitución.

Es posible afirmar entonces que la cláusula abierta o de derechos implícitos del segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución vigente, tiene la virtud de *establecer el rasero* de los derechos que deben ser objeto de protección por las autoridades de la República y cuya efectividad esas autoridades tienen el deben de asegu-

rar, y de *fijar los parámetros* que permiten *a las autoridades de la República* determinar cuáles derechos que no figuran en el catálogo constitucional o que están mejor desarrollados en otros instrumentos normativos o en tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Panamá, merecen esa protección y cuya efectividad puede ser exigida por las personas a través de las garantías que dispone la Constitución.

4. La labor de la Corte Suprema de Justicia en la determinación del significado del segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución

En el periodo inmediatamente posterior a la promulgación de la reforma constitucional de 2004, no se reflejan mayores cambios jurisprudenciales a causa de la incorporación del segundo párrafo al artículo 17 de la Constitución, salvo en algunos casos decididos por la Sala Tercera de la Corte Suprema en los que se utilizó el mismo.

En efecto, la jurisprudencia tardó años en reconocer la magnitud del cambio constitucional generado a partir de la incorporación del artículo 17 de la Constitución Nacional[7] y no fue hasta que se dictó la Sentencia de 21 de agosto de 2008 que la Corte Suprema de Justicia comenzó a fijar criterios jurisprudenciales sólidos con relación a la reforma del artículo 17 de la Constitución

7 Es importante precisar que, si bien antes del año 2008 se dieron algunos intentos por aplicar el artículo 17 como fuente de derechos, estos ocurrieron a nivel de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia a través del proceso contencioso de protección de los derechos humanos. Sin embargo, ese planteamiento no logró permear en la mayoría del Pleno de la Corte Suprema que, en la práctica, seguía fallando con los mismos criterios que se utilizaban antes de la reforma constitucional.

Nacional, su significado y relevancia, que han permitido incorporar en sus fallos un enfoque transversal en materia de derechos humanos.

En dicho fallo la Corte interpretó sistemáticamente los artículos 4 y 17 de la Constitución panameña con los artículos 1, 25 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, concluyendo que el artículo 54 de la Constitución –que establece la garantía jurisdiccional subjetiva del amparo de derechos fundamentales– no debía continuar interpretándose de la manera restrictiva, como se hacía hasta ese momento, limitando la procedencia del amparo a un criterio rígido y formalista que impedía examinar a través de esa vía constitucional subjetiva una multiplicidad de actos, que no revestía n la forma de "orden de hacer o de no hacer" según la entendía la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, sino que en atención al contenido del artículo 17 constitucional, el contenido del artículo 54 de la Constitución debía ampliarse adecuándolo al del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. La Corte estimó que dicha ampliación del amparo "...es permitida de manera expresa por el segundo párrafo del citado artículo 17 de la Constitución Nacional, introducido Mediante el Acto Legislativo N° 1 de 2004, cuando dispone que los derechos y garantías reconocidos en la Constitución deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona".[8]

Con ese argumento la Corte, como intérprete autorizada de la Constitución, realizó una construcción jurí-

8 Cfr. Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 21 de agosto de 2008. Disponible en: http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html Consultado el 3 de julio de 2019.

dica, infiriendo que, como quiera que el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que toda persona tienen derecho a un *recurso rápido, sencillo y efectivo que la ampare contra todo tipo de acto susceptible de lesionar sus derechos contenidos en la Constitución, la ley o dicha Convención*, el amparo de derechos fundamentales debe ser capaz de tutelar a las personas contra todo tipo de actos "…de modo que no queden desprotegidos y sin posibilidad de acceder a la jurisdicción constitucional de tutela judicial efectiva, aquellas personas cuyos derechos fundamentales puedan verse afectados por una decisión emanada de algún servidor público que no revista las características específicas de orden de hacer o de no hacer".[9]

En el mismo fallo la Corte habla con propiedad de la existencia de derechos fundamentales que están reconocidos por la Constitución, pero *que se encuentran ampliados y complementados en Convenciones Internacionales sobre derechos humanos*. De este modo comienza a aplicar el segundo párrafo del artículo 17, dejando de considerar dicha disposición como una norma programática.

De lo expresado anteriormente se infiere que al existir el deber de protección y de aseguramiento de los derechos fundamentales, ello implica que éstos tienen eficacia directa y vinculan a todos los poderes públicos. Lo que el primer párrafo del artículo 17 de la Constitución en realidad establece es un deber de proteger y asegurar la eficacia de los derechos Fundamentales.

Posteriormente, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el alcance de la cláusula abierta del artículo 17, párrafo 2 de la Constitución y su utilidad como mecanismo efectivo

9 Idem.

para lograr la vigencia de derechos implícitos, consagrados en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. En este orden de ideas, son de interés las Sentencias de 9 de noviembre y 17 de noviembre de 2015, en las cuales precisó lo siguiente:

> "...Sobre el artículo 17 de la Constitución Política, es necesario puntualizar que no sólo establece la obligación que tienen las autoridades de proteger en su vida, honra y bienes a quienes se encuentren bajo su jurisdicción, sino el deber que tienen las autoridades de sujetarse al orden jurídico (constitucional y legal) y de asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales. Se trata de un precepto de contenido normativo y, por ende, no requiere de un desarrollo ulterior para tener eficacia, tal y como lo corrobora el hecho de que en el texto no se aprecia ninguna cláusula de reserva legal; además es bueno señalar que luego de las reformas a la Constitución Política, mediante acto legislativo de 2004, dicha norma sufrió una reforma al establecer el último párrafo que los derechos y garantías que la Constitución consagra, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que inciden sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona, **con lo cual el marco de interpretación de este órgano guardián de la Constitución debe ser orientado en ese querer del Constituyente panameño, que atinadamente incorpora en esa reforma el concepto de dignidad humana, que a su vez debe ser asegurada por el administrador**

de justicia al garantizar el debido proceso como derecho fundamental…

…Es decir, que nos encontramos ante una genuina garantía que asegura y afianza la efectividad, vigencia, prevalencia y aplicación preferente del contenido de los derechos fundamentales en todas las actuaciones públicas; de lo que se desprenden una serie de obligaciones predicables a las autoridades y servidores públicos, entre los cuales se encuentran la sujeción al orden jurídico constitucional y legal, desprendiéndose de todo lo expuesto que la Dirección General de Ingresos cumplió con lo dispuesto en la normativa fiscal vigente y atendiendo a la situación contributiva del amparista emitió la resolución objeto de amparo...".[10]

"...El artículo 17 de la Constitución Política de la República, consagra el derecho de los nacionales donde quiera que se encuentren y de los extranjeros que estén bajo la jurisdicción de las Autoridades panameñas, a que éstas los protejan en su vida, honra y bienes, que se les asegure la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, así como el cumplir y hacer cumplir la Constitución y la ley. En otras palabras, es la garantía de efectividad inmediata, vigencia, prevalencia y aplicación de todos los derechos fundamentales, de donde se desprenden una serie de obligaciones predica-

10 Cfr. Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 9 de noviembre de 2015. Disponible en: http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html Consultado el 3 de julio de 2019.

bles a las Autoridades y servidores públicos que involucra la sujeción al orden jurídico constitucional y legal.

El artículo 17 constitucional al precisar el ámbito de actuación de las Autoridades públicas, así como sus respectivas responsabilidades, le impone la obligación de cumplir y hacer cumplir la ley y la Constitución, asimismo esta disposición de la Carta Magna, como se indicó, contiene la garantía de efectividad inmediata de todos los derechos fundamentales como fuente de validación de la actividad social, cuya eficacia y alcance se potencia en todas las funciones públicas.

Es decir, que nos encontramos ante una genuina garantía que asegura y afianza la efectividad, vigencia, prevalencia y aplicación preferente del contenido de los derechos fundamentales en todas las actuaciones públicas; de lo que se desprenden una serie de obligaciones predicables a las Autoridades y servidores públicos, entre los cuales se encuentran la sujeción al orden jurídico constitucional y legal…"[11]

11 Cfr. Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 13 de abril de 2018 Disponible en: http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html Consultado el 3 de julio de 2019.

5. La protección de los derechos contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Panamá en la Corte Suprema de Justicia, a partir de la cláusula abierta o de derechos implícitos del artículo 17 de la Constitución

El gran reto que presentan las cláusulas abiertas o de derechos implícitos radica en que esos derechos y garantías *implícitos* tienen que ir develándose a través de la jurisprudencia, frente a cada caso concreto, de suerte que es el intérprete constitucional quien tiene el deber de integrar esos derechos a los ya existentes.

La República de Panamá es signataria de la Convención Americana de Derechos Humanos y por ello, uno de los mayores desafíos actuales de nuestras autoridades –incluidas las judiciales– consiste incorporar los estándares convencionales conciliándolos, en lo posible, con la Constitución vigente. Para ello ha sido de gran utilidad la cláusula abierta del segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución. Y es que a pesar de no contar con una cláusula que obligue a los funcionarios del Estado a aplicar directamente los tratados internacionales en materia de derechos humanos vigentes y ratificados por Panamá –como ocurre en otros países–, la Corte Suprema ha hecho uso del artículo 17 de la Constitución para favorecer un trabajo integrador del derecho internacional de los derechos humanos que ha permitido importantes avances jurisprudenciales en materia de protección, reconocimiento y restauración de los derechos humanos que cuentan con una protección más amplia en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Panamá que en la Constitución vigente. Veamos algunos ejemplos:

En la *Sentencia de 29 de abril de 2010,*[12] la Corte favoreció el derecho de acceso a la justicia de las personas contra actos que han sido dictados por personas que no son funcionarios públicos, pero que brindan un servicio público. Para comprender las implicaciones de este fallo, es importante precisar que antes del año 2008, la jurisprudencia de la Corte negaba la posibilidad de recurrir en amparo ante la justicia constitucional, actos que no emanaran de servidores públicos. En este caso, la Corte examinó un amparo contra una Resolución de la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A. que es una sociedad anónima de capital mixto, dedicada a la prestación del servicio público de transmisión de electricidad, debido a que fue dictado "…por la entidad prestataria del servicio público de electricidad...". Este precedente rompió un esquema de negación reiterada de procedibilidad de acciones de amparo contra actos de particulares y, si bien no se reconoce aún que proceda el amparo contra actos de particulares, sí se permite ejercitar este mecanismo de tutela de los derechos humanos contra particulares que prestan servicios que la Constitución determina que son *públicos*.

Otro caso que merece ser comentado, es el decidido mediante la *Sentencia de amparo de 4 de julio de 2012*.[13] En esta ocasión, la Corte revocó una sentencia que había dictado una condena penal contra una periodista. La particularidad de este caso está en que en que la Corte entró a examinar la valoración efectuada por el Tribunal demandado, por considerar que dicha Resolución

12 Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de 29 de abril de 2010. Disponible en: http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html Consultado el 3 de julio de 2019.

13 Sentencia del Pleno de 4 de julio de 2012. Disponible en: http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html Consultado el 3 de julio de 2019.

Judicial infringía el estándar convencional relativo al artículo 13.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre Libertad de Expresión. En este caso, la Corte compartió el criterio utilizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica que guarda relación a las expresiones relativas a funcionarios públicos, a políticos y a particulares que ejercen funciones públicas o que desarrollen actividades sometidas al escrutinio público, por la opinión pública que se forma en virtud de sus actuaciones.

De igual modo, en las *Sentencias del Pleno de 11 de octubre de 2011,*[14] *24 de enero de 2012*[15] *y 12 de diciembre de 2013,*[16] la Corte tuteló a través del amparo, los derechos de las personas con necesidades especiales o que padecen discapacidad, a partir de la aplicación del segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución y reconoció que las personas con necesidades especiales tienen derecho a estabilidad laboral reforzada. En la Sentencia de 12 de diciembre de 2013 la Corte ordenó la restitución a su puesto de trabajo en una entidad estatal al amparista (padre de una menor discapacitada) reconociendo que su destitución sin un proceso debido afectaba su derecho fundamental al debido proceso y al trabajo y su dignidad humana, al impedirle suplir adecuadamente las necesidades de alimento, educación y

14 Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 11 de octubre de 2011. Disponible en: http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html Consultado el 3 de julio de 2019.

15 Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 24 de enero de 2012. Disponible en: http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html Consultado el 3 de julio de 2019.

16 Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 12 de diciembre de 2013. Disponible en: http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html Consultado el 3 de julio de 2019.

salud de su hija discapacitada. Esta estabilidad reforzada fue extendida a los tutores o curadores de personas que padecen una discapacidad mediante la *Sentencia de 18 de julio de 2016*.[17] En algunos de estos casos, la Corte Suprema flexibilizó –incluso– los requisitos formales del amparo y privilegió el derecho de acceso a la justicia de las personas con necesidades especiales o con alguna discapacidad. En este orden de ideas, la Corte ha accedido a la práctica oficiosa de pruebas y evaluaciones médicas, a fin de descartar la existencia de una discapacidad, argumentando que se trata de personas que alegan encontrarse en un estado de vulnerabilidad que los hace sujetos de una protección especial y que obliga a las autoridades de la República a protegerlos y garantizarles sus derechos.

En materia de protección de los derechos de la mujer, vale la pena citar la *Sentencia de 13 de noviembre de 2009*, mediante la cual la Corte reconoció la posibilidad de aplicación directa de la Convención de Belem Do Para "Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer", con sustento en lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 17 del texto constitucional.[18]

De igual modo, son evidentes los avances en la materia de protección de intereses colectivos y derechos difusos. Así por ejemplo, en la *Sentencia de 17 de no-*

17 Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 18 de julio de 2016. Disponible en: http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html Consultado el 3 de julio de 2019.

18 Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia del 13 de noviembre de 2009. Disponible en: http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html Consultado el 3 de julio de 2019.

viembre de 2010,[19] la Corte puntualizó que la tutela de los intereses o derechos colectivos puede ser reclamada legítimamente por cualquiera de los miembros del grupo al que pertenecen, criterio que fue reiterado en la *Sentencia de 12 de julio de 2011*.[20]

La tutela del medio ambiente ha sido igualmente objeto de múltiples pronunciamientos por parte de la Corte Suprema de Justicia, que desde la *Sentencia de 24 de febrero de 2010,*[21] aplicó una norma de la Declaración de Río, que consagra el principio de precaución como fundamento para revocar un acto que autorizaba la colocación de antenas de celulares en una zona residencial, tutelando los derechos a la protección del ambiente y a la salud pública. La Corte calificó de "...prioritaria y urgente la aplicación del principio de precaución en aquellos casos en los que la salud pública y el ambiente se encuentren amenazados...". Este un caso en donde claramente se aprecia el reconocimiento de un derecho que no está consagrado en la Constitución, lo cual ocurre a través de la aplicación del artículo 17 de la Constitución.

De igual modo, en la *Sentencia del 25 de mayo de 2017,*[22] la Corte Suprema reconoció el derecho al agua,

19 Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 17 de noviembre de 2010. Disponible en: http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html Consultado el 3 de julio de 2019.

20 Sentencia del pleno de la Corte suprema de Justicia de 12 de julio de 2011. Disponible en: http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html Consultado el 3 de julio de 2019.

21 Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 24 de febrero de 2010. Disponible en: http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html Consultado el 3 de julio de 2019.

22 Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 25 de mayo de 2017. Disponible en: http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html Consultado el 3 de julio de 2019.

puntualizando que pese a que no existe una norma constitucional que expresamente aluda a este derecho "… la prestación del servicio de agua potable ciertamente que encuentra cobertura bajo la garantía de los derechos fundamentales, pues se trata de un servicio básico a través del cual se asegura el disfrute de los derechos y garantías constitucionales más elementales…". La fundamentación jurídica que ofrece este fallo para el reconocimiento del derecho al agua como derecho humano emerge de los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En el mismo sentido, en la *Sentencia de 7 de diciembre de 2017,*[23] la Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre el derecho a un ambiente sano y determinó que los Humedales de la Bahía de Panamá –que bordea la Ciudad Capital de la República de Panamá– son áreas de "…protección especial dada la importancia ambiental y socioeconómica…" y que su afectación vulnera el derecho a un ambiente sano "…en relación a las obligaciones que tiene el Estado en materia ambiental, entre las que se encuentra el deber de propiciar un desarrollo social y económico que prevenga la contaminación, mantenga el equilibrio ecológico y evite la destrucción de los ecosistemas".

6. Conclusiones

La cláusula abierta del artículo 17, párrafo 2 de la Constitución ofrece un mecanismo que hace posible la protección de los derechos consagrados en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

23 Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 7 de diciembre de 2017. Disponible en: http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html Consultado el 3 de julio de 2019.

Debe tenerse presente que, como ha manifestado la Corte Suprema de Justicia "La vigencia de tales derechos solo tiene lugar cuando existe un sistema de protección judicial que los tutele efectivamente, es lo que permite que la normatividad de la constitución tenga vigencia, con lo cual se asegura el mantenimiento de la supremacía constitucional y se preserva el Estado de Derecho".

Bibliografía

Libros y revistas

Albanese, Susana, "El Control de Convencionalidad", Primera Edición, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2008.

Bidart Campos, Germán, "Los Derechos 'no enumerados' en su relación con el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional en "Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Ricardo Méndez Silva (Coordinador), México D.F., 2002, pp. 103-113.

Ferrajoli, Luigi, "Sobre los Derechos Fundamentales" en "Teoría del Neoconstitucionalismo", Miguel Carbonell, (ed.), Editorial Trotta, Madrid, 2007, pp. 71-89.

Ferrer Mc Gregor, Eduardo, "Derecho Procesal Constitucional", Editorial Porrúa. Tomos I, II, III y IV. México, D.F., 2006. pp. 4094.

Escobar Fornos, Iván, "Introducción al Derecho Procesal Constitucional". Primera

Hoyos, Arturo, "El Control Judicial y el Bloque de Constitucionalidad en Panamá", Registro Judicial. Número Extraordinario, Publicación del Órgano Judicial de la República de Panamá, Talleres del Registro Judicial, Panamá, 1992, p. 175.

Mejía Edward, Jerónimo, "Estatus Jurídico de Los Derechos Humanos en el Derecho Interno panameño luego de las reformas constitucionales de 2004", en Nuevas Tendencias: Derecho Constitucional y Procesal Constitucional, Sergio Cuarezma Terán (Compilador), Managua, pp. 663-691.

Molino Mola, Edgardo, "La Jurisdicción Constitucional en Panamá, en un Estudio de Derecho Comparado". Edgardo Molino Mola, Primera Edición, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1998.

Moscote, José Dolores, "El Derecho Constitucional Panameño. Antecedentes, doctrinas y soluciones", El Star and Herald Company, Panamá, 1943, p. 353.

Nogueira Alcalá, Humberto, Lineamientos de Interpretación Constitucional y del Bloque Constitucional de Derechos. Librotecnia, Chile, 2006, p. 224.

Pérez Luño, Antonio Enrique, "Los Derechos Fundamentales", Editorial Tecnos, Madrid, 2004, p. 233.

Rodríguez Robles, Sebastián, "Algunas Reflexiones sobre la Doctrina del Bloque de La Constitucionalidad en Panamá", "Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano", Medellín, 1995, pp. 391 -404.

Sánchez, Salvador, "Apuntes sobre la Historia de la Guarda de la Constitucionalidad en Panamá", en Revista Debate, Núm. 12, Junio 2007, p. 31-34.

Sosa Sacio, Juan Manuel, "Derechos constitucionales no enumerados y derecho al libre desarrollo de la personalidad", en Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional, Luis Sáenz Dávalos (Coordinador), Gaceta Jurídica, Lima, 2009, pp. 97-147.

Vidaurri Aréchiga, Manuel "Algo sobre Jueces y Derechos Humanos Los Vínculos Inevitables", en Panorama Jurídico Iberoamericano. Temas Constitucionales. Directores Manuel Vidaurri Aréchiga, Sergio Cuarezma Terán, Teresita Rendón Huerta Barrera, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 337-352.

Textos Jurídicos

Texto Único de la Constitución Política de la República de Panamá de 1972, reformada en 1978, 1983, 1994 y 2004.

Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969.

Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá.

Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá 23 de diciembre de 1977.

Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá de 20 de noviembre de 1980.

Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá de 10 de diciembre de 1993.

Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá de 21 de agosto de 2008. Disponible en: http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html Consultado el 3 de julio de 2019.

Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá de 19 de enero de 2009. Disponible en: http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html Consultado el 3 de julio de 2019.

Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá de 13 de noviembre de 2009. Disponible en: http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html Consultado el 3 de julio de 2019.

Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá de 24 de febrero de 2010. Disponible en: http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html Consultado el 3 de julio de 2019.

Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá de 29 de abril de 2010. Disponible en: http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html Consultado el 3 de julio de 2019.

Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá de 20 de mayo de 2010. Disponible en: http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html Consultado el 3 de julio de 2019.

Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 4 de julio de 2010. Disponible en: http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html Consultado el 3 de julio de 2019.

Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 17 de noviembre de 2010. Disponible en: http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html Consultado el 3 de julio de 2019.

Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá de 11 de octubre de 2010. Disponible en: http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html Consultado el 3 de julio de 2019.

Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá de 17 de noviembre de 2010. Disponible en: http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html Consultado el 3 de julio de 2019.

Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá de 12 de julio de 2011. Disponible en: http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html Consultado el 3 de julio de 2019.

Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 11 de octubre de 2011.

Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia 24 de enero de 2012.

Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia 4 de julio de 2012. Disponible en: http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html Consultado el 3 de julio de 2019.

Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 12 de diciembre de 2013. Disponible en: http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html Consultado el 3 de julio de 2019.

Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 9 de noviembre de 2015. Disponible en: http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html Consultado el 3 de julio de 2019.

Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 25 de mayo de 2017. Disponible en: http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html Consultado el 3 de julio de 2019.

Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 13 de abril de 2018. Disponible en: http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html Consultado el 3 de julio de 2019.

Capítulo II
El control de constitucionalidad como competencia esencial de la justicia constitucional

Control político vertical

Jacob Carrera Spooner[1]

Control político, lo defino como serie de instrumentos, muchos de estos, reales instituciones jurídicas que regulan, fiscalizan y limitan el poder político.

Si bien el control tiene como objetivo la verificación, es importante refrescar la acepción y su procedencia:

La palabra "Control" según las referencias filosóficas viene del francés *controle* que a su vez viene de "*contre role*", es decir "contra el rollo", donde "Rollo" se refería a un rollo de papel que era un duplicado del original y en tiempos medievales este segundo rollo era usado para comprobar la autenticidad del original. Este método era llamado "*contra rotulus*" en latín.

El control en un término general consiste en cerciorarse o verificar que todo esté ocurriendo o se esté haciendo conforme al plan.

Entonces, debemos concluir que control es:

- "supervisar", en donde controlar significaría verificar que las cosas se desarrollan de acuerdo a lo que se desea.
- "dominar", y tal dominio debe ejercerse antes o al mismo tiempo que la supervisión.

1 Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Tecnológica OTEIMA, Panamá.

El control se clasifica y se aplica de diferentes formas, así entonces en el área de las ciencias jurídicas y políticas, hablamos de control de legalidad, control constitucional, control fiscal, control de convencionalidad, entre otros; y el que hoy nos interesa abordar que es el control político.

Este último se ha clasificado, según quien controla o verifica, en control horizontal y control vertical.

1. Control horizontal

El primero, el control horizontal, quizá sea, normalmente el que mayormente salta a la vista, y es el que ejercen los órganos del Estado entre sí, o bien entidades gubernamentales para con estos órganos o controlando los actos de la administración pública.

De acuerdo con la concepción tradicional de estado democrático, este control es parte integral de la teoría de frenos y contrapesos, en donde los órganos trabajan separados, pero en amónica colaboración, y por supuesto, fiscalizándose o controlándose entre ellos.

Si bien es cierto este control horizontal es de suma importancia y de este se desprende un adecuado y eficaz funcionamiento de los órganos del Estado y en general de todo el engranaje que lo compone, en especial de su gobierno, hoy queremos centrar nuestra atención en el control vertical, el cual se centra en el control de los administrados hacia el gobierno, para ello es importante hacer unas rápidas aproximaciones conceptuales, para lo cual me permito expresar las plasmadas desde la perspectiva del jurista costarricense, Jaime Robleto, en cuanto a *control político y separación de poderes*.

> *Para Platón y Aristóteles, el gobierno se componía de las personas más calificadas para ello*.

Platón y su discípulo Aristóteles hablaron del gobierno de los mejores, compuesto por un reducido número de personas consideradas las más cualificadas. Los mejores eran los sabios que formaban gobiernos y, generalmente, pertenecían a la aristocracia, pero no entendida en términos rancios o nepotistas como podría pensarse hoy, sino como los más pensantes y probos.

Esto tomando como referencia la democracia producto de una polis griega: Atenas, en la que el poder reside en la decisión de la mayoría de sus habitantes.

Karl Popper, en su gran obra La sociedad abierta nunca ocultó que quien debe ostentar un cargo de poder es el mejor, el más sabio; sin embargo, pese a lo expuesto por el pensador de la gran escuela de Viena, no existe garantía en una democracia representativa, como lo es Costa Rica, de que quienes accedan a las posiciones de mayor jerarquía en los supremos poderes sean los más calificados.

Tampoco podemos incurrir en la generalización y pensar que no lo son per se. Esto obliga a un examen casuístico y personalísimo del funcionario que caiga en entredicho.

Popper compele a un nuevo enfoque del problema de la política, pues obliga a reemplazar la pregunta ¿quién debe gobernar?, con otra interrogante de más peso: ¿en qué forma podemos organizar las instituciones políticas a fin de que los gobernantes malos o incapaces no puedan ocasionar demasiado daño si acceden a un puesto de poder? Y remata el argumento diciendo que quienes creen en el gobierno de los mejores suponen, tácitamente, que el poder político se halla, esencialmente, libre

de todo control, lo que no es cierto. El otro extremo de esta idea sería incurrir en una cacería de brujas donde no las hay, motivada por intereses y agendas ocultas a la gran masa de población.

Recordemos que Las funciones del Estado, tradicionalmente, se han distinguido entre sí de acuerdo con la concepción clásica de la división de poderes (con mayor precisión "división de funciones"), según la cual los órganos: legislativo, ejecutivo y judicial hacen las funciones de producción de normas jurídicas, de ejecución de tales normas y de solución de controversias, respectivamente.

Esta es una idea que tuvo destellos en el pensamiento de Aristóteles, fue esbozada por John Locke y, finalmente, delineada con contornos precisos por Charles Louis de Secondat, barón de Montesquieu.

No obstante que los tres pensadores se refirieron en su momento a la misma idea, es posible diferenciar su planteamiento de acuerdo con la finalidad o razón que apoyaba dicha división.

Para Aristóteles, la distinción entre la asamblea deliberante, el grupo de magistrados y el cuerpo judicial obedecía, principalmente, a una cuestión de especialización de las funciones o un tipo de división del trabajo; en cambio, para Locke y Montesquieu, la separación pretendía contener el posible exceso de poder en algún órgano en detrimento de la libertad de los individuos.

Charles Louis de Secondat, a la vez que señaló la necesidad de una tajante separación de los órganos legislativo, ejecutivo y judicial, estableció los peligros de no contar con ella y afirmó en su libro monumental El espíritu de las leyes que: "No hay

libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo.

• Si no está separado del Poder Legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la vida de los ciudadanos; como que el juez sería legislador.

• Si no está separado del Poder Ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor.

Todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes: el de dictar las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o los pleitos entre particulares".

Los jueces eran, de acuerdo con la lapidaria frase del barón de Montesquieu, "solo la boca que pronuncia las palabras de la ley"; esta noción, afortunadamente, ha cambiado lentamente para dar paso a la verdadera naturaleza de la función jurisdicional como una actividad siempre creativa y dinámica, con un alto contenido axiológico, que otorga a los jueces un papel decisivo en la creación y aplicación del derecho.

--IMPORTANTE-- Complementariedad. Reconocer la creatividad judicial no debe dar pie al menoscabo de la importancia de la ley como fuente formal del derecho, por el contrario, debe considerarse la función judicial como complementaria de la que llevan a cabo los legisladores, pues ambos deben servir a la justicia y la libertad del individuo concreto.

Un puesto del más alto nivel en el siglo XXI implica también la división de carácter temporal que se refiere a la duración limitada y a la rota-

ción en el ejercicio del poder, esto es, que los cargos públicos de superior nivel estén sujetos a una temporalidad precisa.

Pero no podemos ser fundamentalistas, ni rígidos en pensar que existe una división tajante y estática que permita distinguir de una manera precisa la labor de los órganos legislativo, ejecutivo y judicial, ya que, desde el punto de vista de la naturaleza de sus actos, todos llevan a cabo, en cierto grado, funciones que competerían, al menos teóricamente, a alguno de los otros dos órganos.

El principio de división de poderes no es absoluto y tiene numerosas excepciones, pues no siempre el legislativo legisla, ni el ejecutivo ejecuta, ni el judicial juzga, sino que, cada uno de ellos, en su carácter de poderes emanados de la voluntad popular, ejecuta, autorizado por la Constitución Política, actos que corresponden a los otros.

Solución de controversias. El hecho de considerar como producto del Estado la función jurisdiccional, esto es, la existencia de determinados órganos (generalmente denominados jueces, tribunales u otros) encargados de la solución de controversias jurídicamente relevantes, no significa que desconozcamos, con anterioridad a la existencia del propio Estado, la presencia de procedimientos de solución de controversias.

Lo que caracteriza, precisamente, a la función jurisdiccional, respecto a los estadios anteriores a la existencia del Estado, es que la solución de los conflictos se lleva a cabo institucionalmente, es decir, existe un tercero imparcial al frente de un órgano específico, que se encuentra sobre las partes enfrentadas y se decide la controversia con

base en las normas provistas o reconocidas por el ente estatal.

---COSTA RICA-- Los artículos 121 incisos 8, 9 y 23 de la Constitución Política facultan a la Asamblea Legislativa para desempeñar un control político sobre actos de miembros de otros poderes, pero ello conlleva una lógica intrínseca: si la resolución dictada por un juez es contraria a derecho, la vía para sancionar la falta está prevista en la Ley Orgánica del Poder Judicial, norma promulgada por la Asamblea Legislativa.

--AHORA BIEN--Si, hipotéticamente, el Congreso dicta una ley ordinaria que lastima a los ciudadanos costarricenses, existe un contrapeso jurisdiccional que puede revertir su vigencia (la Sala Constitucional).

Es decir, la Asamblea Legislativa puede inquirir válidamente acerca de las razones de las actuaciones de los miembros de otros poderes de la República, pero el control de sus decisiones judiciales tiene un sistema propio que deviene precisamente del Congreso, esa es la esencia del sistema de pesos y contrapesos (muy desarrollado por los anglosajones) y que permite el devenir de nuestra democracia.

Debemos resaltar que, posteriormente a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, se consolida la división de poderes, y se establecerán las bases para el nuevo Estado Liberal de Derecho.

Es por ello que, la historia constitucional no será la misma a partir de la Revolución francesa de 1789, tal y como lo señala Schmitt, *la Teoría del Estado de la Revolución francesa pasa a ser así una fuente capital, no sólo para la dogmática política de todo el tiempo siguiente, sino tam-*

bién para la construcción jurídica de carácter positivo de la moderna Teoría de la Constitución.

Efectivamente, el paradigma del pueblo francés, al constituirse en sujeto de Poder Constituyente, estaría advirtiendo una unidad, y esta unidad sería tangible una vez que el pueblo hubiera tomado la decisión de darse su propia Constitución y de esta forma limitar los poderes constituidos dentro de ésta.

Es decir, el pueblo que ahora es el soberano, rechazaba la posibilidad de volver a caer en el absolutismo, y esto sólo se podría lograr, entre otras cosas, con un Poder Constituyente ilimitado una vez creado. Idea que ya había sido bosquejada por Sieyès en su obra ¿Qué es el Tercer Estado? –motivado por la reciente experiencia norteamericana–, regresando así al estado de naturaleza tan concurrido por Bodin, Hobbes y Locke entre otros más, y en donde dicho Poder Constituyente será ahora quien imponga los límites y los frenos a los poderes establecidos en la Constitución que se han de dar –pero señalando que el único poder ilimitado en sus funciones será el Poder Constituyente tal y como Sieyés señalaba–. Es aquí en donde encontramos lo más trascendental de la Revolución francesa; es decir, el haber conducido hacia la Constitución del Estado Burgués de Derecho, o, en otras palabras, será la creadora de una Constitución limitadora y controladora del ejercicio del poder del Estado.

En cita consignada en la obra Control político y jurisprudencia constitucional del jurista costarricense Alex Solis Fallas señala:

"el constitucionalismo es probablemente el mayor resultado conseguido por la civilización moderna y poco o nada del resto de esa civilización es concebible sin aquel. Bajo él, por primera vez en la historia humana,

se ha conseguido para el hombre corriente un cierto grado de libertad y bienestar".

Hasta aquí hemos esbozado rápidamente el entramado del control denominado horizontal pues se manifiesta normalmente en los mismos niveles jerárquicos o intergubernamental, esto sin olvidar que a lo interno de las instituciones existen también mecanismos internos de control, con lo que surge otra clasificación de control político intrainstitucional o interinstitucional, clasificación de la que hemos abordado ya en su mayoría la Interinstitucional o Inter Órganos.

2. Control vertical

Este es el control que ejercen los ciudadanos, el que según la doctrina colombiana se denomina como el control del electorado sobre los elegidos.

Es este el control que en este momento más nos interesa, ya que es el que radica en la iniciativa popular o más bien ciudadana.

Está demás afirmar que los ciudadanos tenemos deberes que no se limitan al sufragio cada 5 o 4 años, según el periodo que se establezca en cada país (en panamá es cada 5 años).

Es decir que el ciudadano, quien de acuerdo a la teoría del Contrato Social, cedió su soberanía y su libertad limitándola en función de una organización social y política buscando con esto el bienestar común, no puede, utilizando esta teoría como excusa, divorciarse de todo deber ciudadano, esperando cómodamente que al elegir a sus gobernantes, queda desligado de todo proceso democrático posterior a la emisión de su voto. La respuesta es rotundamente NO.

La fiscalización, el control político, para mi convencimiento, compete de *prima facie* al pueblo, que es (para mí también) el elemento más importante del Estado, pues debe ser este siempre el objeto principal de esta organización política.

En este sentido Abraham Lincoln definió la democracia con la frase

"el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo",

Esta la expresa como parte del discurso que pronunció el 19 de noviembre de 1863 en el lugar donde se produjo la batalla de Gettysburg, dentro de la guerra civil de los Estados Unidos, entre los Estados del Norte y los del Sur.

Un ejemplo de la lucha por la igualdad de todos los hombres ante la ley, sin discriminación de ningún tipo, una lucha que un siglo después continuarán Martin Luther King y el Movimiento por los Derechos Civiles, en este país.

Para Lincoln con esta frase se refería, además a un gobierno elegido por todos, donde cualquiera es elegible y que se preocupa por cumplir el interés general.

En Costa Rica donde existe una democracia que yo califico como modelo o punto de referencia para Centroamérica; El control vertical (entiéndase control ciudadano) es posible con la existencia de una seria de Instituciones jurídicas que permiten al administrado accionar para obtener una tutela efectiva que desemboca en la fiscalización de la actuación de funcionarios y hasta la sanción por actos indebidos.

Ejemplo:

1. Procuraduría general de la nación

2. Sala constitucional
3. Defensoría de los habitantes
4. Defensoría del consumidor

Es importante destacar que estas formas son semidirectas, ya que requieren de la *intermediación de un órgano u organismo con jurisdicción*, para hacer andar el aparato o procedimiento fiscalizador o de control.

Las formas más directas de este control son la participación ciudadana directa a través del:

1. Sufragio:

Es esta la máxima expresión de control ciudadano en una democracia representativa, pues hasta ves del voto libre cada uno elige o en ocasiones valida o bien limita la actuación de los funcionarios en el ejercicio del poder (ahora bien, esto no aplica para los cargos de alta jerarquía que no se eligen por sufragio).

2. Referéndum:

A través del referéndum o bien otras formas como el plebiscito, el administrado tiene la oportunidad de expresar su voluntad ante consultas para la aprobación o no de temas de importancia nacional, verbigracia una reforma constitucional, en el caso de mi país, la aprobación del Tratado del Canal de Panamá o la ampliación de este (construcción de nuevas esclusas).

3. Revocatoria de mandato:

Este mecanismo aplicado en varios países, sobre todo en los europeos, es aquel que permite a los ciudadanos revocar el poder o mandato a funcionarios de elec-

ción popular, por la ineficiencia en el ejercicio o bien el abuso de poder.

4. Control y medios de comunicación

Como señala don Alex Fallas en la ya citada obra, este es un tema no solo novedoso, sino también especial, en el sentido que no debe entenderse como el rol directo de los medios per se, sino el de los ciudadanos mediante el uso de los medios a fin de lograr, a través de este mecanismo de difusión masiva, llegar a la conciencia de las personas. De modo que tanto como para el gobierno como para los administrados los medios, como herramienta, juegan un papel sumamente importante, al tener un claro efecto en la opinión pública.

Participación ciudadana (Democracia participativa)

Esta es sumamente importante, no solo destacar, sino dejar por sentado que la democracia ha evolucionado de representativa a participativa.

Hoy en día nuestras sociedades han dado un gran paso hacia la construcción de la democracia participativa, ampliando los mecanismos que incentivan las iniciativas ciudadanas, con el fin de que las personas tengan acceso directo a las tomas de decisiones. Además de los espacios donde la ciudadanía puede participar de forma directa y efectiva en la solución de sus problemas o en la toma de decisiones; un ejemplo de lo primero lo son comunidades educativas, y de los segundo, las consultas ciudadanas necesarias para la aprobación de determinados actos.

