

# **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2013**



UNIVERSIDAD DEL ROSARIO



Konrad  
Adenauer  
Stiftung

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

## **ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO**

Publicación anual del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer.

Se especializa en derecho constitucional y publica también artículos relativos a otras ramas del derecho, tales como el derecho procesal constitucional, el derecho administrativo, derechos y garantías individuales, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho de la integración.

Estos temas constituyen, además, los ejes del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la entidad editora, la Fundación Konrad Adenauer.

El ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO tiene como objetivo difundir trabajos de investigación de autores latinoamericanos y pretende lograr una distribución equitativa de temas y de nacionalidades de los autores.

Los artículos que se publican deben ser inéditos y de contenido científico. Se destina asimismo un espacio para el análisis de jurisprudencia relevante en materia constitucional.

Esta publicación se distribuye gratuitamente, en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer.

Los textos que se publican son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no expresan necesariamente el pensamiento de los editores. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con inclusión de la fuente.

© 2013 KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e.V.

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e.V.  
Klingelhöferstr. 23  
D-10785 Berlín  
República Federal de Alemania  
Tel.: (+49-30) 269 96 453  
Fax: (+49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER  
OFICINA COLOMBIA  
Calle 90 No. 19C - 74, piso 2  
Bogotá  
República de Colombia  
Tel.: (+57 1) 743 09 47  
Fax: (+57 1) 743 09 47-7

## **Editor responsable**

Christian Steiner

## **Coordinación académica**

Agustina González  
Mariana Morales

## **Asistencia**

Nadya Hernández

## **Corrección de estilo**

Rodrigo Díaz (español)  
Paulo Baptista (portugués)

## **Traducción**

Paulo Baptista (portugués)  
Dieter Schonebohm (alemán)

## **Revisión de traducciones**

Dieter Wolfram  
Lucía Colombino (inglés)

## **Asignación de palabras clave**

María Arigón, Ana Gil, Ruta Grisolia

## **Diagramación**

Precolombi EU-David Reyes

## **Diseño de cubierta**

Precolombi EU-David Reyes

## **Editorial Universidad del Rosario**

ISSN 2346-0849

Impreso en Colombia – Printed in Colombia

Correspondencia, contribuciones, solicitudes de canje o donación e-mail: [iusla@kas.de](mailto:iusla@kas.de)

El ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO está registrado en el Directorio Latindex y se encuentra disponible a texto completo en las siguientes páginas web:

Fundación Konrad Adenauer  
[www.kas.de/iusla](http://www.kas.de/iusla)

Biblioteca Jurídica Virtual, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México  
<<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cont.htm?r=dconstla>>

# Índice

<i>Prólogo</i> .....	9
<b>I. Derecho constitucional</b>	
• Horacio Andaluz Vegacenteno (Bolivia) <i>Constitución, derechos y jurisprudencia</i> .....	13
• Carlos Ayala Corao (Venezuela) <i>Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela</i> .....	43
• Juan Colombo Campbell (Chile) <i>Relación entre las potestades del Tribunal Constitucional y de los tribunales superiores de justicia en la perspectiva del mandato de supremacía constitucional</i> .....	81
• Kátia Patrícia de Araújo (Brasil) <i>Reserva do possível: Os direitos fundamentais frente à escassez de recursos</i> .....	105
• Enrique Navarro Beltrán (Chile) <i>El debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile</i> .....	121
<b>II. Derecho procesal constitucional</b>	
• Alexander Aizenstatd L. (Guatemala) <i>El derecho a la norma ausente: el surgimiento de la inconstitucionalidad por omisión en Guatemala</i> .....	149
• Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México) • Rubén Sánchez Gil (México) <i>El amparo mexicano del siglo XXI. Notas sobre su nuevo régimen constitucional y legal</i> .....	165
• Laura Rangel Hernández (México) <i>La sentencia que resuelve la inconstitucionalidad por omisión legislativa: Modalidades y efectos. Estudio preliminar</i> .....	185
• Alan E. Vargas Lima (Bolivia) <i>El nuevo régimen codificado de los procesos constitucionales en Bolivia</i> .....	205
<b>III. Democracia y Estado de Derecho</b>	
• Asdrúbal Aguiar (Venezuela) <i>La dimensión social de la democracia y su estatuto interamericano</i> .....	223

- Víctor Bazán (Argentina)  
*El sistema federal argentino: Actualidad y perspectivas*..... 235
- Matthias Herdegen (Alemania)  
*El Estado de derecho y los desafíos de una economía globalizada*..... 279

#### **IV. Derechos y garantías individuales**

- Daniel Gaio (Brasil)  
*As tentativas teóricas de demarcação do dever indenizatório às restrições ao direito de propriedade* ..... 297
- César Augusto Orrego (Perú)  
*Una aproximación al contenido constitucional del derecho de autodeterminación informativa en el ordenamiento jurídico peruano* ..... 311

#### **V. Derechos de los pueblos indígenas y pluralismo jurídico**

- Fernando Calle Hayen (Perú)  
*El derecho a la consulta previa* ..... 333
- Guillermo Padilla Rubiano (Colombia)  
*Consulta previa en Colombia y sus desarrollos jurisprudenciales. Una lectura desde los pueblos indígenas, las empresas y el Estado* ..... 353
- Néstor Pedro Sagüés (Argentina)  
*Derechos de los pueblos originarios: ¿El derecho al propio derecho y a la propia jurisdicción?* ..... 381

#### **VI. Derecho Internacional de los Derechos Humanos: control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial**