Hoy en día existe una gran apertura a la participación ciudad, lo cual es palpable en nuevos sistemas como por ejemplo, en Panamá en la implementación del modelo

de Descentralización Estatal, en donde los ciudadanos tienen una alta participación en la aprobación de proyectos comunitarios, así como en la rendición de cuentas de los órganos municipales.

Lo mismo se observa en cuerpos legales o Decretos como el que regula la realización y aprobación de estudios de impacto ambiental, los que en categorías de afectación especial a la comunidad, requieren de la consulta pública, antes de ser sometidos a aprobación por la entidad gubernamental ambiental

Formas de participación ciudadana

1. *Participación en la política*: como candidato o como votante, como parte de un partido político, como impulsador de un proyecto o una iniciativa ante una instancia o poder Municipal, Regional o Nacional.
2. *Participación en la realidad comunal*: como parte de algún comité o junta local, a nivel educativo, deportivo, religioso, etc.
3. *Participación en la vía administrativa*: fiscalizando para hacer valer los derechos, el acceso a la información y la trasparencia de los actos públicos.
4. *Redes sociales*: hoy día las redes sociales ha sobrepasado el modelo tradicional de medios de comunicación, para convertirse, más allá en una forma de expresión y de opinión de sus usuarios. A través de esta, sin ningún costo y de la manera más simple, podemos ejercer una forma moderna de control político, de formas que antes ni imaginaríamos. Las redes sociales llegaron para quedarse y han demostrado su fuerza y eficacia –cuando son responsablemente utilizadas– verbigracia su incidencia en las últimas elecciones presidenciales de Costa Rica.

5. *Manifestaciones públicas*: Esta es una de las formas más tradicionales de expresión pública y de control, la que por los siglos se ha caracterizado por ser la vía idónea, incluso de orientar el estatus quo y en ocasiones generadoras de importantes revoluciones que han dado como resultado desde reformas hasta nacimiento de nuevos modelos políticos.
6. *Participación en rendición de cuentas*: Hoy en día, la rendición de cuentas es un deber de los funcionarios públicos, producto exactamente del desarrollo de los controles políticos, más allá de la clásica división de poderes y de la teoría de frenos de contrapesos, que da pasó de la ya señalada democracia representativa a la participativa.
7. *Acceso a la información pública*: Es un derecho ciudadano tener acceso, de la forma más simple, directa y sin formalidades innecesarias a la información pública, lo que nos permite ejercer un control directo el que complementado con otras herramientas ya mencionadas, puede convertirse en una de las formas más eficaces de control político, interponiendo las acciones más convenientes para enderezar cualquier desviación de poder.

Conclusiones

El control político es el freno más idóneo al ejercicio del poder del Estado, poder que si bien emana del pueblo, este lo delega a través de la elección popular de quienes integran los órganos de poder.

El *Dr. Gastón J. Enríquez Fuentes (México)* como parte de la investigación que se encuentra realizando el autor para la obtención del Título de Doctor por la Universidad de Salamanca, señala: "*El problema del control político del Gobierno es la actual piedra angular de cualquier sistema de Gobierno; pues, al hablar de un Estado Social y Democrá-*

tico de Derecho resulta inevitable dejar de lado la función de control, ya que la misma constituye el fundamento del Estado Constitucional Moderno. Es más, la Constitución no es otra cosa más que control".

Personalmente consideramos que la *cultura en democracia es parte integral de un buen control político vertical, en donde los ciudadanos están claros y conscientes no solo de su rol y de su responsabilidad para con el Estado y que este funcione adecuadamente logrando sus objetivos; sino que además, que el ciudadano, conoce claramente los espacios que el sistema democrático le brinda para ejercer su función fiscalizadora… y además la ejerce contento y feliz de ser parte de este estado democrático*. Es decir, tanto administrado como administrador, están claros de su rol y que cada uno lo cumple en función del bienestar común, ya que, si uno falla, el sistema también comienza a fallar.

Control de constitucionalidad: divergencias y puntos de encuentro en los ordenamientos costarricense y francés[1]

Ingrid Hess Herrera[2]

Sumario. 1. Introducción 2. Control previo de constitucionalidad 2.1. Capacidad para formular la consulta 2.2. Objeto de control de la consulta 3. Control de constitucionalidad a posteriori 3.1. Legitimación activa 3.2. Objeto de control 4. Conclusiones. Bibliografía.

1. Introducción

Dentro de los amplios márgenes temáticos propuestos para esta mesa redonda, quisiera referirme a la dualidad del control de constitucionalidad (previo y posterior) en los casos costarricense y francés. Y de ahí, concretamente, por razones de tiempo, a la legitimación activa y el objeto de control en esos procesos.

1 El texto corresponde a la ponencia preparada para la mesa redonda: "*Algunas reflexiones sobre el control de constitucionalidad previo y a posteriori en el contexto constitucional latinoamericano y europeo*" en el I Encuentro Iberoamericano de Justicia Constitucional, San José, Costa Rica, 13 y 14 de abril de 2018.

2 La autora es Máster en Derecho Público Comparado de la Universidad París 1, Panteón-Sorbona, Letrada de la Sala Constitucional de Costa Rica y docente en la Universidad de Costa Rica, Universidad Estatal a Distancia y Universidad Autónoma de Centroamérica.

Los dos países pueden tomarse como referentes recíprocos en esta materia. El modelo francés funge como parámetro consolidado del control de constitucionalidad previo desde 1958, tanto en países europeos, como latinoamericanos. El sistema costarricense, de su parte, cuenta con 28 años de praxis en materia de control de constitucionalidad a posteriori, en contraste con los apenas 8 años de experiencia en Francia.

Como estudio de Derecho Comparado, puede resultar útil para reflexionar sobre los aciertos y retos de nuestras figuras procesales.

Repaso, entonces, las principales características del esquema de cada país.

2. Control previo de constitucionalidad

2.1. Capacidad para formular la consulta

Aclaro que utilizo la noción de legitimación activa en sentido amplio, pues considero válido el cuestionamiento sobre el rol del juez constitucional, de cara al control previo, en el sentido de si su función es consultiva auxiliar (muy al estilo de la Constitución francesa de 1958, por cierto, donde varias instancias cumplen función consultiva a lo largo del procedimiento parlamentario, v.gr. el Consejo de Estado y el Consejo Económico y Social) o plenamente jurisdiccional. Si se opta por la primera solución, el concepto de teoría general del proceso de legitimación activa encaja con mayor dificultad. Sin embargo, no es el propósito de estas palabras contestar esa pregunta y valga, solamente, la aclaración de la licencia que me tomo al usar el término.

La consulta de constitucionalidad costarricense, de acuerdo con el artículo 96 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (LJC), puede ser formulada por:

a) El directorio de la Asamblea Legislativa (cuando se trata de la consulta preceptiva);
b) un número no menor de 10 diputados (que representa un 17,5 % del total de 57 diputados);
c) la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Supremo de Elecciones o la Contraloría General de la República, sobre mociones o proyectos de ley que afecten su competencia constitucional; y
d) el Defensor de los Habitantes, con el fin de proteger los derechos fundamentales.

Por su parte, el control previo en el caso francés, según lo regulado por el artículo 61 de la Constitución de 1958, puede ser instado por:

a) El Presidente de la República;
b) el Primer Ministro;
c) el Presidente de la Asamblea Nacional;
d) el Presidente del Senado;
e) 60 diputados de la Asamblea Nacional (que constituyen el 10% del total de 577 diputados);
f) 60 senadores (que conforman el 17% del total de 348 senadores).

De esta forma, encontramos como convergencia de los dos sistemas, la posibilidad de instar la consulta, únicamente, desde trincheras institucionales, en manos de figuras políticas relevantes del esquema constitucional.

Difieren en que en el diseño costarricense se excluye toda participación del Poder Ejecutivo, mientras que en el francés, están presentes las dos figuras centrales

de ese peculiar Ejecutivo bicéfalo: Presidente de la República y Primer Ministro.

En Costa Rica se adoptó un sistema de instancia con un espectro institucional más abierto. La inclusión de la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Supremo de Elecciones, la Contraloría General de la República y la Defensoría de los Habitantes me parece saludable, desde el punto de vista de la doctrina de frenos y contrapesos. Se rompe la conversación a dos voces entre Legislativo y Ejecutivo, permitiendo la intervención de actores adicionales, quienes, además, tienen un perfil fiscalizador del poder político en diversas esferas (jurisdiccional, electoral, hacendaria y de derechos humanos).

Por otro lado, ambos sistemas comparten una participación medular de los órganos parlamentarios. Llama la atención que para formular consultas, por parte de grupos de diputados o senadores, porcentualmente, ambos sistemas guardan semejanza.

De este modo, el mínimo de 10 diputados que requiere la consulta facultativa costarricense equivale a un 17,5 % del total de los 57 diputados que conforman la Asamblea Legislativa, mientras que las consultas que quieran plantear grupos de diputados de la Asamblea Nacional francesa (60 diputados) comprende el 10% de los 577 diputados que integran esa asamblea. Los 60 senadores, por su parte, representan el 17% de los 348 integrantes de esa cámara.

2.2. Objeto de control de la consulta

Ahora bien, el objeto de control, sobre todo en el ordenamiento jurídico **francés**, se encuentra en estrecha conexión con la capacidad de instar la consulta.

Es decir, las reglas para promover la consulta, van a depender, en gran medida, de la disposición que se somete a control del Consejo Constitucional.

Así, de acuerdo con el artículo 61 de la Constitución francesa de 1958, deben consultarse, ante el Consejo Constitucional:

a) Las leyes orgánicas, antes de su promulgación. Valga aclarar sobre este tipo de leyes, que son aquellas que completan o detallan disposiciones constitucionales, v.gr. sobre el número de miembros del Senado o la Asamblea Nacional, sobre el funcionamiento del Consejo Constitucional o sobre la regulación del referéndum. En este supuesto, la consulta la remite el Primer Ministro, antes de la promulgación de la ley.
b) Las proposiciones de ley mencionadas en el artículo 11 (de la Constitución) antes de que sean sometidas a referéndum.
c) La disposición constitucional citada señala que el Presidente de la República (a propuesta del Gobierno –Primer Ministro– o el Parlamento); o una quinta parte del Parlamento junto con el 10% del padrón electoral, pueden someter a referéndum cualquier proyecto de ley que verse sobre uno de los tres siguientes ejes temáticos: la organización de los poderes públicos, política económica, social y medioambiental de la Nación y a los servicios públicos que concurren en ella; o bien que proponga la ratificación de un tratado que, sin ser contrario a la Constitución, pudiera tener incidencias en el funcionamiento de las instituciones.
d) Los reglamentos de las Cámaras parlamentarias, antes de su aplicación. Corresponde, cuando se trata de este tipo de consulta, al presidente de la cámara de que se trate, remitirla.

Por otro lado, se prevé la formulación de consultas, de orden facultativo, sobre leyes, antes de su promulgación y los tratados internacionales antes de su ratificación o aprobación, a instancia de actores políticos calificados, como son el presidente de la República, el primer ministro, el presidente de la Asamblea Nacional o del Senado, 60 diputados o 60 senadores.

Valga destacar que en todos los casos reseñados, el Consejo Constitucional se pronunciará sobre la conformidad de los distintos tipos de propuestas y normativas con la Constitución. Si fueran inconstitucionales, no pueden ser promulgadas, ni entrar en vigencia.

En Costa Rica, el panorama del objeto de control se diferencia, también, en los actos fiscalizables, preceptiva o facultativamente. Es decir, existen ciertos tipos de actos, respecto de los cuales es ineludible formular el control previo, mientras que en otros supuestos es una opción del legislador y de otros actores institucionales relevantes.

La primera categoría, ligada a la consulta preceptiva, está compuesta por propuestas de reforma constitucional, aprobación de tratados internacionales y reformas a la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Por otra parte, se puede consultar, de forma potestativa, los proyectos de ley ordinaria y de aprobación de presupuesto, los actos o contratos administrativos que corresponda emitir a la Asamblea Legislativa y las reformas al Reglamento Interno del órgano parlamentario.

Puede apreciarse como en los dos sistemas sujetos a estudio, se echa mano al recurso de anclar algunas propuestas normativas al control indisponible del juez constitucional. Este concepto guarda íntima relación con el propósito de vigilar que, antes de la entrada en

vigencia de ciertos actos, se estudie y garantice su armonía con la Carta Fundamental.

Adicionalmente, se deja abierta la puerta, también en ambos casos, al control previo facultativo, que ha rebelado ser una poderosa herramienta política, pues la disidencia en relación con determinadas propuestas es, con frecuencia, fácilmente reconducible a las normas y principios constitucionales. Piénsese, en argumentos tan frecuentes como la infracción del principio democrático o del principio de igualdad.

Es este uno de los puntos sensibles del control previo y germen de amargas quejas contra la intervención del juez constitucional.

Sin embargo, hay dos puntos que merece la pena destacar. Primero, que aún en relación con el control previo de constitucionalidad facultativo, rige el principio dispositivo. Esto significa que, en ninguno de los dos sistemas, la justicia constitucional tiene la potestad de autoimponerse el conocimiento de estos asuntos, sino que siempre es instada externamente. En segundo término, para el caso costarricense, se determinó con meridiana claridad que la potestad de fiscalización se ha ejercido de forma prudente (ECHANDI GURDIAN).

Lo anteriormente dicho, sin embargo, no absuelve la crítica al sistema, válida y vigente, del traslado de responsabilidad política, del Parlamento al juez constitucional. Gestos políticos traducidos en la aprobación de una norma que se sabe a todas luces contraria a la Constitución, puede ser, muchas veces, fruto de una intención meramente populista, que, desde el inicio, apunta su dedo acusador a la función jurisdiccional, como la aguafiestas que no permite que nazca a la vida jurídica la disposición cuestionada. Otras veces, se emplea al juez constitucional como la última carta

para tratar de ganar una partida que, políticamente, se perdió en el congreso.

Es esta última forma de comprender y aplicar el control preventivo la que lleva a cuestionar, con razón, la conveniencia de mantenerlo. No así, un ejercicio dispendioso por parte de la justicia constitucional.

3. Control de constitucionalidad a posteriori

Corresponde ahora efectuar la comparación entre los dos sistemas ya indicados, en torno al control de constitucionalidad posterior. De la misma forma que se expuso, respecto del control previo, se abordará dos de sus características puntuales: legitimación activa y objeto de control.

Esto, bajo la aclaración que el ordenamiento costarricense contempla dos instrumentos procesales que permiten ejercer esta clase de control: la acción de inconstitucionalidad y la consulta judicial facultativa de constitucionalidad.

En los dos puntos relevantes para este estudio, se abordará, primero, los rasgos de la acción de inconstitucionalidad y, en segundo término, los de la consulta.

3.1. LEGITIMACIÓN ACTIVA

Señala GUTIERREZ GUTIERREZ que desde la Ley Orgánica de Tribunales de 1888, en Costa Rica existe control de constitucionalidad jurisdiccional, regulado de forma expresa en nuestro ordenamiento jurídico. La ley en cuestión sentó las bases de un sistema de fiscalización difuso (cuyo caso más célebre fue Alfaro vs. Registrador, de 1915). Y en 1937 se reformó la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Código de Procedimientos Civiles, dando lugar a la creación del recurso

de inconstitucionalidad, en manos de la Corte Suprema de Justicia. La legitimación activa era únicamente de carácter incidental.

Ahora bien, con el dictado de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y la modificación radical del sistema de Justicia Constitucional, la posibilidad de instar este tipo de control de constitucionalidad es muy amplia, sin llegar a inclinarse, eso sí, por una acción popular.

JINESTA LOBO diferencia entre la legitimación en el control concreto y el abstracto:

a) Desde un punto de vista concreto, la legitimación activa se vincula, inmediatamente, con un asunto pendiente de resolver, en vía administrativa o jurisdiccional. Se trata de la acción de inconstitucionalidad con carácter incidental. Hablamos aquí del modelo heredado del Código de Procedimientos Civiles, previsto en el párrafo primero del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

   En teoría –y ese es el propósito de este tipo de regulación–, la acción debe jugar un papel simplemente instrumental en relación con el procedimiento administrativo o el proceso jurisdiccional. El fin último es hacer valer el derecho o interés legítimo de fondo que, a su vez, sustenta el asunto base. No obstante, la disposición o acto que se acusa de inconstitucional representa un obstáculo para satisfacer ese derecho o interés. De esta forma, los dos procesos (de inconstitucionalidad y el caso base) quedan ligados a tal propósito.

b) Por el contrario, desde una óptica abstracta, se regulan supuestos adicionales, en los cuales se pierde ese nexo incidental:

   i) *La ausencia de una lesión individual y directa*. Se parte aquí, siempre, del eje de la acción de inconsti-

tucionalidad como instrumento de la protección de derechos e intereses en procedimientos y procesos base, porque este caso adicional de legitimación en abstracto, paradójicamente está diseñado como hipótesis residual, frente a la imposibilidad de generar un asunto base. Se trataría de casos en los cuales, por las características de la norma o acto cuestionado, este es incapaz de suscitar un procedimiento o proceso base, respecto del cual la acción tendría un rol incidental.

ii) *La defensa de intereses difusos y corporativos*. Ambos derivan de la categoría de los intereses colectivos. Se diferencian entre sí por la personificación del grupo en el segundo caso. Tratándose de intereses difusos, la Sala los ha identificado con la defensa de intereses y derechos específicos, muchos de ellos parte de los denominados derechos fundamentales de tercera generación. Entre estos, cabe aludir al derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el derecho a la paz, la materia electoral, la materia de hacienda pública, la protección del patrimonio histórico y arquitectónico.

c) *Legitimación institucional*: Además, el artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional reconoce legitimación activa abierta a los jerarcas de instituciones clave del entramado público: Procuraduría General de la República, Contraloría General de la República, Defensoría de los Habitantes y Ministerio Público.

En cuanto a la legitimación activa en la consulta judicial facultativa, de acuerdo con el artículo 102 de la LJC, todo juez está legitimado para consultar a la Sala, cuando tuviere dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma o acto que deba aplicar o de un acto, conducta u omisión que deba juzgar, en un caso some-

tido a su conocimiento. De esta forma, resulta sencillo colegir que se trata de un proceso que se activa de forma netamente incidental. El juzgador solo podrá formular la consulta, en la medida en que sea quien, de forma actual, ostente la competencia para dirimir un proceso en curso.

Sobre legitimación activa y control de constitucionalidad represivo, en el caso de Francia, no hay que olvidar que su aporte medular al constitucionalismo, la Revolución Francesa, tuvo como parte de sus componentes el repudio al ejercicio de la función jurisdiccional –cómplice del antiguo régimen– y la sacramentalización del dogma de la voluntad popular, por medio de la ley (HAMON y TROPER).

Esto explica la tímida aceptación del control de constitucionalidad en la Constitución de la V República (1958) por la vía, únicamente, del control preventivo, en una época en que la Europa de posguerra apostaba por la justicia constitucional desde la visión del legislador negativo de Kelsen.

También explica que no sea sino hasta 50 años después, en 2008, que se reforme la Constitución para introducir el control de constitucionalidad a posteriori, por medio de la cuestión prioritaria de constitucionalidad (QPC, por sus siglas en francés).

Luego de la reforma constitucional mencionada, el artículo 61 constitucional pasó a contener la siguiente redacción:

"*Artículo 61-1. Si en un proceso en curso se aduce que una disposición legislativa atenta contra los derechos y libertades garantizados por la Constitución, el alegato puede presentarse ante el Consejo Constitucional, siempre y cuando se lo remita el Consejo de Estado o la Corte de Casación, quienes deben pronunciarse en el plazo que se establezca.*

Las condiciones de aplicación del presente artículo serán determinadas por una ley orgánica".

Valga aclarar, desde ya, que la Ley Orgánica a la que se refiere la reforma constitucional se dictó bajo el No. 2009-1523 el 10 de diciembre de 2009. La figura procesal empezó a regir en 2010.

Un primer rasgo, indubitable, de la QPC, es su carácter incidental. La Constitución la describe como un *alegato* que pueden formular las partes en el marco de un proceso, señalando que una disposición legislativa violenta los derechos y libertades garantizados por la Constitución. Esto, por medio de un memorial específico sobre el punto y debidamente motivado (artículo 23-1 de la citada Ley Orgánica No. 2009-1523). Debe precisarse, adicionalmente, que es posible invocar la QPC en cualquier estadio del proceso, lo cual comprende las diferentes instancias: primera instancia, apelación y aún casación.

De esta forma, la legitimación activa siempre residirá en manos de las partes de un proceso. La QPC no puede plantearse en abstracto, ni por funcionarios específicos. Tampoco puede nacer del juez, de oficio. Queda también descartada la vía administrativa como origen del control ex post.

Aun así, esta legitimación, reservada exclusivamente a las partes, no alcanza, por ella misma, a poner en marcha el proceso de la QPC, ante el Consejo Constitucional, sino que se combina y está sujeta a un doble filtro jurisdiccional.

El juez que se encuentre conociendo del proceso constituye el primer filtro. Él determina si la QPC es admisible. Si la rechaza, la parte carece de todo recurso y solamente podría optar por volverla a invocar ante

el juez de otra de las instancias o, evidentemente, en otro proceso.

En caso de que declare admisible la QPC, el juez cuenta con ocho días para remitirla al Consejo de Estado o a la Corte de Casación. Valga un pequeño paréntesis en este punto, para recordar que el ejercicio de la función jurisdiccional en Francia está organizado bajo un criterio dual, donde existe todo un aparato jurisdiccional que fiscaliza a las Administraciones Públicas (juez administrativo) y uno distinto que se encarga de las demás materias (juez judicial).Este principio de dualidad jurisdiccional se ve también reflejado en la organización procesal de la QPC, de suerte que si el alegato se formula ante un juez judicial, la cuestión se envía a la Corte de Casación, mientras que si se plantea ante un juez administrativo, el conocimiento corresponderá al Consejo de Estado.

Tanto el Consejo de Estado, como la Corte Casación constituyen el segundo filtro de la QPC. Realizan un examen más profundo y deciden si remiten la QPC, finalmente, al Consejo Constitucional. Cuentan con tres meses para pronunciarse.

Si el Consejo de Estado o la Corte de Casación optan por no remitir la cuestión al Consejo Constitucional, esta decisión carece de recurso. Procesalmente, se le ha denominado decisión de no reenvío. Agnés ROBLOT-TROIZIER sostiene que esta potestad convierte al Consejo de Estado y a la Corte de Casación en jueces constitucionales de derecho común, mientras que el Consejo Constitucional se constituiría en un juez constitucional de excepción.

Esto, porque estas jurisdicciones cúspide de lo administrativo y lo judicial juzgan, para reenviar una QPC al Consejo, si la cuestión reviste un planteamiento serio y

si el alegato es novedoso. La seriedad del planteamiento, va a permitir el ejercicio de un control de pertinencia, pues se valorará la solidez de los argumentos avanzados y si ellos caen dentro del ámbito constitucional. Por otro lado, sopesar si el alegato es novedoso, se termina convirtiendo en un control de oportunidad, en la medida en que implica interpretar la jurisprudencia ya establecida por el Consejo Constitucional y si lo alegado por la parte está o no comprendido en ese acervo. De esta forma, el segundo filtro acarrea valoraciones propias de la esfera constitucional, lo que vale la denominación de juez constitucional de derecho común.

Implica, asimismo, una imposición imbatible para el Consejo Constitucional, quien podría quedar relegado en algunas discusiones a la condición de mero espectador de las decisiones de no reenvío de las otras instancias.

En la Ley Orgánica No. 2009-1523 (art. 23-2) se establecen como condiciones de admisibilidad adicionales, que la disposición legislativa sea aplicable en el proceso que origina la QPC y no haya sido objeto de conocimiento del Consejo Constitucional. En este último caso, solo cabe reexaminar el tema por un cambio de circunstancias: de las normas aplicables o de las circunstancias, de hecho o de derecho, que afecten los alcances de la disposición legislativa impugnada (decisión del CC Nº 2009-595 DC de 3 de diciembre de 2009).

El Consejo Constitucional tiene tres meses para pronunciarse sobre la QPC y su decisión carece de recurso.

3.2. Objeto de control

En Costa Rica el espectro del objeto de control constitucional represivo es más amplio que el del control

previo y abarca la actividad de otros sujetos de derecho público e incluso privado.

En relación con la Asamblea Legislativa, pueden impugnarse leyes, actos subjetivos no susceptibles de amparo y hábeas corpus, acuerdos legislativos, leyes de reforma constitucional, tratados internacionales y omisiones parlamentarias. Igualmente, la Sala Constitucional ha mantenido prácticamente desde su inicio y hasta la fecha, abierta la opción de impugnar líneas jurisprudenciales, a través de la acción de inconstitucionalidad.

Además, desde la perspectiva del parámetro de constitucionalidad, los actos son controlables, no solamente en relación con las disposiciones dogmáticas -que incluye el Derecho Internacional de los Derechos Humanos-, sino también con las orgánicas, así como por vicios, constitucionalmente relevantes, del procedimiento de emisión del acto que se impugne.

En cambio, en el caso francés, según el art. 61-1 de la Constitución, únicamente son impugnables las disposiciones legislativas que atenten contra los derechos y libertades que garantiza la Constitución.

La regla constitucional francesa requiere dos aclaraciones. Primero, por disposiciones legislativas deben entenderse los textos normativos votados por el Parlamento. Aquí tendríamos las subcategorías de ley, ley orgánica y ordenanza ratificada. Ya supra se clarificó la noción de ley orgánica. Por su parte, las ordenanzas son adoptadas por el Consejo de Ministros, previo examen del Consejo de Estado. Como en el caso de los reglamentos, entran en vigor con la firma del Presidente y su publicación. Sin embargo, quedan sin efecto si no se presenta un proyecto de ley de ratificación. Es materia que debería regularse por ley, pero que el Parlamento autoriza al Gobierno a normar, provisionalmente.

También se puede plantear una cuestión prioritaria de constitucionalidad contra disposiciones derogadas pero que perviven y se aplican al litigio particular, así como contra jurisprudencia de la Corte de Casación o el Consejo de Estado.

Valga diferenciar que el control de los actos administrativos del Parlamento es competencia de la jurisdicción administrativa.

En segundo término, el artículo 61-1 mencionado restringe el ejercicio de la cuestión prioritaria a los casos en que las disposiciones ya descritas atenten contra los derechos y libertades que garantiza la Constitución.

Estos, de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia franceses son los contenidos en la Constitución (p. ej. en su artículo 66) y a los que alude su preámbulo, es decir: la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano de 1789, el preámbulo de la Constitución de 1946 (sobre derechos económicos y sociales), los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República(p.ej. libertad de asociación, según sentencia DC 71-44 del Consejo Constitucional) y la Carta del Ambiente de 2004.

Un dato a considerar es que aún con el conjunto de restricciones procesales que se han repasado a lo largo de este texto y los pocos años de implementación de esta figura procesal, al 22 de junio de 2018 se habían dictado 638 sentencias de cuestiones prioritarias de constitucionalidad. Mientras que de control previo se han emitido 762 decisiones, contando del 14 de mayo de 1959 al 21 de junio de 2018. Con esto, puede concluirse que la figura es operativa y ha significado un complemento eficaz de la vigilancia constitucional ejercida desde el control preventivo.

En Costa Rica, el control ex post de constitucionalidad, en acciones de inconstitucionalidad y consultas judiciales facultativas, ha involucrado 8551 casos, desde octubre de 1989 al 31 de mayo de 2018. En materia de control previo, en el mismo período, se recibieron 791 consultas de constitucionalidad.

4. Conclusiones

El anterior repaso de derecho comparado permite concluir que es posible y, más aún, deseable la convivencia de sistemas de control de constitucionalidad previo y ex post en un mismo ordenamiento jurídico. Esta circunstancia potencia la tutela del Derecho de la Constitución y le provee el doble enfoque de las disposiciones en su etapa embrionaria y durante su aplicación, incluyendo la posibilidad –ambos ordenamientos– de cuestionar la jurisprudencia, en su carácter de norma (ALONSO).

Puede afirmarse, sin duda alguna, que la incorporación del control represivo en el sistema francés significó una conquista democrática, en términos de acceso a la justicia constitucional y participación de los particulares en la defensa del Derecho de la Constitución (PIZA ESCALANTE y MAUGUE).

Quedan latentes, sin embargo, las suspicacias que levanta el control previo y las tantas formas de interacción que propicia entre parlamentos y jueces constitucionales. Más allá del rol prudente que estos últimos puedan jugar, una vez instada su intervención, no pocas veces queda, también, el mal sabor de las intenciones más o menos reveladas de quienes tienen la llave para ponerlo en marcha. Podría ser la independencia del juez constitucional la gran ganadora de una revisión y, por qué no, de la supresión de esta forma de control jurisdiccional.

La copiosa jurisprudencia de los tribunales constitucionales, si quiere ser tomada en cuenta por los órganos parlamentarios, puede ser norte suficiente para su labor, dejando en manos, sobre todo de los particulares, a través de las diversas formas de legitimación activa del control represivo, la tarea de vigilar y defender la Constitución.

Bibliografía

ALONSO G., Enrique, La interpretación de la Constitución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, 325 p.

BERGOUGNOUS, Georges, Le Conseil constitutionnel et le législateur en Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, nº 38, enero 2013 (www.conseil-constitutionnel.fr)

ECHANDI GURDIÁN, María Lourdes en Estado de la Nación, I Informe Estado de la Justicia, 2015 (www.estadonacion.or.cr)

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Editorial Civitas, Madrid, 3ª ed., 1985, 264 p.

GUTIERREZ GUTIERREZ, Carlos José, Evolución de la Justicia Constitucional en bases para una historia social del Derecho Costarricense, Aire en el Agua, San José, pp. 103-129.

HAMON, Francis et TROPER, Michel, Droit constitutionnel, LGDJ, París, 30ª ed., 2007, 905 p.

JINESTA LOBO, Ernesto, Derecho Procesal Constitucional, Ediciones Guayacán, San José, 2014, 495 p.

KELSEN, Hans, La garantía jurisdiccional de la Constitución en https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3187/16.pdf

MAUGUE, Christine, La QPC: 5 ans déjà, et toujours aucune prescription en vue, Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, nº 47, abril 2015 en www.conseil-constitutionnel.fr

PIZA ESCALANTE, Rodolfo, Legitimación democrática en la nueva Justicia Constitucional de Costa Rica, en Libro Homenaje a Eduardo Ortiz Ortiz, UACA, San José, 1993

ROBLOT-TROIZIER, Agnès, La QPC, le Conseild´État et la Cour de cassation, Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, nº 40, junio 2013 en www.conseil-constitutionnel.fr

La consulta legislativa previa de constitucionalidad y la competencia de la Comisión Permanente Especial de consultas de constitucionalidad en la Asamblea Legislativa de Costa Rica

Jorge Córdoba Ortega[1]

1 Asesor Parlamentario de la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Profesor Catedrático de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Licenciado en Derecho y Especialista en Derecho Público por la Universidad de Costa Rica. Doctor en Derecho: Programa General. Universidad Carlos III de Madrid, España.

Licenciado en Derecho y Especialista en Derecho Público por la Universidad de Costa Rica. Tiene una Maestría en Derecho Público con énfasis en Derecho Público interno por el Instituto de Enseñanza e Investigación de la Universidad Autónoma de Centro América, aprobada con mención Summa Cum Laude. Recibió la Corona Académica por parte de esta Universidad en el año 2004. Además ganó el Premio "Enrique Benavides 2005", por su obra jurídica: "El derecho de petición en Costa Rica. Un estudio comparado y jurisprudencial". Es Doctor en Derecho: Programa General por la Universidad Carlos III de Madrid, España, aprobando su tesis doctoral con mención de Sobresaliente Cum Laude. Tiene un Postítulo en Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. En el año 2015 participó en la Especialidad en Justicia Constitucional, Interpretación y aplicación de la Constitución. Universidad Castilla-La Mancha, en Toledo, España. Es Profesor Maestro de la Universidad Autónoma de Centro América, Catedrático de Derecho por la Universidad de Costa Rica y

Sumario. 1. Introducción 2. Marco jurídico del control previo de constitucionalidad 2.1. Constitución Política de Costa Rica 2.2. Ley de la Jurisdicción Constitucional 2.3. Ley Orgánica del Poder Judicial 2.4. Reglamento de la Asamblea Legislativa 3. Algunos planteamientos sobre el control previo y su naturaleza jurídica 3.1. Naturaleza jurídica del control previo de constitucionalidad 3.2. Los sistemas o modalidades de control preventivo de constitucionalidad 3.3 Sobre el trámite de la consulta previa de constitucionalidad en el Plenario Legislativo y en las Comisiones con Potestad Legislativa Plena 4. Funcionamiento y competencia de la Comisión Permanente Especial de Consultas de Constitucionalidad 4.1. Sobre el trámite general de la iniciativa legislativa 4.2. Sobre la competencia de la Comisión Permanente Especial de Consultas de Constitucionalidad 5. Conclusiones.

1. Introducción

En primer término quiero agradecer al Dr. Víctor Orozco Solano, Director de la Maestría en Justicia Constitucional de la Universidad de Costa Rica y al MSc. Edwin Duartes Delgado, Presidente Instituto de Costa Rica para la Promoción del Derecho Procesal, por la invitación a participar en la Mesa Redonda: "Algunas reflexiones sobre el control de constitucionalidad, previo y a

Profesor de Doctorado en la Universidad Escuela Libre de Derecho. Actualmente se desempeña como Asesor Parlamentario en la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Es investigador jurídico, autor de varios ensayos y libros. Fue nombrado como Abogado Distinguido 2012 por el Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica. Ha participado como conferencista en seminarios nacionales e internacionales en temas de: acceso a la información, derecho de petición, habeas data, derechos fundamentales, derechos de los administrados, legislación nacional y comparada, transparencia, buena gobernanza, Estado democrático de Derecho, entre otros.

posteriori, en el contexto constitucional latinoamericano y europeo", efectuada en el Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, el 14 de abril del 2018. A propósito de este evento académico, hemos elaborado el presente ensayo sobre el control previo de constitucionalidad y la competencia de la Comisión Permanente Especial de consultas de constitucional en su trámite en la Asamblea Legislativa costarricense.

En muchos países se ha suprimido la consulta previa de constitucionalidad, dejándola solo en materia de Tratados Internacionales (España y Francia, entre otros). Algunos consideran que este tipo de consulta provoca un desequilibrio en la relación de los Poderes del Estado y un exceso de competencia en los Tribunales o Salas Constitucionales. Otros consideran que este se constituye en un instrumento político que fortalece del poder de estos Tribunales Constitucionales.

Pese a lo anterior, en el caso costarricense, el control previo de constitucionalidad se mantiene en el mismo sentido que fue creado en la reforma constitucional, así como lo establecido en el Reglamento de la Asamblea Legislativa y la Ley de Jurisdicción Constitucional, No. 7135 de 11 de octubre de 1989 (en adelante, LJC).

El porcentaje de las consultas facultativas y preceptivas de constitucionalidad es muy bajo, con respecto al ejercicio de otros recursos como el de amparo, habeas corpus y la misma acción de inconstitucionalidad, aspecto que ha posibilitado su permanencia en el ordenamiento jurídico.[2]

Es a partir del año de 1989, donde encontramos una novedosa relación (bastante compleja) entre la Asam-

2 Ver sobre estadísticas de la Sala Constitucional: https://poderjudicial.go.cr/salaconstitucional/

blea Legislativa y la Sala Constitucional, a través de las respectivas consultas de constitucionalidad (facultativas o preceptivas, artículo 96 LJC). Además se da un control a posteriori más intenso con las acciones de inconstitucionalidad (artículo 73 LJC).

En esta línea de ideas, es indudable que uno de los acontecimientos de mayor trascendencia lo ha sido la creación de la Sala Constitucional, pues su funcionamiento ha abierto el camino para fortalecer el ordenamiento jurídico, la institucionalidad y nuestro sistema democrático. Son muchos los aportes del Tribunal Constitucional a nuestra sociedad, pero los que más llaman la atención son: la defensa de la Constitución, la protección de los derechos fundamentales y el control previo de constitucionalidad sobre el procedimiento legislativo, entre otros muchos. Más adelante, citaremos algunos votos de la Sala en este sentido.

Es importante señalar que los aportes de las opiniones consultivas previas de la Sala Constitucional durante muchos años han venido a enriquecer el tema y además mejorar esa relación compleja con la Asamblea Legislativa. Como ejemplo podemos citar el Voto No. 03220-00 respecto a la Opinión consultiva sobre el proyecto de "Ley para el Mejoramiento de los Servicios Públicos de Electricidad y Telecomunicaciones", en la cual se abordaron aspectos como: la competencia de la Sala para conocer las consultas legislativas planteadas sobre el proyecto; esencialidad en los procedimientos legislativos; desecho de expedientes e iniciación del trámite de expedientes en la corriente legislativa; plazo para dictaminar por parte de Comisión Especial; trabajo en días inhábiles; plazo para conocimiento del dictamen; rechazo de mociones por falta de concordancia entre el número de artículo consignado y el texto del artículo que se pretendía enmendar; tramitación en bloque de mociones en el Plenario; rechazo de mociones

de reiteración por entender el Presidente de la Asamblea que cada diputado sólo podía presentar una por artículo, rechazo de mociones de fondo por entender el Presidente que eran de forma, aplicación del principio de accesoriedad por presentarse mociones idénticas de más de un diputado; alteración de mociones por parte del Directorio; integración del quórum legislativo; alcances del poder de enmienda de los diputados; entre otros temas, que indicó la Sala Constitucional que debían ser considerados como parámetros de análisis para el estudio de otros proyectos de ley.

Es indudable la importancia del voto citado de la Sala Constitucional, pues se constituyó en un análisis riguroso y crítico del procedimiento legislativo, que ha marcado pautas a través de los años en el acontecer parlamentario. Pero no es el único en este sentido.