- Roberto de Figueiredo Caldas (Brasil)  
*O Controle de Constitucionalidade e o Controle de Convencionalidade no Brasil* ..... 395
- Valério de Oliveira Mazzuoli (Brasil)  
*O controle jurisdicional da convencionalidade das leis no Brasil*..... 417
- Jânia Maria Lopes Saldanha (Brasil)
- Lucas Pacheco Vieira (Brasil)  
*Controle jurisdicional de convencionalidade e reenvio prejudicial interamericano: Um diálogo de ferramentas processuais em favor da efetivação do direito internacional dos direitos humanos*..... 435
- Jerónimo Mejía Edward (Panamá)  
*Control de constitucionalidad y de convencionalidad en Panamá*..... 467

- Claudio Nash Rojas (Chile)  
*Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*..... 489
- Humberto Nogueira Alcalá (Chile)  
*Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile* ..... 511

## **VII. Intentos de un diálogo jurisprudencial en el Uruguay a partir del caso Gelman**

- Olger Ignacio González Espinosa (Costa Rica)  
*Extractos de la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013 sobre supervisión de cumplimiento de la sentencia dictada en el caso Gelman vs. Uruguay* ..... 557
- Jorge T. Larrieux (Uruguay)  
*Caso Gelman vs. Uruguay. Justicia transicional, Corte Interamericana de Derechos Humanos y el control de convencionalidad*..... 589
- Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México)  
*Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados parte de la convención americana (res interpretata) (Sobre el cumplimiento del Caso Gelman vs. Uruguay)*..... 607
- Martín Risso Ferrand (Uruguay)  
*Cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gelman. Después de la declaración de inconstitucionalidad de la Ley Interpretativa 18.831*..... 639
- Instrucciones para la presentación de los trabajos*..... 655

## Prólogo

Los países de América Latina siguen reconstruyendo su tejido social e institucional, resquebrajado por la presencia de gobiernos autoritarios y conflictos internos en las últimas décadas del siglo xx. Hoy en día diversos actores han sumado esfuerzos para apoyar con las herramientas necesarias y lograr un ajuste estructural de las instituciones, generando con ello condiciones para que sea posible el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos en las constituciones latinoamericanas.

A finales de la década de los ochenta se realizaron diversas reformas constitucionales, las cuales incorporaron innovaciones institucionales y prácticas jurídicas desde una perspectiva contextualizada a las realidades de la región. También inició un proceso de diálogo jurisprudencial entre las cortes nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, además de la incorporación de políticas públicas y la modificación de las legislaciones nacionales, las cuales adoptaron estándares internacionales en defensa y protección de los derechos fundamentales.

En algunos Estados podemos observar importantes mejoras sociales que resultan decisivas para la construcción de un verdadero Estado democrático de Derecho. En otros, sin embargo, vemos con preocupación cómo se está consolidando un discurso que pretende construir una relación de exclusividad entre las políticas sociales, por un lado, y las libertades fundamentales, por el otro, y que busca sacrificar la libertad para lograr la justicia social. Tales posiciones revelan una falta de confianza en la capacidad de las personas de construir sociedades justas sobre la base de la libertad y la responsabilidad. En parte, ese desarrollo se debe a la incapacidad de algunas de las jóvenes democracias latinoamericanas de hacer efectivas las promesas constitucionales del Estado democrático y social de Derecho. El gran reto de nuestros tiempos es el de recobrar la confianza en que la libertad, la democracia, el Estado de Derecho y la justicia social son ingredientes imprescindibles cada uno de ellos, no excluyentes, de un modelo de sociedad y Estado capaz de satisfacer a todas las personas de manera sostenible.

En ello los abogados tenemos una especial responsabilidad. Parte de la crisis que sufre la credibilidad de la justicia, y con ella el propio sistema del Estado social y democrático de Derecho, se debe a la distancia que se ha creado entre la persona y el derecho. Un discurso jurídico difícilmente entendible para el ciudadano común y unas decisiones administrativas y judiciales formalistas que no otorgan justicia más que formal, pero no sustancial, generan un clima de desconfianza propicio para que se abuse, y así se socava

un sistema que aplicado debidamente lograría el apoyo merecido. Los juristas, sea desde la Academia, o desde la práctica, tenemos que hacer efectivas nuestras constituciones políticas, llenar con vida los principios constitucionales y los derechos fundamentales, mediante una digna traducción normativa y jurisprudencial.

Ante la necesidad de buscar rutas para consolidar los principios del Estado constitucional y social de derecho y reconstruir la percepción de la justicia, la democracia y la legitimidad del papel de las autoridades ante la sociedad, el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica busca sumar esfuerzos con distintos actores de la región para crear estrategias que impulsen acciones de transformación social, desarrollo y fortalecimiento institucional, acordes con las realidades sociales y jurídicas de la región.

Una de las estrategias adoptadas por el Programa, es la publicación de estudios académicos. Entre ellos, el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, un trabajo colectivo que reúne las aportaciones de operadores jurídicos y académicos, y un análisis crítico de los asuntos jurídicos más relevantes de la región.

Entre las distintas contribuciones, el lector podrá encontrar en este ejemplar algunas de las ponencias del XIX Encuentro de Presidentes y Magistrados de Tribunales y Salas Constitucionales de América Latina, reunión que anualmente impulsa el Programa y que pretende un diálogo y un intercambio de enfoques sobre la interpretación constitucional y los mecanismos de cumplimiento, identificando debilidades y fortalezas jurídicas de cada país.

En esta decimonovena edición, además de los ejes temáticos de democracia y Estado de Derecho, derecho constitucional y procesal constitucional, se resalta el tema del derecho internacional de los derechos humanos, control de convencionalidad y pluralismo jurídico. El lector podrá ver los esfuerzos que se realizan desde las cortes y salas constitucionales en la creación de una línea jurisprudencial que aporte a la defensa y protección de los derechos fundamentales, así como la relevancia para América Latina del fomento del diálogo interdisciplinario para la aplicación de las distintas justicias y de los derechos propios de las comunidades indígenas.