2. Marco jurídico del control previo de constitucionalidad

En este primer apartado estudiaremos el marco constitucional y reglamentario que da sustento al control previo de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico costarricense.

2.1. Constitución Política de la República de Costa Rica

El artículo 10 de la Constitución Política costarricense dice:

"Corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público. No serán impugnables en esta vía los actos jurisdiccionales del Poder Judicial, la declaratoria

de elección que haga el Tribunal Supremo de Elecciones y los demás que determine la ley.

Le corresponderá además:

a) Dirimir los conflictos de competencia entre los Poderes del Estado, incluido el Tribunal Supremo de Elecciones, así como con las demás entidades u órganos que indique la ley.
b) Conocer de las consultas sobre proyectos de reforma constitucional, de aprobación de convenios o tratados internacionales y de otros proyectos de ley, según se disponga en la ley.

(Así reformado mediante Ley Nº 5701 de 5 de junio de 1975 y ley Nº 7128 de 18 de agosto de 1989)."

Nos interesa para el presente estudio, el inciso b) del artículo 10 pues establece la consulta de constitucionalidad en aquellos proyectos que versen sobre reformas constitucionales, aprobación de convenios o tratados internacionales, así como de otros proyectos que sean estipulados por la Ley de la Jurisdicción Constitucional.[3]

Esta norma se constituye en el fundamento constitucional del control a priori, y a través de sus votos la Sala Constitucional ha venido reafirmando su compe-

3 La Sala Constitucional en el Voto No. 492-90 de las 15:00 horas del 15 de mayo de 1990, ha señalado al respecto: "(…) de conformidad con los artículos 10 de la Constitución Política y 96 inciso b) de la Ley de Jurisdicción Constitucional, esta Sala solamente es competente para evacuar consultas legislativas acerca de los proyectos allí citados. Siendo que el presente lo es de un acuerdo, y que dicha posibilidad no está prevista en los artículos citados, es preciso rechazar la consulta formulada." Citada por Hess Araya, Chistian y Brenes Esquivel, Ana Lorena. Ley de la Jurisdicción Constitucional. Anotada, concordada, y con jurisprudencia procesal. San José, Editorial Investigaciones Jurídica S.A., primera edición, 1997, p. 280.

tencia en este sentido. Por ejemplo, en materia de Tratados Internacionales y la consulta preceptiva de constitucionalidad, la Sala ha indicado en el Voto No. 2008-003154, lo siguiente: "De acuerdo con los artículos 10 inciso b) de la Constitución Política, 96 inciso a) y 98.1 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, debe plantearse consulta legislativa, preceptivamente, cuando se trate de la aprobación de un tratado internacional, lo cual se cumplió aquí con la remisión efectuada por el Presidente de la Asamblea Legislativa de este asunto, con posterioridad a su aprobación en primer debate (folio 1584). De igual modo, el numeral 96 citado en su inciso ch), en relación con el 13 de la Ley de Creación de la Defensoría de los Habitantes prevé la posibilidad de que ese órgano auxiliar de la Asamblea Legislativa emplee este mecanismo de consulta. Ambas consultas son, por ende, admisibles."[4]

Junto a esta norma, debemos mencionar el artículo 48 constitucional que se refiere al recurso de habeas corpus y amparo, y a la competencia de la Sala Constitucional en materia de instrumentos internacionales de derechos humanos, vinculando esta disposición con el artículo 10 ya citado.[5]

4 Citado por Córdoba Ortega, Jorge y González Porras, Andrés. Constitución Política de la República de Costa Rica, concordada y con jurisprudencia de la Sala Constitucional. San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., primera edición, 2010, p. 73.

5 Artículo 48 de la Constitución Política de la República de Costa Rica: "Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer 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, aplicables en la República. Ambos recursos serán de competencia de la Sala

2.2. Ley de la Jurisdicción Constitucional

En un principio, cuando fue presentado en la Asamblea Legislativa el proyecto de Ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional, no se consideró ningún apartado sobre consultas de constitucionalidad.

Posteriormente se incluyó un capítulo denominado "De la consulta de constitucionalidad" que abarcaba del artículo 96 al 101 de la Ley en estudio, y que fue aprobado en 1989.

La Ley de la Jurisdicción Constitucional, No. 7135 del 11 de octubre del 1989, vino a llenar un vacío legal que tenía el ordenamiento jurídico, y de esta manera se introdujo esta nueva modalidad de control previo. Así los incisos a) y b) del artículo 96 que indican:

"Por la vía de consulta de constitucionalidad, la jurisdicción constitucional ejercerá la opinión consultiva previa sobre los proyectos legislativos, en los siguientes supuestos:

a) Preceptivamente, cuando se trate de proyectos de reformas constitucionales, o de reformas a la presente ley, así como de los tendientes a la aprobación de convenios o tratados internacionales, inclusive las reservas hechas o propuestas a unos u otros.[6]

---

indicada en el artículo 10. (Así reformado mediante Ley Nº 7128 de 18 de agosto de 1989)."

6 "Conforme al artículo 96, inciso a), de la Ley de Jurisdicción Constitucional, corresponde a esta Sala ejercer opinión consultiva previa, en forma preceptiva –entre otros casos– sobre los proyectos legislativos tendientes a la aprobación de convenios o tratados internacionales, inclusive las reservas hechas o propuestas a unos u otros. En el presente caso se consulta el llamado "Protocolo de Adhesión de Costa Rica al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio", conocido por

b) Respecto de cualesquiera otros proyectos de ley, de la aprobación legislativa de actos o contratos administrativos, o de reformas al Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa, cuando la consulta se presente por un número no menor de diez diputados".[7]

En estos dos supuestos de consulta al órgano constitucional, creemos que se han establecido una serie de principios fundamentales para el respeto del orden constitucional, pero sobre todo se han dictado una serie de pautas dirigidas a enmarcar constitucionalmente

---

sus siglas en inglés; GATT. El uso del término Protocolo en el nombre del documento, no impide, sin embargo, que la Sala pueda ejercer la competencia otorgada por el citado artículo 96, inciso a), puesto que los términos "tratados públicos" y "convenios internacionales" (usados en los artículos 7, 121, inciso 4) y 140), inciso 10), de la Constitución Política; así como "convenios o tratados" internacionales, que utiliza la Ley de Jurisdicción Constitucional, no pueden entenderse en sentido estricto y unívoco, ya que en materia de actos jurídicos internacionales del Estado –que es de lo que se trata en definitiva– no hay en el derecho internacional codificado, ni en la práctica internacional, criterio unánime sobre la terminología con que se les identifica (…)" Ver Hess Araya, Chistian y Brenes Esquivel, Ana Lorena. Ley de la Jurisdicción Constitucional, op.cit., pp. 280-281.

7 "En las consultas facultativas, la Sala sólo valora los aspectos concretamente cuestionados: "De conformidad con lo que dispone el artículos 96 inciso b) de la Ley de Jurisdicción Constitucional, nos encontramos frente a una consulta facultativa, planteada por diez Diputados, por lo que esta Sala revisará únicamente los extremos cuestionados en forma concreta por los consultantes y no aspectos generales de constitucionalidad de la Ley que contiene la norma impugnada, según lo dispone el artículo 99 de la ley que rige esta jurisdicción." Voto No. 6215-93 de las 9:30 horas del 25 de noviembre de 1993. Citada por Hess Araya, Chistian y Brenes Esquivel, Ana Lorena. Ley de la Jurisdicción Constitucional, op.cit.,pp. 282-283.

la actuación de las instituciones y de la misma Asamblea Legislativa en el proceso de formación de la ley.

2.3. Ley Orgánica del Poder Judicial

La Ley Orgánica del Poder Judicial, No. 7333 del 5 de mayo de 1993 y sus reformas, publicada en el Alcance 24 de la Gaceta No. 124 del 1 de julio de 1993, establece la estructura básica del Poder Judicial, indicando en su artículo 49 que: "la Corte Suprema de Justicia se compone de tres Salas de Casación: Primera, Segunda y Tercera y la Sala Constitucional, integradas por cinco Magistrados, con excepción de la última que lo será con siete".

En el mismo sentido, en el Título II de la Estructura y Organización de la Corte Suprema de Justicia, Capítulo V "De la Sala Constitucional", encontramos el artículo 57 que establece las materias que serán de conocimiento de la Sala Constitucional, indicando:

> *"Artículo 57. La Sala Constitucional conocerá:*
>
> *1.- De los recursos de hábeas corpus y de amparo.*
>
> *2.- De las acciones de inconstitucionalidad.*
>
> *3.- De las consultas de constitucionalidad.*
>
> *4.- De los conflictos de competencia entre los Poderes del Estado, incluido el Tribunal Supremo de Elecciones y los de competencia constitucional entre éstos y la Contraloría General de la República, municipalidades, entes descentralizados y demás personas de Derecho Público."*

Encontramos otras disposiciones en la Ley Orgánica del Poder Judicial que se refieren a la estructura y organización de la Sala Constitucional costarricense pero

que no abordamos pues no son objeto de nuestro estudio. Como se observa en el artículo 57 de la Ley Orgánica, se reitera lo ya establecido en la Constitución Política y que también tienen su desarrollo en la Ley de Jurisdicción Constitucional y Reglamento de la Asamblea Legislativa.

2.4. REGLAMENTO DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA

Con la reforma al artículo 10 de la Constitución Política y la promulgación de la Ley de la Jurisdicción Constitucional se hizo necesario para la Asamblea Legislativa, reglamentar el procedimiento de consulta que se debía de realizar ante la Sala Constitucional.

De esta forma, en el Reglamento de la Asamblea Legislativa (en adelante, RAL), establece en el Capítulo III "Trámite en el Plenario", Sección II "Consultas de constitucionalidad", donde encontramos los artículos 143 que regula el "Trámite de las consultas de constitucionalidad"; 144 la "Consulta preceptiva"; el 145 la "Consulta no preceptiva"; y el 146 "Trámite de la opinión consultiva".[8]

8 "Artículo 144.- Consulta preceptiva. 1.-El Directorio de la Asamblea hará de oficio la consulta preceptiva, en los casos del inciso a) del artículo 96 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. 2.-El Directorio, realizada la consulta preceptiva, lo comunicará de inmediato al Plenario en el capítulo de Régimen Interior. 3.-Mediante moción de orden aprobada por el Plenario, este podrá decidir que un proyecto determinado, no consultado por el Directorio, está dentro de los supuestos previstos en el artículo 96 inciso a). En este caso, el Directorio formulará la consulta. Artículo 145. Consulta no preceptiva. 1.-Un número no menor de diez diputados podrá realizar la consulta no preceptiva, establecida en el inciso b) del mismo artículo. 2.-La consulta no preceptiva deberá formularse en memorial razonado, con expresión de los aspectos cuestionados del proyecto, así como de los motivos por los cuales se

Nos interesa en este apartado hacer cita literal en el contenido de los artículos 143 referente al "Trámite de las Consultas de Constitucionalidad" y el 146 relativo al "Trámite de la opinión consultiva", pues ambos constituyen normas de trascendencia para el procedimiento legislativo y para el desarrollo de este estudio. Al respecto se señala:

> *"Artículo 143. Trámite de las consultas de constitucionalidad.*
>
> *1.- Por la vía de la consulta de constitucionalidad, la jurisdicción constitucional ejercerá la opinión consultiva previa sobre los proyectos legislativos estipulados en el artículo 96 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.*
>
> *2.-La consulta deberá interponerse después de la votación en primer debate y antes de la del segundo. Cuando se trate de reformas constitucionales, la consulta deberá hacerse después de su votación en primer debate, en primera legislatura, y antes de la definitiva.*
>
> *3.-No obstante, cuando la Asamblea Legislativa tuviere un plazo constitucional o reglamentario para votar el proyecto, la consulta deberá hacerse con la anticipación debida, a partir del momento en que la Comisión encargada de estudiarlo haya aprobado el dictamen o dictámenes correspondientes. En este caso, la Asamblea Legislativa votará el proyecto aunque no se haya recibido el dicta-*

tuvieren dudas u objeciones sobre su constitucionalidad. Los diputados deberán remitir copia del memorial a la Presidencia de la Asamblea, para comunicarle que ha sido formulada consulta sobre determinado proyecto."

men, así como cuando la Sala incumpliere con el plazo legal para evacuar la consulta preceptiva.

4.- Recibida la consulta, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia lo comunicará a la Asamblea Legislativa y solicitará la remisión del respectivo expediente y sus antecedentes, de ser posible, o copias certificadas de ellos. En el caso de consulta preceptiva, el Directorio la remitirá con el expediente, sus antecedentes o las copias certificadas correspondientes.

5.- Admitida formalmente la consulta, la Sala Constitucional lo notificará a la Presidencia de la Asamblea Legislativa.

6.- La consulta formalmente admitida y notificada interrumpirá la votación del proyecto en segundo debate o, en su caso, la sanción y publicación del decreto respectivo. No obstante, dicha interrupción surte efecto en los casos de la consulta preceptiva, a partir de su presentación ante la Sala Constitucional."

Con respecto al artículo 143 del RAL, debemos de manifestar que el mismo se constituye en una normativa instrumental de lo ya establecido en la misma LJC, debiendo resaltar algunos aspectos como:

— Se debe interponer después de la votación en primer debate y antes de la del segundo.

— Remisión del respectivo expediente y sus antecedentes, de ser posible, o copias certificadas de estos.

— Admisión formal de la consulta por parte de la Sala Constitucional debe ser notificada a la Presidencia de la Asamblea Legislativa.

— Interrupción de la votación del proyecto en segundo debate.

Ahora bien, con respecto al trámite de la opinión consultiva, el Reglamento de la Asamblea indica:

> *"Artículo 146. Trámite de la Opinión Consultiva.*
>
> *1.- Notificada la opinión consultiva de la Sala Constitucional a la Asamblea Legislativa, el Presidente lo comunicara de inmediato al Plenario en el Capítulo de Régimen Interior.*
>
> *Si de la opinión consultiva de la Sala resultare que no existen objeciones sobre la constitucionalidad del proyecto, su trámite seguirá el curso normal. En caso contrario, el expediente, con la opinión consultiva, se remitirá a la Comisión sobre Consultas de Constitucionalidad, por el plazo que el Presidente de la Asamblea le fije razonablemente, el cual podrá ser prorrogado.*
>
> *2.- Si la Comisión tuviere dudas sobre los alcances de la opinión consultiva, podrá solicitar aclaración o adición a la Sala, de conformidad con el artículo 12 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Sin previo acuerdo de la Comisión, su Presidente podrá realizar dicho trámite, pero de ello deberá informarle a la mayor brevedad. En todo caso, la Comisión podrá dictaminar sin que la Sala Constitucional se haya pronunciado sobre la aclaración o adición solicitadas.*
>
> *3.- El Plenario conocerá y resolverá en la misma sesión, antes de las dieciocho horas el dictamen de la Comisión sobre la opinión consultiva de la Sala, en el Capítulo de Régimen Interior. (Interpretación no apelada del Directorio Legislativo, del 25 de mayo de 1992).*

4.- El conocimiento del proyecto se iniciará en la sesión inmediata siguiente a la lectura del dictamen.

5.- El proyecto ocupará el primer lugar en el Capítulo de Primeros Debates, si se hubiere modificado su texto; en caso contrario, el primer lugar en el Capítulo de Segundos Debates del orden del día.

6.- El proyecto en discusión será enviado al archivo por el Presidente de la Asamblea en aquellos casos en que el Plenario decida que los trámites considerados inconstitucionales por la Sala, no puedan ser jurídicamente subsanados.

7.- Cuando la Sala considere inconstitucional algún artículo o norma de un proyecto de los que tengan plazo constitucional o reglamentario para ser votado, y no fuere posible jurídicamente retrotraerlo a primer debate, el Plenario podrá decidir en cualquier momento de su discusión que dicho artículo o norma sea suprimido o reformado. Para ese efecto, el Plenario aplicará las reglas de una moción de orden."

En esta norma reglamentaria vemos el trámite de la opinión consultiva una vez que ha sido notificada a la Asamblea Legislativa por parte de la Sala Constitucional. Es interesante resaltar que se presentan varias situaciones:

a) Si no existen objeciones sobre la constitucionalidad del proyecto, su trámite seguirá el curso normal en el procedimiento legislativo.
b) En caso de que se presenten objeciones sobre la constitucionalidad del proyecto, se remite a la Comisión sobre Consultas de Constitucionalidad, por

el plazo que el Presidente o Presidenta de la Asamblea.

c) Debe ser un plazo razonable, el cual puede ser prorrogado.

d) La Comisión Especial Permanente sobre Consultas de Constitucionalidad podría pedir Aclaración o Adición a la Sala si existen dudas sobre la opinión consultiva.

e) Una vez que se aprueba el dictamen por parte de la Comisión Especial sobre Consultas de Constitucionalidad, el Plenario conocerá y resolverá en la misma sesión. Debemos manifestar que este dictamen de la Comisión puede recomendar al Plenario sobre lo resuelto por la Sala Constitucional en la opinión consultiva, pero es el Pleno de la Asamblea quién decide en última instancia.

f) El conocimiento del proyecto seguirá su trámite normal en la sesión siguiente a la lectura del dictamen.

g) Finalmente, vemos situaciones especiales como cuando la Sala indique la inconstitucionalidad de un artículo o norma de un proyecto de ley y este tenga un plazo constitucional o reglamentario para ser votado, y no fuere posible jurídicamente retrotraerlo a primer debate, el Plenario podrá decidir en cualquier momento de su discusión que dicho artículo o norma sea suprimido o reformado. En este sentido, el Plenario aplicará las reglas de una moción de orden.

Además de esta normativa, debemos de hacer mención del artículo 165 del RAL relativo al trámite de la consulta de constitucionalidad en las Comisiones con Potestad Legislativa Plena que abordaremos más adelante.

La normativa es amplia en materia del trámite de la opinión consultiva en la Asamblea Legislativa costarri-

cense, pero su desarrollo ha implicado en muchas ocasiones criterios encontrados entre los diferentes actores de esta relación.

3. Algunos planteamientos sobre el control previo y su naturaleza jurídica

La consulta legislativa constituye una manifestación del control previo de constitucionalidad que se efectúa dentro del trámite parlamentario con el fin de conocer en forma anticipada sobre la constitucionalidad de un proyecto de ley o del mismo procedimiento legislativo.

Algunos consideran que esta opinión consultiva constituye en materia de procedimiento legislativo una limitación a la función legislativa o el establecimiento de requisitos vinculantes que se deben de seguir en el procedimiento legislativo, conforme al ordenamiento jurídico constitucional y que deben ser acatados por parte de los legisladores.

En el ámbito doctrinal encontramos diferentes posiciones que respecto a su naturaleza jurídica que citamos a continuación.

3.1. Naturaleza jurídica del control previo de constitucionalidad

Sobre la naturaleza jurídica del control previo de constitucionalidad existen varios criterios en la doctrina. Algunos consideran que este control se ubica en el ámbito legislativo y es de naturaleza política,[9] otros que es

9 "Sostienen además Rubio y Aragón que son conscientes de que se está alterando la naturaleza jurisdiccional del tribunal al atribuir la función de control previo que le da facultades políticas (...)" Fernández Segado, Francisco. La jurisdicción

de naturaleza jurisdiccional, con el cual coincidimos, pues conforme a nuestra Carta Magna es a la Sala Constitucional la que le corresponde esta competencia, procurando que se respeten las normas y principios constitucionales que rigen el procedimiento legislativo. Se mantiene de esta forma la supremacía de la Constitución. Estamos frente a un control técnico-jurídico de los proyectos de ley de relevancia constitucional.

Pero lo anterior, no constituye una intromisión en la competencia del Parlamento, pues bien se ha señalado que la Sala Constitucional, como instancia del Poder Judicial, se constituye en un intérprete de la Constitución y no en legislador. Esta afirmación es relativa, pues hemos observado en muchos casos en que la Sala Constitucional opera como legislador, y aún más como constituyente, al interpretar en determinado sentido un artículo constitucional sin necesidad de ir a un procedimiento de reforma parcial a la Constitución, que corresponde según la norma constitucional a la Asamblea Legislativa. Así vemos el Voto No. 3435-92 de la Sala Constitucional que aborda el artículo 14 constitucional y señala:

> *"De conformidad con las normas transcritas, es incuestionable que el inciso 5) del artículo 14 de la Constitución Política contiene una disposición que resulta inaplicable por ser contraria a los valores fundamentales de Carta en cuanto a igualdad jurídica y su complemento de no discriminación, tutelados con igual trascendencia por las normas internacionales, cuyo efecto erga omnes es de obligada vigencia y acatamiento en el ámbito nacional por su misma naturaleza y por impera-*

constitucional en España, Madrid, Editorial Dykinson, primera edición, 1984, p. 191.

tivo del artículo 48 de la Constitución. La simple comparación de las normas transcritas con la disposición cuestionada demuestra que el beneficio concedido exclusivamente a la mujer extranjera casada con costarricense, constituye una discriminación en perjuicio del hombre extranjero casado con una ciudadana costarricense, contra quien crea artificialmente una desventaja pues le sustrae beneficios por razones de género, contraviniendo con ello el espíritu constitucional y universal de igualdad y no discriminación." (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto No. 3435-92. San José, a las 16:20 horas del día 11 de noviembre de 1992).

Este resolución se constituye en un claro ejemplo del papel que ha asumido en ocasiones el Juez Constitucional en la interpretación de la Constitución Política y los principios de relevancia constitucional, como en este caso, los de igualdad y no discriminación, siendo en esencia competencia del legislador.

En el tratamiento de este tema, el Lic. Esteban Solano y la Licda. Kattia Martínez, esbozan un criterio interesante sobre la naturaleza de este tipo de control, afirmando: "Nuestra posición, es la de entender la naturaleza jurídica de este instituto no como un control político -por las razones apuntadas anteriormente- sino como un instrumento jurisdiccional, unas veces preceptivo y otras facultativo (aunque vinculante en algunos ordenamientos) que busca colocar al legislador en la vía correcta para incorporar un conjunto de normas sin vicios constitucionales al ordenamiento jurídico del

país, a fin de evitar en el mejor de los casos, cualquier tipo de control posterior o sucesivo."[10]

Franck Moderne, sobre la naturaleza jurídica señala: "No estamos ante un mero control político aunque, por supuesto, se presta a ser utilizado para resolver cuestiones de carácter político. No se debe olvidar que se articula conforme a criterios y procedimientos jurídicos, que se trata de cuestiones de derecho, comparando una ley (ya votada) o un convenio internacional (ya firmado) con una norma de referencia (la Constitución, o más ampliamente en ciertos países, *el bloque de constitucionalidad*. Eso es una tarea jurídica y no política."[11]

Sobre esta misma materia, el Dr. Piza Escalante, refiriéndose al control abstracto previo señala: "Como se dijo, se ejerce mediante la consulta legislativa de constitucionalidad, la cual, en sentido procesal, no constituye una acción contenciosa, pero sí jurisdiccional, en el tanto en que el pronunciamiento –opinión– de la Sala se produce por un órgano judicial, mediante una *sentencia* y como resultado de un juicio imparcial de mera legalidad constitucional –aunque esto, como ocurre en toda la materia propia de una jurisdicción constitucional, matizado por el grado de inevitable politicidad que

10 MARTINEZ, Kattia y SOLANO, Esteban. La Consulta Previa y judicial de constitucionalidad. San José, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, tomo II, febrero de 1991, p. 421.

11 Seminario sobre Justicia Constitucional. La Jurisdicción Constitucional. MODERNE, Franck. El control previo de constitucionalidad en la Europa Contemporánea. San José, Editorial Juricentro, primera edición, 1993, p. 153.

le impregna su propia fuente principal, la Constitución *Política*"[12]

La Sala Constitucional en el Voto No. 1471-91 de las 14:30 horas del 6 de agosto de 1991, hace referencia al carácter de la consulta señalando: "Es criterio de esta Sala que, conforme a los preceptuado por los artículos 10 de la Constitución Política; 73, 96 y siguiente de la Ley de Jurisdicción Constitucional, el control por vía de acción de inconstitucionalidad –en cuanto a proyectos de ley se refiere– existe sólo como control represivo, es decir, con posterioridad a que el acto o disposición que genera la infracción se incorpore al ordenamiento jurídico, y no con anterioridad a que suceda el hecho, pues ello sería invadir una esfera que no le es propia, reservada al Poder Legislativo, como corolario del principio de división de poderes. En consecuencia, el control en su carácter preventivo opera exclusivamente como consecuencia de la "consulta de constitucionalidad" y en los casos que expresamente enumera el artículo 96 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional".[13]

En un desarrollo doctrinal más reciente, el Dr. Aldo Milano, jurista costarricense concluye en su investigación doctoral denominada: "El control preventivo de constitucionalidad: El caso costarricense tras veinte años de praxis", que: "Los tribunales constitucionales han asumido, modernamente, por la vía del control preventivo, un papel de co-legisladores, aportando su criterio técnico jurídico en el procedimiento de la for-

12 PIZA ESCALANTE, Rodolfo. La justicia constitucional en Costa Rica. Primera Conferencia de Tribunales Constitucionales de Iberoamérica, Portugal y España. Lisboa, Portugal, 10-13 de octubre de 1995, p. 85.

13 Ver HESS ARAYA, Chistian y BRENES ESQUIVEL, Ana Lorena. Ley de la Jurisdicción Constitucional; op.cit.,p. 282.

mación de las fuentes del ordenamiento jurídico, situación que tiene como consecuencia, la juridificación de la actividad política conforme al Principio de Supremacía de la Constitución."[14]

Vemos de esta forma, que se presentan diversas posiciones con respecto al control previo de constitucionalidad en cuanto a su naturaleza, nos inclinamos por su naturaleza jurisdiccional (con matices políticos) derivados de la Constitución Política que se constituye también en una Carta Política de un pueblo o comunidad. Además debemos reafirmar que la Sala Constitucional ha actuado en ocasiones como co-legislador, así lo hemos verificado a través de algunos de sus votos y la doctrina nacional así lo confirma.

3.2. Los sistemas o modalidades de control preventivo de constitucionalidad

Sobre los sistemas o modos de control preventivo, el Dr. Piza Escalante, en su libro "La Justicia Constitucional en Costa Rica", nos ha manifestado:

> "A pesar de que hay cierta confusión en la doctrina, y hasta alguna sentencia de la Sala Constitucional parece incurrir en ligereza sobre los conceptos de control *abstracto* y *concreto*, *principal* e *incidental*, lo cierto es que, rigurosamente hablando, en Costa Rica, todo el control concentrado de constitucionalidad, cualquiera que sea la forma mediante la cual se ejerza –acción de

14 Milano Sánchez, Aldo. El control preventivo de constitucionalidad: el caso costarricense tras veinte años de praxis., Madrid, Tesis Doctoral. Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2015, pp. 342-343.

> inconstitucionalidad, consulta judicial, o consulta legislativa de constitucionalidad, incluido el veto del Poder Ejecutivo por inconstitucionalidad–, tiene carácter de abstracto, principal y de única instancia: la Sala Constitucional no actúa del todo en el proceso jurisdiccional común, sino que siempre realiza un juicio abstracto, confrontando la norma o, en su caso, el acto cuestionado, con el Derecho de la Constitución. Desde luego, esto no significa que las circunstancias de hecho queden fuera de consideración en el proceso abstracto de constitucionalidad, sino sólo que, para este, aquéllas no constituyen verdades que comprobar o declarar, sino meras hipótesis necesarias para conocer y comprender la norma en cuestión –el Derecho no opera en el vacío; las normas jurídicas son tales en cuanto enlazan determinadas consecuencias, jurídicamente relevantes, a determinadas hipótesis de hecho, definidas casi siempre con carácter abstracto y general.–"[15]

Agrega el Dr. Piza Escalante, que el control concentrado se realiza por medio de la acción de inconstitucionalidad, consulta judicial de constitucionalidad, consulta legislativa de constitucionalidad, y en cierta forma, por las resoluciones de los conflictos constitucionales o legales de competencia entre los poderes públicos o constitucionales con o entre entes menores o las personas públicas en general, aspecto que le da sustento a su posición.

15 Ver Piza Escalante, op.cit., pp. 82-83.

El Dr. Milano Sánchez, en su análisis jurídico de los 20 años del control preventivo de constitucionalidad, plantea aspectos esenciales en esta temática, manifestando:

> "Dentro de las modalidades de control de constitucionalidad, uno de los criterios es clasificarlas según sea el carácter del mismo, es decir, político, tradicionalmente atribuido a los parlamentos o judicial. La labor de los tribunales constitucionales es, claramente, de índole jurídica, inclusive cuando se lleva a cabo, antes de la entrada en vigor de la respectiva disposición normativa. Otro de los criterios de clasificación, se relaciona con la naturaleza concentrada o difusa del mismo. En el primer caso, se atribuye dicha tarea, sea a un tribunal ad hoc o a un órgano normalmente supremo de la Corte Suprema de Justicia. En el segundo caso, se habilita a todos los jueces a realizar el control de constitucionalidad. La naturaleza del control, también, puede ser caracterizada según sea abstracta y objetiva o concreta-subjetiva. En el primer caso, el interés del Estado es lo que dirige el debate, de modo que atiende el objetivo de garantizar el buen funcionamiento de los órganos del Estado. En el segundo caso, el debate gira en torno al interés del sujeto de Derecho privado que lo formula. Típicamente, el primero es directo y el segundo incidental. En lo que a la investigación más interesa, otro criterio de diferenciación obedece al momento en el cual se lleva a cabo el control. De este modo, en el control a priori, se lleva a cabo de previo a la vigencia de la norma, de modo concen-

> trado, jurisdiccional, abstracto y directo. Por su parte, el control a posteriori se cumple luego de la vigencia de la norma sometida a control, pudiendo ser incidental o directo, es decir, subjetivo u objetivo. Además, puede llevarse a cabo de modo concentrado o bien difuso."[16]

Como observamos, ambos juristas sintetizan en forma eficiente y práctica las modalidades de control preventivo, así como aspectos propios de su naturaleza jurídica. En este sentido, compartimos dichos criterios que son manifestación clara de la Doctrina Comparada.

Del mismo modo, en cuanto al interés público de la consulta de constitucionalidad, el Dr. Milano Sánchez agregar: "A mi juicio, la tesis expuesta en el voto salvado del entonces Magistrado PIZA ESCALANTE (qdDg), es la correcta. Existe, sin duda, en todo proceso objetivo de control de constitucionalidad, un interés público de por medio que hace exigible del Tribunal constitucional, el mayor esfuerzo para generar un pronunciamiento de fondo. Nada impide en un caso como el examinado, que se haga la respectiva prevención a los consultantes en un plazo reducido, de modo que sea logre discernir a cuáles normas se refieren sus dudas de constitucionalidad."[17]

En términos generales, vemos como la consulta previa de constitucionalidad, en nuestro criterio se convierte en un instrumento esencial en el procedimiento legislativo, sustentado en un interés público que deriva de los principios democrático, de representación (minorías y mayorías) y participación ciudadana.

16 Ver Milano Sánchez, op.cit.,pp. 343-344.

17 Ver Milano Sánchez, op.cit.,p. 278.

3.3. Sobre el trámite de la consulta previa de constitucionalidad en el Plenario Legislativo y en las Comisiones con Potestad Legislativa Plena

En este punto presentamos algunas ideas sobre el trámite de la consulta previa de constitucionalidad en el Pleno Legislativo y en los Miniplenarios.

3.3.1. Plenario Legislativo

Uno de los aspectos novedosos que trajo consigo la aprobación de la Ley de la Jurisdicción Constitucional fue sin lugar a dudas, el control previo de constitucionalidad, sometiendo ciertos proyectos de ley a una consulta preceptiva y a otros a una consulta facultativa, cuando así lo crea necesario un mínimo de diez diputados. Como ya lo hemos indicado, este trámite es desarrollado en el Reglamento de la Asamblea Legislativa de los artículos 143 al 146 ya citados, en lo que concierne al trámite de Plenario.

Durante el proceso de formación de la ley, después de aprobado en primer debate y antes del segundo debate (tercero, en el caso del 195.7 de la Constitución Política costarricense) es posible consultar la constitucionalidad de un proyecto de ley (cuando no es preceptiva la consulta). Según lo establece la Ley de la Jurisdicción Constitucional, son obligatorias o preceptivas las consultas sobre proyectos de ley que tengan relación con: reforma constitucional, tratados y convenios internacionales, reforma a la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Esta consulta debe hacerla el Directorio Legislativo en forma obligatoria.

La consulta facultativa se debe interponer con la anuencia de diez diputados sobre cualquier proyecto de ley, aprobación legislativa de actos o contratos administrativos y reformas al Reglamento, después de la votación en primer debate debido a que ese es el momento

procesal en que el texto toma algún tipo de formalidad previa a ser aprobada como ley de la República. Sobre la presentación de este tipo de consulta, la Licda. Ramírez dice: "La consulta no preceptiva deben formularla los diputados en memorial razonado, con expresión de los aspectos cuestionados del proyecto, así como de los motivos por los cuales se tuvieron dudas y objeciones sobre su constitucionalidad. Además, deberán remitir copia del memorial a la Presidencia de la Asamblea, para informarle que ha sido formulada consulta sobre determinado proyecto. El Directorio comunicará de inmediato el hecho al Plenario en el Capítulo de Régimen Interior."[18] Sobre las diez firmas de los diputados y diputadas, ha indicado la Sala Constitucional: "

> *"(...) I.- DE LA IMPROCEDENCIA DE LA CONSULTA FORMULADA. El Artículo 96 inciso b.) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional dispone que cuando se trate de una consulta legislativa "facultativa", ésta deberá ser promovida por un número no menor de diez Diputados, por lo cual, habiendo desistido tres de los diputados consultantes que interpusieron esta consulta, en virtud de la solicitud que hicieron los diputados Oscar Campos Chavarría, Álvaro Torres Guerrero y Walter Muñoz Céspedes –visible a folio 34 del expediente–, se mantienen únicamente siete diputados para su tramitación, lo que hace que no se dé cumplimiento al requisito del número de consultantes establecido por ley, razón por la que resulta inadmisible la consulta, en virtud de lo dispuesto en el párrafo primero del Artículos 9 de la Ley de la Jurisdicción Constitucio-*

18 Ramírez Altamirano, Marina. Manual de Procedimientos Legislativos. San José, Asamblea Legislativa, Centro para la Democracia, primera edición, 1994, pp. 224-225.

*nal, en relación con el inciso b) del Artículo 96 ibídem."(Sentencia 1999-07886 de las quince horas cincuenta y cuatro minutos del trece de octubre de mil novecientos noventa y nueve). En el mismo sentido se resolvió: "El Artículo 96 inciso b) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional exige que las consultas no preceptivas sobre proyectos de ley en discusión en la Asamblea Legislativa, sean presentadas por un número no menor de diez diputados. En el caso que ahora interesa, seis de los once diputados que inicialmente suscribieron esta consulta, desistieron de la misma. En consecuencia y no habiéndose mantenido el requisito de estar formulada por al menos diez diputados, conforme lo preceptúa el Artículo citado, se ordena archivar el expediente." (Sentencia 1990-01552 de las 17:30 horas del 11 de junio de 1990, en el mismo sentido: 1555-90, y 6122-93). Si bien es cierto, en el caso que se analiza los diputados señalan en el escrito de formulación de la consulta, que la plantean en forma "irrevocable"; lo cierto es que por la naturaleza misma de dicha consulta y su carácter facultativo; quienes la planteen pueden desistir de hacerlo en cualquier momento. Así las cosas, en virtud de lo expuesto, no procede evacuar la consulta formulada". **SCV 06452-2002**.* [19]

19 Votos citados en Reglamento de la Asamblea Legislativa de Costa Rica: con resoluciones de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resoluciones de la Presidencia de la Asamblea Legislativa y criterios del Departamento de Servicios Técnicos, segunda edición, San José, C.R. : La Asamblea. Departamento de Servicios Bibliotecarios, Documentación e Información, 2014 pp. 309-310.

Conforme a la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la Sala debe de responder en el plazo de un mes siguiente a su recibo (artículo 101 LJC),[20] debiendo dictaminar sobre los puntos consultados, aunque en muchas ocasiones la Sala ha entrado a analizar otros aspectos que no han sido cuestionados y así lo permite el artículo citado. Este dictamen es vinculante para la Asamblea cuando se refiere a vicios en el procedimiento legislativo que sean inconstitucionales o contrarios al Reglamento Legislativo, en el trámite que se ha llevado a cabo sobre determinado proyecto de ley.

Es interesante, la observación que hace la Licda. Marina Ramírez, en el caso de una opinión consultiva que llegó fuera de este plazo, indicando: "En un caso en que la Sala contestó la consulta después de vencido el plazo, el Presidente de la Asamblea dispuso tener sus observaciones como extraoficiales, sin perjuicio de que la Asamblea pueda disponer que el asunto vuelva a conocimiento de la Comisión que dictaminó para que esas observaciones sean tomadas en cuenta, aplicando las disposiciones comunes que rigen las consultas obligatorias no constitucionales."[21]

Una vez recibida la opinión consultiva de la Sala Constitucional, el Presidente lo comunica al Plenario en el Capítulo de Régimen Interior. En caso de que no hay objeciones se sigue el trámite normal. Ahora bien, si existen observaciones se pasa a la Comisión de Con-

20 Artículos 101 LJC "La Sala evacuará la consulta dentro del mes siguiente a su recibo, y, al hacerlo, dictaminará sobre los aspectos y motivos consultados o sobre cualesquiera otros que considere relevantes desde el punto de vista constitucional (…)."

21 Ver Ramírez Altamirano, op.cit.,p.226.

sultas de Constitucionalidad, trámite que desarrollamos más adelante.

3.3.2. Comisiones con Potestad Legislativa Plena

Para referirnos a la consulta previa de constitucionalidad en el trámite que se lleva a cabo en las Comisiones con Potestad Legislativa Plena debemos remitirnos en primer término a lo establecido en el artículo 165 del Reglamento que señala:

> "La consulta de constitucionalidad.
>
> 1. Las consultas de constitucionalidad de los proyectos delegados se tramitarán, de conformidad con el Capítulo III, Sección II de la Tercera Parte de este Reglamento.
>
> 2. Las consultas de constitucionalidad sobre un proyecto de ley, que se tramite en una Comisión Legislativa Plena, podrán ser firmadas por cualquier diputado, sea o no miembro de la Comisión respectiva.
>
> 3. El informe de la Comisión sobre Consultas de Constitucionalidad pasará a la Comisión Legislativa Plena, para su trámite.
>
> 4. No obstante, cuando la Comisión de Consultas de constitucionalidad infiera de la opinión consultiva de la Sala Constitucional que el proyecto no es de competencia de la Comisión Legislativa Plena o que existen vicios de procedimiento no subsanables por ella, el asunto pasará de pleno derecho al Plenario para su conocimiento. Además, respecto de esta etapa del trámite, se aplicarán las disposiciones previstas en los artículos 143 y 146 del Reglamento."

Es importante indicar que el inciso 1) de este artículo 165 remite al Capítulo III, Sección II de la Tercera Parte del Reglamento Interior de la Asamblea Legislativa, en el cual encontramos los artículos 143 que regula el "Trámite de las consultas de constitucionalidad"; 144 la "Consulta preceptiva"; el 145 la "Consulta no preceptiva"; y el 146 "Trámite de la opinión consultiva", que ya fueron citados y comentados en este trabajo.

En cuanto al trámite de consultas preceptivas en las Comisiones con Potestad Legislativa Plena, el Dr. Hugo Alfonso Muñoz Quesada, señala: "Difícilmente se presenta el caso de una consulta preceptiva en la Comisión Legislativa Plena, salvo la hipótesis de una reforma a la Ley de la Jurisdicción Constitucional. La Comisión en ese caso suspenderá el proyecto aprobado en primer debate y lo remitirá al Directorio para que formule la consulta a la Sala Constitucional."[22]

En términos generales, en esta etapa del proceso también se podría presentar el control previo, para ello citamos los Votos de la Sala Constitucional, Nos. 1998-5958 y 2010-012026, que se refieren al tema.[23]

22 MUÑOZ QUESADA, Hugo Alfonso. Las Comisiones Legislativas Plenas. San José, Asamblea Legislativa, CICAP, Centro para la Democracia, primera edición, 1994, p.177.

23 Asamblea Legislativa de Costa Rica. Departamento de Servicios Bibliotecarios, Documentación e Información. Reglamento de la Asamblea Legislativa de Costa Rica con resoluciones de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resoluciones de la Presidencia de la Asamblea Legislativa y criterios del Departamento de Servicios Técnicos. San José, Imprenta Nacional, segunda edición, 2014, p. 351.

4. Funcionamiento y competencia de la Comisión Permanente Especial de Consultas de Constitucionalidad

Este apartado abordará el trámite interno que se lleva a cabo en la Asamblea Legislativa, en especial en la Comisión Permanente Especial de Consultas de Constitucionalidad.

4.1. Sobre el trámite general de la iniciativa legislativa

Es necesario recordar que el procedimiento legislativo está normado en forma expresa por la Constitución Política de la República de Costa Rica (en adelante, CPCR) y por el Reglamento de la Asamblea Legislativa, que es parámetro de constitucionalidad, tal como lo ha advertido la Sala Constitucional en múltiples sentencias.[24]

El procedimiento de elaboración y aprobación de la ley, inicia mediante una propuesta ya sea de los señores diputados y diputadas (artículos 105 y 121.1) de la CPCR); el pueblo cuando lo convoque al menos el 5%

24 Sobre el particular puede verse el Voto 786-94 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia que al respecto dice: "La promulgación de una ley está rodeada de una serie de requisitos procesales y formales que, además de ser insoslayables en virtud de la Constitución Política y del Reglamento Legislativo –que es también parámetro de constitucionalidad– tienen un sentido vinculado directamente a los valores fundamentales de la democracia, a saber, el de que las leyes no sólo deben emanar de una representación popular y pluralista, como la que constituye el Poder Legislativo, sino que, además, deben aprobarse mediante un trámite público y suficientemente prolongado como para que la voluntad del pueblo soberano se manifieste por canales políticos y sociales informales, tanto como los formales de la representación y debate legislativo."

de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral mediante referéndum (artículo 105 CPCR), o del Poder Ejecutivo (artículo 140.5 CPCR). Una vez presentado el proyecto, cumpliendo con los requisitos que al efecto establece el artículo 113 del Reglamento de la Asamblea Legislativa, el Presidente o Presidenta lo traslada a informe y conocimiento de una Comisión Permanente Ordinaria o Especial que dictamina, correspondiendo a ésta estudiar y analizar en forma profunda (lo que se conoce como una labor de carpintería). Al término de su trabajo, recomendará a los órganos decisorios el futuro del mismo, pudiendo ser su aprobación mediante un dictamen afirmativo de mayoría, o en caso contrario, un dictamen negativo de mayoría, produciendo como resultado desechar la iniciativa y consecuentemente su archivo, o la presentación de varios dictámenes de minoría.

Una vez superada esta etapa, aquellos dictámenes que son aprobados pasan al orden del día del Plenario o de las Comisiones Legislativas Plenas, órganos legislativos competentes que aprobarán o rechazarán las iniciativas de ley presentadas a su conocimiento.

De lo anterior, podemos manifestar que la Asamblea Legislativa tiene dos etapas o funciones en el proceso de formación de la ley, que se distingue por el tipo de órgano que conocerá la iniciativa legislativa, así tenemos:

a) Los órganos preparatorios (Comisiones permanentes ordinarias, permanentes especiales, y excepcionalmente, las de investigación; sus funciones son estrictamente iniciales, y de recomendación), y;
b) Los órganos decisorios o definitivos (Plenario o Comisiones con Potestad Legislativa Plena), que aprueban o rechazan las iniciativas dictaminadas por los órganos correspondientes. Estos órganos además entran en conocimiento excepcionalmente de aque-

llos proyectos de ley que son dispensados de todos los trámites.

4.2. Sobre la competencia de la Comisión Permanente Especial del Consultas de Constitucionalidad

El artículo 88 del Reglamento de la Asamblea Legislativa señala:

> *"1.- Créase la Comisión Permanente Especial sobre las Consultas de Constitucionalidad. Tendrá a su cargo las siguientes funciones:*
>
> *a) Conocer de los asuntos previstos en este capítulo.*
>
> *b) Las demás relacionadas con las disposiciones del artículo 10 de la Constitución Política y de la Ley de Jurisdicción Constitucional que la Asamblea le encargare expresamente.*
>
> *2.- La Comisión se regulará por las disposiciones previstas para esta clase de órganos legislativos, pero para los efectos de su integración no se aplicará a sus miembros la limitación del artículo 91 acerca de que un diputado no podrá formar parte, simultáneamente, de más de dos comisiones especiales.*
>
> *3.- La Comisión estará integrada por tres a siete diputados, designados por el Presidente de la Asamblea, de los nombres propuestos por los respectivos Jefes de Fracción, de conformidad con las siguientes reglas:*
>
> *a) (Anulado por la Sala Constitucional en Voto 14253-04)*

b) Este nombramiento se realizará en reunión de los respectivos Jefes de Fracción, convocada para tal efecto, por el Presidente de la Asamblea."

Como se puede advertir y en estricto apego al contenido material de las consultas legislativas, la Comisión Permanente Especial de Consultas de Constitucionalidad no realiza ni ejecuta labor o función alguna dentro del procedimiento legislativo ordinario en sentido estricto, su participación es eventual o accidental salvo cuando estamos frente a una consulta preceptiva o facultativa de constitucionalidad, debido a dos razones muy concretas. Veamos:

a) La primera razón es su carácter especialísimo. La actuación de esta Comisión sólo puede aparecer en el tanto y en el cuanto se elabore una consulta preceptiva o facultativa de constitucionalidad, de conformidad con el artículo 96 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, y cuando la Sala encuentre vicios, recomendaciones pertinentes o comentarios sobre la constitucionalidad del proyecto de ley sometido a su estudio.
b) Por su carácter de excepcionalidad, ya que su competencia, está descrita dentro del Reglamento de la Asamblea en los artículos 143 al 146 y en la Ley de Jurisdicción Constitucional en los artículos 96 al 101.

Conforme al marco jurídico establecido anteriormente, la Comisión de Consultas de Constitucionalidad tiene una competencia exclusiva, especial y concreta para el conocimiento de aquellos asuntos sometidos a su conocimiento y estudio, enviados por el Plenario Legislativo. Dicha competencia se informa de los principios constitucionales de conexidad, publicidad, democrático y respeto al derecho de iniciativa. Estos principios permiten que la Comisión de Consultas analice y estudie el voto constitucional en función del proyecto ori-

ginal y el dictamen aprobado en primer debate sometido a conocimiento de la Sala, dando como resultado una recomendación al órgano decisorio.

Con fundamento en lo expresado debemos de indicar que la Comisión de Consultas de Constitucionalidad no tiene competencia para conocer aquellas mociones de fondo que no se ajusten al marco establecido en el Reglamento de la Asamblea Legislativo y en la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Esto más bien, es materia de una Comisión Permanente Ordinaria, o sea de una Comisión preparatoria enmarcada dentro del procedimiento legislativo. Permitir tal actuación sería desvirtuar y desnaturalizar las funciones y potestades de la Comisión de Consultas que tiene un objetivo esencial y es recomendar al Plenario que tome una decisión con respecto a lo indicado en materia de procedimiento legislativo (donde es vinculante) para evitar roces de constitucionalidad.

En razón de lo anterior, la Comisión de Consultas emite un informe en el cual se van a incorporar los aspectos esenciales de la opinión consultiva y la recomendación al Plenario sobre las decisiones que debería de tomar en cuanto al trámite del proyecto de ley, con el fin de enderezar el procedimiento o corregir alguna norma que sea contraria a la Constitución Política o que se hayan violentado principios esenciales del procedimiento como conexidad, publicidad, enmienda, minorías, mayorías, democrático, entre otros.

La línea general en cuanto a la competencia de la Comisión de Consultas se podría enmarcar en los siguientes supuestos:

a) Ajustar su actuación a lo que establece el Reglamento de la Asamblea Legislativa y la Ley de la Jurisdicción Constitucional. En cuanto al Reglamen-

to consideramos que en términos generales que no es del todo claro, es omiso en algunos aspectos y por lo tanto se debe proceder a una interpretación restrictiva de su competencia, en virtud de la especialidad de la materia sometida a su estudio y a los antecedentes que dieron lugar a su creación.

b) Que por el contenido de las mociones de fondo y por la competencia de la Comisión de Consultas, corresponde a otros órganos que conforman la Asamblea Legislativa el conocimiento del mismo, por ejemplo, devolver el expediente a la Comisión Dictaminadora por un plazo perentorio para el conocimiento de mociones de fondo, pudiendo o no modificar el texto del proyecto de ley y emitiendo un nuevo dictamen.

c) Que la materia que puede conocer esta Comisión específicamente es la relativa a observaciones hechas por la Sala Constitucional al responder las consultas legislativas planteadas, en estricto apego a la iniciativa original y al dictamen respectivo, debiendo recomendar al Plenario los cambios requeridos en el trámite para no afectar principios esenciales del procedimiento legislativo como: iniciativa, enmienda, conexidad, democrático y publicidad.

Sobre lo planteado anteriormente, debemos hacer cita de la consulta planteada al Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa sobre el Proyecto de Ley de reforma a la Ley de Creación del Depósito Libre de Golfito", Expediente No. 12.605, en el cual se indica:

> *"La moción de reforma al artículo 10 que establece la creación de la Junta de Desarrollo Regional de la Zona Sur de la Provincia de Puntarenas como institución semiautónoma del Estado, con personalidad jurídica propia e independencia*

administrativa, no es procedente por los siguientes motivos:

a- La Comisión de Consultas no es competente para modificar el texto del proyecto de ley fuera del ámbito establecido en el Voto de la Sala Constitucional, en estricto y conjunto análisis del proyecto original y del texto aprobado en primer debate.

b- La Comisión de Consultas no es competente tampoco para conocer este tipo de mociones puesto que hacerlo sería suplantar a las Comisiones dictaminadoras en su función esencial.

c- No entiende esta Asesoría la razón del cambio de la naturaleza jurídica de esta institución en la moción presentada (de órgano desconcentrado a institución semiautónoma), si su creación y constitución en el dictamen consultado –según criterio de la Sala– está apegado a las normas y principios que informan nuestra Constitución Política. Sobre el particular estableció la Sala: "Puede advertirse que, aun cuando el proyecto llama al órgano que crea, –desconcentrado en el grado máximo con personalidad jurídica instrumental–, desde el punto de vista del Derecho Administrativo es posible argumentar en sentido contrario para afirmar que se trate, en realidad de una institución autónoma. Sin embargo, la Sala acepta como constitucionalmente correcta la figura de la personería jurídica instrumental –órgano persona– y no hace cuestión sobre este aspecto de la consulta. Es decir, entiende que no se trata de atribuir una competencia en forma exclusiva a un órgano inferior con perjuicio de la competencia del órgano superior jerárquico –como lo ha definido la doctrina nacional–, sino más bien, atribuir esa competencia –la de administrador del Depósito Libre

> *Comercial de Golfito y(....) la de ser el órgano encargado de promover el desarrollo socioeconómico integral de la zona sur– a una persona jurídica nueva (....) adscrita al Ministerio de Planificación y Política económica. Consecuentemente y desde el punto de vista formal, la creación de la Junta tal y como aparece en el artículo 10 del proyecto consultado, no resulta ser contraria al inciso 3) del artículo 189 constitucional." Con relación a este punto es importante recalcar que el cambio de la naturaleza jurídica de la institución en estudio, involucra necesariamente la modificación de su régimen jurídico, es decir, no es lo mismo la estructura administrativa, organizativa, funcional y de independencia que tiene un órgano adscrito con personalidad jurídica instrumental, a la que posee una entidad semiautónoma. Esta modificación es de fondo y como lo hemos señalado anteriormente la figura organizativa actual no fue cuestionada por la Sala Constitucional, únicamente en sus atribuciones."* [25]

Sobre este mismo tema, el Voto No. 2006-05298 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha indicado:

> *"Queda de manifiesto que la Comisión de Consultas de Constitucionalidad, si pretende modificar una norma en extremos sobre los cuales no se produjo un juicio de constitucionalidad, únicamente puede proponer al Plenario que envíe el proyec-*

25 Ver en este sentido, Informe jurídico elaborado por el suscrito mediante Oficio No. S.T. 444-97 de 14 de octubre de 1997, sobre el Expediente No. 12.605. Criterio que ha venido siendo sostenido por el Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica.

to a una Comisión para que lo redictamine, pero nunca realizar por sí misma esa reforma. Consecuentemente, se debe evacuar la consulta formulada en el sentido que es inconstitucional la inclusión del artículo 30 del proyecto por parte de la Comisión de Consultas de Constitucionalidad, quien excedió las facultades que el Reglamento de la Asamblea Legislativa le atribuye y modificó esa norma en aspectos sobre los cuales no se dio ninguna valoración de constitucionalidad, en detrimento del derecho de enmienda."

En este punto debemos indicar con respecto a la competencia de la Comisión de Consultas de Constitucionalidad de que no sería válido que se adicionen al texto básico elementos novedosos que no hayan sido conocidos por el Tribunal Constitucional ni fueran objeto de pronunciamiento por parte de esta, entre otros aspectos que ya hemos planteado.

5. Conclusiones

— Por la especialidad (materia), excepcionalidad (por su actuación eventual y su relación con el procedimiento legislativo ordinario) y singularidad (por su competencia y la normativa que lo informa) la Comisión Permanente Especial de Consultas de Constitucionalidad tiene como competencia (otorgada por el Reglamento de la Asamblea Legislativa y la Ley de Jurisdicción Constitucional) el conocimiento de los votos u opiniones consultivas emitidas por la Sala Constitucionalidad sobre las consultas de constitucionalidad planteadas –preceptivas o facultativas– y emitir un informe en el cual se van a incorporar los aspectos esenciales de la opinión consultiva y la recomendación al Plenario sobre las decisiones que debería de tomar en cuanto al trámite del proyecto

de ley, con el fin de enderezar el procedimiento o corregir alguna norma que sea contraria a la Constitución Política o que se hayan violentado principios esenciales del procedimiento como iniciativa, conexidad, publicidad, enmienda, minorías, mayorías, democrático, entre otros.

— Los artículos que conforman el proyecto de ley, pueden ser modificados por las mociones estudiadas, siempre y cuando se realicen bajo el procedimiento ordinario de una Comisión dictaminadora, cumpliendo, con los preceptos establecidos en la Constitución Política de la República de Costa Rica, Reglamento de la Asamblea Legislativa y Ley de Jurisdicción Constitucional.

Derechos humanos: garantía en función del modelo de Estado

Edwin Castro Rivera[1]

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. 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

1 Edwin Castro Rivera. 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 Diego Cuarezma Zapata, asistente de investigación del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), sede Nicaragua.

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 Magna, 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 proceso 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 la sociedad 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.

El Estado de Derecho, como uno de los principios que con valor superior establece nuestra Constitución dentro de la amplia perspectiva del Estado Democráti-

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

co 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 prohiba.[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

5 Véase artículo 183 Constitución Política.

6 Véase artículo 32 Constitución Política.

> los derechos que ella garantiza, señalando inclusive la responsabilidad patrimonial de las instituciones del Estado por los daños y perjuicios causados por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o función (art. 131 Constitución Política)".

Estas prestaciones vitales a que está obligado el Estado frente a la comunidad son instrumentadas en gran medida por la Administración pública y la forma de desarrollarlas es amplia y abierta, y está determinada por la variabilidad misma de las actividades que deben ser satisfechas. Ello condiciona también la elección de los sectores de actuación que serán objeto de dichas prestaciones (participación ciudadana, educación, salud, trabajo, cultura, seguridad social, seguridad personal, familia, industria) así como su intensidad.[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 con una coordinación armónica entre ellos. 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 ejerci-

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

> cio, para ello, y bajo el Estado de derecho y el principio de la separación de poderes que constituyen el Estado, el Poder Judicial es el guardián de garantizar la supremacía de la Carta Magna, la jerarquía de las normas, el imperio de la legalidad y la protección y tutela de los derechos humanos y, por tanto, evitar que los actos de poder desborden los preceptos previamente establecidos por la norma primaria."

También, que las leyes han de contribuir al desarrollo pleno y profundo del marco de acción constitucional y que deben de estar inspiradas en los principios y valores superiores inherentes al orden democrático: libertad, seguridad, igualdad, justicia social y respeto a la dignidad humana. Estos principios y valores de rango constitucional se organizan en libertades individuales, derechos sociales, económicos y políticos.

> "Son principios de la nación nicaragüense, la libertad, la justicia, el respeto a la dignidad de la persona humana, el pluralismo político y social, el reconocimiento a los pueblos originarios y afro descendientes 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 de-

cir, 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 normativa, el reconocimiento y respeto a los Derechos fundamentales de las personas, a la reserva de ley, al control judicial de los actos administra-

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.

tivos, 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

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.

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, haciendo posible que toda actuación del Estado sea calculable y previsible.[12]

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 nica-

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 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."

ragüenses 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, el reconocimiento de la familia 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, y articular los postulados constitucionales en una legislación secundaria, sobre todo, aquellas reformas que ha experimentado.

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, Estado democrático y social de Derecho,[13] el ejercicio de la democracia

13 Ver artículo 6 de la Constitución Política.

de forma directa, participativa y representativa,[14] y la determinación de los ciudadanos, y la familia como elementos fundamentales en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos del Estado.[15]

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 y exigencia de la sociedad, pretender la existencia de un Estado pasivo, provincialista, artesanal y contemplativo, sólo de carácter formalista.

El desarrollo del Estado de derecho cumple una función en el plano de la seguridad jurídica que, como consecuencia, se traduce en estabilidad política, económica y social, que debe impactar en las familias vulnerables, y por ello, a la erradicación de la extrema pobreza y al combate de la pobreza en Nicaragua. Es necesario, entonces, promover el respeto a la supremacía de la Constitución Política y la jerarquía de las leyes; crear un marco de legalidad administrativa y judicial adecuada a las necesidades del país; fortalecer la coordinación entre los órganos del Estado, el reconocimiento y garantía de las libertades fundamentales y el control de la constitucionalidad. Todos estos elementos confor-

14 Ver artículo 7 de la Constitución Política.

15 Ver artículo 6 de la Constitución Política.

man 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.[16]

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",[17] y la reforma del año 2014, acertadamente, la constituye en un "Estado Democrático y Social de Derecho."[18]

> 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

16 Véase artículo 6 Constitución Política.

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

18 Ver artículo 6 de la Constitución Política vigente.

del Estado guardián, para convertirse en un Estado de carácter interventor en los asuntos sociales, por lo menos, en teoría. El Estado liberal responde a la preocupación de defender a la sociedad de su propio poder, lo que pretende conseguir mediante la técnica formal de limitar la actuación de los órganos del Estado y el principio de legalidad. El Estado social, en cambio, supone el intento de derrumbar las barreras que en el Estado liberal separaban a Estado y sociedad.[19] Así, la senten-

19 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

cia No. 2/2008, diez de enero, de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua reconoce que el:

> ".. Estado social tiene un papel relevante en tanto intervenir de forma activa y positiva

---

la vida y a la salud están en íntima conexión con la efectividad de la seguridad social, ya que todo ser humano tiene derecho a una existencia digna. Cuando una persona padece el estado de extrema necesidad, no se le puede excluir de la protección eficaz a la dignidad personal a que tiene derecho, sino extenderle toda la ayuda posible, incluso otorgarle prelación en la destinación de bienes y servicios, de acuerdo con el mandato constitucional. Si rige entre nosotros un Estado Social de Derecho, se deben destinar universalmente los bienes y servicios, de suerte que nadie quede excluido de la seguridad social. No puede haber excusa válida para la miseria y el abandono de los asociados. La inspiración social de la Carta Política no es un enunciado abstracto, se repite; es una de las finalidades esenciales del Estado Social de Derecho, y este Supremo Tribunal tiene el deber de defender la guarda e integridad de la Constitución. Por ello, para esta Superioridad la seguridad social implica la coherencia entre validez y eficacia. De nada sirve a la comunidad que estén consagradas las garantías, si éstas no se realizan. La perfección significa realización de las finalidades de un ente. Se define la seguridad social integral como el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad. En consecuencia, dichos funcionarios recurridos han violado el Derecho a la Seguridad Social y a la protección integral y medios de subsistencia en caso de invalidez, vejez, riesgos profesionales, y enfermedad a que tiene derecho el recurrente, conforme los artículos 59, 61 y 82 numeral 7º de la Constitución Política, y por tanto debe ampararse al recurrente y así declararse".

> 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)[20]

El Estado liberal y social, representan dialécticamente la tesis y antítesis, la aparición histórica de este último representó un relajamiento y un distanciamiento de las garantías liberales. Esto no significa o implica que la concepción del Estado social o intervencionista sea autoritaria. Lo único esencial al mismo es la asunción de una función de incidencia activa en las relaciones sociales efectivas, y esta función puede ponerse al servicio no sólo de una minoría o de un discutible interés social general, sino también del progreso efectivo de cada una de las personas.

Siendo así su naturaleza, no resulta contradictorio con ese Estado social el imponerse los límites propios del Estado de derecho, igualmente al servicio de la per-

20 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*, Wolfang 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.

sona, 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.[21] 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,[22] 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 Román 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"[23] y en cualquier caso que intervenga, "el Estado debe hacerlo de modo tal que su injerencia sea limitada, previsible y calculable."[24]

El Estado democrático y social de Derecho pretende, además de los planteamientos establecidos en el Esta-

21 "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.

22 Ver artículo 131 de la Constitución Política.

23 "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.

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

do social de derecho, la participación de la comunidad en la toma de decisiones, programación, planificación y gestión de los asuntos públicos del Estado, es decir, la coordinación permanente y efectiva de la democracia representativa con mecanismos de democracia participativa y mecanismos de democracia directa, lo que obligatoriamente requiere transformaciones culturales de gobernantes y gobernados en una acción conjunta y de responsabilidad compartida de la definición de las políticas públicas, de su ejecución y su control social para contribuir con el desarrollo económico y social del país, mejorando las condiciones de vida del pueblo y realizar una distribución cada vez más justa de la riqueza en la búsqueda del buen vivir.[25]

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 tec-

25 Ver artículo 98 de la Constitución Política.

nologías 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 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 se han generado algunas disfunciones que le impiden acompañar y sostener las transformaciones que son una exigencia perentoria; impidiendo la plena realización de las garantías sociales, económicas, políticas e individuales contempladas en la Constitución.

La Administración pública es un instrumento de ejecución de las políticas públicas del Estado, empero, en su estructura reproduce, aunque en menos intensidad, los desajustes del sistema político y su pérdida de dinamismo e incapacidad para dar adecuadas respuestas a las crecientes y heterogéneas demandas emanadas de la sociedad civil.

Históricamente, se evidencia una marcada falta de capacidad para impulsar el proceso de transformaciones requerido, a través de un verdadero diálogo y búsqueda de acuerdo entre los actores políticos, para poder atender debidamente al ciudadano en los aspectos que la Ley pone a su cargo.

La disfunción tradicional de la Administración pública puede estar en la tendencia mayoritaria del presidencialismo en la historia de Nicaragua, que desalienta los acuerdos y consensos, los que son especialmente necesarios en épocas de crisis y de transición. Linz[26] 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…[27] Este fenómeno de relaciones políticas, también conocido como "sistema del botín" (*spoil system*), al implicar la sobrepoblación de todas las decisiones que afectan el aparato público, aumenta la discrecionalidad en las decisiones públicas, y sustenta la selección y precaria continuidad de los funcionarios públicos, en lealtades partidistas y personales. Se basa en que el poder público, el "botín", pertenece y es distribuido por el partido triunfador.

La presencia excesiva de la ratio política, signada por el sistema "suma cero" o "del botín", si bien encontró su razón de ser en circunstancias históricas y en contextos determinados, se trata desde hace unos años de superarlo para el desarrollo de una administración eficiente, contando con los ciudadanos como actores protagónicos. Ésta debe caracterizarse por la estabilidad en la función pública, y estar dotada de funcionarios competentes, capaces de orientar a la Administración pública hacia la atención de las demandas de la población,

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

27 O´Donell, Guillermo. Delegative Democracy Journal of Democracy. Baltimore, 1994.

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 as-

pirar 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, ya que la tardía no es justicia, y estableciendo el sistema oral y contradictorio una mejor demanda y transparencia 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 reciente aprobación de la ley de justicia constitucional 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 o internalice como propio, como ciudadano.

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.

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.

Fornos, I. E. (2000). El constitucionalismo nicaragüense. 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 Arríen, 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 - IIJ 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. Apro-

bada 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.

Capítulo III
La jurisdicción constitucional de la libertad

Algunas reflexiones sobre el recurso de amparo, y el recurso de habeas corpus, en el contexto constitucional latinoamericano y europeo[1]

José de Jesús Naveja Macías[2]

1 Conferencia en el marco del I Encuentro Iberoamericano de Justicia Constitucional, celebrado en San José, Costa Rica, los días 13 y 14 de abril del año 2018.

2 Licenciado en Derecho por la Universidad de Guadalajara; Posgrado en Derecho Constitucional por la Universidad de Guadalajara; Doctor bajo el auspicio de la Organización de Estados Americanos; Doctor Honoris Causa por la Universidad Hartmann.; Diplomado bajo el auspicio de la Universidad de Harvard; Presidente del Consejo Consultivo de la Confederación de Colegios y Asociaciones de Abogados de México, afiliada a la Federación Interamericana de Abogados; Presidente del Capítulo Mexicano del Centro de Estudios Latinoamericanos de Teoría Jurídica y Derecho Constitucional con sede en Colombia; Fiscal del Centro de Estudios Latinoamericanos de Teoría Jurídica y Derecho Constitucional con sede en Colombia; Colaborador en diversas revistas nacionales e internacionales; Profesor del Centro de Desarrollo de Derecho en Iberoamérica (fundado en 1998 en Cochabamba, Bolivia); Profesor del Curso de Especialización en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales para Iberoamérica; Autor de diversos libros en Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional, editados en México, Colombia y Perú; Prologuista de la primer obra que constituye la recopilación sobre la legislación de Amparo en América Latina, y que es el documento que sirve de base en la materia a los alumnos de la Universidad de Columbia, Nueva York.; Conferenciante representando a México en Perú, Argentina, Colombia, República

Sumario. 1.1 El origen del amparo 1.2. Expansión del juicio de amparo 1.3. Diversas denominaciones del amparo en el mundo 1.4. Radio de protección del amparo 1.5. Constitucionalización del Derecho Internacional de Derechos Humanos 1.6. El amparo interamericano 2.1. El habeas corpus en América Latina 2.2. Importancia del habeas corpus 2.3. Derechos protegidos por el habeas corpus 2.4. El habeas corpus en México 2.5. Tipos de habeas corpus 3. Conclusiones. Bibliografía. Legislación.

Dominicana, Cuba, España y Estados Unidos; Presea al mérito Jurídico otorgada por el Consejo Mexicano de Excelencia Académica y la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., junio de 2009; Medalla de Honor otorgada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con motivo de su 460 aniversario. Lima, Perú, Octubre de 2011; Venera otorgada por la Asociación de Abogados del Valle de México A.C. Barra de Abogados, con motivo del cuadragésimo quinto aniversario de su fundación, Atizapán de Zaragoza, Estado de México, Noviembre del año 2015; Coordinador conjuntamente con José F. Palomino Manchego (Perú) Coordinador de la Obra del Bicentenario de la Constitución de Cádiz, en donde participan los principales expositores de Historia Constitucional de España y de América Latina; Coordinador conjunto con Gerardo Eto Cruz de la obra del festejo del Centenario de la Constitución Federal Mexicana de 1917; Sus obras han sido referenciadas por doctrinistas de Argentina, Brasil, España, Chile, Italia, Perú y Venezuela, entre otros países; Ha sido referenciado por el Tribunal Constitucional de Republica Dominicana, así como por la Sala Constitucional de Venezuela al dictar Sentencias Constitucionales; Junto a Allan R. Brewer Carías, de Venezuela, fue gestor del Amparo contra actos de particulares en la nueva Ley de Amparo; Miembro Honorario de la Asociación Venezolana de Derecho Disciplinario; Miembro del Consejo Científico Internacional de la Revista UDES, de Colombia; Miembro del Comité Editorial de la Revista Latinoamericana de Derecho Procesal, editada en Buenos Aires, Argentina; Sus obras han sido prologadas por Alfonso Celotto de Italia, José Julio Fernández Y Carlos Ruiz Miguel de España, Hernán Olano de Colombia, Gustavo Calvinho de Argentina y Francisco Pinochet de Chile, entre otros.

1.1. El origen del amparo

Como bien lo dice el ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, don Héctor Fix-Zamudio, el amparo se originó en México y constituye un modelo de mecanismo de protección constitucional que muchos países han adoptado.[3]

El mismo Fix-Zamudio señala que el amparo mexicano se creó en forma paulatina en tres etapas:

1. Primero surge en el Proyecto Yucateco de Diciembre de 1840 por el jurista y político mexicano Manuel Crescencio García Rejón y Alcalá; nosotros agregaríamos la participación de Pedro Pérez y Darío Escalante, que después concluyó en la Constitución Yucateca del 31 de Marzo de 1841.
2. Agrega Fix-Zamudio que como surgió el amparo en Yucatán, que en ese momento se había segregado de nuestro país con motivo de las Siete Leyes Constitucionales de 1836, el amparo tuvo un carácter local, por lo que lo consideró exclusivamente yucateco.
3. Continúa señalando la importancia del Acta Constitutiva y de Reformas expedida el 18 de Mayo de 1847, y en la cual se introdujeron modificaciones a la Constitución Federal de 1824, instrumento a través del cual se establece la restauración de la Constitución de 1824, periodo que concibe Fix-Zamudio como el de federalización del juicio de amparo, recordando que la primer Constitución Federal que contempla nuestro juicio, fue la de 1857 en sus artículos 101 y 102; los que se convirtieron en los artículos 103 y 107 respectivamente de la Consti-

3 José Felix Palomino Manchego y Gerardo Eto Cruz (Coordinadores), El Pensamiento Vivo de Héctor Fix Zamudio, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2005, p. 68.

tución de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, siendo nuestra Primer Ley de Amparo la de 1936.[4]

También en este devenir del tiempo se han documentado amparos coloniales en México por parte de Andrés Lira González, en Perú por Domingo García Belaunde y en Venezuela por Allan Brewer-Carías.[5]

1.2. Expansión del juicio de amparo

Uno de los constitucionalistas más importantes de esta planeta, el venezolano Allan Brewer-Carías, en su obra Leyes de Amparo en América Latina, que cabe hacer mención, es libro de texto en la prestigiada Universidad de Columbia en Nueva York, realizó un análisis muy profundo de la forma en la que se expandió el amparo en América Latina, y en ella señala que en 1879 se introdujo en la Constitución de Guatemala, en 1886 en la de El Salvador, en 1894 en la de Honduras, en 1911 en la de Nicaragua, en 1934 en la de Brasil, en la de 1941 en Panamá, en la de 1949 en Costa Rica, en 1961 en Venezuela, en 1967 en Bolivia, Paraguay y Ecuador, en 1976 en Perú y Chile, en 1991 en Colombia, y pretorianamente en 1957 en Argentina y en el año 2000 en República Dominicana.[6]

4 Ver José de Jesús Naveja Macías, en La evolución del constitucionalismo social en el siglo XXI, José de Jesús Naveja Macías y Gerardo Eto Cruz (Coordinadores), Editorial GRIJLEY, Lima, Perú, 2018, pp. 959-965.

5 José de Jesús Naveja Macías, Los nuevos principios rectores del juicio de amparo, Flores Editor y Distribuidor, Ciudad de México, 2016, p. 1.

6 Allan Brewer-Carías, Leyes de Amparo en América Latina, Editorial Instituto de Administración Pública de Jalisco y sus Municipios A.C., Guadalajara, Jalisco, México, 2009, pp. 24-25.

1.3. Diversas denominaciones del amparo en el mundo

En México, que es donde surge la figura, se denomina amparo y es considerado con base al Principio de Prosecución Judicial, como un juicio; en otros lugares es concebido como acción o recursos, sus denominaciones varían, así en Colombia es llamado "acción de tutela", en Chile "recurso de protección", en Ecuador "acción de protección", y el Brasil como "mandado de seguranca".

1.4. Radio de protección del amparo

El jurista brasileño Marcelo Figueiredo, en la obra La evolución del constitucionalismo social en el siglo XXI, señala:

"Acompañamos la lección de Allan R. Brewer-Carías cuando enseña:

'El constitucionalismo moderno, por tanto, en nuestro criterio, está montado no sólo sobre el principio de la supremacía constitucional, sino sobre la idea, como se cuela del anterior principio, de que existe un derecho del ciudadano a esa supremacía, que se concreta, conforme al principio de la separación de poderes, en un derecho fundamental a la tutela judicial de la supremacía constitucional, tanto respecto de la parte orgánica de la Constitución, como respecto de su parte dogmática (…)

(…) Pero además, este derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de la supremacía constitucional se concreta también, en un derecho de amparo judicial de los derechos y libertades constitucionales de las personas, sea mediante acciones o recursos judiciales ordinarios, o mediante acciones o recursos particulares de amparo u otros medios judiciales de protección in-

mediata de los mismos. La consecuencia de este derecho fundamental, sin duda, implica el poder-deber atribuido a los jueces de asegurar la supremacía constitucional, sea declarando la nulidad de los actos contrarios a la Constitución, sea restableciendo los derechos y libertades constitucionales vulnerados por acciones ilegítimas, tanto de los órganos del Estado como los particulares."[7]

En este sentido, la diversidad en América Latina es notable, las regulaciones constitucionales en relación con la protección de los derechos pueden ser en tres formas diferentes: en primer lugar mediante la previsión de tres recursos o acciones diferentes, el amparo, el habeas corpus y el habeas data, como son los casos de Argentina, Ecuador, Brasil, Paraguay y Perú. En segundo lugar mediante la regulación de dos recursos diferentes, el amparo y el habeas corpus, como en el caso de Bolivia, Colombia, Costa Rica, Chile, El Salvador, Honduras, Panamá y Uruguay, o el amparo y el habeas data como es el caso de Venezuela; y en tercer lugar mediante el establecimiento de un solo recurso o acción de amparo, que es omnicomprensivo, como es el caso de México y Guatemala, ya que el amparo mexicano comprende el amparo libertad, contra leyes, judicial, agrario, etc., es decir, en nuestro país el amparo comprende la defensa de todos y cada uno de los derechos fundamentales y humanos.

En el caso uruguayo señala Eduardo G. Esteva Gallicchio que la acción de amparo procede contra todo acto, omisión o hecho de las autoridades estatales o

7 Ver Marcelo Figueiredo, en La evolución del constitucionalismo social en el siglo XXI, José de Jesús Naveja Macías y Gerardo Eto Cruz (Coordinadores), Editorial GRIJLEY, Lima, Perú, 2018, p. 845.

paraestatales, así como de particulares que en forma actual e inminente, a su juicio lesione, restrinja, altere o amenace, con ilegitimidad manifiesta cualquiera de sus derechos y libertades reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución en su artículo 72, con la excepción de los casos en que proceda la interposición del recurso de habeas corpus.[8]

El jurista salvadoreño Roberto Oliva señala que el texto constitucional de 1886 con el cual nace el amparo en El Salvador, delimita su protección a los derechos individuales, incluyendo la libertad individual, y las constituciones posteriores de 1962 y 1983 discurren en el mismo orden de ideas y protegen derechos individuales, agregando los sociales, culturales, económicos, ambientales, del consumidor, etcétera, todos ellos resguardados por el proceso de amparo.[9]

Pablo Dermizaky Peredo, primer Presidente del Tribunal Constitucional de Bolivia señala que la legislación y jurisprudencias contemporáneas han tendido a ampliar los objetivos y alcances del amparo, así por ejemplo la reforma argentina de 1994 introdujo el artículo 43 de la Constitución, cuyos dos primeros párrafos dicen:

"Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma ac-

8 Ver Eduardo G. Esteva Gallicchio, en José de Jesús Naveja Macías (Coordinador), Génesis, Desarrollo y Actualidad del Amparo en América Latina, Editorial ILCSA S.A- DE C.V., Tijuana, Baja California, 2011, p. 76.