En la edición del 2013 se adiciona una subsección que tiene por objetivo analizar las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con la jurisprudencia nacional. En esta ocasión se consideró de particular interés revisar el caso *Gelman vs. Uruguay*.

Se agradecen las aportaciones recibidas a lo largo del 2012 al equipo colaborador del proyecto, incluyendo revisores y traductores. Finalmente, reconozco la participación especial de la Universidad del Rosario como coeditora del presente anuario.

**Dr. Christian Steiner**

Director del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica  
Fundación Konrad Adenauer

## **I. Derecho constitucional**

- Horacio Andaluz Vegacenteno, Bolivia  
Constitución, derechos y jurisprudencia
- Carlos Ayala Corao, Venezuela  
Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela
- Juan Colombo Campbell, Chile  
Relación entre las potestades del Tribunal Constitucional y de los tribunales superiores de justicia en la perspectiva del mandato de supremacía constitucional
- Kátia Patrícia De Araújo, Brasil  
Reserva do possível: Os direitos fundamentais frente à escassez de recursos
- Enrique Navarro Beltrán, Chile  
El debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile



**Horacio Andaluz Vegacenteno (Bolivia)\***

## **Constitución, derechos y jurisprudencia**

### **RESUMEN**

Este es un artículo sobre el desarrollo jurisprudencial de los derechos proclamados en la Constitución boliviana. El artículo se ha limitado a estudiar los aspectos que la jurisprudencia ha considerado formales y, en consecuencia, comunes a todos los derechos de índole constitucional en el ordenamiento boliviano. Puesto que el desarrollo jurisprudencial de los derechos significa dar por sentado el valor normativo del derecho de fuente judicial, el artículo se ha detenido especialmente en este tema. Del mismo modo, especial consideración le ha merecido la interpretación constitucional, estudiada a partir del artículo 196.II de la Constitución, que se refiere a los criterios interpretativos que el Tribunal Constitucional deberá aplicar en su labor de custodio del orden constitucional. Finalmente, el artículo concluye poniendo de relieve una potencial contradicción en la jurisprudencia, y es que aunque el Tribunal Constitucional se ha cuidado de desarrollar el contenido esencial del derecho a obtener una sentencia fundada, el mismo custodio constitucional podría estar transgrediendo este derecho en la medida que recurrentemente omite justificar el criterio interpretativo que aplica a cada caso concreto, lo cual, desde la vigencia del artículo 196. II, pareciera que debiera estar obligado a fundamentar.

**Palabras clave:** Derechos humanos, derecho y jurisprudencia, constitución, acción y defensa (derecho), interpretación constitucional.

---

\* Profesor de Derecho (Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra, Bolivia). Árbitro (Cámara de Industria, Comercio y Turismo de Santa Cruz). *Master of Laws*-Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho (Harvard Law School). Máster en Derecho Internacional (Universidad Complutense de Madrid). Antiguo alumno de la Academia de La Haya de Derecho Internacional. Publicación vinculada a este tema: *Aplicación judicial de la constitución* (El País/2010). <handaluz@post.harvard.edu>.

## ZUSAMMENFASSUNG

Dieser Artikel behandelt die Entwicklung der Rechtsprechung zu den in der bolivianischen Verfassung enthaltenen Rechten. Der Artikel beschränkt sich auf die Untersuchung derjenigen Aspekte, die von der Rechtsprechung als "formal" betrachtet werden und damit allen in der bolivianischen Rechtsordnung anerkannten verfassungsmäßigen Rechten zu eigen sind. Da eine richterliche Fortentwicklung von Rechten die Anerkennung des Richterrechts als Rechtsquelle voraussetzt, geht der Artikel insbesondere auf dieses Thema ein. Besondere Aufmerksamkeit verdient ferner die Verfassungsauslegung auf der Grundlage des Artikels 196 (Absatz 2) der Verfassung, aus dem sich die Auslegungskriterien ergeben, die das Verfassungsgericht im Rahmen seiner Aufgabe als Hüter der verfassungsmäßigen Ordnung zur Anwendung bringen muss. Schließlich hebt der Artikel einen möglichen Widerspruch in der Rechtsprechung hervor. Dieser liegt darin, dass das Verfassungsgericht sich zwar bemüht hat, den Wesenskern der jeweiligen Verfassungsrechte zu bestimmen, um seine Entscheidungen zu begründen, dabei jedoch Gefahr läuft, seinerseits Verfassungsrecht zu verletzen. Denn es hat es wiederholt unterlassen, das Auslegungskriterium zu nennen, das im konkreten Fall zur Anwendung kommt, wozu es seit dem Inkrafttreten des Artikels 196 (Absatz 2) verpflichtet ist.

**Schlagwörter:** Menschenrechte, Recht und Rechtsprechung, Verfassung, Klage und Verteidigung (Recht), Verfassungsauslegung.

## ABSTRACT

This paper reviews the case law development of the rights enshrined in the Bolivian constitution. Its scope is limited to the aspects which the judges have considered to have a formal nature and which therefore are common to all the constitutionally protected rights of the Bolivian legal system. Since case law development of rights means accepting the law-making value of judicial decisions, the paper focuses on that subject. Likewise, we have paid particular attention to constitutional interpretation, based on article 196.II of the Constitution which establishes the interpretation criteria to be applied by the Constitutional Court in carrying out its role as custodian of the constitutional system. Finally, the paper highlights a possible contradiction in case law: although the Constitutional Court has sought to develop the essential content of the right to a reasoned judgment, the custodian of the constitution may itself be violating this right since it often fails to explain the interpretative criterion applied in each specific case which, since 196.II is in force, would appear to be necessary.

**Keywords:** Human rights, Law and case law, Constitution, Action and defense (rights), Constitutional interpretation.

1. Este artículo tiene dos partes. La primera se ocupa del significado jurídico de la regulación constitucional de los derechos; la segunda del valor normativo de la jurisprudencia. Ambas forman una unidad conceptual: la de la eficacia de la Constitución determinada por su dinámica de aplicación judicial. El análisis es formal. La razón: como en el pensamiento jurídico, el razonamiento formal antecede al material, la reconstrucción formal del sistema de garantías es la apoyatura para la defensa específica de los derechos. La numeración de los párrafos responde a la unidad conceptual de cada uno de ellos.

## **1. Consecuencias formales de la regulación constitucional de los derechos**

2. Que la Constitución regule los derechos significa (1) que éstos son directamente aplicables, (2) que son interpretables según los tratados de derechos humanos, (3) que institucionalmente están garantizados por una reserva material de ley, y (4) que son objetos de tutela en sede constitucional.

### **1.1. Eficacia directa**

3. Fundar la eficacia directa de los derechos en el artículo 109.I de la Constitución, y asumir que ello es una innovación del texto de 2009, significa (1) negar el carácter normativo de la propia Constitución y (2) confesar desconocimiento de la historia constitucional.

(1) Significa lo primero, porque equivale a sostener que una norma constitucional sólo rige como tal si la propia norma así lo establece. A contrario, implica afirmar que si la propia Constitución no predica de alguna de sus normas su carácter obligatorio, carece de tal virtud. Absurdo. Los derechos establecidos por cualquiera de sus normas son directamente aplicables por el solo hecho de estar inscritos en la Constitución; y para el caso boliviano esto viene desde 1826 (Arts. 149 a 157). Es una consecuencia del carácter normativo de la Constitución. Si ella existe con la dignidad de una auténtica norma jurídica, entonces su contenido, por el solo hecho de estar regulado en su texto, es, en efecto, jurídicamente exigible. Artículos como el 109.I son, por consiguiente, una redundancia del carácter normativo que ostenta la Constitución como norma jurídica (acaso importante como reduplicación enfática de lo obvio en un contexto social que no exhibe precisamente la mejor tradición de respeto a las normas, pero que, al margen tal finalidad enteramente pedagógica, carece de toda relevancia propiamente normativa).

(2) Y, confiesa lo segundo, porque ignora que al decir “[los derechos] no necesitan de reglamentación previa para su cumplimiento”, la Constitución, desde sus reformas de 1945 (Art. 28), ya contenía una norma redundante de su carácter normativo, y que, con distinta ubicación en el articulado, estuvo vigente con ese mismo texto por más de sesenta años, dando forma al anterior artículo 229. Gramaticalmente estaba formulada en sentido negativo, mientras que hoy ha tomado la forma de una afirmación (“[los dere-

chos] son directamente aplicables”). No sería correcto mezquinarle al cambio una vocación pedagógica, pero tampoco lo sería atribuirle un carácter de innovación normativa.

4. Que los derechos sean directamente aplicables significa (1) que puede reivindicarse su tutela en cualquier actuación procesal con el solo fundamento de la norma constitucional, (2) que su falta de desarrollo legislativo no es obstáculo para su aplicación y (3) que debe interpretárselos a favor de su ejercicio. En lo formal, las tres son consecuencias del carácter normativo de la Constitución; en lo material, lo son de la filosofía política liberal que la inspira.

(1) Respecto a la primera, si el cometido de la Constitución es instituir un gobierno de poderes limitados sometiéndolos a sus mandatos, entonces su sola invocación ya compromete a los poderes públicos a dar al peticionante una respuesta fundada en derecho. Y si ocurre que los derechos constitucionales invocados han sido objeto de desarrollo legislativo, y el peticionante no ha cumplido las condiciones impuestas por la ley para su tutela, será tal acto propio el fundamento para denegar la tutela solicitada, pero no la sola falta de invocación de dichas normas de desarrollo.

(2) Respecto a la segunda, si la sola falta de desarrollo legislativo fuese razón para frustrar la aplicación directa de los derechos constitucionales, entonces estos derechos no constituirían el fundamento mismo del orden político, sino una concesión graciosa de éste. Que no haya una ley la cual reglamente el ejercicio de un derecho constitucional, y que se tome esa ausencia como argumento para fundar la inacción de los poderes públicos con respecto a tal derecho, significa invocar el hecho propio consistente en la inacción legislativa, para justificar una violación a la Constitución. Tal argumento cae por su propia base. Para tener asidero, la Constitución tendría que ser cosa distinta a una norma que garantice el ejercicio de los derechos a través de la institución de un gobierno de poderes limitados. Si uno de los órganos de gobierno no ha honrado sus competencias, los costos de su inacción no pueden transferirse al ciudadano. Y si el derecho cuya tutela se reivindica es uno que por su naturaleza necesita de mayor desarrollo que el brindado por la norma constitucional, el órgano autorizado para su aplicación será el encargado de dársela para el caso concreto. Se trata de lo que la teoría general del derecho conoce como una laguna técnica, causada por la indeterminación de la norma aplicable. Siempre que la norma es indeterminada, la autoridad llamada a aplicarla no rehúye su aplicación, sino que la aplica determinado su contenido. Se trata, por tanto, de uno de los supuestos que por definición dicen de la aplicación del derecho como función normativa: la integración de sus normas.