9 Ver Roberto Oliva, en José de Jesús Naveja Macías (Coordinador), Génesis, Desarrollo y Actualidad del Amparo en América Latina, Editorial ILCSA S.A- DE C.V., Tijuana, Baja California, 2011, p. 102.

tual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrá interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva y general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determina los requisitos y formas de su organización."[10]

Continúa señalando Dermizky Peredo que en su opinión el amparo no es una acción subsidiaria ni residual, como suele calificársele, sino la única que se abre en determinadas circunstancias para la defensa de la Constitución y la alternativa en otros, cuando las vías alternas no ofrecen celeridad y oportunidad indispensables, sin las cuales se desvirtúa la naturaleza de la garantía, línea que ha seguido el Tribunal Constitucional e Bolivia en su jurisprudencia, como se hace evidente en la Sentencia Constitucional 1082/2003 R de 30 de Julio de 2003, en la cual justifica la admisión del amparo, cuando existiendo otros medios o recursos, éstos no tienen la eficacia esperada, por cuanto la lesión puede resultar irreparable y la protección tardía, mismos pronunciamientos en las Sentencias Constitucionales 462/2003 R, 301/2003 R y 657/2003 R.

10 Ver Pablo Dermizaky Peredo, en José de Jesús Naveja Macías (Coordinador), Génesis, Desarrollo y Actualidad del Amparo en América Latina, Editorial ILCSA S.A- DE C.V., Tijuana, Baja California, 2011, p. 81.

Para Allan Brewer-Carías, la Constitución Venezolana sigue la orientación del constitucionalismo moderno en América Latina, al establecer una extensa declaración y enumeración de derechos fundamentales, la cual se ve complementada con el establecimiento en el texto constitucional de la garantía judicial específica de dichos derechos, lo cual ha sido definido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, que ha señalado que la acción de amparo es una garantía de restablecimiento de la lesión actual o inminente a una ventaja esencial, producto de un acto, actuación u omisión antijurídica.[11]

El profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Chile, Francisco Zúñiga Urbina señala que un viejo tema que les ocupa en Chile de hace tiempo es el de los límites del recurso de protección, la acción por excelencia del proceso de amparo ordinario de derechos fundamentales, la naturaleza del proceso de amparo y de los procesos de cognición sumaria, especial y cautelar, permiten afirmar la idoneidad del recurso de protección para resolver cuestiones de lato conocimiento, relaciones jurídicas de derecho privado, cuestiones técnicas involucradas en la decisión o actos de autoridades administrativas u otras.[12]

Los juristas nicaragüenses Sergio J. Cuarezma Terán y Francisco E. Enríquez Cabistán, señalan que el am-

11 Ver Allan Brewer-Carías, en José de Jesús Naveja Macías (Coordinador), Génesis, Desarrollo y Actualidad del Amparo en América Latina, Editorial ILCSA S.A- DE C.V., Tijuana, Baja California, 2011, p. 137.

12 Ver Francisco Zúñiga Urbina, en José de Jesús Naveja Macías (Coordinador), Génesis, Desarrollo y Actualidad del Amparo en América Latina, Editorial ILCSA S.A- DE C.V., Tijuana, Baja California, 2011, p. 174-176.

paro es el procedimiento específico para la garantía de los derechos fundamentales, constituidos por un elenco determinado de derechos reconocidos en la Constitución.[13]

El jurista argentino Jorge Alejandro Amaya señala que el amparo es una acción rápida y expedita, que menciona el texto constitucional en cuanto a la necesidad de confrontar la vía con otro medio judicial al señalar siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, en razón de la ampliación normativa de derechos acaecida en la Reforma Constitucional de 1994 y que fue incorporado en este año a la Constitución, ya que antes contaba con una creación pretoriana y los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional conforme lo establece el artículo 75 de la Constitución.[14]

1.5. Constitucionalización del Derecho Internacional de Derechos Humanos

En América Latina ha sido de gran importancia cómo al bloque de constitucionalidad se ha integrado el Derecho Internacional de Derechos Humanos extendiendo su radio al bloque de convencionalidad, lo que ha generado para la protección de derechos fundamentales y humanos, un derecho de doble fuente, surgiendo de manera trascendente el Control de Constitucionali-

13 Ver Sergio J. Cuarezma Terán y Francisco E. Enríquez Cabistán, en José de Jesús Naveja Macías (Coordinador), Génesis, Desarrollo y Actualidad del Amparo en América Latina, Editorial ILCSA S.A- DE C.V., Tijuana, Baja California, 2011, p. 235-236.

14 Ver Jorge Alejandro Amaya, en La evolución del constitucionalismo social en el siglo XXI, José de Jesús Naveja Macías y Gerardo Eto Cruz (Coordinadores), Editorial GRIJLEY, Lima, Perú, 2018, pp. 716-718.

dad en sede interna, denominado Control de Convencionalidad Difuso, lo cual surgió pretorianamente a través de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, primeramente con votos particulares en los casos Myrna Mack Chang contra Guatemala, el caso Tibi contra Ecuador, y el caso Vargas Areco contra Paraguay, con la destacada ponencia por parte del ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, don Sergio García Ramírez, y posteriormente se fue moldeando a través de la jurisprudencia de la citada Corte de la siguiente manera:

a) A través del caso Almonacid Arellano contra Chile, se establece que el Poder Judicial debe realizar una especie de Control de Convencionalidad y no es vinculante.

b) En el caso Trabajadores Cesados del Congreso contra Perú, se establece a efecto de ampliarse el radio de autoridades que será a cargo de los Órganos del Poder Judicial y aquí se establece que es oficioso.

c) En el caso Cabrera García y Montiel Flores contra México se establece el test de convencionalidad que involucra a jueces y órganos vinculados a la Administración de Justicia en todos los niveles.

d) En el caso Gelman contra Uruguay, se extiende el Control de Convencionalidad no tan sólo al poder judicial, sino a cualquier autoridad del Estado; queremos hacer mención que el creador en el Sistema Interamericano del concepto de Control de Convencionalidad, Don Sergio García Ramírez, se ha manifestado en contra de que el Control de Convencionalidad vaya más allá del Poder Judicial, desde nuestro punto de vista es adecuada esta extensión a todos los órganos del Estado, en aras de la protección efectiva e integral de los derechos fundamentales y humanos.

e) En los casos López Mendoza contra Venezuela y Atala Riffo y Niñas contra Chile, se impone la adecuación de las interpretaciones judiciales y administrativas, así como de las garantías judiciales, conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

f) En la sentencia Masacre de Santo Domingo contra Colombia, se establece la obligación por parte de todos los Órganos del Estado de los países parte del Sistema Interamericano, de realizar un control de convencionalidad denominado preventivo con base a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y en caso de no hacerse en el plano doméstico se llevará a cabo un control de convencionalidad en sede internacional que se denomina Complementario, es decir, el control difuso en el Sistema Interamericano es preventivo y el control concentrado que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es complementario, y se acciona por la incapacidad de los Estados Parte de hacer efectivos en su radio de acción los derechos fundamentales y humanos.[15]

En México, el 10 de Junio del año 2011, se realiza dicha implementación con la Reforma Constitucional a los artículos 1, 13 y 29, teniendo gran relevancia el artículo 1 Constitucional que textualmente señala:

"En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de

15 Ver Víctor Bazán en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Rogelio Flores Pantoja, La Constitución y sus garantías, a cien años de la Constitución de Querétaro de 1917, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Querétaro, Querétaro, 2017, p. 103.

los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas."[16]

En el caso mexicano, dado lo novedoso de la constitucionalización del derecho internacional de derechos humanos, la modulación ha ido variando, pero ha sido

16 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Gallardo Ediciones, Guadalajara, Jalisco, México, 2016, pp. 1-2.

clave la recepción de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Radilla Pacheco, que derivó en el expediente 912/10 por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en donde de manera histórica se establece el carácter vinculante de las sentencias en las cuales México haya sido parte y a la vez la coexistencia de los controles difuso y concentrado, que posteriormente incluso fue superado en la Tesis de la Segunda Sala 172/2012, en la cual se establece que se podrá acudir a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el caso que la Constitución Federal sea de menor alcance para su protección; independientemente de estas modulaciones, es clave en el control del Sistema Interamericano que se entienda que las sentencias donde un Estado sea parte, son cosa juzgada, ya que el artículo 67 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que el fallo de la Corte será definitivo e inapelable,[17] y la sentencia donde no sea Estado Parte, es cosa interpretada, debiéndose dar el cumplimiento conforme lo establece el artículo 68 de la citada Convención, el cual es de buena fe.

1.6. El amparo interamericano

El artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece el amparo interamericano, y al ser el Derecho Internacional de Derechos Humanos norma de normas, el Derecho Nacional es infraconvencional, por lo que aparte de ser un derecho humano conforme a la Convención, también es una obligación internacional, el cual debe de ser efectivo, sencillo y rápido para la protección de derechos fundamentales

17 Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Miguel Carbonel, Compendio de Derechos Humanos, Editorial Porrúa, México, D.F., 2007, p. 694.

y humanos. En la Opinión Consultiva 8/87 del 30 de Enero de 1987, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que el artículo 25.1 de la Convención era una disposición de carácter general que recoge la institución del amparo, es decir, reconoce en ella al amparo latinoamericano. [18]

2.1. El habeas corpus en América Latina

Como ya señalamos, en América Latina las regulaciones para la protección de los derechos constitucionales están establecidas de tres maneras, en una de ellas con la previsión de tres recursos o acciones diferentes, el amparo, el habeas corpus y el habeas data, como en los casos de Perú, Argentina, Brasil, Ecuador y Paraguay; en segundo lugar a través de la regulación de dos diferentes figuras, el amparo y el habeas corpus, como es el caso de Bolivia, Colombia, Costa Rica, Chile, El Salvador, Honduras, Panamá y Uruguay, o el amparo y el habeas data como es el caso de Venezuela; y en tercer lugar, mediante el establecimiento de un solo recurso o acción de amparo, omnicomprensivo, en el cual se comprende la protección de la libertad personal, como es el caso de Guatemala y México, y en el caso de República Dominicana se regula a través de la acción de habeas corpus.[19]

18 Allan R. Brewer-Carías, El proceso de amparo en el Derecho Constitucional Comparado de América Latina, Editorial Porrúa, Ciudad de México, 2016, pp. 19-21.

19 Allan Brewer-Carias. LEYES DE AMPARO EN AMÉRICA LATINA. Editorial Instituto de Administración Pública de Jalisco y sus Municipios A.C., Instituto de Administración Pública del Estado de México, Poder Judicial del Estado de México y Academia Nacional de Derecho Constitucional de la Confederación de Colegios y Asociaciones de Abogados de México, A.C. Guadalajara, Jalisco, 2009. Pp. 28-29.

2.2. Importancia del habeas corpus

César Hinostroza señala que el habeas corpus surge como un mandato que se dirige a quien mantiene a alguna persona indebidamente detenida, para que muestre físicamente su cuerpo y se someta a una autoridad competente, este mandato surge en Inglaterra como una carga para la autoridad y con posterioridad se convierte en una garantía que tutela la libertad personal de los individuos, en el caso peruano aparece por primera vez en la Ley del 21 de Octubre de 1897 y adquiere el rango constitucional en 1920, siendo una institución de carácter eminentemente procesal y asegura Hinostroza que surge con este carácter antes de ser un derecho en sí mismo.[20]

Independientemente de esto hay que recordar el carácter que tiene el habeas corpus de derecho fundamental, en sí mismo, como tutela judicial efectiva, que en derecho de doble fuente se desprende del artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que textualmente señala: "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales".[21]

20 Ver César Hinostroza Pariachi en José F. Palomino Manchego (Coordinador). EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO, TOMO I. Editora Jurídica GRIJLEY. Lima, Perú. 2005. Pp. 498-499.

21 Eduardo Ferrer McGregor y Miguel Carbonell. COMPENDIO DE DERECHOS HUMANOS. Editorial Porrúa, México, D.F. Pp. 679-689.

Esto que se afirma en líneas previas es porque el mecanismo de protección constitucional de derechos fundamentales es en sí un derecho fundamental y humano, y en el ámbito internacional, específicamente en el ámbito interamericano, el citado artículo 25.1 del Pacto de San José no es sólo un derecho aplicable a todos los Estados Miembros del Sistema Interamericano, sino de él resulta la obligación internacional que se les impone a los mismos para el efecto de asegurar a todas las personas, la existencia del derecho, en este caso como lo señala el artículo 25.1 ya citado, sino la efectividad de dicho recurso, que aparte de esto debe de ser sencillo y rápido en la protección de derechos fundamentales; la Opinión Consultiva 8/87 del 30 de Enero de 1987, "El Habeas Corpus Bajo la Suspensión de Garantías" (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 del Pacto de San José) al establecer que el artículo 25.1 de la Convención era una disposición de carácter general que recoge la institución del amparo, el cual debe ser entendido como el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos y cada uno de los derechos reconocidos por las Constituciones y las leyes de los Estados partes, y esto es complementado por la Opinión Consultiva 9/87, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual es de fecha 6 de Octubre de 1987, "Garantías Judiciales en el Estado de Emergencia", en la cual se señaló por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que para que tal recurso exista, no es suficiente con que lo prevea la Constitución y la ley o que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos fundamentales y generar las condiciones necesarias para remediarla, por lo que su uso indebido, su estructura y las disposiciones que lo regulan, así como la falta de diligencia y tolerancia por parte de los Tribunales al momento de tramitarla lo que permitan el abuso y la práctica dila-

toria en el proceso, genera condiciones de inconvencionalidad como se cita en el caso La Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, concluyendo el destacado constitucionalista venezolano Allan Brewer Carías, igual que nosotros que el amparo y en este caso el habeas corpus o el habeas data constituyen un derecho fundamental tutelado por el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.[22]

2.3. Derechos protegidos por el habeas corpus

En este punto seremos muy concretos ya que en el análisis del presente trabajo no refiere específicamente a los derechos que se tutelan, pero para efecto de ilustración señalaremos como lo vierte primeramente Cristian Donayre Montesinos, que habeas corpus protege el derecho a la libertad personal y demás derechos conexos y el mismo autor señala que cuando se habla del derecho a la libertad personal se hace referencia a la dimensión más bien física de la libertad en general y que esto presupone una autodeterminación sin interferencia. En el caso de César Hinostroza, este refiere al derecho a la integridad personal y el no ser sometido a la tortura o tratos inhumanos o humillantes ni violentos para obtener declaraciones, el derecho a decidir voluntariamente prestar el servicio militar, el derecho a no ser objeto de desaparición forzada, el derecho a no ser privado del documento nacional de identidad, el dere-

22 Allan R. Brewer Carías y Jaime Orlando Santofimio Gamboa, CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. Editorial Universidad Exteriado de Colombia. Bogotá, Colombia. 2013. Pp. 69-77.

cho al debido proceso y el derecho a la inviolabilidad del domicilio.[23]

2.4. El habeas corpus en México

Como ya lo señalamos, el habeas corpus se encuentra contenido en el amparo mexicano, ya que el amparo mexicano es omnicomprensivo.

El 6 de Junio del año 2011, a través del Decreto que se publicó en el Diario Oficial de la Federación, se reformaron, adicionaron y derogaron varias disposiciones en relación con los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual entró en vigor el 4 de Octubre del año 2011; posteriormente el 10 de Junio del año 2011, a través de otro Decreto que entró en vigor el 10 de Junio del año 2011, se modificó el Capítulo I, Título Primero y se reformaron diversos artículos de la propia Constitución en materia de Derechos Humanos. [24]

Constantemente se ha hecho alusión a la complejidad del amparo mexicano, debido a su esfera de protección, ya que con dicho instrumento constitucional, se protege la totalidad de los derechos fundamentales y humanos, encontrándose contenido en nuestro amparo, el amparo habeas corpus, el amparo contra leyes, el amparo casación, el amparo contencioso-administrativo, y el amparo social, que responden a las necesidades de los mexicanos y en general de las personas que

23 Ver César Hinostroza Pariachi en José F. Palomino Manchego (Coordinador). EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO, TOMO I. Editora Jurídica GRIJLEY. Lima, Perú. 2005. Pp. 500-504.

24 Ojeda Bohórquez Ricardo. EL NUEVO AMPARO PENAL. Editorial INACIPE. México, D.F., 2014. P. 15.

se encuentran en territorio nacional.[25] En nuestro caso consideramos de suma importancia ambas reformas y en materia de amparo, complementarias, ya que con la reforma en materia de Derechos Humanos, se da lugar al derecho de doble fuente, con base al artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que contempla el amparo interamericano.

Para entender la esfera protectora del amparo mexicano es importante establecer que existen dos tipos de amparo, un amparo indirecto o biinstancial, contemplado por el artículo 107, fracción VII, en relación con la III, inciso b y c, y su fundamento legal se basa en los preceptos o artículos del 107 al 169 de la Nueva Ley de Amparo; para diversos estudiosos de la materia, este es un verdadero juicio, ya que en él se pueden ofrecer pruebas, desahogarlas y alegar lo que le convenga cada una de las partes, es decir, se trata de una verdadera contienda de partes,[26] que acorde al artículo 5 de la citada Ley de Amparo, las partes en el juicio son el Quejoso, la Autoridad Responsable, el Tercero Interesado y el Ministerio Público Federal, y un segundo tipo de amparo que es el amparo directo, que es para muchos un recurso extraordinario, ya que en él no se ofrecen ni desahogan pruebas, simplemente se verifica la sentencia definitiva, la resolución que pone fin al juicio o el laudo, que es la sentencia laboral, esto conforme al artículo 170 de la Nueva Ley de Amparo y es regulado por los artículos del 170 al 191 de la Nueva Ley de Amparo, nosotros lo consideramos de igual manera un

25 García Morelos Gumesindo. EL AMPARO HABEAS CORPUS. Editorial ABZ. México, D.F., 1998. Pp. 209-210.

26 Ojeda Bohórquez Ricardo. EL NUEVO AMPARO PENAL. Editorial INACIPE. México, D.F., 2014. P. 131.

juicio, en el cual se analiza a fondo las resoluciones aludidas, por parte de la Autoridad Federal.

En relación de manera específica con el habeas corpus debemos señalar que en cuanto al amparo indirecto, el artículo 108 de la Nueva Ley de Amparo establece los requisitos que debe cubrir una demanda de amparo y complementariamente el artículo 109 del cuerpo de leyes antes señalado laxa los requisitos cuando se trate de los actos que refiere el artículo 15 de la Ley de Amparo, que son aquellos "que importen peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de procedimiento, incomunicación, deportación o expulsión, proscripción o destierro, extradición, desaparición forzada de personas o alguno de los prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como la incorporación forzosa al Ejército, Armada o Fuerza Aérea Nacionales, y el agraviado se encuentre imposibilitado para promover el amparo, podrá hacerlo cualquier otra persona en su nombre aunque sea menor de edad.

En estos casos, el órgano jurisdiccional de amparo decretará la suspensión de los actos reclamados, y dictará todas las medidas necesarias para lograr la comparecencia del agraviado",[27] y regresando al artículo 109 éste establece un mínimo de requisitos que son:

"I. El acto reclamado;

II. La autoridad que lo hubiere ordenado, si fuere posible;

III. La autoridad que ejecute o trate de ejecutar el acto; y

IV. En su caso el lugar en que se encuentre el quejoso.

27 NUEVA LEY DE AMPARO 2013. Gallardo Ediciones. Guadalajara, Jalisco. 2013. P.17.

En estos supuestos, la demanda podrá formularse por escrito, por comparecencia, o por medios electrónicos. En este último caso no se requerirá la firma electrónica."[28]

En este procedimiento, pueden recaer tres tipos de autos, el de desechamiento de demanda, el de aclaración de demanda o el de admisión de demanda, este último contemplado por el artículo 115 de la Nueva Ley de Amparo, y contendrá el auto el día y hora para la celebración de la audiencia constitucional, la cual se celebrará dentro de los treinta días siguientes, agregando que tiene gran importancia la fecha de la audiencia, ya que cinco días antes de la misma más el de su celebración o desahogo y el de su señalamiento, es decir siete días hábiles antes de la celebración de la audiencia deberán de ofrecerse las pruebas. El juez deberá de pedir el informe previo y justificado a las autoridades responsables y ordenará correr traslado al tercero interesado, que es el que tiene un interés contrario al quejoso, y en su caso tramitará el incidente de suspensión; en materia de amparo serán admisibles toda clase de pruebas menos la confesional de posiciones, lo que se regula a través del artículo 119 de la Nueva Ley de Amparo; de igual manera al celebrarse la audiencia constitucional conforme al artículo 123 de la Nueva Ley de Amparo, se desahogarán las pruebas admitidas y abierta la audiencia con posterioridad al desahogo de las pruebas se alegará por escrito por las partes y acto continuo se dictará el fallo, pero cuando se trate de los actos que enuncia el artículo 15 de la Nueva Ley de Amparo y que ya fueron descritos en líneas previas, el quejoso podrá realizarlos de manera verbal, asentándose en actuaciones un resumen de sus alegatos si así lo solicitare.

28 Ibídem. P. 62.

Otro de los puntos medulares es la medida cautelar denominada en nuestra Ley de Amparo como suspensión del acto reclamado, cuyo fundamento se establece en el artículo 107, fracciones X, XI y XVII de la Constitución Federal y en los artículos del 125 al 169 de la Nueva Ley de Amparo.

La Nueva Ley de Amparo hace un análisis específico de lo que conocemos como amparo penal y en su artículo 159 señala de manera textual:

"En los lugares donde no resida juez de distrito y especialmente cuando se trate de actos que importen peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de procedimiento, incomunicación, deportación o expulsión, proscripción o destierro, extradición, desaparición forzada de personas o alguno de los prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como la incorporación forzosa al Ejército, Armada o Fuerza Aérea nacionales, el juez de primera instancia dentro de cuya jurisdicción radique la autoridad que ejecute o trate de ejecutar el acto reclamado, deberá recibir la demanda de amparo y acordar de plano sobre la suspensión de oficio conforme a las siguientes reglas:

I. Formará por duplicado un expediente que contenga la demanda de amparo y sus anexos, el acuerdo que decrete la suspensión de oficio y el señalamiento preciso de la resolución que se mande suspender; las constancias de notificación y las determinaciones que dicte para hacer cumplir su resolución;

II. Ordenará a la autoridad responsable que mantenga las cosas en el estado en que se encuentren o que, en su caso, proceda inmediatamente a poner en libertad o a disposición del Ministerio Público al quejoso y que rinda al juez de distrito el informe previo; y

III. Remitirá de inmediato el original de las actuaciones al juez de distrito competente y conservará el duplicado para vigilar el cumplimiento de sus resoluciones, hasta en tanto el juez de distrito provea lo conducente, con plena jurisdicción.

En caso de la probable comisión del delito de desaparición forzada, el juez de primera instancia procederá conforme lo establecido por el artículo 15 de esta Ley.

Cuando el amparo se promueva contra actos de un juez de primera instancia y no haya otro en el lugar, o cuando se impugnen actos de otras autoridades y aquél no pueda ser habido, la demanda de amparo podrá presentarse ante cualquiera de los órganos judiciales que ejerzan jurisdicción en el mismo lugar, siempre que en él resida la autoridad ejecutora o, en su defecto, ante el órgano jurisdiccional más próximo."[29]

Esto es referido a lo que en México se conoce como Jurisdicción Auxiliar y que dada la importancia de los actos que se tutelan, se maneja en forma excepcional; por primera vez en México se hace referencia a la desaparición forzada de personas.

Por otro lado, en el tema de deportación, expulsión o extradición, es referido por el artículo 160 de la Nueva Ley de Amparo, estableciéndose que los efectos de la suspensión serán que no se ejecute y que el quejoso quede en el lugar donde se encuentra a disposición del Juez de Amparo, en lo que refiere a su libertad personal.

Cuando se refiera el acto reclamado en la orden de traslado del quejoso de un centro penitenciario o penal a otra, los efectos de la suspensión, si esta procede es que no se lleve a cabo el traslado del quejoso, lo

29 Ibídem. P. 78-79.

cual es contemplado por el artículo 161 de la Nueva Ley de Amparo.

Cuando el acto reclamado sea una orden de privación de la libertad o la prohibición de abandonar determinado lugar, los efectos de la suspensión serán que no se ejecute el acto o cese de inmediato, lo que es contemplado por el artículo 162 de la Nueva Ley de Amparo.

Cuando el acto reclamado consista en la detención del quejoso por autoridades administrativas distintas al Ministerio Público, en relación con la comisión de un delito, se deberá de ordenar el cese de la detención poniéndolo en libertad o a disposición del Ministerio Público, lo que se regula por el artículo 164 de la Nueva Ley de Amparo.

Cuando el acto reclamado consista en la afectación de la libertad ambulatoria del quejoso y éste se encuentre a disposición del Ministerio Público como consecuencia de una orden de detención, la medida cautelar de la suspensión será para los efectos de que dentro del plazo de cuarenta y ocho horas o en el plazo de noventa y seis, cuando se trate de delincuencia organizada, contadas a partir del momento de la detención, sea puesto en inmediata libertad o consignado ante el Juez Penal correspondiente, lo que se contempla por el artículo 165 de la Nueva Ley de Amparo; lo que refiere a la delincuencia organizada lo consideramos inconvencional y violatorio a los artículos 8.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

De igual manera el artículo 166 de la Nueva Ley de Amparo refiere cuando el acto reclamado sea una orden de aprehensión o reaprehensión, haciendo referencia a la prisión preventiva oficiosa que refiere el artículo 19 Constitucional, haciéndose una adecuación al amparo

con relación al nuevo sistema penal de corte predominantemente acusatorio, y en él señala:

"Cuando se trate de orden de aprehensión o reaprehensión o de medida cautelar que implique privación de la libertad, dictadas por autoridad competente, se estará a lo siguiente:

I. Si se trata de delitos de prisión preventiva oficiosa a que se refiere el artículo 19 constitucional, la suspensión sólo producirá el efecto de que el quejoso quede a disposición del órgano jurisdiccional de amparo en el lugar que éste señale únicamente en lo que se refiera a su libertad, quedando a disposición de la autoridad a la que corresponda conocer el procedimiento penal para los efectos de su continuación;

II. Si se trata de delitos que no impliquen prisión preventiva oficiosa, la suspensión producirá el efecto de que el quejoso no sea detenido, bajo las medidas de aseguramiento que el órgano jurisdiccional de amparo estime necesarias a fin de que no evada la acción de la justicia y se presente al proceso penal para los efectos de su continuación y pueda ser devuelto a la autoridad responsable en caso de que no obtenga la protección de la justicia federal.

Cuando el quejoso ya se encuentre materialmente detenido por orden de autoridad competente y el Ministerio Público que interviene en el procedimiento penal solicite al juez la prisión preventiva porque considere que otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección a la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso, y el juez del proceso penal acuerde la prisión

preventiva, el efecto de la suspensión sólo será el establecido en la fracción I de este artículo.

Si el quejoso incumple las medidas de aseguramiento o las obligaciones derivadas del procedimiento penal, la suspensión será revocada con la sola comunicación de la autoridad responsable."[30]

Debemos reconocer que con la reforma en materia de amparo en México surgieron diversos principios y se detallaron los existentes, de tal manera que se agregaron los siguientes principios:

1. Principio de dirección judicial del proceso.
2. Principio de impulso procesal de oficio.
3. Principio inquisitivo.
4. Principio de gratuidad en la actuación del quejoso.
5. Principio de economía procesal.
6. Principio de socialización del proceso.
7. Principio de continuidad del proceso constitucional frente a la dudad de su conclusión.
8. Principio de alternatividad.
9. Principio de buena fe y lealtad procesal.
10. Principio de concentración del proceso.
11. Principio de economía procesal.
12. Principio de eventualidad o preclusión.
13. Principio de impugnación.
14. Principio de motivación de las sentencias.
15. Principio de la oralidad o de la escritura.
16. Principio de prevalencia de los tratados internacionales sobre derechos humanos.
17. Principio de mayor beneficio.

30 Ibídem. Pp.78-81.

18. Principio de trámite prioritario.
19. Principio de proporcionalidad.[31]

Podemos concluir que la Nueva Ley de Amparo mexicana se gestó con un manejo adecuado al habeas corpus, y maneja un apartado especial para su trato en los diversos tipos que se contemplan.

2.5. Tipos de habeas corpus

Es importante el desarrollo que en el tema ha venido teniendo la legislación, la doctrina y la jurisprudencia peruana, los diversos tipos responden a las diversas modalidades de la libertad individual y a la dignidad humana, dando un trato específico y especializado a cada uno de los tipos de habeas corpus.

Analizaremos uno a uno los tipos de habeas corpus para el efecto de que se ilustre sobre la importancia que puede tener en México la segregación de esta figura de protección constitucional de Derechos Fundamentales y Humanos del Juicio de Amparo, siendo los siguientes:

a) Habeas corpus reparador. Este tipo de habeas corpus tiene lugar ante privaciones de la libertad física o ambulatoria de las personas de manera ilegal o arbitraria.
b) Habeas corpus preventivo. Tiene lugar cuando no se ha privado a la persona de su libertad personal, pero existe la amenaza inminente y cierta de que pueda ocurrir, esto para evitar la detención o privación de la libertad de la persona.

31 José de Jesús Naveja Macías. LOS NUEVOS PRINCIPIOS DEL JUICIO DE AMPARO. Flores Editor y Distribuidor. Ciudad de México. 2016. Pp. 83-134.

c) Habeas corpus restringido. Se maneja cuando existen molestias o perturbaciones a la libertad física o ambulatoria de las personas, es decir, cuando haya molestias restrictivas, como es el caso de que una persona pueda salir de un determinado lugar o ir a un determinado lugar.

d) Habeas corpus traslativo. Se usa o emplea para denunciar la dilación en un proceso judicial o violaciones al debido proceso de ley, esto es cuando se tenga indebidamente privada de su libertad a una persona o se dilate la determinación judicial que resuelva la situación jurídica de una persona. De igual manera sucede cuando una persona no ha sido juzgada dentro del plazo marcado por la ley y no ha sido puesta en libertad o bien cuando ya una persona sentenciada no ha cumplido con su sentencia condenatoria y no es puesta en libertad.

e) Habeas corpus correctivo. Este habeas corpus se utiliza no para lograr la libertad de la persona detenida, sino para que se cumpla la ley en cuanto a sus condiciones de internamiento o reclusión respetando su dignidad humana, o para hacer cesar tratos que no sean acorde al tema de la dignidad humana, pedir que se le tenga en condiciones adecuadas en cuanto a su internamiento, con lo cual se protegen diversos derechos como lo es el derecho a la integridad física, psíquica y moral, a la vida, a la salud y a la dignidad humana.[32]

f) Habeas corpus correctivo. Este tiene lugar en el caso de desapariciones forzadas, evidentemente de suma importancia en América Latina por las condiciones

32 Ver César Hinostroza Pariachi en José F. Palomino Manchego (Coordinador). EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO, TOMO I. Editora Jurídica GRIJLEY. Lima, Perú. 2005. Pp. 502-506.

y circunstancias que se han vivido en cada uno de nuestros países en diferentes épocas, como lo señalamos anteriormente por primera vez en la historia por la Nueva Ley de Amparo en México se toma en consideración un tema de tal trascendencia.

g) Habeas corpus innovativo. Se utiliza para el efecto preventivo, y su finalidad es que se llame la atención del agresor o lesionante del derecho a efecto de que no vuelva a cometer los mismos actos u omisiones que en su momento lesionaron derechos fundamentales o humanos de la persona.

h) Habeas corpus excepcional. Se trata sobre todo de hacer uso de él cuando exista una suspensión como consecuencia de que se haya decretado el estado de excepción, en el caso de México de manera adecuada materialmente se transcribió el artículo 27.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al artículo 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para establecer de forma expresa y taxativa los derechos de núcleo duro, quedando el citado artículo 29 de nuestra Constitución de la siguiente forma:

"En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las auto-

rizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde.

En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por esta Constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación.

Cuando se ponga fin a la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías, bien sea por cumplirse el plazo o porque así lo decrete el Congreso, todas las medidas legales y administrativas adoptadas durante su vigencia quedarán sin efecto de forma inmediata. El Ejecutivo no podrá hacer observaciones al decreto mediante el cual el Congreso revoque la restricción o suspensión.

Los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión, serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la

Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez."[33]

i) Habeas corpus judicial. Tiene lugar cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva, es decir, es el habeas corpus contra resoluciones judiciales.

j) Habeas corpus conexo. Es de suma importancia porque se trata de situaciones no planteadas o previstas en habeas corpus y da lugar a la interpretación extensiva, así lo generó en su momento el Tribunal Constitucional Colombiano, que con base a la conexidad en vía de interpretación declaró como un derecho constitucional la salud vinculándola al derecho a la vida.[34]

3. Conclusiones

PRIMERA. En México el amparo es omnicomprensivo, por lo que el habeas corpus se encuentra subsumido a él.

SEGUNDA. El amparo es creado en México, pero se ha extendido al mundo entero, como el principal mecanismo de protección constitucional.

TERCERA. El desarrollo del amparo en América Latina ha sido sumamente importante al nivel que incluso

33 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Ediciones Gallardo. Guadalajara, Jalisco. 2016. Pp. 67-68.

34 Ver César Hinostroza Pariachi en José F. Palomino Manchego (Coordinador). EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO, TOMO I. Editora Jurídica GRIJLEY. Lima, Perú. 2005. Pp. 506-508.

en Europa se encuentra presente, como signo inequívoco de su reconocimiento internacional.

CUARTA. En América Latina, el amparo se debe ajustar a los lineamientos del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

QUINTA. El juicio de amparo debe tutelar todos los derechos fundamentales y humanos a fin de erigirse como un verdadero mecanismo de control constitucional, a efecto de hacer efectivas la Supremacía Constitucional y los Derechos Fundamentales y Humanos.

Bibliografía

Allan Brewer-Carias. Leyes de Amparo en América Latina. Editorial Instituto de Administración Pública de Jalisco y sus Municipios A.C., Instituto de Administración Pública del Estado de México, Poder Judicial del Estado de México y Academia Nacional de Derecho Constitucional de la Confederación de Colegios y Asociaciones de Abogados de México, A.C. Guadalajara, Jalisco, 2009.

José de Jesús Naveja Macías. Los nuevos principios del juicio de Amparo. Flores Editor y Distribuidor. Ciudad de México. 2016.

José de Jesús Naveja Macías, La evolución del constitucionalismo social en el siglo XXI, José de Jesús Naveja Macías y Gerardo Eto Cruz (Coordinadores), Editorial GRIJLEY, Lima, Perú, 2018.

José Félix Palomino Manchego y Gerardo Eto Cruz (Coordinadores), El pensamiento vivo de Héctor Fix Zamudio, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2005.

José de Jesús Naveja Macías (Coordinador), Génesis, Desarrollo y Actualidad del Amparo en América Latina, Editorial ILCSA S.A- DE C.V., Tijuana, Baja California, 2011.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Miguel Carbonell, Compendio de Derechos Humanos, Editorial Porrúa, México, 2017.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Rogelio Flores Pantoja, La Constitución y sus garantías, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Querétaro, Querétaro, 2017.

Allan R. Brewer-Carías, El proceso de Amparo en el Derecho Constitucional Comparado de América Latina, Editorial Porrúa, Ciudad de México, 2017.

José de Jesús Naveja Macías y Hernán Alejandro Olano García, Codificaciones Procesales Constitucionales, Ediciones Doctrina y Ley, LTDA, Bogotá, Colombia, 2010.

César Hinostroza Pariachi en José F. Palomino Manchego (Coordinador). El Derecho Procesal Constitucional Peruano, Tomo I. Editora Jurídica GRIJLEY. Lima, Perú. 2005.

Allan R. Brewer Carías y Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado. Editorial Universidad Exteriado de Colombia. Bogotá, Colombia. 2013.

Ojeda Bohórquez Ricardo. El Nuevo Amparo Penal. Editorial INACIPE. México, D.F., 2014

Legislación

Nueva Ley de Amparo 2013. Gallardo Ediciones. Guadalajara, Jalisco. 2013.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ediciones Gallardo. Guadalajara, Jalisco. 2016.

Ciudad de México, mayo del 2018.

Algunas reflexiones sobre el recurso de amparo: El caso de Costa Rica

Víctor Eduardo Orozco Solano[1]

Sumario. 1. Introducción 2. El recurso de amparo como garantía procesal y sustantiva de los derechos fundamentales 3. El objeto del recurso de amparo 4. Legitimación activa y pasiva 5. Trámite del recurso de amparo 6. Las medidas cautelares en el proceso de amparo 7. Tipología de sentencias dictadas por la Sala Constitucional en materia de amparo 8. Conclusión.

1. Introducción[2]

En términos generales, el propósito de este trabajo es desarrollar el régimen procesal del recurso de amparo en el sistema de justicia constitucional costarricense. En este orden, la mayor parte de la doctrina dedicada al estudio de la "*jurisdicción constitucional de la libertad*" ha considerado que el amparo es una institución de origen mexicano, al ser previsto por primera ocasión en

1 Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha. Letrado de la Sala Constitucional de Costa Rica. Coordinador de la Maestría en Justicia Constitucional de la Universidad de Costa Rica.