(3) Y, respecto a la tercera consecuencia, que un derecho deba interpretarse a favor de su ejercicio deriva del hecho que la Constitución existe precisamente para garantizar su ejercicio, en idéntica forma en que las competencias de los poderes públicos deban interpretarse restrictivamente es consecuencia de que la Constitución haya instaurado un gobierno de poderes limitados, haciendo de las habilitaciones normativas la técnica para la organización jurídica del poder. Interpretar a favor del ejercicio de un derecho significa preferir las construcciones que le den mayor eficacia. Esto es, no caer en formalismos (degeneración del pensamiento formal), desviando los requisitos formales de sus

genuinos fines de seguridad, para convertirlos en obstáculos que, por la desproporción entre lo que protegen y lo que impiden, lesionen los derechos cuya tutela se reivindica. Aplicación inmediata de esto es, por ejemplo, el principio de trascendencia de las nulidades procesales, adoptado siempre por la jurisprudencia constitucional,<sup>1</sup> como también la flexibilización jurisprudencial del cumplimiento de los requisitos formales del recurso de casación.<sup>2</sup>

## 1.2. Interpretación según los tratados de derechos humanos

5. Los derechos se interpretan según los tratados de derechos humanos porque éstos forman parte del bloque de constitucionalidad. En lo atinente a estos tratados, el artículo 410.II supuso llevar al texto expreso de la Constitución la jurisprudencia ya existente del Tribunal Constitucional. Ya éste había tomado el artículo 35 del texto anterior de la Constitución como “permiso expreso” para la incorporación de normas al bloque de constitucionalidad. Interpretado como norma incorporante, el artículo 35 fue tornado en puerto de entrada de derechos y garantías que nacían de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno, pero que no estaban literalmente enunciadas en el texto de la Constitución. La primera vez que se hizo mención al bloque de constitucionalidad fue en la STC 95/2001-RDI (21 de diciembre, párrafo V.2). En ella, aunque los límites del bloque ya estaban claros (i.e. los tratados sobre derechos humanos), no se argumentaba sobre su fuente positiva. El artículo 35 ni siquiera mereció mención. Ya para la STC 1662/2003-RAC (17 de noviembre, párrafo III.2) el artículo 35 fue tomado como norma incorporante, pero el Tribunal desarrolló mejor su justificación en la STC 45/2006-RDI (2 de junio, párrafo II.5.1). Aquí, sin embargo, comenzó usando un lenguaje cercano al concepto de constitución material. Afirmó que las normas del bloque eran tales por virtud a sus “cualidades intrínsecas”. Pero las cualidades intrínsecas (materia) que debía tener una norma para integrar el bloque de constitucionalidad estaban decididas por la propia Constitución, a través de la norma interpretada como incorporante. Por tanto, el concepto de bloque de constitucionalidad se fundaba en el concepto formal de Constitución. Por lo mismo, la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma contraria al bloque debía sustanciarse como una violación del artículo 35 del texto formal de la Constitución.

6. Normativamente, que los tratados sobre derechos humanos fueran normas constitucionales llevaba consigo la incorporación de su significado jurídico tal como había sido definido por los órganos autorizados para su interpretación. Por esto, los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos también eran parte del bloque de constitucionalidad. Era consecuencia de que la Convención Americana sobre Derechos Humanos otorgase competencia a la Corte para aplicar e interpretar la Convención (Art. 62) y para producir decisiones autoritativas al respecto (Art. 67). Por tanto, negar el carácter vinculante de los precedentes hubiese supuesto violar la propia Convención, en

---

<sup>1</sup> STC 731/2010-AAC (26 de julio, párrafo III.3).

<sup>2</sup> STC 2210/2012-AAC (8 de noviembre, párrafo III.2).

la medida que suponía desconocer la calidad de órgano autoritativo que tiene la Corte. Obedecer los precedentes era también una exigencia práctica, porque suponía que el Estado se comportase según las normas que serían usadas para su enjuiciamiento. Pero el Tribunal Constitucional no se pronunció sobre la incorporación de la jurisprudencia sino hasta el 2010, en la STC 110/2010-AAC (10 de mayo, párrafo III.3). A partir de acá, la incorporación de la jurisprudencia interamericana tuvo sustento expreso en el derecho positivo de fuente judicial. De ahí que, invocando dicha sentencia, el Tribunal haya recurrido a los asuntos *Baena Ricardo y otros vs. Panamá* (2001), *Tribunal Constitucional vs. Perú* (2001) y *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (2004) para explicar que las garantías insertas en el debido proceso son por igual aplicables en sede administrativa;<sup>3</sup> y que haya recurrido a este último también para justificar la inconstitucionalidad del delito de desacato;<sup>4</sup> así como que haya recurrido a los asuntos *De La Cruz Flores vs. Perú* (2004) y *Vélez Loor vs. Panamá* (2010) para justificar la inaplicación de la retroactividad penal en materia de corrupción (Art. 123 de la Constitución), por contraria al *favor rei*.<sup>5</sup>

7. Como los tratados de derechos humanos son normas de jerarquía constitucional, sus relaciones con las normas que integran el texto formal de la Constitución sólo pueden definirse por un criterio de relacionamiento intranormativo. Tal criterio es el de especialidad. Según este criterio, de presentarse una antinomia entre una norma del texto formal de la Constitución y una contenida en un tratado sobre derechos humanos, la resolución del conflicto consiste en demostrar que, en realidad, no hay antinomia. Para esto, debe interpretarse el supuesto de hecho de la norma del texto formal como siendo lo suficientemente general como para cobijar el supuesto especial de la norma de fuente internacional, eliminándose la antinomia con la aplicación preferente de esta última.

8. Para justificar la aplicación preferente de una norma constitucional respecto de otra norma también constitucional, a veces se dice que la primera tiene rango “supraconstitucional”. Esto es un equívoco. Para que una denominación sea válida debe describir suficientemente la categoría conceptual que designa. La denominación sería correcta si ella se refiriese al derecho internacional y a su primacía sobre el derecho interno, incluyendo el constitucional. Pero la denominación se refiere más bien a las relaciones entre normas del mismo cuerpo normativo (la Constitución). La “supraconstitucionalidad” confunde las relaciones estructurales del sistema jurídico con las formas específicas de relacionamiento intranormativo. Como construye sobre un error (concebir al criterio de jerarquía como única forma de relacionamiento intranormativo), concluye en otro error (reducir la aplicación preferente de una norma a términos de jerarquía, como la propia palabra “supraconstitucional” mienta). Si la aplicación preferente se reduce a términos de jerarquía, la “supraconstitucionalidad” significaría (1) una invocación al naturalismo o (2) la ordinarización de la Constitución.

---

<sup>3</sup> STC 140/2012-AAC (14 de mayo, párrafo III.1.1).

<sup>4</sup> STC 1250/2012-AIC (20 de septiembre, párrafo III.3.1).

<sup>5</sup> STC 770/2012-AIC (13 de agosto, párrafo III. 4.1).

(1) Si es lo primero, las normas “supraconstitucionales” serían una teoría acerca del conocimiento moral, no derecho positivo. No siendo jurídicas, hablar de su aplicación preferente estaría fuera de lugar.

(2) Si es lo segundo, la Constitución no sería la norma fundacional del sistema jurídico. Si se admite que en el derecho interno hay normas superiores a la Constitución, ésta debería su validez a aquellas. De ser así, las normas fundacionales serían las normas “supraconstitucionales”. Sólo ellas condicionarían la validez de todo el sistema jurídico, comenzando con la Constitución, que para unificar denominaciones habría que llamarla “Constitución ordinaria”. Por último, si con el término “supraconstitucionalidad” se quiere hacer referencia a que ciertas disposiciones tienen mayor relevancia material que otras, entonces la “supraconstitucionalidad” sería una nueva denominación para una categoría conceptual ya nominada: el ámbito de aplicación material de las normas. Por razón de su ámbito de aplicación, unas normas pueden influir en la determinación del significado jurídico de otras. A nivel constitucional esto se ve con la aplicación de los principios. La mayor acción material de éstos es consecuencia de su fisonomía como mandatos de optimización. No son mandatos definitivos, que se cumplen o se violan (*tertium non datur*). Son normas que establecen una finalidad, y la coherencia del sistema lleva a que las demás normas se adapten a ésta. Es así como el ámbito de aplicación material de una norma participa en el proceso de determinación del significado jurídico de otra, sin necesidad de serle superior. Se trata de contenidos de mayor importancia valorativa según el propio sistema jurídico, no de formas superiores.

Por tanto, no hay una relación estructural entre las normas constitucionales del texto formal y las de los tratados de derechos humanos incorporados. Lo que hay es una forma de relacionamiento intranormativo (la especialidad).

9. El mérito de la Constitución ha sido explicitar este razonamiento. (1) Ya siendo los tratados de derechos humanos parte de la Constitución desde 2001, y (2) siendo aquellos especiales en su materia respecto de ésta, pues (3) en caso de antinomia el intérprete tenía que decantarse por la norma de fuente internacional, excepto cuando (4) su especialidad supusiese un obstáculo para la efectividad de los derechos, en cuyo caso debía aplicar el texto formal de la Constitución, que fue instituido para garantizar su ejercicio.

(1) Repárese en el contenido del artículo 13.IV de la Constitución: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno...”. El texto “y que prohíben su limitación en los estados de excepción” podría llevar a entender que sólo prevalecerán en el orden interno los tratados de derechos humanos que contengan tal prohibición. Pero esta no es una interpretación posible. Resulta antinómica con el artículo 410.II, que hace que cualquier tratado sobre derechos humanos tenga jerarquía constitucional. En consecuencia, el significado jurídico que dicho texto está predicando es la especialidad de las normas que menciona en relación con las demás normas constitucionales (tanto las del texto formal como las incorporadas). Como la unidad del sistema jurídico impide sostener que el artículo 13.IV esté diciendo lo que su tenor literal, en efecto, dice, debe rescatarse su sentido normativo

apelando a su especialidad. Esto permite demostrar que no contradice lo dispuesto por el artículo 410.II. Así, (1) el artículo 410.II establece la supremacía constitucional llana de todos los tratados sobre derechos humanos, pero (2) eso no es antinómico con que durante el estado de excepción la aplicación de tales tratados se rija por la regla especial del artículo 13.IV reconstruido: prevalecen entre todas las normas constitucionales de la materia (supremacía constitucional llana), aquellas que prohíban la limitación de los derechos humanos durante el estado de excepción (aplicación del criterio de especialidad entre normas del mismo rango).

(2) Que el criterio de especialidad regula las relaciones entre las normas constitucionales sobre derechos humanos está claro en el texto expreso del artículo 256.I: los tratados sobre derechos humanos que “declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta”. Al igual que en el caso del artículo 13.IV, aquí la preferencia no está en función de la jerarquía (porque todas las normas son del mismo rango), sino de la especialidad. Y tal cosa es la que se ha hecho con el artículo 123 de la Constitución en relación con la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art. 11.2), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 9) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 15.1). Compulsados todos ellos con los artículos 13.IV y 256 de la Constitución, el Tribunal razonó que la aplicación retroactiva de la ley penal no podía ir más allá del *favor rei*,<sup>6</sup> inaplicando así la letra expresa del texto formal de la Constitución, que permite la retroactividad penal “en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado” (Art. 123).

(3) Con forma de regla de interpretación, el artículo 256.II introduce al sistema una norma sobre la producción jurídica (fuente). Establece que los derechos reconocidos en la Constitución se interpretarán de acuerdo a los tratados internacionales sobre derechos humanos “cuando éstos prevean normas más favorables”. Excepto la parte entrecorrida, el mismo texto está en el artículo 13.IV. Para ambos artículos debe entenderse que la regla de interpretación supone la especialidad de los tratados de derechos humanos respecto al texto formal de la Constitución, tomando como criterio específico de especialidad su carácter más favorable para los derechos humanos. Que la mención expresa al carácter más favorable no esté en el texto del artículo 13.IV no quiere decir que no sea parte de su significado jurídico. Las constituciones existen para instituir gobiernos de poderes limitados; la regla general para su interpretación es leerlas a favor de los derechos fundamentales.