2 Un estudio relevante sobre el particular puede ser hallado en Orozco Solano, V., Patiño Cruz, S., y Salazar Murillo, R., *El recurso de amparo en Costa Rica*, Segunda Edición, Editorial Investigaciones Jurídicas, Sociedad Anónima, San José, 2013.

los artículos 8°, 9° y 12 de la Constitución yucateca de 1841, mientras que en el ámbito federal en la Constitución Mexicana de 1857 y en los artículos 103 y 107 de la Constitución de 1917.[3]

Desde ahí la institución del amparo fue acogida por varios países latinoamericanos y europeos, aunque con notables diferencias del antecedente mexicano. En este sentido, mientras el amparo mexicano comprende 5 funciones elementales (entre ellas, el amparo contra leyes, el amparo casación, el amparo libertad (hábeas corpus), la jurisdicción contencioso administrativa y la protección de los derechos fundamentales) sólo la última ha sido invocada en otros ordenamientos como el español, el venezolano, el colombiano y el costarricense como exclusiva de esta institución.[4]

En el ordenamiento jurídico brasileño, por ejemplo, la institución del amparo está contemplada en el artículo 5-LXIX de la Constitución de 1988, que prevé el "mandado de segurança", para proteger derechos no tutelados por el hábeas corpus o el hábeas data, cuando el responsable de la ilegalidad o el abuso de poder sea una autoridad pública, o agente de persona jurídica en ejercicio de atribuciones del poder público.[5]

Ahora bien, en el ordenamiento jurídico costarricense, con anterioridad a la reforma de los artículos 10, 48,

3 Dejando de lado sus antecedentes remotos en el derecho romano (homine libero exhibendo e intercessio tribunicia), en el inglés (habeas corpus) y en el español (procesos aragoneses del medioevo). Al respecto, se puede analizar Ferrer Mac-Gregor. , E., *Del amparo nacional al amparo internacional*, en http://realidadjuridica.uabc.mx/realidad/files/amparo.doc., págs. 3-4.

4 Véase Tócora, L. F., *Control Constitucional y …*, op. cit., págs. 108-109.

5 Ver Tócora, L. F., *Control Constitucional y …*, op. cit., pág. 113.

105 y 128 de la Constitución Política (realizada por medio de la Ley No. 7128 de 18 de agosto de 1989) y de la entrada en vigencia de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (Ley No. 7135 de 11 de octubre de 1989) el recurso de amparo estaba regulado por la Ley de Amparo, No. 1161 de 2 de junio de 1950.[6] En esta Ley se atribuía a la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia el conocimiento de los recursos de amparo cuando el acto impugnado provenía del Presidente de la República, los Ministros de Gobierno, los Gobernadores de Provincia, los Comandantes de Plaza o el Director de la Guardia Civil, mientras que en los casos de las otras autoridades administrativas la competencia se asignaba a los jueces penales del lugar donde se verificaba la vulneración de los derechos.

Lamentablemente, no era eficiente el mecanismo implementado en esta ley, en la medida en que se asignaba el conocimiento de la mayoría de estos asuntos a los jueces penales, quienes no estaban acostumbrados a realizar interpretación constitucional, ni a tratar sobre la validez de los actos administrativos. Otro obstáculo que la doctrina ha señalado fue el requisito del agotamiento de la vía administrativa para acceder al amparo.[7]

Es, precisamente, con la mencionada reforma a la Carta Magna y con la entrada en vigencia de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que se encomienda a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia la potestad de conocer con exclusividad los recursos de

6 Al respecto, se puede consultar: Carvajal Pérez, M., *O recurso de amparo na Costa Rica*, Revista jurídica de Macau, Número especial, O direito de amparo en Macau e em direito comparado, 1999, pág. 273.

7 199 Ver Carvajal Pérez, M., *O recurso de amparo na Costa Rica*, op. cit., pág. 11.

amparo, entendiéndose como un instrumento procesal y sustantivo para la defensa efectiva de los derechos consagrados en la Constitución Política, como en los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos aplicables en la República.

2. El recurso de amparo como garantía procesal y sustantiva de los derechos fundamentales

Ahora bien, antes de examinar el objeto del amparo en el ordenamiento jurídico costarricense, conviene realizar una breve reflexión sobre su naturaleza jurídica. En este sentido, algunos procesalistas constitucionales han discutido si el amparo es un recurso, un proceso o una acción.

Sobre el particular, se debe mencionar que el amparo no es estrictamente un recurso, en la medida en que no tiene por fin revisar el acto dictado por el inferior, ni presupone un procedimiento anterior en el cual recayó la resolución que se recurre; el amparo, bajo esta óptica, no es una revisión del acto lesivo en cuanto a su legalidad o procedencia, sino una acción de control de constitucionalidad, no fiscaliza la justicia del acto reclamado, sino que tiene la virtud de restituir el derecho vulnerado.[8]

Pero el amparo tampoco se agota en el concepto de una mera acción, teniendo en cuenta que involucra muchos más elementos, entre ellos, la existencia de un proceso autónomo, lo que lo separa de la simple facultad que corresponde a una persona de requerir la in-

8 Véase Bidart Campos, G., *Derecho de amparo*, Ediar Editores, Buenos Aires, 1961, pág. 287.

tervención de un órgano estatal, para obtener la tutela de una pretensión jurídico material.[9]

Es claro que el proceso de amparo supone una sucesión coordinada de actos jurídicos, que inicia con la fase de admisibilidad de la acción, el requerimiento del informe a la autoridad recurrida sobre la situación impugnada, en algunas ocasiones una breve fase demostrativa (sin desvirtuar el carácter sumario y expedito del amparo, por supuesto) y la sentencia,[10] que en Costa Rica tiene eficacia de cosa juzgada material si es estimatoria.[11]

Con independencia de si se considera al amparo como un recurso, una acción o un proceso, sí se debe afirmar que posee, a diferencia de lo que sostienen algunos,[12] una doble vertiente procesal y sustantiva,

9 Véase Guzmán Hernández, M. R., *El amparo fallido*, Publicación de la Corte de Constitucionalidad, segunda edición, Guatemala, 2004, págs. 48-49.

10 Sobre el particular, el mismo autor sostiene que: "*el proceso implica una pretensión, contenciosa o extracontenciosa. En lo relativo a este punto es indiscutible que si un particular insta la actividad del juez o tribunal constitucional pidiendo amparo, lo hace con una pretensión específica, que estriba en que ese órgano ejerza control sobre los actos autoritarios de los poderes del Estado o algunos particulares cuando la relación subyacente implique grado de subordinación y que, como corolario, restablezca la situación jurídica afectada mediante la tutela y restitución pronta y efectiva de los derechos fundamentales que fueron vulnerados con la emisión del acto anticonstitucional.*"

11 Existe consenso en la jurisprudencia como en la doctrina en el sentido de que sólo las sentencias estimatorias tienen eficacia de cosa juzgada material. Sobre el particular, Ver Piza Escalante, R., *La Justicia Constitucional …*, op. cit., pág. 190.

12 Al respecto, véase Hernández Valle, R., *Derecho Procesal Constitucional*, Juriscentro, Sociedad Anónima, Segunda Edición, San José, 2001, pág. 205.

con lo que se puede señalar que el proceso de amparo tiene una naturaleza dual.

Esta naturaleza dual, procesal y sustantiva, del proceso de amparo se infiere, con toda claridad, del contenido de los artículos 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[13] y 48 de la Constitución Política, en cuya virtud toda persona tiene el derecho a obtener una protección jurisdiccional de sus libertades por parte del órgano correspondiente.[14]

De modo que el amparo, más que un remedio procesal específico, por sí mismo constituye un derecho fundamental, mediante el cual toda persona puede hacer efectiva la tutela de sus derechos vulnerados, obtenien-

13 El artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone:

"Artículo 25.- Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades del recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso."

14 Sobre el particular véase Brewer Carias, A., *El amparo a los Derechos Humanos y a las libertades constitucionales* (una aproximación comparativa), XI Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1993.

do una reparación inmediata e integral.[15] Al respecto, GOMES CANOTILHO consideró *"las clásicas garantías constitucionales son también derechos y no simplemente mecanismos de carácter instrumental, ya que éstas se traducen en el derecho de los ciudadanos de exigir a los poderes públicos la protección de sus derechos"*.[16]

Con lo anterior de ninguna manera se pretende desconocer la noción instrumental que reviste el amparo en los distintos ordenamientos jurídicos, sino potenciar su carácter complejo y dual, al constituir el proceso de amparo no sólo una garantía constitucional sino un derecho fundamental por sí mismo.[17] Es, precisamente, bajo esta perspectiva que se analiza el amparo en esta investigación.

3. El objeto del recurso de amparo

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, el recurso de amparo garantiza los derechos y libertades fundamentales a que se refiere esa ley, salvo los protegidos por el de hábeas corpus.

De modo que mediante el derecho al amparo la persona afectada puede asegurar el disfrute de todos los derechos consagrados en la Constitución Política, así como en los instrumentos internacionales en materia

15 Ver Brenes Montoya, M. M., *El incumplimiento de las resoluciones de amparo*, Tesis de licenciatura, Inédita, Universidad de Costa Rica, San José, 2005, pág. 20.

16 Véase Gomes Canotilho J. J. *Direito Constitucional e Teoría da Constituiçao*, 3 Ediçao, Livraria Almedina Coimbra, 1998, pág. 372.

17 Ver Brenes Montoya, M. M., *El incumplimiento de las* …, op. cit., pág. 21.

de Derechos Humanos aplicables en la República, salvo los relativos a la libertad y a la integridad personales, los cuales son susceptibles de tutela a través del hábeas corpus.[18]

A diferencia del amparo constitucional español, en el ordenamiento jurídico costarricense no existe una lista taxativa de derechos tutelables por medio del amparo. En este sentido, la protección se hace extensiva tanto a los derechos individuales, civiles y políticos, cuanto a los derechos económicos, sociales y culturales, así como cualquier otro cuyo goce sea necesario para asegurar el máximo respeto de la dignidad humana.

En lo que toca a los actos impugnables a través del amparo, el artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional señala que procede contra toda disposición, acuerdo o resolución y, en general, contra toda acción, omisión o simple actuación material no fundada en un acto administrativo eficaz, de los servidores y órganos públicos, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de aquellos derechos. Además, procede no sólo contra los actos arbitrarios, sino también contra las actuaciones u omisiones fundadas en normas erróneamente interpretadas o indebidamente aplicadas.

En este sentido, se debe mencionar que por medio del recurso de amparo toda la actividad administrati-

18 Al respecto, el artículo 15 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional dispone que: "*Procede el hábeas corpus para garantizar la libertad e integridad personales, contra los actos u omisiones que provengan de una autoridad de cualquier orden, incluso judicial, contra las amenazas a esa libertad y las perturbaciones o restricciones que respecto de ella establezcan indebidamente las autoridades, lo mismo que contra las restricciones ilegítimas del derecho de trasladarse de un lugar a otro de la República y de libre permanencia, salida e ingreso en su territorio*".

va es susceptible de control, siempre que incida sobre los derechos fundamentales de un particular, a menos que la situación impugnada esté prevista en alguno de los supuestos regulados en el artículo 30 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, sobre los cuales no es admisible el amparo. Tales son:

— el amparo contra normas jurídicas. Al respecto, se debe advertir que si bien el artículo 30 inciso a) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional veda la posibilidad de establecer un proceso de amparo contra una norma jurídica, aquí la regla más bien es la excepción, en la medida en que se puede interponer contra una norma jurídica de naturaleza autoaplicativa, o autoejecutable –una norma tributaria, por ejemplo– o conjuntamente con el acto lesivo que pretende sustentarse en esa disposición. En este caso, la Sala confiere un plazo improrrogable de 15 días al recurrente, para que formule la acción de inconstitucionalidad contra la norma impugnada, reservándose el dictado de la sentencia del amparo hasta que sea conocida aquella;[19]

— el amparo contra resoluciones jurisdiccionales y sus actos de ejecución. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 incisos b) y c) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, no se puede formular el amparo contra los actos aludidos. Quienes defienden la razonabilidad de estas disposiciones, se sustentan en el principio de independencia del juez y en el contenido de los artículos 10 de la Constitución Política y 74 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, según los cuales no se puede efectuar el control de constitucionalidad sobre estas decisio-

19 Sobre el particular, se puede consultar el artículo 48 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

nes.[20] Es claro que esta limitación no tiene asidero en el ordenamiento jurídico vigente. Lo anterior por cuanto, una cosa es el ejercicio del control de constitucionalidad –consagrado, como se expuso supra, en el artículo 10 de la Constitución Política– y sobre el cual el Constituyente derivado excluyó las resoluciones jurisdiccionales, pero otra muy distinta es la competencia relativa a la jurisdicción constitucional de la libertad –consagrada, como se dijo con anterioridad, en el artículo 48 de la Constitución Política, en cuya virtud toda persona tiene el derecho de interponer un recurso de amparo, como garantía procesal y sustantiva para el disfrute efectivo de sus derechos– la cual se debería efectuar sobre toda la actividad estatal, incluyéndose lógicamente la jurisdiccional;

— el amparo contra actuaciones y omisiones válidamente consentidas por la persona agraviada. Al respecto, son varias las situaciones que permiten soste-

20 En la sentencia Nº3988-92 de 15 de diciembre, la Sala señaló: *"Ninguna diferencia habría, en cuanto a sus consecuencias, entre la declaratoria de inconstitucionalidad de una sentencia –o de cualquier otra resolución o actuación jurisdiccional– y el hecho de acoger un amparo contra ella, ya que en ambos casos los que se produciría sería su nulidad, a efecto de que sea repuesta por un nuevo pronunciamiento –libre del vicio que la Sala hubiere determinado– pues esta carecería de competencia para pronunciar otra en lugar de la que se anula (…). Este hecho –que se trata de inconstitucionalidad para el caso concreto- motivó que, en acatamiento de lo dispuesto en el artículo 10 indicado, el legislador plasmara la prohibición –en la ley que regula la competencia de la Sala– tanto en el inciso b) del artículo 30 como en el 74, así que en razón de lo expuesto la prohibición no devendría inconstitucional, toda vez que el constituyente derivado lo que quiso fue reservar el conocimiento de la jurisdicción constitucional las resoluciones y actuaciones jurisdiccionales (…) de todo pronunciamiento de de inconstitucionalidad –ya fuere en las acciones propiamente tales, como en los procesos de amparo–."*

> ner el consentimiento del particular afectado sobre el acto o la omisión cuestionada. En este sentido, esta disposición –el artículo 30 inciso ch) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional– normalmente es interpretada en relación con el artículo 35 ídem, que establece un término de prescripción de 2 meses a partir del momento en que hayan cesado totalmente sus efectos directos respecto del perjudicado;[21]

el amparo contra actos o disposiciones del Tribunal Supremo de Elecciones en materia electoral. Lo anterior se infiere, con toda claridad, del contenido del artículo 102 inciso 3) de la Constitución Política, en cuya virtud le corresponde al Tribunal Supremo de Elecciones interpretar en forma exclusiva y obligatoria las disposiciones constitucionales y legales referentes a la materia electoral;

4. Legitimación activa y pasiva

En lo que atañe a la legitimación activa en el amparo, el artículo 33 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece que cualquier persona puede interponerlo. Lo anterior, sin embargo, no debe ser interpretado en el sentido de que existe una acción popular en el amparo costarricense; por el contrario, la Sala Constitucional ha sostenido que dicha expresión hace referencia al agraviado en un derecho constitucional o a todas aquellas

21 Sobre el acto consentido, la Sala Constitucional, en la sentencia No. 7643-97 de 14 de noviembre, dispuso: "*una de las condiciones de inadmisibilidad del amparo en general la constituye el hecho de que el presunto agraviado haya consentido legítimamente el hecho (…). Este consentimiento puede ser expreso o tácito, este último como resultado del hecho de que no se ejerzan, en tiempo y forma, los remedios legales al alcance del ofendido para obtener la tutela de su derecho, todo lo cual conduce a la inadmisibilidad de la acción*".

personas que lo interpongan a su favor. Es decir, toda persona está habilitada para promover esta acción (individual o colectiva) pero en el entendido de que si la plantea el agraviado, éste deberá ser el titular del derecho constitucional lesionado y si lo interpone otra persona que no sea el agraviado, será a favor de éste.[22]

Por su parte, en lo que respecta a la legitimación pasiva, el amparo debe dirigirse contra el servidor o el titular del órgano que aparezca como presunto autor del agravio. Además, si se ignora la identidad del servidor, el recurso debe ser establecido contra el jerarca. También se contempla la posibilidad de tener como parte al tercero que derive derechos de la situación impugnada.

Pero el recurso también se puede dirigir contra los sujetos particulares, de acuerdo con el artículo 57 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

5. Trámite del recurso de amparo

Cabe mencionar que el recurso de amparo en el ordenamiento jurídico costarricense, lejos de ser un proceso complejo y plagado de ritos, está desprovisto de todo formalismo y su tramitación es sencilla y célere. En este sentido, no hace falta agotar ningún trámite previo para interponer el amparo, el cual puede ser presentado sin autenticación, por cualquier medio escrito, incluso por telegrama.[23]

En este orden de ideas, el artículo 38 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional únicamente señala la obli-

22 Sobre el particular, se puede analizar la sentencia No. 93-90 de 24 de enero.

23 Al respecto, se puede observar los artículos 31 y 38 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

gación del recurrente de expresar, con la mayor celeridad posible, el hecho o la omisión que lo motiva, el derecho que se considera violado o amenazado, el nombre del servidor público o del órgano autor de la amenaza o del agravio, y las pruebas de cargo. En efecto, si el actor soslaya alguno de estos requisitos, el artículo 42 ídem contempla la posibilidad de realizar una prevención al actor para que subsane esa situación, bajo apercibimiento de rechazar de plano el recurso si no lo hiciere.

Cabe señalar que la tramitación inicial del amparo está encomendada al Presidente de la Sala Constitucional, quien debe resolver acerca de su admisibilidad. Si la queja resulta pertinente, el Presidente emite una resolución inicial, en que se confiere un plazo a la autoridad recurrida para que rinda su informe sobre la situación impugnada. En esta resolución, normalmente se turna el asunto a la oficina del Magistrado que corresponda, quien será la persona encargada de su tramitación, y de elaborar una ponencia con la ayuda de sus Letrados que con posterioridad debe defender ante el pleno.

Ahora bien, si el informe no es presentado a la Sala dentro del término aludido, el artículo 45 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional contempla la posibilidad de tener por ciertos los hechos alegados por el actor, pudiéndose estimar el amparo si es procedente en derecho.[24]

24 En la sentencia No. 5483-94 de 21 de septiembre, la Sala Constitucional consideró: "*De conformidad con el artículo 45 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, si la autoridad recurrida no rinde su informe, se tienen por ciertos los hechos alegados por el recurrente y se entra a estudiar la procedencia del amparo, con la base fáctica por él expuesta. Ello, en consecuencia, no implica que automáticamente se acoja el recurso*".

6. Las medidas cautelares en el proceso de amparo

Uno de los elementos integrantes del derecho al amparo como garantía procesal y sustantiva para asegurar el disfrute de los derechos consagrados en la Constitución Política, como en los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos aplicables en la República, es la facultad de suspender de pleno derecho los alcances del acto impugnado, en los términos en que está desarrollado en el artículo 41 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, relativo a las medidas cautelares.[25] En este sentido, el incumplimiento de la medida cautelar en alguna ocasión incluso sirvió para estimar el recurso, por la violación del derecho al amparo en

25 El artículo 41 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece:

"*Artículo 41.- La interposición del amparo no suspenderá los efectos de leyes u otras disposiciones normativas cuestionadas, pero sí la aplicación de aquéllas al recurrente, así como la de los actos concretos impugnados. Sin embargo, en casos de excepcional gravedad la Sala podrá disponer la ejecución o la continuidad de la ejecución, a solicitud de la Administración de la que dependa el funcionario u órgano demandado, o aún de oficio, cuando la suspensión cause o amenace causar daños o perjuicios ciertos e inminentes a los intereses públicos, mayores que los que la ejecución causaría al agraviado, mediante las cautelas que considere procedentes para proteger los derechos o libertades de este último y no hacer ilusorio el efecto de una eventual resolución del recurso a su favor. La suspensión operará de pleno derecho, y se notificará sin demora al órgano o servidor contra quien se dirige el amparo, por la vía más expedita posible. De igual modo, el Presidente o el Magistrado instructor podrán dictar cualquier medida de conservación o seguridad que la prudencia aconseje, para prevenir riesgos materiales o evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo conforme con las circunstancias del caso. La Sala podrá, por resolución fundada, hacer cesar en cualquier momento la autorización de ejecución o las otras medidas cautelares que se hubieren dictado.*"

los términos en que está consagrado en el artículo 48 constitucional.[26] Lamentablemente, esta disposición no

26 En la sentencia No. 2002-11445 de 29 de noviembre, la Sala Constitucional manifestó: *"VI.- Estimatoria parcial del recurso. Por último, la Sala tiene por cierto que el INS ejecutó la suspensión ordenada en el acto final del procedimiento administrativo aquí impugnado y que las agencias del INS se negaron a recibir las pólizas que había vendido en los días posteriores al comunicado de la suspensión, a pesar de que por resolución de 16:29 hrs. de 26 de abril de 2002, la Sala había ordenado al Jefe de la Dirección de Mercadeo y Ventas del Instituto Nacional de Seguros no aplicar la sanción de suspensión de un año dispuesta en contra el amparado (f. 19 y 20). Dicha resolución fue notificada a los recurridos el 30 de abril de 2002. El 22 de mayo de este año, el recurrente presentó un nuevo amparo en el cual reclamaba este extremo, el cual fue agregado a este expediente por resolución de la Presidencia de la Sala de 13:27 hrs. de 22 de mayo de 2002 (f. 368) y se pidió informe al Jefe del Departamento de Mercadeo sobre el particular, el cual no fue rendido. Únicamente en cuanto a este extremo procede declarar con lugar el recurso ya que, aparte de las consecuencias penales que acarrea la desobediencia a las órdenes de esta Jurisdicción dictadas en recursos de amparo, el hecho de que el Instituto mantuviera la ejecución de la suspensión impugnada en este amparo, una vez que la Sala le había ordenado la suspensión, dentro de un procedimiento especialmente previsto en la Constitución para la tutela de los derechos fundamentales y a sabiendas de que la suspensión dispuesta en el artículo 41 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional opera de pleno derecho, resulta violatoria, en primer lugar, del derecho fundamental al amparo, porque vulnera directamente una de las consecuencias principales de su ejercicio, cual es que el goce de los derechos se mantenga incólume mientras no sea resuelto el asunto –salvo las excepciones previstas en la misma norma–, aparte del derecho fundamental al debido proceso, porque una sanción impugnada en la vía de amparo y sobre la cual la Jurisdicción Constitucional ha reconocido que procede suspender su ejecución no puede ser válidamente ejecutada; todo lo anterior, con severas consecuencias para la actividad comercial que emprende el recurrente y para su propio sostenimiento y el de su familia. En cuanto a la desobediencia, procede testimoniar piezas al Ministerio Público para que investigue al Jefe de la Dirección de Mercadeo del Instituto Nacional de Seguros, José Luis Soto Rodríguez, cédula #1-522-880, por el presunto delito previsto en el artículo 71 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.-"*

ha sido interpretada en su sentido literal en la Sala, por lo que se ha entendido que el Presidente del Tribunal Constitucional goza de cierta discrecionalidad para dilucidar si suspende o no los efectos del acto reclamado.

Sobre el particular, CASTILLO VÍQUEZ sostiene que hay casos en los cuales no opera el efecto suspensivo del amparo; lo anterior se produce, según este autor, cuando se trata de leyes o tras disposiciones normativas con algunas salvedades, o bien cuando se trata de la impugnación de actos negativos, pues en esos casos la suspensión implicaría conceder interlocutoriamente lo pedido al interponer este recurso jurisdiccional.[27]

7. Tipología de sentencias dictadas por la Sala Constitucional en materia de amparo

Las sentencias dictadas por la Sala Constitucional con ocasión de los recursos de amparo, pueden ser de diversos tipos, según los artículos 9º y 49 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

El artículo 9º de la Ley de la Jurisdicción Constitucional[28] permite a la Sala rechazar de plano un asunto (sin requerir el informe de la autoridad recurrida)

27 Castillo Víquez, F., *La protección de los derechos fundamentales en la Jurisdicción Constitucional y sus vicisitudes*, Juristexto, San José, 2008, pág. 89.

28 El artículo 9º de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece:

"La Sala Constitucional rechazará de plano cualquier gestión manifiestamente improcedente o infundada

Podrá también rechazarla por el fondo en cualquier momento, incluso desde su presentación, cuando considere que existen elementos de juicio suficientes, o que se trata de la simple reiteración o reproducción de una gestión anterior igual o similar rechazada; en este caso siempre

siempre que el asunto no reúna los requisitos mínimos de admisibilidad, o se impugne una situación que no es susceptible de control por medio del amparo.[29] También puede la Sala rechazar por el fondo un caso de manera anticipada, si existe reiterada Jurisprudencia en el sentido de que lo cuestionado no lesiona los derechos fundamentales de un particular.

Pero también el Tribunal Constitucional, en materia de amparo, puede dictar una sentencia desestimatoria, si concluye que de los hechos expuestos por el recurrente no se desprende ninguna vulneración de sus derechos fundamentales.

En las sentencias estimatorias, en cambio, sí acredita la infracción de alguno de estos derechos, motivo por el cual el Tribunal Constitucional bien puede dejar sin efecto el acto cuestionado, u ordenar a la autoridad recurrida la adopción y la ejecución de las medidas pertinentes para reparar con la mayor celeridad posible la trasgresión de los derechos del afectado.

En el artículo 49 párrafo 2º de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, incluso se establece una especie de amparo por omisión, si la pretensión estriba en que la autoridad reglamente, cumpla o ejecute lo que una ley u otra disposición normativa ordena, en cuyo su-

que no encontrare motivos para variar de criterio o razones de interés público que justifiquen reconsiderar la cuestión.

Asimismo, podrá acogerla interlocutoriamente cuando considere suficiente fundarla en principios o normas evidentes o en sus propios precedentes o jurisprudencia, pero si se tratare de recursos de hábeas corpus o de amparo deberá esperar la defensa del demandado".

29 Como lo es el caso del artículo 30 inciso b) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

puesto el recurrido tiene un plazo perentorio de 2 meses para solventar esa prevención.

En cuanto a los modos anormales de terminación del proceso, éstos normalmente se producen si la parte llega a desistir del asunto, o si se produce una satisfacción extraprocesal, en los términos en que está regulado en el artículo 52 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

8. Conclusión

Tales son algunas nociones particulares del recurso de amparo en el ordenamiento jurídico costarricense, en cuya razón se destaca su carácter dual, como garantía procesal y sustantiva de los derechos humanos. Queda mucho por analizar en esta materia. Un estudio más preciso puede ser hallado en el libro: "*El recurso de amparo en Costa Rica, supra citado*".

Capítulo IV
Elementos del debido proceso en la justicia constitucional

El debido proceso en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

Luis Alberto Canales Cortés[1]

Sumario: 1. Introducción 2. Concepto del debido proceso 3. Fundamento del debido proceso 4. Principios del debido proceso 4.1. El derecho general de la justicia 4.2. El derecho y principio general de igualdad 4.3. Justicia pronta y cumplida 5. La aplicación de las reglas del debido proceso a todo procedimiento disciplinario o de expulsión de extranjeros 6. La aplicación del debido proceso al ámbito administrativo 7. La protección de los sujetos y la materia del proceso 8. La valoración de la prueba como requisito del debido proceso 9. La determinación del plazo razonable como regla del debido proceso 10. Las etapas que integran el proceso 11. Los requisitos de competencia, independencia e imparcialidad en los órganos formal y materialmente jurisdiccionales 12. La independencia 13. El derecho al juez natural 14. Prohibición de tribunales ex post facto 15. El debido proceso en los casos de pena de muerte 16. El debido proceso como requisito para la imposición de trabajos forzosos 17. Conclusiones. Bibliografía.

1 Profesor Universidad Autónoma de Centro América- Sede Pacífico Sur. Especialista en derechos humanos

1. Introducción

En relación al debido proceso, podemos decir que su importancia reside en el hecho de que sirve como límite al poder que tiene el Estado cuando ejerce su potestad de imperio, es un freno al abuso de poder, es una garantía de que el ciudadano gozará de un proceso respetando todos los principios que establece la Constitución Política y los Tratados Internacional sobre Derechos Humanos existentes en el Continente Americano. Es la garantía que tiene el ciudadano de ser oído tal como lo define el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Es el tener la certeza que será juzgado por un órgano jurisdiccional nombrado por el Estado, donde se le darán y respetarán todas las garantías constitucionales, independientemente del tipo de proceso que se trate sea este civil, penal, laboral, administrativo, o de cualquier otra naturaleza. El principio del debido proceso, lo encontramos contemplado podemos decir en todas las Constituciones Políticas de los países latinoamericanos complementado con las normas internacionales en especial las que corresponde a la protección de derechos fundamentales o humanos. Podemos decir que el debido proceso es "un derecho humano" que sirve para buscar el respeto de los derechos fundamentales.

2. Concepto de debido proceso

El debido proceso podemos definirlo como un principio de carácter general del derecho, donde se le establece o impone al Estado la obligación de respetar todos los derechos que la Ley, la Constitución, y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos le reconocen a un individuo.

En el caso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos cuando se refiere al debido proceso se está refiriendo a una de las garantías que están establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. "El derecho a un debido proceso legal",[2] siendo este el derecho humano más comúnmente infringido por los Estados y es la forma en que los operadores de justicia hacen incurrir al Estado en responsabilidad internacional. El debido proceso o como lo denomina la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "el derecho de defensa procesal"[3] es desde luego una de esas garantías de carácter procesal que debe de estar presente en todos los procesos, esto sin importar la clase de proceso que se trate, por lo que no solo debe de estar presente en aquellos más comunes como lo son los de orden penal, civil, administrativo, sino de cualquier otra naturaleza.[4]

Por lo que podemos decir, que el derecho al debido proceso tiene como propósito, confirmar o darle un sustento a la legalidad, esto dentro de un marco de respeto mínimo a la dignidad humana sin importar el tipo de proceso, siendo una actividad compleja, progresiva y metódica que se realiza de acuerdo a reglas que es-

2 Entendido este como "el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil , laboral, fiscal u otro cualquiera", tal y como dispone el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humano. Cf. Corte IDH, caso Genie Lacayo. Sentencia de 29 de enero 1997.

3 Idem

4 Doctrina que se extrae del artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

tán preestablecidas, cuyo resultado será dictado de la norma individual de conducta, sea la sentencia, que se dicta con la finalidad de declarar el derecho material aplicable a un caso concreto.

El artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos al referirse al debido proceso le facilita a la persona que tiene "el derecho a ser oída" debiendo ser oída con "las debidas garantías". Ahora bien al decirse el derecho a ser oída tiene como finalidad llegar a una resolución, que defina lo que se está conociendo en litigio y que sea ejecutada; pero tanto esa resolución como su ejecución son parte de un proceso. Siendo este el que debe de realizarse respetando las debidas garantías, las cuales deben de estar presentes desde antes del inicio del proceso, en su inicio, durante su curso, al dictarse la resolución y en la fase respectiva de ejecución.

En la Opinión Consultiva 9/87 La Corte señaló que: "El concepto de debido proceso legal recogido por el artículo 8 de la Convención debe entenderse como aplicable , en lo esencial , a todas las garantías judiciales referidas en la Convención Americana , aún bajo el régimen de suspensión regulado por el artículo 27 de la misma".

3. Fundamento del debido proceso

En cuanto al tratamiento que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, le da al debido proceso, encontramos su fundamento en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual se debe de relacionar con los incisos 2, 3, 4,5 y 6 del artículo 7, el artículo 9, el artículo 10, el artículo 25, y el 27, todos ellos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

También la Convención Americana desarrolla algunos principios, relacionados con el debido proceso

los cuales son consecuencias de los sistemas procesales penales en vigencia. Principios encaminados hacía un "garantismo proteccionista", del ciudadano frente al poder ilimitado que tiene el Estado, que es al que le corresponde realizar la función de investigación de todos aquellos actos que afectan la normal y armónica convivencia social.

Siendo por ello necesario que exista un justo equilibrio entre el ciudadano y el Estado, donde las garantías procesales adquieran sentido y actualidad al evitar arbitrariedades e inseguridad que provocaría en la sociedad, si hay una carencia de reglas de investigación policial y judicial en las que quede de lado los intereses del individuo para proteger el interés general de la averiguación de la verdad real y el éxito de la administración de justicia.[5]

4. Principios del debido proceso

4.1. El derecho general a la justicia

Entendido este principio como la existencia y disponibilidad de un sistema de administración de justicia, sea un conjunto de mecanismos idóneos para el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. Buscando con este concepto declarar el derecho controvertido o restablecer el violado, interpretándolo y aplicándolo en forma imparcial en los casos concretos.

Para eso se hace necesaria la existencia, suficiencia y eficacia de un sistema judicial y procesal idóneo para

5 Thompson (José). Las garantías penales y procesales en el derecho de los derechos humanos, ILANUD, San José, Costa Rica, 1991, pág. 63.

poder garantizar ese derecho fundamental a la justicia al ciudadano, el que es monopolio del Estado siendo una manifestación del derecho de petición, consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por otro lado también dispone el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuanto al derecho de acceso a la justicia:

"1.- Toda persona tiene derecho a ser oída... en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter."

Derecho que le brinda la oportunidad real de presentarse ante quién es capaz e idónea para resolver vinculantemente las disputas, es decir, ante un órgano estatal cuya función es jurisdiccional.

Importante anotar que el hecho que el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos haga referencia al ámbito judicial –en sentido orgánico y, sobre todo funcional– esto no obsta para que haya una aplicación por analogía a otros ámbitos no jurisdiccionales. Tal como lo dice la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 9/87, anteriormente indicado.

Siendo desde luego ese derecho de petición, fundamental para canalizar la defensa en cualquier tipo de proceso, que se plantee ante las autoridades judiciales competentes. Debiendo este derecho de petición, en forma amplia no restringida, que permita plantear este recurso no solo en la oficina donde se tramita el proceso sino en cualquier otro despacho judicial.

Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Castillo Páez, se refirió al artículo 25 de la Convención, en los siguientes términos:

"Esta disposición sobre el derecho a un recurso efectivo ante los jueces o tribunales nacionales competentes, constituye uno de los pilares básicos, no solo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención, se encuentran íntimamente ligado con la obligación general del artículo 1.1 de la Convención Americana, al atribuir funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes…[6]

4.2. El derecho y principio general de igualdad

Recogido, junto con su contrapartida como lo es la no discriminación, establecida en el artículo 24 en relación con el 1.1. de la Convención Americana, como también con la mayoría de los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos. Principio que tiene una particularidad, en el sentido de que su dualidad demuestra igualdad, además de criterio de interpretación y aplicación de los derechos fundamentales, es en sí mismo un derecho fundamental, de modo que se viola éste cuando se discrimina respecto de los derechos no fundamentales.

4.3. Justicia pronta y cumplida

El derecho a que la justicia se administre en forma cumplida y de una manera prontamente, se refiere ni más ni menos al "derecho a una sentencia justa", ya en buena tesis se dice que la duración excesiva y no justificada

6 Corte IDH, caso Castillo Páez. Sentencia de 3 de noviembre de 1997.

de los procesos penales constituye una grave violación del derecho de una justicia pronta, de conformidad con los artículos 8 y 7.4, 7.5 y 7.6, todos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Cabe destacar que ni la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ni la Corte Europea de Derechos Humanos han llegado a establecer una duración determinada o absoluta en función de las normas que disciplinan el debido proceso. Lo que si se ha establecido son las circunstancias de cada caso en cuestión para poder determinar si ha habido o no violación de dicho principio.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que sí ha tenido es la oportunidad de analizar el principio del plazo razonable, el cual lo podemos deducir de los artículos 7.5, y 8.1[7] de la Convención Americana.

Para el Tribunal Interamericano, en el caso Suarez Rosero, sentencia del 12 de noviembre de 1997, este principio tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que esta se decida prontamente.[8]

7 Artículo 7.5: "Toda persona detenida o retenida debe de ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio que continúe el proceso". Por su parte el artículo 8.1, establece: "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

8 Corte IDH. Caso Suarez Rosero. Sentencia del 12 de noviembre de 1997.

De igual manera en el caso Heliodoro Portugal la Corte señaló que la razonabilidad de dicho retraso se debe de analizar de conformidad con "el plazo razonable", al que se refiere el artículo 8.1 de la Convención, el cual se debe de apreciar en relación con la duración total del procedimiento que se desarrolla hasta que se dicta sentencia definitiva. Asimismo el Tribunal señalo que el derecho de acceso a la justicia implica que la solución de la controversia se produzca en tiempo razonable, ya que una demora prolongada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales.

La Corte considera que el artículo 8.1 de la Convención establece que toda persona tiene derecho de ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Por su parte La Corte Europea en varios de sus fallos[9] de los cuales la Corte Interamericana ha seguido varios parámetros fundamentales para determinar, si en su caso concreto, ha habido retardo injustificado o no. De acuerdo con el Tribunal Interamericano, se deben de tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso:

1. *La complejidad del caso.*
2. *La actividad procesal del interesado y*
3. *La conducta de las autoridades judiciales.* [10]

9 Ver entre otros, Eur. Court HR., Motta judgment de 19 of february 1991, Ruiz Mateos vs. Spain judgment of 23 june 1993.

10 Corte IDH, caso Genie Lacayo. Op. Cit. Párr. 77.

Conveniente aclarar que en la Convención Americana de Derechos Humanos se diseñó el debido proceso sustantivo, aunque en las sentencias la Corte Interamericana no utilice dicho término, sino el debido proceso legal.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos concibe el debido proceso legal como el derecho de defensa procesal, en la sentencia del 29 de enero de 1997, en el caso GENIE LACAYO, expresa que el artículo 8 de la Convención que se refiere a las garantías judiciales, consagra los lineamientos del llamado *debido proceso legal*, o *derecho de defensa procesal* que consiste en el derecho de toda persona en ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente, e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otra cualquiera.

Por su parte la Convención Europea de Derechos Humanos dispone al respecto:

"Art.6 CEDH. Derecho a un proceso equitativo 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial…"

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del 24 de enero de 1998 en el caso BLAKE VS GUATEMALA, considera que el debido proceso legal debe de interpretarse de manera amplia, al sostener que este Tribunal considera que el artículo 8.1 de la Convención debe de interpretarse de manera amplia de modo que dicha interpretación se apoye tanto en el texto literal de esa norma como de su espíritu, y debe de ser apreciado de acuerdo con el artículo 29 inciso

c) de la Convención según el cual ninguna disposición de la misma puede interpretarse con exclusión de otros derechos y garantías inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno. Así interpretado el mencionado artículo 8.1 de la Convención comprende también el derecho de los familiares de la víctima a las garantías judiciales por cuanto todo acto de desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley y le causa graves sufrimientos, lo mismo que a su familia. (Declaración de Naciones Unidas sobre la protección de todas las personas contras las desapariciones forzadas artículo 1.2)

En cuanto al carácter progresivo y evolutivo del debido proceso legal en la Opinión Consultiva 16 del 1 de octubre de 1999, dice la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Que en opinión de esta Corte para que exista *debido proceso legal* es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto es un recordar que el proceso es un medio para asegurar en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidas bajo el concepto de debido proceso legal. 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. Son ejemplo de este carácter evolutivo del proceso los derechos a no auto incriminarse y a declarar en presencia de abogado, que hoy día figuran en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados. Es así como se ha establecido en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concep-

to, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional.

En el caso Ricardo Baena y otros vs Panamá, sentencia del 2 de febrero de 2001, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el párrafo 137 establece que el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos prevé las garantías mínimas del debido proceso legal al expresar que ¨¨¨ El Artículo 8.1 de la Convención consagra los lineamientos del *debido proceso legal*, que consiste en el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonables por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de sus derechos. El artículo 8.2 de la Convención establece, adicionalmente, las garantías mínimas que deben ser aseguradas por los Estados en función del debido proceso legal. Por su parte, el artículo 25 de la Convención ordena proporcionar un recurso sencillo y rápido para la protección de los derechos de las personas.

En el caso "Vélez Loor", la Corte IDH analizó un procedimiento administrativo que concluyó con un acto administrativo sancionatorio que privó de libertad al Sr. Vélez Loor, señalando que la víctima no fue oída ni pudo ejercer su derecho de defensa, de audiencia ni del contradictorio, por lo que la decisión fue tomada por la instancia administrativa sin que aquel pudiera ejercer dichos derechos. En tal sentido, la Corte consideró que se violó el derecho a ser oído reconocido en el artículo 8.1 y el derecho de defensa establecido en el artículo 8.2.d y 8.2.e de la Convención.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos concibe también el debido proceso justo cuando expresa en la sentencia del 6 de febrero del 2001, en el caso IVCHER BROSTEIN VS PERU, que los jueces *tienen el de-*

ber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecido en el artículo 8 de la Convención Americana.

En la sentencia del 2 de febrero de 2001, en el caso RICARDO BAENA Y OTROS VS PANAMA, la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La justicia, realizada a través del debido proceso legal, como verdadero valor jurídicamente protegido, se debe garantizar en todo proceso disciplinario, y los Estados no pueden sustraerse de esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del artículo 8 de la Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales. Permitirle a los Estados dicha interpretación equivaldría a dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho de toda persona a un debido proceso.

Por lo que podemos decir que el alcance de la garantía del debido proceso legal, que la misma resulta exigible a "todos" los órganos del Estado, y en el ejercicio de "todas y cada una" de sus funciones, en tanto constituye un requisito ineludible para otorgar validez a los procesos de toma de decisiones públicas. Como vemos, entonces el debido proceso no encuentra excepciones ratione materia, sino que siempre estará presente. Ahora bien, cabe preguntarse si podría tenerlas ratione persona (extranjeros indocumentados, personas jurídicas, etc.). La respuesta, como es de esperar, es negativa, ya que el derecho a obtener una decisión justa no podría verse desplazado por las personas que intervienen en el debate; su fundamento es que alcanza a todo individuo sin distinción, ya sean ciudadanos o extranjeros, documentados o indocumentados, pues ningún documento o nacionalidad *priva a la persona de su dignidad humana* sobre la cual se asienta todo el Derecho moderno. En esta línea se inscribe la Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, donde la Corte IDH sos-

tuvo que la intangibilidad del debido proceso se aplica sin discriminación alguna a todas las personas, y a todos los procesos, ya sean procesos clásicos como así también, los colectivos.

5. La aplicación de las reglas del debido proceso a todo procedimiento disciplinario o de expulsión de extranjeros

Un aspecto importante de analizar en este apartado lo es sobre la interpretación del artículo 8 de la Convención, en el sentido de su aplicación siendo que su ámbito de protección no se limita estrictamente al judicial sino que el valor protegido por dicho precepto es la justicia que se realiza a través del debido proceso legal. Siendo que en este sentido, el debido proceso debe de ser garantizado en todo proceso disciplinario y los Estados no pueden sustraerse a esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del artículo 8 de la Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales. Permitirle a los Estados tal interpretación equivaldría a dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho a toda persona al debido proceso.[11]

El ejercicio del poder sancionatorio del Estado, el cual se puede desplegar en diversas materias requiere para ser lícito y acorde con los derechos humanos que las autoridades actúen acorde con el orden jurídico y, además, que se concedan las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentren sujetas a su jurisdicción, cualquiera que sea la materia

11 Caso Baena Ricardo y otros. Sentencia de fondo, 2 de febrero del 2001, párrafo 129.

de que se trate.[12] Este es el caso de trabajadores al servicio del Estado que fueron despedidos sin mediar la debida observancia al debido proceso,[13] o el de extranjeros que fueron expulsados del país.

Esto significa que, no obstante que el artículo 8 de la Convención Americana se titula "Garantías Judiciales", su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, "sino al conjunto de requisitos que deben de observarse en las instancias procesales" a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe de respetar el debido proceso legal.[14]

Atendiendo a lo anterior, la Corte estima que tanto los órganos jurisdiccionales como los de otro carácter que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, tienen el deber de adoptar las decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecido en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.[15]

12 Cfr. Caso del Tribunal Constitucional Sentencia de Fondo, 31 de enero 2001, párrafos 68 a 70.

13 Cfr. Caso del Tribunal Constitucional, Sentencia de Fondo, 31 de enero 2001, párrafo 134.

14 Cfr. CIDH. Informe No. 49/99, caso 11.610, Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz, México, 13 de abril de 1999.

15 Caso: Brostein Ivcher vs Perú, Sentencia de Fondo 6 de febrero 2001, párrafo 104.

6. La aplicación del debido proceso al ámbito administrativo

Desde otro ángulo en cualquier otra materia sea laboral y administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto a los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, además, esta no pueda invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso.[16]

7. La protección de los sujetos y la materia del proceso

Y es que la Corte ha extendido el concepto del debido proceso a otros aspectos, como lo es por ejemplo, a efecto de garantizar este derecho, el Estado debe de facilitar todos los medios necesarios para proteger a los operadores de justicia, investigadores, testigos y familiares de las víctimas de hostigamientos y amenazas que tengan como finalidad entorpecer el proceso y evitar el esclarecimiento de los hechos y encubrir a los responsables de los mismos.[17]

16 Cfr. Caso Ricardo Baena y otros. Sentencia de fondo, 2 de febrero 2001.

17 Cfr. Caso Myrna Mack Chang, sentencia de 25 de noviembre de 2000, párrafo 199.

8. La valoración de la prueba como requisito del debido proceso

El deber de un Estado que investiga de manera efectiva y adecuada si los jueces contravienen los principios de valoración de la prueba, de acuerdo con los cuales las evidencias deben ser apreciadas en su integralidad, es decir, teniendo en cuenta sus relaciones mutuas y la forma como se prestan soporte unas a otras o dejan de hacerlo. Dicha contravención equivale a una violación al artículo 8 de la Convención en relación al artículo 1.1 de la misma.[18]

9. La determinación del plazo razonable como regla del debido proceso

En el caso Genie Lacayo, la Corte tuvo la oportunidad de establecer los parámetros para considerar que un plazo es razonable, según lo exige el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, como una de las reglas del debido proceso legal, o derecho de defensa procesal. En dicha oportunidad la Corte se auxilió de algunos criterios de la Corte Europea de Derechos Humanos en el sentido de que para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso había que considerar: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales.[19]

En uno de los casos más recientes, la Corte ha establecido el criterio de que un periodo de cinco años

18 Cfr. Caso de los "Niños de la Calle" Villagrán Morales y otros. Sentencia de fondo, 19 de noviembre de 1999. Párrafo 233.

19 Cfr. Caso Genie Lacayo, Sentencia de fondo, 29 de enero de 1997, párrafos 74 y 77.

transcurrido desde la apertura del proceso rebasa los límites de la razonabilidad.[20]

En otro caso, la Corte ha afirmado que es violatorio de los artículos 7,5 y 8.1 que una persona dure retenida más del tiempo de la pena máxima prevista para el delito que se le imputa. En este sentido, el transcurso de cuatro años y dos meses entre la detención de una persona y la sentencia sobre apelación final transgrede el plazo razonable en que debe ser detenido.[21]

10. Las etapas que integran el proceso

Otro aspecto vinculado con el plazo razonable es determinar cuándo se puede considerar un proceso como terminado. Al respecto la Corte ha determinado que el proceso termina cuándo se ha dictado sentencia definitiva (la que pone fin al proceso) y firme (la que no admite impugnación ulterior alguna en el asunto, con lo cual se agota la jurisdicción, sin embargo en materia penal el plazo de duración del proceso debe comprender también los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse (por ejemplo la revisión en algunos países o el reconocimiento de inocencia del inculpado en otros). En estos casos, el proceso es considerado no solo la primera instancia sino las subsecuentes que llegaren a integrar.[22]

20 Cfr. Caso Las Palmeras, Sentencia de Fondo, 6 de diciembre de 2001.

21 Cfr. Caso Suárez Rosero. Sentencia de Fondo, 12 de noviembre de 1997, párrafos 73 y 74.

22 Cfr. Caso de los Niños de la Calle. (Villagrán Morales y otros) Sentencia de Fondo. 19 de noviembre de 1999.

11. Los requisitos de competencia, independencia e imparcialidad en los órganos formal y materialmente jurisdiccionales

La Corte de San José, ha señalado que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un "juez o tribunal competente" para la determinación de sus derechos, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sin importar, si es legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas.

De ahí que se considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos que los plantea el artículo 8 de la Convención Americana.[23]

En este sentido el artículo 8.1 de la Convención Americana es igualmente aplicable a las situaciones en que alguna autoridad pública, no judicial, dicte resoluciones que afecten la determinación de tales derechos.[24]

12. La independencia

La independencia es un requisito más que integran las garantías judiciales y hacen posible un debido proceso. Al respecto la Corte ha señalado que existe independencia solo si existe división de poderes públicos.

23 Cfr. Caso Tribunal Constitucional, Sentencia de Fondo, 31 de enero de 2001, párrafo 71.

24 Caso Ivcher Bronstein, Sentencia de Fondo, 6 de febrero de 2001, párrafo 105.

Que debe ser garantizada por todos los jueces, pero en especial los constitucionales en razón de los asuntos sometidos a su conocimiento. Retomando algunos criterios de la Corte Europea, la Corte IDH, ha señalado que la independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento, con una duración establecida en el cargo y con una garantía contra presiones externas.[25]

La Comisión ha señalado que el principio de inamovilidad de los jueces se basa en la propia naturaleza especial de la función de los tribunales y garantiza la independencia de los jueces frente a las demás ramas del gobierno y ante los cambios político-electorales.[26] Los jueces, al igual que todo funcionario, no pueden ser destituidos sin las observaciones del debido proceso.

13. El derecho al juez natural

La Corte al respecto ha dicho que la independencia de la judicatura implica el derecho de toda persona a ser juzgada por los tribunales de justicia ordinarios con arreglos a procedimientos legalmente establecidos; resulta violatorio de dicha garantía judicial que el Estado traslade a conocimiento de tribunales militares asuntos que debe de conocer la justicia ordinaria, de ser así se estaría haciendo nugatorio el derecho al juez natural, siendo afectados el debido proceso y el acceso a la justicia al cual se encuentra vinculado.[27]

25 Cfr. Caso del Tribunal Constitucional, Sentencia de Fondo, 31 de enero de 2001, párrafos 73 y 75.

26 CIDH. Informe No. 30/97, Caso 10.087, Gustavo Carranza, Argentina, 30 de setiembre de 1997, p. 41.

27 Cfr. Castillo Petruzzi y otros. Sentencia de Fondo, 30 de mayo de 1999, páginas: 128-129.

Y es que la Corte en relación a la jurisdicción militar con el debido proceso, ha dicho debe de ser excepcional y restrictiva, esto es desplegarse solo en casos estrictamente relacionados con el ámbito castrense, ya que de otra forma se contraviene el principio del juez natural que forma parte del debido proceso y el derecho a la justicia, establecido en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana.[28]

14. Prohibición de tribunales ex post facto

Los requisitos de competencia, imparcialidad e independencia requeridos por el artículo 8.1 de la Convención, no se satisfacen si el Estado procede a la creación de salas y de juzgados, así como la designación de jueces que los integren, en el momento de estar en un asunto *sub iudice*, lo cual implica que no fueron tribunales establecidos con anterioridad por la ley, tal como lo dispone el artículo 8.1 de la Convención.[29]

15. El debido proceso en los casos de pena de muerte

Otro precepto que hace alusión al debido proceso es el que se refiere el artículo 4 que consagra el derecho a la vida y que prohíbe la privación arbitraria de ésta, esto sin que se hubiere seguido el debido proceso, y además, siempre que se trate de los delitos más graves, únicos que podrían admitir la pena de muerte. Dicha pena solo podrá imponerse, además, en cumplimiento de una sentencia ejecutoriada de tribunal competente

28 Cfr. Caso de los 19 Comerciantes, Sentencia del 5 de julio de 2004. Párrafos 173 y 174.

29 Cfr. Caso Ivcher Brostein, Sentencia de fondo, 6 de febrero de 2001, párrafos 114 y 115.

y de conformidad con una ley que la establezca, dictada con anterioridad a la comisión del delito y solo para aquellos que la contempla expresamente al momento de ser ratificada la Convención Americana.

Entre las conductas o personas a las que no está permitido aplicar están los casos por delitos políticos, y los conexos con los políticos: así mismo, tampoco deberá de aplicársele cuando se trate de personas que al momento de la comisión del delito tuvieren menos de 18 años de edad, o más de setenta, ni se les aplicara a las mujeres en estado de gravidez.

La transgresión a los parámetros señalados en el artículo 4 de la Convención, de ser consumada, implicaría no solo la violación del derecho a la vida sino también del debido proceso por no haberse seguido las formas y los requisitos en aquellos casos en que admiten la posible aplicación a dicha pena.

16. El debido proceso como requisito para la imposición de trabajos forzosos

Un conjunto de preceptos que involucren la observancia del debido proceso está constituido, en primer término, por el artículo 6.2 que prohíbe la esclavitud y la servidumbre, el cual remite a la intervención de un tribunal competente como la única vía legitima para la imposición de trabajos forzosos que acompañen a una pena privativa de libertad. Del párrafo 3.a de dicho precepto se deriva, además, que solo mediante sentencia o resolución formal dictada por autoridad judicial competente pueden imponerse trabajos o servicios en cumplimiento de tales resoluciones; tales actividades no serán consideradas como trabajos forzosos.

17. Conclusiones

Podemos concluir diciendo, que el Debido Proceso como Derecho Humano es una garantía de la que debemos de gozar todas las personas, garantía que consiste como lo dice el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos a ser oído ante la posibilidad de cualquier acusación penal formulada, así como también garantizar que el órgano que conozca de un proceso legal sea el idóneo para resolver cualquier disputa de carácter sea esta penal, civil, laboral o en general.

Se dé acceso a la justicia en una forma amplia, tal como lo prescribe el Artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, sin tener que circunscribirnos a un proceso determinado, sea que podamos disfrutar de los derechos que menciona dicho artículo en forma amplia, que podamos ser oídos ante u proceso judicial, que sea el órgano jurisdiccional competente el que conozca la denuncia, lleve a cabo el proceso y dicte una sentencia acorde al derecho.

Que en un proceso legal en contra de determinada persona se tenga la certeza de gozar de un plazo razonable para resolver la causa y de un juez natural e imparcial que me garantice una sentencia ajustada a derecho.

Importante destacar que cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos se refiere al proceso legal, no se está refiriendo a un proceso en específico sino uno de carácter general.

Y que los Estados como encargados de velar por el respeto de los derechos humanos, deben de realizar todas las acciones necesarias que garanticen al ciudadano independientemente de su nacionalidad, el derecho a gozar de una justicia pronta y cumplida, que le garantice una sentencia justa, dictada por un juez jurisdiccional.

Bibliografía

Garro Vargas. Anamari. El derecho a la protección judicial. Análisis jurisprudencial del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Edita. Tirant lo Blanch. México, 2016.

Ventura Robles, Manuel Enrique. 1948. Estudios sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos/ tomo II. Cortes Interamericana de Derechos Humanos. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José Costa Rica. 2011.

Rodríguez Rescia. Victor Manuel. Curso de Derechos Humanos/ Victor Manuel Rescia Rodríguez –1° edición – San José Costa Rica / IJSA, agosto del 2016.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ivcher Brostein, Sentencia de fondo, 6 de febrero de 2001, párrafos 114 y 115.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. CIDH. Informe No. 30/97, Caso 10.087, Gustavo Carranza, Argentina, 30 de setiembre de 1997, p. 41.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cfr. Castillo Petruzzi y otros. Sentencia de Fondo, 30 de mayo de 1999, páginas: 128-129.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cfr. Caso de los 19 Comerciantes, Sentencia del 5 de julio de 2004. Párrafos 173 y 174.

Petit Guerra. Luis Alberto. Estudios sobre el Debido Proceso. Una visión global: Argumentaciones como derecho fundamental y humano. Ediciones Paredes II, C.A. 2011. Caracas Venezuela.

Piza Escalante, Rodolfo E, Principios Constitucionales/ Rodolfo E Piza Escalante, Rodolfo E. Piza Rocafort, Román A Navarro Fallas 1° ed.- San José, C.R. : IJSA, junio 2008.

Proceso penal y Constitución

Claudio Aníbal Medrano Mejía[1]

La relación entre proceso penal y constitución no se puede establecer adecuadamente sin plantearnos la cuestión de saber cuál es el tipo de Constitución que se tiene y cuál es modelo procesal por el que se ha optado. No pretendo un enfoque total de los sistemas penales ni del orden constitucional de todos nuestros países, aunque inevitablemente tengamos en cuenta los elementos comunes, nuestro punto de partida y de llegada es el sistema de justicia constitucional de mi país, República Dominicana, y el tipo de proceso del ordenamiento jurídico nacional, sin olvidar su inserción en el sistema interamericano.

Los dominicanos contamos con una Constitución normativa, una Constitución abierta (Lucas Verdú, Díaz Revorio, Peter Häberle) que no se agota en las páginas del documento formal que la contiene y que recepciona todo el derecho internacional de los derechos humanos aplicable entre los países del sistema interamericano. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo;

1 Juez de la República Dominicana. Presidente de la Cámara Penal de la Corte de Apelación de San Francisco de Macorís.

la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño. En fin, todos los instrumentos de esta naturaleza reconocidos por los poderes públicos de la nación. Y como dice la Convención Americana de Derechos Humanos y resulta del contenido de los artículos 6, 7, 8, 26, 38, 68 y 74 y su numeral 3 de Constitución dominicana, nos vinculan todos aquellos derechos y garantías inherentes al ser humano o que derivan de la forma democrática y representativa de gobierno y, los contenidos en cualesquiera otros actos internacionales de la misma naturaleza, como precisa el artículo 29 de la Convención Americana.

El proceso penal dominicano, es uno de naturaleza acusatoria de tipo adversativo, menos marcado por esta naturaleza adversarial que el norteamericano y, puede decirse, que en la genealogía de los códigos procesales penales del espacio regional de Latinoamérica, comparte con la generalidad de ellos, su origen en el Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica, con algunos matices particulares.

Eso nos ha permitido seguir con verdadero interés la práctica y la jurisprudencia comparada de los países de la región. Un abogado dominicano espera la última versión de la Colección de Javier Llovet en Costa Rica, de José Fernando Botero Bernal, en Colombia, con el mismo interés de sus colegas en sus propios países. Coleccionamos todos los códigos anotados de la región, porque, en fin de cuentas, partimos de los mismos principios y normas. Nada que decir del diálogo intercultural e interjurisprudencial en materia constitucio-

nal. Es aún más abundante y entusiasta. Han marcado el paso en América Latina tres órganos jurisdiccionales: la Corte Constitucional de Colombia, el Tribunal Constitucional peruano y, desde luego, la Sala Constitucional de Costa Rica.

El carácter normativo de la Constitución dominicana se consolida con la creación del Tribunal Constitucional. Teniendo al Tribunal Constitucional como órgano de cierre de los conflictos constitucionales, se sobredimensiona la tutela de los derechos fundamentales y la supremacía formal y material del derecho de la Constitución. Es indudable que con la atribución del valor de precedentes vinculantes a sus decisiones y, la elevación al rango constitucional de los principios y normas del debido proceso y de la tutela judicial efectiva desarrollados en el Código Procesal Penal, se ha conformado un sistema integral de protección de la Constitución tenida no solo como norma suprema por el constituyente, sino, además, como fundamento del orden jurídico del Estado.

Ya la gloriosa revolución inglesa al final de la primera mitad del siglo XVIII, al traspasar la soberanía del poder de manos del monarca al parlamento, siguió entendiendo como lo hizo la Corona, que la norma era el instrumento para el ejercicio legítimo del poder. El presupuesto básico del *rule of law*, involucraba la triple garantía del proceso legal, la universalidad de la justicia y la sujeción de los actos del poder a la decisión de los jueces.[2] Para Zippelius (1985), citado por Valadés (2004), el Estado de derecho se rige por dos principios básicos: el principio de proporcionalidad que exige una relación adecuada entre el daño y el beneficio que causan los actos estatales y, el principio de prohibición del

2 Ibídem.

exceso propugna por que no se afecten los intereses de nadie en una medida superior a la necesaria.[3]

La cuestión que plantea el tema propuesto *Proceso Penal y Constitución*, juega un papel de gran importancia en un encuentro de Justicia Constitucional, porque en ningún escenario como en el proceso penal, se pone de manifiesto con mayor intensidad eso que el maestro Pisa Escalante enseñó a llamar aquí como el derecho de la Constitución. Después de las reformas procesales operadas en el espacio regional de América Latina a partir del Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica, la relación del proceso penal con la Constitución se ha hecho inescindible. Aparte de que los bienes jurídicos que tutela el derecho penal material son, por lo general, bienes fundamentales amparados por la Constitución.

Esta relación del proceso con la Constitución, tiene que ver directamente con el control de las relaciones entre poderes, atribuido a los poderes jurisdiccionales como la salvaguarda de los derechos individuales y, tiene que ver también, con la forma en que los principios de un determinado sistema procesal penal, están en íntima relación con el tipo de ordenamiento político de cada país,[4] en cuya Constitución están hoy normalmente incluidos.[5]

Así, los conceptos claves del proceso penal: tutela judicial efectiva y debido proceso, han encontrado an-

3 Valadés (2004), obra sup. ind. Pp. 22 y 23. Ver también: Zippelius, Reinhold (1985). México. UNAM. P. 314.

4 Ubertis, Guilio (2017). Elementos de epistemología del Proceso Judicial. Primera edición. Madrid, España. Editorial Trotta. S. A. P. 41.

5 Ídem.

claje en las nuevas constituciones, en donde se expresan como parte esencial de la forma de Estado social y democrático de derecho que en ellas se proclama, y en las que sus propuestos se hallan enunciados, a menudo, con apariencia de exhaustividad.

En el sistema interamericano, la concepción monista del derecho, que es predominante, amplía el catálogo de derechos y garantías que contienen, adicionando al derecho interno el amplio repertorio que resulta de los instrumentos internacionales que nuestros Estados han ratificado. En este escenario, las normas son derrotables: prima el principio o norma más favorable al hombre y a su libertad. Como expresa Robert Alexy, la ciencia del derecho, tal como se cultiva en la actualidad, es ante todo, una disciplina práctica porque la cuestión central es ¿Qué es lo debido en los casos reales o imaginarios?[6]

De este modo, en el sistema jurídico dominicano, en los posibles conflictos del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno, ha de triunfar la norma más favorable al titular del derecho.[7]

Antes del proceso de internalización de los principios y normas del derecho internacional de los derechos humanos, el derecho constitucional procesal, si aceptamos llamarlo así, fue el gran ausente en los textos constitu-

6 Alexy, Robert (2014). Teoría de los Derechos Fundamentales. Trad. Bernal Pulido. Madrid, España. 2da. edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. P. 16.

7 Cfr.: Rep. Dom. Constitución de 2015. Art. 74.4: 4) *Los poderes públicos interpretan y aplican las normas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución*.

cionales. Como lo ilustra el caso dominicano, en ninguna de las numerosas reformas constitucionales que antecedieron a la Constitución de 2015, se contemplaban con tanto nivel de detalle principios y garantías destinados al proceso penal, al menos con la manifiesta y clara intención con que ahora se las ha incluido.

Desde antes de la ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos,[8] ya se advertía en la Constitución dominicana algunos escasos e inconexos principios como las garantías de inviolabilidad de la vida, del domicilio y de la correspondencia, la garantía de la libertad individual y, el principio de legalidad que hoy contiene el apartado 15 del artículo 40, al expresar que a nadie se le puede obligar a hacer lo que la ley no manda ni impedírsele lo que la ley no prohíbe (Arts. 16, 19 y 27 CD de 1844, 6 CD de 1963 y 8 CD. 1966). Sin embargo, el artículo 64 de la Constitución de 1963 (8.2, letra j de la Constitución de 1966), ya prescribía que nadie podrá ser juzgado sin haber sido oído o debidamente citado ni sin observancia de los procedimientos previstos por la ley para asegurar una justicia imparcial, la igualdad de las partes y el ejercicio del dere-

8 Convención ADDH; Pacto de San José (1977). Fue adoptada por los Estados americanos en fecha 22 de noviembre de 1969 y, debidamente aprobada por el Congreso Nacional de la República Dominicana, mediante Resolución No. 739 de fecha 25 de Diciembre de 1977 y publicada en la Gaceta Oficial No. 9460 del 11 de Febrero de 1978. Cfr.: Constitución vigente: *Artículo 26.- Relaciones internacionales y derecho internacional. La República Dominicana es un Estado miembro de la comunidad internacional, abierto a la cooperación y apegado a las normas del derecho internacional, en consecuencia: 1) Reconoce y aplica las normas del derecho internacional, general y americano, en la medida en que sus poderes públicos las hayan adoptado; 2) Las normas vigentes de convenios internacionales ratificados regirán en el ámbito interno, una vez publicados de manera oficial*;

cho de defensa , consagraba la publicidad de los juicios y, prohibía el doble enjuiciamiento (Art. 65). Este fue un punto de partida para el reconocimiento y exigibilidad de la garantía jurisdiccional del debido proceso de ley. Así lo reconoció en su momento la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana.

El establecimiento de las reformas procesales penales con su carga de principios y reglas de carácter democrático, no ha sido pacífica en ninguna parte. Al menos en todas partes se ha generado lo que *Binder* ha denominado la *guerra de prácticas* y una larga y persistente resistencia de los sectores menos liberales, influenciados por los posturas populistas de algunos ámbitos de opinión.

La buena noticia es que lejos de retroceder y dar la victoria a los esfuerzos de contrarreforma, estas constantes penales hoy se han incorporado al texto de la Constitución, expandiendo su marco de garantías y, como diría Ferrajoli (Jurisdicción y Democracia, INECIP), así se sustraen como los derechos que tutelan, a los caprichos temporales del poder político. Hoy constituyen un núcleo duro e inderogable principios penales y procesales penales presentes en todos los ordenamientos nacionales de las democracias contemporáneas. En muchos otros países, solo se hallaban en los códigos; no tenían rango constitucional. Así ocurría en los primeros Códigos Penales franceses de finales del siglo XVIII e inicios del XIX; los de 1791 y 1810.

Las garantías que integran el debido proceso y crean la posibilidad de asegurar la tutela judicial efectiva, permiten identificar desde una concepción multidimensional de los derechos, su dimensión procesal. Así podemos decir con Herber Hart, que *los derechos fundamentales no valen sino lo que valen sus garantías*.

Superados hoy los totalitarismos reinantes durante la gran parte del siglo pasado en la región; las constituciones que no pasaban de ser meros instrumentos de gobierno; documentos descriptivos con una eficacia reducida a la parte orgánica, hoy se han convertido en constituciones normativas. A la dimensión de los derechos y de sus garantías que, de ordinario, no se les reconocía fuerza jurídica vinculante, se les asegura el carácter de verdaderas normas de naturaleza suprema y de aplicación directa e inmediata, a las que se hallan sometidos, al menos en su configuración formal, todos los poderes públicos, con la suerte de tener los mecanismos normativos y estructurales para garantizar jurisdiccionalmente su eficacia.[9]

Pero, la existencia de estos mecanismos a menudo tan solo sirve como elemento de contraste para percibir la ilegalidad del poder denunciada por Ferrajoli (2001), manifiesta en forma de crisis constitucional, por la progresiva degradación de las reglas de juego institucional y la burla del conjunto de límites y vínculos que las mismas imponen a los poderes públicos. Vivimos en unos países en los que se viola impunemente la legalidad del poder.[10] En la República Dominicana, cuya Constitución garantiza la independencia administrativa, funcional y presupuestaria del Poder Judicial, el ejecutivo decide con el aval del Congreso, cada año,

9 Cfr.: Rep. Dom. Constitución de 2015; arts. 6, 184 y 188. Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales. *Artículo 6.- Supremacía de la Constitución. Todas las personas y los órganos que ejercen potestades públicas están sujetos a la Constitución, norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico del Estado. Son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a esta Constitución*.

10 Derechos y garantías. La ley del más débil (2001). Madrid, España. 2da. edición. Editorial Trotta. Pp. 15 y ss.

cual es el presupuesto que se entrega a este otro Poder y, muy a pesar de que la ley le acuerda un 2.66% del Presupuesto General del Estado, las partidas asignadas nunca han alcanzado más del 1.69%.

En muchos de nuestros países los presidentes están siendo perseguidos judicialmente por delitos contra la Constitución y, esta judicialización de la política explica la creciente resistencia del poder político a tener un árbitro independiente.

Ya la primera Constitución dominicana de 1844, siguiendo a la Constitución de EE. UU. establecía en su artículo 35 que: *No podrá hacerse ninguna ley contraria ni á la letra ni al espíritu de la Constitución; que: en caso de duda, el texto de la Constitución debe siempre prevalecer*. Desde 1908, el constituyente dominicano ha considerado nula toda ley decreto resolución o acto contario a la Constitución, lo que junto al diseño de la justicia constitucional que involucra a un órgano especializado y la justicia ordinaria, afirma su carácter normativo y su naturaleza de norma suprema, como afirma De Otto.[11]

El nexo entre el proceso penal y Constitución, está muy vinculado a la parte dogmática; a su catálogo de derechos y, al sistema de garantías que ha instituido el constituyente para asegurar su vigencia y eficacia. El constituyente dominicano del año 2010, no quiso dejar dudas hoy sobre la naturaleza vinculante de los derechos fundamentales que la Constitución protege ni sobre la obligación de los poderes públicos de asegurar su eficacia a través de los mecanismos instituidos

11 De Otto, Ignacio (1999). Derecho Constitucional. Barcelona, España. Editorial Ariel, S.A., 2da. Edición, séptima reimpresión. Pp. 14 y ss.

por la Ley.[12] Esos mecanismos no son solo los procedimientos constitucionales sino el marco de principios que diversos autores latinoamericanos han denominado principios y reglas de derecho constitucional procesal. Son principios destinados a imperar sobre todo procedimiento no solo judicial sino, incluso, administrativo.

Todo el Capítulo II del Título II de la Constitución está dedicado a las garantías de los derechos fundamentales. Según la parte primera del artículo 68:

> *La Constitución garantiza la efectividad de los derechos fundamentales, a través de los mecanismos de tutela y protección, que ofrecen a la persona la posibilidad de obtener la satisfacción de sus derechos, frente a los sujetos obligados o deudores de los mismos. Los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, los cuales deben garantizar su efectividad en los términos establecidos por la presente Constitución y por la ley.*

La Ley orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales desarrolla ese precepto relativo a la vinculatoriedad de los derechos fundamentales, consagrando entre los principios rectores de la justicia constitucional en su artículo 7.4, un principio de efectividad de los derechos, que prescribe como un deber de "todo juez o tribunal", el de garantizar la efectiva aplicación de las normas constitucionales y de

12 Art. 68 CD de 2010. *Artículo 68.- Garantías de los derechos fundamentales. La Constitución garantiza la efectividad de los derechos fundamentales, a través de los mecanismos de tutela y protección, que ofrecen a la persona la posibilidad de obtener la satisfacción de sus derechos, frente a los sujetos obligados o deudores de los mismos. Los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, los cuales deben garantizar su efectividad en los términos establecidos por la presente Constitución y por la ley.*

los derechos fundamentales frente a los sujetos obligados o deudores de los mismos, respetando las garantías mínimas del debido proceso. Más aún, les exige como una obligación imperativa, *utilizar los medios más idóneos y adecuados a las necesidades concretas de protección frente a cada cuestión planteada, pudiendo conceder una tutela judicial diferenciada cuando lo amerite el caso en razón de sus peculiaridades*.

Ese poder oficioso no está dado solo para el juez del Tribunal Constitucional ni para este órgano en exclusiva. Lo dice de todo juez o tribunal, porque en la República Dominicana como en Perú,[13] Venezuela,[14] Bolivia[15] y Ecuador,[16] el juez de la justicia ordinaria, con ciertos matices en cada uno, participa de la administración de justicia constitucional; forma parte de ella.[17] Igual, el

13 Constitución Política de 1993. De acuerdo al artículo 202 de la Constitución, el Tribunal es competente para realizar el control abstracto de las leyes, para resolver el conflicto de competencias entre distintos órganos, así como la última instancia para conocer las resoluciones denegatorias de hábeas corpus y las acciones de garantía previstas en la Constitución.

14 Rep. Bolivariana de Venezuela. Constitución de 1999. art. 336.10.

15 Bolivia, Constitución Política de 2009. Cfr.: Arts. 128 a 135 y 202.6.

16 Constitución Política de 2008. Arts. 86 al 94, 428, 429 y 436.6. Esta Constitución en esencia garantista, crea una serie de acciones jurisdiccionales para la protección de los derechos humanos, como son: la Acción de Protección, la Acción de Hábeas Corpus, la Acción de Hábeas Data, la Acción por Incumplimiento, la Acción de Acceso a la Información Pública y la Acción Extraordinaria de Protección.

17 Rep. Dom. Art. 5. Según este texto de ley: *Articulo 5.-Justicia Constitucional. La justicia constitucional es la potestad del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial de pronunciarse en materia constitucional en los asuntos de su competencia. Se realiza mediante procesos*

Código Procesal Penal, también le exige al juez de la justicia ordinaria garantizar en sus decisiones la supremacía de la Constitución, de los tratados internacionales y de las interpretaciones que de ellos hagan los órganos jurisdiccionales que estos crean.[18] Así lo consagra también el proyecto de Código Penal que cursa en el Congreso de la República.

Como se ve, el sistema de fuentes en el derecho dominicano, por voluntad manifiesta del legislador, envuelve no solo a las normas de origen interno sino también a las normas de origen internacional.[19] La Constitución contiene una regla de recepción general del derecho internacional (Arts. 26 y 74); les confiere rango constitucional y aplicación directa e inmediata (Art. 74

y procedimientos jurisdiccionales que tienen como objetivo sancionar las infracciones constitucionales para garantizar la supremacía, integridad, eficacia y defensa del orden constitucional, su adecuada interpretación y la protección efectiva de los derechos fundamentales.

18 Rep. Dom. Cfr.: Ley Núm. 76-02, del 19 de julio de 2002, que establece el Código Procesal Penal de la República Dominicana. G. O. No. 10791 del 10 de febrero de 2002. Art.- 1.

19 En su Resolución Núm. 1920, dada por el Pleno, el 13 de noviembre de 2003, la Suprema Corte de Justicia reconoce la existencia de un bloque de constitucionalidad al que está sometida, en sus palabras, *la validez formal y material de toda disposición normativa y secundaria*. Según consta en los fundamentos de la citada resolución, ese bloque de constitucionalidad incluye las decisiones de la Corte IDH. Está formado por normas de diferentes fuentes, que encierra: *a) la nacional, formada por la Constitución y la jurisprudencia constitucional local tanto la dictada, mediante el control difuso como por el concentrado, y b) la internacional, compuesta por los pactos y convenciones internacionales, las opiniones consultivas y las decisiones emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; fuentes normativas que en su conjunto, conforme a la mejor doctrina, integran lo que se ha denominado, el bloque de constitucionalidad, al cual está sujeta la validez formal y material de toda legislación adjetiva o secundaria.*

numerales 1 y 3). El TC ha declarado inconstitucional el instrumento de ratificación de la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH.[20] Sin embargo, del contenido de esa misma sentencia y de diversos instrumentos normativos de derecho interno, resulta que las decisiones de ésta siguen siendo fuentes vinculantes para el Estado.