(4) Entre los artículos 196.II y 256.II de la Constitución existe una relación de medios a fines. El primero dice que el Tribunal Constitucional aplicará, con preferencia, los criterios de interpretación gramatical e histórico, y el segundo dice que los derechos se interpretarán de acuerdo a los tratados, cuando éstos prevean normas más favorables. Este último, en consecuencia, establece un *telos*: favorecer el ejercicio de los derechos. Respecto a esto, el primero es un instrumento: es el medio que tiene el Tribunal Consti-

---

<sup>6</sup> En cita en nota al pie 5.



tucional para decidir si es la norma de fuente internacional, o es si el texto formal de la Constitución, la norma que más favorece a un derecho. Los criterios de interpretación, en sí mismos, carecen de sustantividad propia. Son instrumentos al servicio de los fines del sistema jurídico. Por tanto, aplicar la norma que favorezca a los derechos es un fin que gobierna la interpretación constitucional, no un criterio instrumental, como al parecer lo ha entendido el Código Procesal Constitucional (Art. 2.II.2).

### 1.3. Reserva material de Ley

10. Por su contenido, el artículo 109.II es una garantía institucional. Dice que los derechos “sólo podrán ser regulados por ley”, lo que significa (1) que no pueden ser regulados por otra forma normativa y (2) que la ley no puede privarlos de su contenido. Esto venía ya de las reformas de 1861. Ya en ellas la Constitución impuso que los derechos y garantías “no [podrían] alterarse por las leyes que reglamenten su ejercicio” (Art. 18). Al igual que la fórmula actual, se trataba de una reserva material, pero que debía ser objeto de reconstrucción. Así, si correspondía al Poder Legislativo reglamentar el ejercicio de los derechos, entonces no correspondía a ningún otro; donde debía asumirse que al decir “ley”, la Constitución estaba diciendo ley en sentido formal, por tratarse de la Constitución de una república. Esta misma fórmula se mantuvo hasta las reformas de 1938, cuando su texto pasó a ser una afirmación: “toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio” (Art. 6); manteniéndose la prohibición de alteración de los derechos como un artículo independiente (Art. 28). De 1938 a 2009 el cambio ha sido en el énfasis: de “conforme a las leyes” a “sólo” por ley. Pero de 1861 a 2009 la constante es la misma: queda sobrentendido que al decir “ley” se trata de una ley formal, por tratarse de una Constitución republicana, como, sin necesidad de mayor razonamiento, lo entendió el Tribunal Constitucional en 1999, en una escueta, pero hito, sentencia en la materia.<sup>7</sup> En este sentido, que la Constitución de 1826 no hubiese tenido una norma expresa al respecto, no quiere decir que los derechos no tuviesen que ser regulados sólo por ley. No hace falta decir que en una república el órgano con mayor legitimidad democrática es el legislativo y que, en un gobierno de poderes limitados instituido para garantizar el ejercicio de los derechos, por fuerza debe corresponder a dicho órgano su regulación. Y, lo mismo, está demás decir que la falta de una prohibición específica de alterar los derechos no los deja desguarnecidos, porque su carácter inviolable deviene del carácter normativo de la norma constitucional que los contiene.

11. Por la reserva formal la ley puede regular todo lo que la Constitución no ha atribuido a otros órganos. Esta concesión al Poder Legislativo es consecuencia de la mayor legitimidad democrática que ostenta. Que la ley lo pueda todo, dentro del límite dicho, pareciera hacer irrelevante el principio de reserva legal (reserva material de ley), que hace que una materia sólo pueda ser regulada por ley formal. Pero no es así. El principio de

---

<sup>7</sup> STC 17/1999-RDI (6 de diciembre, párrafo III.2).

reserva legal fue originalmente formulado para las organizaciones jurídicas de legitimidad monárquica. Aquí la reserva significaba limitar la competencia normativa general del Poder Ejecutivo. Como el principio organizativo era monárquico, correspondían al rey todas las competencias que la Constitución no le hubiese privado (una norma general excluyente a su favor). Su poder era un derecho propio de carácter originario (anterior a la Constitución). Para asegurar que asuntos como, por ejemplo, la propiedad y la libertad fueran decididos en asamblea, había que “reservarlos” a su favor, excluyendo al rey de su tratamiento. En la organización jurídica de legitimidad democrática, en cambio, los poderes públicos sólo pueden actuar en virtud de habilitaciones normativas. Aquí el objeto del principio de reserva legal consiste en imponer al legislador el deber de regular por sí mismo una materia determinada. Esto limita su competencia para dejar a la potestad reglamentaria la regulación de la materia reservada. *Potestas delegata non potest delegari*.<sup>8</sup> Si lo hiciera, la delegación violaría la cláusula de reserva, en este caso, el artículo 109.II, causando la inconstitucionalidad del acto legislativo delegante como de la forma normativa delegada (vg. un decreto), como ocurrió con el Código Tributario (Art. 146), que remitía a la potestad reglamentaria la regulación de los plazos, términos, condiciones, requisitos y forma de los recursos de alzada y jerárquico.<sup>9</sup> Hasta aquí los efectos de la reserva material en relación con otras fuentes.