También el Código Procesal Penal autoriza a los jueces de apelación para apartarse de los puntos de la decisión que han sido impugnados por vía de este recurso; les atribuye competencia para revisar en ocasión de cualquier recurso, las cuestiones de índole constitucional, aun cuando no hayan sido impugnadas por quien presentó el recurso (CPPD. Art. 400 modificado por el artículo 93 de la Ley Núm. 1015, del 6 de febrero de 2015). Ese poder oficioso está presente en los procedimientos constitucionales que organiza la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, permitiéndoles producir pruebas (Art. 85), celebrar medidas de instrucción, así como para recabar por si mismo los datos, informaciones y documentos que sirvan de prueba a los hechos u omisiones alegados, aunque debe garantizar que las pruebas obtenidas sean comunicadas a los litisconsortes para garantizar el contradictorio y para adoptar oficiosamente medidas precautorias destinadas a garantizar la tutela efectiva de los derechos fundamentales (Art. 86) .

20 Rep. Dom. Sentencia TC 0256-2013. SCJ Resolución 1920 del 13 de noviembre de 2003. Arts. 26 y 74 y sus numerales 3 y 4 de la Constitución y, art. 1 del Código Procesal Penal y 7.13 de la Ley Núm. 137-2011; Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales.

Pero, a diferencia de lo que ocurre con el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica[21] y de otros códigos procesales penales de la región, al juez dominicano no le está permito en los procesos ordinarios, ante todo en materia penal, ordenar oficiosamente la producción de pruebas para mejor proveer. Solo puede admitir excepcionalmente pruebas nuevas a petición de parte, con el deber para estas de sentar previamente las bases acreditando la existencia de circunstancias sobrevenidas que requieran esclarecimiento (CPPd. Art. 330).

Los derechos fundamentales limitan materialmente y condicionan la validez de todo lo que puede ser ordenado por el legislador, lo que no debe dejar de ordenar y lo que no puede ser ordenado (Ferrajoli). El constituyente limita el poder del Estado para limitar derechos.[22] Para Muñoz Conde, la legitimidad del derecho penal, del *ius puniendi* estatal, proviene del modelo fijado en la Constitución y de los Pactos y Tratados internacionales reconocidos por la Constitución o conforme a ella.[23] Según este autor, la legitimación del derecho penal presenta un doble aspecto; el de la legitimación extrínseca proveniente del marco o del modelo establecido por el constituyente y por los tratados internacionales de derechos humanos y, el de la legitimación intrínseca del propio instrumento jurídico punitivo, que

21 *Art. 317. Nuevas pruebas. El tribunal podrá ordenar, aun de oficio, la recepción de nuevos medios de prueba, si en el curso del debate resultaren indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad.*

22 Rep. Dom. Constitución de 2015. Art. 74.2.- 2: "Sólo por ley, en los casos permitidos por esta Constitución, podrá regularse el ejercicio de los derechos y garantías fundamentales, respetando su contenido esencial y el principio de razonabilidad".

23 Muñoz Conde et al. Derecho Penal. Parte General. 5ta. edición revisada y puesta al día. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, España. 2002.

estaría representada por los principios concretos que limitan la actuación del poder penal estatal.

Pero, esa vinculación del derecho penal material con la Constitución ya podemos ver por lo que hemos desarrollado antes, que se manifiesta de igual manera en el ámbito del derecho procesal penal. Este derecho que determina la forma y los cauces para actuar el derecho penal, se desenvuelve en un escenario de continua tensión entre la búsqueda de realización del poder punitivo estatal y la efectividad de los derechos fundamentales y de sus garantías. Por eso el proceso penal se configura como una medida extrema de política criminal en el Código Procesal. Y todo lo que implica injerencia estatal sobre los derechos y libertades; las medidas de cautelares o medidas de coerción como las trata el Código Procesal Penal dominicano, tienen carácter excepcional y su aplicación debe ser proporcional al peligro que tratan de resguardar (Art. 40.9 CD).

Por eso allá como aquí, y en todos los países que han reformado sus Códigos al amparo de los convenios internacionales y de las constituciones de la segunda postguerra, sólo pueden ser impuestas mediante resolución judicial motivada y escrita, por el tiempo absolutamente indispensable y a los fines de asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, evitar la destrucción de prueba relevante para la investigación y proteger a la víctima y los testigos del proceso. Estas resoluciones son, por regla de principio, reformables en cualquier estado del proceso.

Todo el marco de garantías se aglutinan en dos conceptos básicos: la Tutela Judicial efectiva y el debido proceso. Como ha escrito *Binder* en su libro sobre El incumplimiento de las formas procesales, en un Estado de derecho, el juzgamiento de una persona a resultas del cual puede perder su libertad, a veces por el resto

de la vida, está regulada por un conjunto de principios conformados históricamente y que tienen por finalidad proteger a los ciudadanos de las arbitrariedades cometidas a lo largo de la historia por ese poder de encarcelar a las personas que se le reconoce al Estado, por lo menos por ahora. Esos principios se consideran el núcleo esencial de un Estado de derecho, por eso han sido considerados en todos los pactos internacionales de derechos humanos. Pero esos principios no solo están reconocidos en el ordenamiento jurídico sino también garantizados jurisdiccionalmente.

Ha sido común hablar de debido proceso en el marco del derecho a la defensa en juicio y, con mayor rigor y precisión, se ha perfilado un debido proceso penal. Pero, lo cierto es que pese al esfuerzo de intentar unificar la teoría general del derecho procesal, el debido proceso se muestra renuente a conformarse con el piso dispuesto en los procedimientos penales y, busca consolidar un conjunto de principios y presupuestos que actualmente no están en los códigos adjetivos, pero que ha perfilado con singular identidad la jurisprudencia local, internacional y trasnacional.

A veces el debido proceso comporta la sujeción a determinados estándares o procedimientos, pero también hay otros contextos en los que el debido proceso se presenta como una exigencia de trato razonable.[24]

Al tratarse de un principio más que de un conjunto de reglas precisas, el debido proceso se convierte pronto en un estándar que se dirige no solo a los "jugadores" sino, fundamentalmente, al "árbitro", para utilizar el gráfico ejemplo de Genaro Carrió. Según el Tribunal Constitucional peruano, el debido proceso aborda un

24 Idem.

tema trasversal en el ejercicio de la función jurisdiccional; se presenta como el componente abarcador de derechos, principios y garantías institucionales que aporta elementos sustantivos a la corrección procedimental de la decisión del juez.

La Corte Suprema de los Estados Unidos, a partir del contenido de la 5ta. y 14ta. enmiendas ha desarrollado tres dimensiones debido proceso:

a) El debito procesal legal, adjetivo o formal, entendido como reserva de ley y conformidad con ella en la materia procesal;
b) El debido proceso constitucional o debido proceso a secas, como procedimiento justo, pero todavía adjetivo, formal o procesal y,
c) El debido proceso sustantivo, o principio de razonabilidad, entendido como la concordancia de todas las leyes o normas de cualquier categoría o contenido y de los actos de las autoridades públicas, con las normas, principios y valores del derecho de la Constitución. Es decir que desde su dimensión sustantiva, el debido proceso exige que tales actos, además de pasar las revisiones formales de competencia de quien los dicta y de observancia de los procedimientos debidos en su formación, deban superar una revisión de fondo, por su concordancia con las normas, principios y valores supremos de la Constitución, como son los de orden, paz, seguridad, justicia, libertad, Estado social y, otros que, como estos, se configuran como patrones de razonabilidad; que deben estar razonablemente fundados en correspondencia con la ideología constitucional.

El estudio de la jurisprudencia vinculada al debido proceso ha de partir entonces del examen del debido proceso como la tutela procesal efectiva comprende el

acceso, el desarrollo y la concreción de la justicia en los procesos jurisdiccionales.

Nuestra pertenencia a un orden jurídico internacional exige que al considerar la orientación del derecho interno, se haga en correspondencia con sistema jurídico que nos vincula a la comunidad internacional. La Corte IDH ha juzgado que los tratados de derechos humanos persiguen el establecimiento de un orden público común, cuyos destinatarios son los individuos; no es establecimiento de un equilibrio de intereses entre los Estados, los cuales se someten a un orden legal dentro del cual, ellos, por el bien común, asumen diversas obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.[25]

En el caso Velásquez Rodríguez contra Honduras (29 de julio de 1988) la Corte IDH. dejó establecido que: "Esta obligación implica el deber de los Estados Parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.... deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la convención y, procurar además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos". En la sentencia sobre "La ultima tentación de Cristo", invoca una norma universalmente aceptada con respaldo jurisprudencial y, afirma la obligación general de todo Estado parte en la Convención, de adecuar su derecho interno

25 Cfr.: Corte IDH. Opinión consultiva OC-1/81 del 24 de septiembre de 1981. Serie A No. 1. Párrafo 24 y, OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2. Párrafo 47.

a las obligaciones que derivan de esta, para garantizar los derechos en ella consagrados. Lo que implica en su criterio, que las medidas adoptadas en su protección deben ser efectivas; deben tener un efecto útil; el Estado debe adoptar medidas para que lo establecido en la Convención sea ser efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno.[26]

La Corte IDH se ha pronunciado en diferentes casos sobre los derechos, libertades y garantías específicas que consagra la Convención, como es el caso de la duración razonable de prisión preventiva para prevenir que pueda convertirse en pena anticipada y del derecho a la presunción de inocencia. Reconoce en el caso Suárez Rosero vs Ecuador, que la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva; que la libertad es la regla general y no la excepción; que en caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida; que sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos, como el principio de la presunción de inocencia, subyacente en todas las garantías del proceso.[27]

En el caso de la República Dominicana, su legislación interna parece responder en sentido general al marco de derechos, libertades y garantías que exigen los instrumentos internacionales en relación al diseño del pro-

26 Corte IDH. Caso, La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros contra chile). Sentencia del cinco de febrero de 2001. Serie C No. 73. Párrafo 77.

27 Corte I.D.H. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Sentencia de 12 de noviembre de 1997.

ceso penal. Sobre todo, cuando se parte de la Reforma Constitucional de 2010.

Antes que esta, por estar conectado al marco de garantías que derivan de los convenios internacionales y siguiendo la línea de principios del Código Procesal Penal modelo, la norma procesal dominicana consagra principios de índole constitucional que prohíben invocar en perjuicio de la persona imputada la inobservancia de una norma de garantía judicial establecida en su favor (Art. 1); que impiden que se la utilice en su contra, la propia declaración obtenida sin observancia de las garantías establecidas, aun cuando se haya infringido alguna regla con su consentimiento (Art. 110); que prohíben apreciar o valorar para fundar una decisión judicial, ni utilizar como presupuesto de ella, una prueba recogida con inobservancia de las formas y condiciones que impliquen violación de derechos y garantías del imputado, previstos en la Constitución de la República, los tratados internacionales y en el mismo código; ni siquiera pueden ser apreciadas aquellas pruebas que derivan directamente de ellas. Pero, permite valorar una prueba independiente que si se ha podido obtener otra información lícita que arroje el mismo resultado (Art. 167).

La Suprema Corte de Justicia dijo en una sentencia del 20 de agosto de 2012, que las pruebas documentales que no hayan sido aportadas en tiempo oportuno; que no hayan sido enviadas dentro de los presupuestos probatorios del auto de apertura a juicio, no pueden ser utilizadas para fundar una condena.[28] Desde luego, esto no excluye la posibilidad apreciar pruebas nuevas

28 Rep. Dom. Suprema Corte de Justicia. Sentencia Núm. 26, de 20 de agosto de 2012. B. J. Núm. 1221. P. 955.

incorporadas en el desarrollo del juicio a proposición de parte como ya se ha comentado.

El Código Procesal Penal, prohíbe valorar los actos cumplidos con inobservancia de las formas que impidan el ejercicio del derecho a la tutela judicial de la víctima o impidan el ejercicio de los deberes del ministerio público, salvo que el defecto haya sido convalidado.

Para Díaz Cantón (1999), la prohibición de valorar la prueba irregular significa sustraer del conocimiento de los jueces, no tanto el objeto de la prueba, lo cual solo sucede en la prohibición de temas de prueba o limitaciones absolutas, sino aquella información referida a ese objeto de prueba, obtenida mediante la actividad estatal defectuosa o irregular.[29]

Un examen del marco normativo abarcando los instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos (Art. 14), la Convención Americana de Derechos Humanos (Arts. 8) y los artículos 2, 4, 5, 6, 7, 8, 40, 68 y 69 y 74 de la Constitución dominicana, nos permite afirmar que el debido proceso, como derecho continente, puede ser estudiado desde sus diversas manifestaciones: desde el derecho de defensa, el derecho a la prueba, el derecho a la jurisdicción predeterminada por ley (juez natural), el derecho a un juez imparcial, el derecho a un proceso preestablecido por la ley, el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales y actos administrativos que afectan derechos, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a la pluralidad de instancia, el derecho

29 Díaz Cantón, Fernando (1999). Exclusión de la prueba obtenida por medios ilícitos. El principio de inocencia y la adquisición de la prueba. END del Puerto, Buenos Aires. P. 333.

de acceso a los recursos, el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable y, a la cosa juzgada.

Además de los derechos fundamentales comprendidos en el debido proceso, un estudio de este constructo, reclama el examen de los principios que lo conforman, como son el de legalidad, de proporcionalidad de la pena, de *ne bis in idem*, de congruencia, de favorabilidad, de publicidad de los procesos, de prohibición de analogía *in malam partem*, del carácter acusatorio del proceso y, de preclusión.

El análisis del debido proceso se completa con la revisión de las garantías judiciales que aseguran la observancia de los derechos y los principios, tales como la independencia judicial, la exclusividad de la función judicial, la inamovilidad de magistrados, la permanencia de los magistrados en el servicio, la igualdad de armas, la interdicción de la reforma peyorativa de la pena y la legítima defensa.

Concurren así en la configuración no exhaustiva del derecho al debido proceso, estos Continentes: a) El acceso a la justicia sin restricciones b) El derecho a tener jueces independientes e imparciales c) El derecho a tener abogado de confianza. d) El derecho a la prueba y a compartir entre todos la búsqueda de la verdad. e) El derecho a tener una sentencia motivada, y f) que a la garantía de que ella pueda ser ejecutada. g) El proceso debe sustanciarse y cumplir los mandatos en un plazo razonable, bajo apercibimiento de hacer responsables a Jueces, Tribunales y al Estado mismo, por las dilaciones injustificadas. Sus exigencias se hallan enunciadas como presupuestos mínimos en el artículo 69 de la Constitución dominicana.

En Costa Rica, las garantías procesales como el debido proceso y la tutela judicial efectiva se han configu-

rado por vía jurisprudencial. Así se observa en el caso del voto Núm. Voto número 1739-92. En la República Dominicana, el debido proceso ha tenido una base constitucional desde la Constitución de 1955. En razón de estar previsto en convenios internacionales, fue objeto de regulación por la Suprema Corte de Justicia en el año 2003, mediante la Resolución Núm. 1920. Finalmente, fue elevado al rango constitucional junto a la tutela judicial efectiva, en el año 2010.

En este marco, el estudio del debido proceso a la luz de la jurisprudencia constitucional dominicana, no puede ignorar que existe una jurisprudencia de rango constitucional generada por los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial, por el Tribunal Constitucional y, finalmente, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Pero, el incremento del fenómeno delictual y la adopción de formas cada vez más crueles y violentas del fenómeno criminal, con el consecuente crecimiento de la inseguridad ciudadana, han generado fuerte resistencia a la reforma procesal penal, que afortunadamente no ha hallado mucho acogimiento en las leyes de nuestro país. La reforma constitucional de 2010, llevó a la Constitución la tutela judicial efectiva y el debido proceso.

Sin embargo, las tensiones que genera la alarma social frente al fenómeno criminal y a la impunidad denunciada y no corregida, entre los sentimientos que estas generan y la necesaria garantía de los derechos, es muy evidente en nuestros países. Para Iñaky Rivera Veiras, director del Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona, la alarma social parece ser utilizada y exacerbada por sectores populistas de poder y de orden fáctico, político o normativo, para garantizar su propio poder por conducto del miedo inducido. Así, ha sostenido:

> *Primero, hace falta infundir alarma social entre los ciudadanos, meterles miedo y después, ya vendrán los diferentes actores a aportar soluciones represivas, que serán inmediatamente aceptadas por una población asustada de antemano. Se trata de tocar las fibras más sensibles de la población para producir un consenso social y aplicar las más represivas políticas en materias penal, judicial, penitenciaria y administrativa.*

Populismo penal es el terrorismo judicial que amenaza al defensor que se opone a los desafueros; que intimida al fiscal que archiva o impetra preclusiones; que procesa disciplinaria y/o penalmente al juez constitucional que cumple a cabalidad la sagrada misión garantista que deriva de la Constitución. El Populismo acude a conceptos superados en las sociedades democráticas, como la concepción del derecho penal del enemigo y al enemigo, propende a inocuizarlo a cualquier precio, enfrentando con ello de esta manera, todo idea del Estado de derecho.

El desbordado número de presos, la cárcel como megadepósito de seres humanos, el hacinamiento, la violencia intra-carcelaria, constituyen prueba evidente en muchos de nuestros países, del endurecimiento exagerado del sistema penal. En la República Dominicana conforme las estadísticas más recientes de la Dirección General de Prisiones, todavía 17,250 privados de libertad no han recibido una sentencia de un juez declarando su culpabilidad por los delitos que se les imputa; permanecen encerrados en calidad de preventivos, pero cumpliendo medidas de coerción en los mismos recintos carcelarios donde están los condenados; todos van al mismo hoyo. Hubo incluso una decisión judicial, hoy afortunadamente superada de la Corte Suprema, que llego a decir que las personas condenadas

en primer grado, no eran presos preventivos, sino presos condenados.

Aquella cantidad representa el 64 por ciento de la población total de privados de libertad de libertad sin una condena, que es de unos 26,974 que guardan prisión en los 41 recintos carcelarios del país, según informe emitido por la Dirección General de Prisiones hasta el cuatro de octubre del 2017.

El populismo penal (Jorge Prats) impone, además, el uso de lenguajes bélicos: "guerra contra el delito", "combate a la criminalidad", "neutralización del delincuente", división entre buenos y malos, por lo que todo se resuelve enjaulando a los "malos" y asegurándolos con cadenas perpetuas. Con frecuencia, se escucha expresiones tales como a los delincuentes hay que darles pa´ bajo.

De un Estado social de derecho, se podría estar transitando a un Estado penal de no derecho; el proceso se convierte en una herramienta al servicio de la política de seguridad; se criminaliza la vida; se politiza la justicia; el control del crimen se torna tema de campaña; se pretende disuadir al infractor, sin mayor preocupación, mientras se observa muy escasas políticas y acciones tendentes a generar soluciones sociales efectivas, no excluyentes, ni discriminatorias, que reduzcan la desigualdad, el hambre, el desempleo, las enfermedades, la carencia de vivienda digna, mientras tendencialmente se privatiza la educación, que así deja de ser gratuita y accesible para todos.

El gran desafío en nuestra región, es hacer efectivo el deber ser del derecho que nos hemos dado; asumir de manera plena y efectiva la idea de la libertad como regla y como punto de partida del proceso que consideramos medida extrema, la presunción de inocencia.

Hacer sentir como escribió Peter Häberle, que entre nosotros la dignidad humana es en verdad la premisa antropológica del Estado de Derecho; que el compromiso de los jueces es con el derecho y con la sociedad y no con el Estado.

Finalmente, tres casos pueden ilustrar los estrechos vínculos del Proceso Penal con la Constitución.

1. Caso Radhamés Ferreras Alcántara

En un caso ocurrido en el Distrito Judicial de Barahona, que dio origen a la sentencia Núm. 0015/14, del 15 de enero de 2014, el TC resolvió sobre un recurso en revisión de sentencia con autoridad de cosa juzgada, según el procedimiento previsto para el conocimiento de la revisión de sentencias de amparo y recalificó el asunto, sobre el fundamento de que se trataba de un caso de habeas corpus; no de una acción de amparo, como ritualmente se había intentado. El interesado había acudido en amparo contra una sentencia del Juez de la Instrucción.

Luego de haber interpuesto un recurso de apelación contra la resolución del juez de la instrucción, el imputado solicito el pronto despacho del asunto ante la Corte, invocando las disposiciones del artículo 153 del Código Procesal Penal, alegando que la Corte de Apelación no había conocido del recurso en el plazo especial previsto en el artículo 414 del CPP.

Agotada esa fase, el recurrente acude ante el juez de primera instancia en atribuciones de amparo, invocando entonces que la Corte no había respondido al recurso dentro del plazo de 48 horas previsto y que solicitado el pronto despacho, tampoco había contestado al pedimento de pronto de pronto despacho, de donde resulta que bajo las disposiciones del artículo 153 del CPP,

la Corte debe responder dentro de las 24 horas y, si no cumple con este plazo, se entiende que ha concedido la libertad de pleno derecho .

Luego el imputado le solicitó al Fiscal del Distrito Judicial de Barahona su puesta en libertad inmediata. Ante la reticencia del Ministerio Público, el ciudadano privado de libertad acudió ante el juez procurando la tutela de su libertad mediante una acción de amparo. El juez declaro inadmisible la acción intentada, sobre el fundamento de que la resolución solo era recurrible en apelación y que era revisable en cualquier estado de causa.

En el caso, Radhamés Ferreras Alcántara interpuso un recurso de casación contra una decisión de amparo por ante la Suprema Corte de Justicia. Mediante su Resolución núm. 1692-2012, el más alto tribunal de justicia ordinaria se declaró incompetente para conocer de un recurso de casación contra una resolución de amparo y remitió el expediente al Tribunal Constitucional.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia determinó en el caso de Alcántara, que contra una decisión de amparo no procede un recurso de casación, sino un recurso de revisión por ante el TC y, por tanto, este órgano especializado decidió recalificar el recurso de casación interpuesto por el recurrente. Tomó cuenta el TC, las disposiciones del artículo 7.11 de la Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, el cual dispone que 'todo juez o tribunal, como garante de la tutela judicial efectiva, debe adoptar de oficio, las medidas requeridas para garantizar la supremacía constitucional y el pleno goce de los derechos fundamentales, aunque no hayan sido invocadas por las partes o las hayan utilizado erróneamente". Expresamente dijo:

> *tal y como se ha señalado previamente (Sentencias TC/0015/12 y TC/0174/13), este tribunal de oficio recalifica –le otorga la verdadera naturaleza– al recurso de casación interpuesto por la parte recurrente, por ante la Suprema Corte de Justicia, como un recurso de revisión constitucional en materia de amparo, ya que se trata de un recurso contra una decisión dictada por un juez de amparo, cuya revisión es competencia exclusiva de este tribunal y procede con su conocimiento.*

Pero, también dijo el TC, que el juez de primer grado debió de recalificar el asunto a su vez, en virtud de principio *iura novit curia*; de las disposiciones del artículo 7.11 y, tratarlo como una acción de habeas corpus. Anuló la decisión impugnada y, envió ante ese juez.

El artículo 71 de la Constitución dominicana prescribe al instituir la acción de habeas corpus, que: "Toda persona privada de su libertad o amenazada de serlo, de manera ilegal, arbitraria o irrazonable, tiene derecho a una acción de habeas corpus ante un juez o tribunal competente, por sí misma o por quien actúe en su nombre, de conformidad con la ley, para que conozca y decida, de forma sencilla, efectiva, rápida y sumaria, la legalidad de la privación o amenaza de su libertad".

A su vez, en el artículo 72 el constituyente define la acción de amparo. Dispone que: "Toda persona tiene derecho a una acción de amparo para reclamar ante los tribunales, por sí o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, no protegidos por el habeas corpus, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de toda autoridad pública o de particulares, para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o acto administrativo, para garantizar los derechos e intereses colectivos y difusos. De conformidad con la ley, el proce-

dimiento es preferente, sumario, oral, público, gratuito y no sujeto a formalidades"

En párrafo final incluye entre los actos objeto control mediante la acción de amparo, aquellos adoptados durante los estados de excepción que vulneren o que afecten irrazonablemente derechos suspendidos, están sujetos a la acción de amparo.

2. Caso de los defensores públicos contra el Procurador Fiscal del Distrito Judicial de Duarte

En segundo caso, el Tribunal Constitucional, modifica una sentencia del juez de amparo, y haciendo uso de las facultades de interpretación expresas que le atribuye el artículo 47 de su ley orgánica, declara la nulidad de las limitaciones impuestas por el Procurador Fiscal de San Francisco de Macorís a los abogados para entrevistar a las personas detenidas y define los estándares aplicables en todo el territorio, en ausencia de un protocolo de actuación en estos casos.

Los defensores públicos alegaron que su derecho al trabajo les había sido vulnerado por el Procurador Fiscal de Duarte, al no permitirles la entrada a la cárcel preventiva del Palacio de justicia de ese Distrito Judicial. Opusieron que la Ley 277 que crea el servicio de la defensa pública y que tiene rango Constitucional; que en su artículo 29.4, esta ley establece como un deber del defensor público concurrir regularmente a los lugares de detención y asistir a las visitas carcelarias; que el constituyente ha establecido en el artículo 176 de la Constitución, la autonomía administrativa y funcional del servicio de la defensa pública asumiendo su ley para regir el funcionamiento de dicha institución.

Los defensores públicos también invocaron también que el art. 111 del Código Procesal Penal reconoce el derecho de toda persona detenida a tener contacto con un abogado de su elección, desde el momento de su detención y a que si no lo hace se le designe un defensor público pagado por el Estado. Valoran que al restringirle la entrada a los defensores públicos a visitar las personas detenidas en la Cárcel Preventiva del Palacio de Justicia, el Ministerio Público les estaba vulnerando el derecho de acceso a la justicia a las personas privadas de libertad, incurriendo con ello en una posible conculcación de otros derechos y garantías fundamentales, como sería el derecho a la salud, el derecho a la libertad, el derecho a ser presentado ante la autoridad judicial competente dentro del plazo de las cuarenta y ocho horas y otros.

El TC destaca en la sentencia comentada, que mediante el acto No. 1095/2011, de fecha treinta (30) de diciembre del 2011, instrumentado y notificado por el ministerial Manuel Ariel Merán Abreu, se constata lo siguiente:

1) que los accionantes acudieron ante el juez de amparo porque no se les permitió acceso al referido recinto de detención;

2) que, en consecuencia, no pudieron ejercer su labor de asistencia legal en beneficio de las personas detenidas que carecían de los recursos para pagar los gastos y honorarios del proceso;

3) que un sargento de la Policía Nacional que custodiaba los detenidos condicionó su entrada a dicho recinto a la presentación de una orden escrita del Procurador Fiscal del Distrito Judicial Duarte;

4) que los accionantes imputan la prohibición de acceso al referido recinto carcelario al Procurador Fiscal del Distrito Judicial Duarte;

5) que, según el agente policial encargado de la custodia de los detenidos, dicho Procurador Fiscal condicionaba la entrada de los defensores públicos al recinto a la presentación de una autorización suya;

6) que este funcionario negó haber cometido el hecho, sosteniendo que se limitó exigir el cumplimiento de "reglas sencillas y prácticas", a fin de garantizar la seguridad de las personas privadas de libertad;

y 7) que, sin embargo, el indicado funcionario no dio a conocer dichas reglas.

Asimismo, dejó establecido el Tribunal Constitucional que en el caso de los defensores públicos contra el procurador fiscal del Distrito Judicial de Duarte, se ha comprobado fehacientemente:

1) que la referida exigencia del Procurador Fiscal viola el derecho de todo detenido a recibir asistencia legal inmediata, conforme a lo dispuesto por el artículo 40.4 de la Constitución, el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y los artículos 95 y 111 del Código Procesal Penal;

2) que esa prerrogativa, a su vez, forma parte integrante del derecho de defensa de toda persona a la que se le imputa una infracción, según establece el artículo 69.4 de la Constitución;

3) que, en tal sentido, el Procurador Fiscal del Distrito Judicial Duarte ha incurrido en una infracción constitucional, al contravenir "*valores, principios y reglas contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la Re-*

pública Dominicana", cuya sanción incumbe al Tribunal Constitucional, de conformidad a lo que disponen los artículos 5 y 6 de la referida Ley 137-116; y 4) que el mantenimiento de esa formalidad, de parte del mencionado Procurador Fiscal, conculca las normas constitucionales y legales indicadas, cada vez que la falta de localización del Procurador Fiscal impida la comunicación de un defensor público con un detenido.

Ante la cuestión planteada en lo que antecede, el Tribunal Constitucional estima que, con relación al recinto de detención de referencia, constituye una notoria anomalía la carencia de un protocolo de regulación de entradas y salidas de defensores públicos y abogados interesados en prestar servicios profesionales a los detenidos. Y que para resolver la situación descrita resulta recomendable, por tanto, que todos los recintos de detención localizados en los palacios de justicia y en los establecimientos policiales cuenten con un protocolo que regule las entradas y salidas de los defensores públicos y abogados.

El Procurador General de la República tiene la facultad de definir la política penitenciaria del Estado, según establece el artículo 30.20 de la ley No. 133-11, Orgánica del Ministerio Público. En este sentido, convendría la adopción del mencionado protocolo en los referidos recintos de detención.

Recomendaciones que hace el Tribunal Constitucional:

1) Que la normativa de dicho protocolo satisfaga el principio constitucional de la razonabilidad y garantice la integridad y seguridad física de los detenidos;

2) Que ese objetivo sea logrado sin desmedro del derecho que asiste a sus defensores públicos y abogados

de comunicarse oportunamente con ellos para defenderlos apropiadamente en los tribunales;

3) Que mientras se elabore y ponga en vigencia el indicado protocolo, el Procurador Fiscal del Distrito Judicial Duarte (así como cualquier miembro del Ministerio Público que tenga bajo su dependencia un recinto de detención preventivo), permitan el ingreso de los defensores públicos y abogados para que realicen su trabajo, sujeto a la simple acreditación de sus calidades y al registro de sus entradas y salidas, y cualquier otra medida de seguridad que se estime pertinente, sin necesidad de autorización escrita de la Procuraduría Fiscal;

y 4) que la aplicación de dichas medidas sea extensiva a todos los recintos de detención del territorio nacional carentes de las mismas.

3. Por último, caso Bermúdez Caba. Constituciolidad del plazo legal instituido para controlar la duración razonable del proceso judicial (Sentencia TC/0337/16, de 20 de julio)

El accionante pretende la inconstitucionalidad del artículo 148 del Código Procesal Penal, relativo a la duración máxima del proceso penal.

Para sustentar sus pretensiones en la acción de inconstitucionalidad intentada, argumenta el accionante, que la referida norma crea un privilegio procesal a favor de los imputados, que afecta a las víctimas, querellantes o actores civiles. Estima que éstos no pueden beneficiarse de la extensión del plazo de duración máxima del proceso en los casos en que se dicte sentencia absolutoria, lo que, según sostiene el accionante, les sujeta a una condición desigual, sin protección en esa eta-

pa procesal, y facilitando que muchos casos se queden impunes por las maniobras técnicas de los imputados.

Igual, en el fundamento 9.1 de su sentencia el TC describe el conflicto normativo planteado, pretendiendo la inconstitucionalidad del artículo 148 del Código Procesal Penal. Según reseña, el accionante alegó en el caso, que la segunda parte del primer párrafo del artículo 148 del Código Procesal Penal, instaurado mediante la Ley núm. 76-02, viola los artículos 6, 8, 39, 39.1, 39.3, 68 y 69 de la Constitución; que crea un privilegio a favor de los imputados, y en perjuicio de las víctimas, querellantes y/o actores civiles; que actúa como herramienta que favorece a la impunidad de los penalmente justiciables, afectando con ello la tutela judicial efectiva y el debido proceso.

El Tribunal Constitucional dejó establecido en el fundamento 9.4 de su sentencia, que: "Si bien el texto impugnado fue modificado, la disposición objeto de controversia permanece en el ordenamiento jurídico, al establecer el legislador que el referido plazo de duración máxima de los procesos "sólo se puede extender por doce meses en caso de sentencia condenatoria, a los fines de permitir la tramitación de los recursos". Valora que la alegada prórroga del plazo en favor de los imputados, limitada a los casos de sentencia condenatoria, se mantiene como norma, luego de la reforma del años 2015, al Código Procesal Penal, por lo que el Tribunal Constitucional bien puede analizar la alegación de infracción constitucional invocada.

En el fundamento 9.5 de la sentencia del TC, ante el argumento de violación al principio de igualdad, el Tribunal Constitucional se ha auxiliado del test de igualdad, que ya antes había utilizado como instrumento jurídico para determinar si una norma viola o no el principio de igualdad y, que exige según su criterio:

1) determinar si la situación de los sujetos bajo revisión son similares;
2) analizar la razonabilidad, proporcionalidad, adecuación e idoneidad del trato diferenciado;
3) destacar los fines perseguidos por el trato disímil, los medios para alcanzarlos y la relación entre medios y fines.

El TC, precisa esencialmente sus reglas de decisión en los fundamentos 9.11 y 9.12 de la sentencia librada en el caso, en donde dejó establecido:

a) -Fundamento 9.11- que, no estando la parte acusadora en una condición idéntica –ni siquiera parecida– a la que se encuentra la persona imputada –quien indiscutiblemente se encuentra en un estado más vulnerable–, no necesariamente el legislador, cuando dispone una extensión de un plazo a favor del segundo, está afectando derechos ni garantías fundamentales del otro, como el principio de igualdad de armas.

b) -Fundamento 9.12- acudiendo al derecho comparado como fuente de autoridad, expresa:

"En este sentido, explica la Corte Constitucional de Colombia –Sentencia C536/08– que: El principio de igualdad de armas constituye un elemento esencial de la garantía del derecho de defensa, de contradicción, y más ampliamente del principio de juicio justo, y hace relación a un mandato según el cual, cada parte del proceso penal debe poder presentar su caso bajo unas condiciones y garantías judiciales, que permitan equilibrar los medios y posibilidades de actuación procesal, dentro de las cuales se presente como esencial las facultades en cuanto al material probatorio a recabar, de tal manera que no se genere una posición sustancialmente desventajosa de una de las partes frente a la otra parte procesal, como la que de hecho se presenta entre el

acusador y el acusado, a favor del primero y detrimento del segundo".

De aquel precedente de la Corte Constitucional de Colombia, extrae como reglas de solución, unos criterios en los que aquella establece que el principio de igualdad de armas o igualdad de medios, supone entonces que la carga probatoria del acusador es proporcional a sus medios y que las reglas de ejercicio del principio contradictorio en virtud de esa carga, buscan equiparar la participación en el proceso penal, tanto optimizando lo más posible las garantías de la defensa, como incrementando la exigencia del cumplimiento de la labor probatoria del acusador. Para aquella prestigiosa Corte, el derecho de defensa en materia penal encuentra uno de sus más importantes y esenciales expresiones en el principio de igualdad de armas, en procura de garantizar la protección de los imputados frente a aquellas situaciones que desequilibran su actuación en el proceso.

A modo de conclusión, del precedente citado de la Corte de Colombia, el TC dominicano destaca que en él se explica la existencia de una serie de mandatos útiles para sentar sus criterios de validez en torno a la alegada inconstitucionalidad del artículo 148 del CPP, por la violación alegada del principio de igualdad, y refiere:

> *Del principio de igualdad pueden a su vez ser descompuestos en cuatro mandatos: (i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destina-*

> *tarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes. Estos cuatro contenidos tienen sustento en el artículo 13 constitucional, pues mientras el inciso primero del citado precepto señala la igualdad de protección, de trato y en el goce de derechos, libertades y oportunidades, al igual que la prohibición de discriminación; los incisos segundo y tercero contienen mandatos específicos de trato diferenciado a favor de ciertos grupos marginados, discriminados o especialmente vulnerables.*

En definitiva, las garantías del proceso penal, son garantías constitucionales. Como ha dicho Ubertis (2017), es criterio doctrinal común a nuestros pueblos, que el Derecho Procesal Penal, es *derecho constitucional aplicado*. El proceso penal y las reglas que le son aplicables, no pueden ser leídas ni entendidas en el Estado constitucional y democrático de derecho, sin tomar como punto de partida, el marco de principios que la Constitución establece como límites del poder; como fundamento del orden jurídico y como mecanismos de garantía y protección de los derechos fundamentales.

La Justicia Constitucional en Iberoamérica, es el resultado de una investigación regional que han participado destacados académicos e investigadores de Costa Rica, España, México, Nicaragua, Panamá, Perú y República Dominicana, bajo la dirección científica de los profesores Víctor Orozco Solano (Costa Rica) y Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua).

La investigación presenta, en un contexto de globalización e interdependencia, reflexiones estructuradas sobre el panorama actual, los retos y los desafíos de la justicia constitucional contemporánea, el control de constitucionalidad como competencia esencial de la justicia constitucional, la jurisdicción constitucional de la libertad y los elementos del debido proceso en la justicia constitucional.

Esta investigación es auspiciada, como producto de la vinculación interinstitucional, por la Universidad de Costa Rica (UCR) a través de su Programa de Maestría en Justicia Constitucional, y el Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua, que por medio de la colaboración académica y científica permiten la amplificación y difusión del conocimiento.

ISBN 978-99924-21-44-4

INEJ
Fundado en 1995

24 AÑOS INEJ 1995-2019

Maestría Justicia Constitucional UCR