12. Si la reserva material ha sido instituida como garantía de los derechos, por definición, la ley no puede privarlos de su contenido. Una ley que, en nombre del Art. 109.II, legislase así, sería inconstitucional. Tomar este artículo como una competencia ilimitada, es un exceso de formalismo. Olvida que la hipótesis de los derechos vacíos supone una negación de la propia Constitución, instituida para garantizar su ejercicio. Desde 2001 el Tribunal Constitucional ha adoptado la garantía del contenido esencial, excluyendo de regulación el núcleo esencial de los derechos, que no puede ser afectado para que no se “altere el derecho como tal”.<sup>10</sup> Interpretativamente, esta construcción cogía pie en el artículo 229 del anterior texto constitucional, que prohibía la alteración de los derechos por las leyes que regulasen su ejercicio. Al decir “el derecho como tal”, el Tribunal estaba haciendo suya la teoría absoluta del contenido esencial, que sostiene que los derechos están definidos por una específica esfera permanente, que existe como una medida preestablecida fija, determinable en forma abstracta. Hoy el contenido del anterior artículo 229 está en el artículo 13.I. Prohibir la alteración de los derechos (Art. 229) es jurídicamente lo mismo que prohibir su violación (Art. 13.I). Con esto, (1) el precedente constitucional que viene de 2001 sigue vigente, porque la norma constitucional que le da fundamento, como acto interpretativo, no ha cambiado, y (2) al no haber cambiado la norma constitucional, el Tribunal Constitucional puede mantenerse aferrado a la teoría absoluta (como lo ha hecho con el derecho de propiedad para determinar que el desamparamiento del

---

<sup>8</sup> DC 6/2000-CCP (21 de diciembre, párrafo III.2).

<sup>9</sup> STC 9/2004-RDI (28 de enero, párrafo III.5).

<sup>10</sup> STC 4/2001-RDI (5 de enero, párrafo V.2).

bien en litigio es inmanente a la declaratoria de propiedad),<sup>11</sup> o abordar la garantía del contenido esencial desde su vertiente relativa, “como [aquel contenido que queda] después de una ponderación”<sup>12</sup> con aquellos derechos que justifiquen su limitación (como lo ha hecho al declarar la inconstitucionalidad del delito de desacato, por tratarse de una intromisión desproporcionada en la libertad de expresión).<sup>13</sup> Ambas opciones son constitucionalmente válidas, porque una y otra son definiciones operativas del concepto jurídico de inviolabilidad; aunque la segunda parece ser más apropiada para pensar el derecho constitucional, para el que desde la tercera década del siglo xx las categorías absolutas comenzaban a serle ajenas y no así las cuestiones de grado.<sup>14</sup>

#### 1.4. Tutela en sede constitucional

13. La Constitución dedica un capítulo a las “Acciones de Defensa”. Allí están las acciones de (1) libertad, (2) amparo, (3) protección de privacidad, (4) inconstitucionalidad, (5) cumplimiento y (6) la acción popular. Pero las acciones (4) y (5) no son acciones de naturaleza tutelar.

14. De las que quedan como acciones de tutela, la acción de libertad y el amparo constitucional son las más antiguas. La primera viene de las reformas de 1938 (Art. 8) y, respecto de las reformas de 2009, la innovación ha consistido en ampliar el objeto procesal de su pretensión, sumando el derecho a la vida al derecho a la libertad (Art. 125), que era por definición el objeto de esta acción. Su desarrollo jurisprudencial más notable ha sido consolidarse como un medio de defensa contra particulares,<sup>15</sup> cuestión que, salvo alguna sentencia excepcional en dicho sentido,<sup>16</sup> no lograba tramontar la creencia, impuesta por su antigüedad pero no por su razonabilidad constitucional, en el sentido que las privaciones a la libertad entre particulares eran fuero exclusivo del derecho penal.

15. La acción de amparo fue introducida en las reformas de 1967 (Art. 19). Su mayor desarrollo ha sido jurisprudencial, como también su mayor retroceso y reivindicación.

(1) Respecto a su desarrollo, el mismo causó tensiones entre el Tribunal Constitucional y la entonces Corte Suprema. Aquí se dijo que el Tribunal se inmiscuía en cuestiones privativas de la jurisdicción ordinaria y que generaba inseguridad jurídica. Ambas acusaciones se reducían a la revisión por vía de amparo de decisiones de la jurisdicción ordinaria. Desde su sentencia hito en la materia,<sup>17</sup> el Tribunal condicionó la revocación de

<sup>11</sup> STC 121/2012-AAC (2 de mayo, párrafo III.5).

<sup>12</sup> Robert Alexy: *Teoría de los derechos fundamentales* (3ª reimpresión), Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 288.

<sup>13</sup> En cita en nota al pie 4.

<sup>14</sup> “En los días de [Marshall] no estaba reconocido, como sí lo está hoy en día [refiriéndose a 1928] que muchas de las distinciones del derecho son distinciones de grado” (Holmes, opinión disidente en *Panhandle Oil Co. v. Mississippi ex rel. Knox*, 277 U.S. 218, 223, 1928).

<sup>15</sup> STC 258/2012-AL (29 de mayo, párrafo III.1).

<sup>16</sup> STC 1304/2002-RHC (28 de octubre, párrafo III.2).

<sup>17</sup> AC 111/99-RAC (6 de septiembre, último considerando).

las decisiones de la jurisdicción ordinaria a la violación de derechos fundamentales. Esto no ha variado.<sup>18</sup> En estos casos, el Tribunal no invade la competencia de la jurisdicción ordinaria, sino que se limita a ejercer la suya propia. La razón: todo acto de aplicación del derecho está sujeto a las garantías constitucionales para el ejercicio de la jurisdicción y, por tanto, a la competencia del Tribunal Constitucional para su enjuiciamiento. Si no fuera así, habría que asumir que las decisiones de la jurisdicción ordinaria estarían fuera del sistema jurídico. Por tanto, si las decisiones de la jurisdicción ordinaria derivan su validez de la Constitución, entonces el análisis por vía de amparo del respeto a los derechos y garantías constitucionales no debe suscitar controversia alguna.

(2) Su mayor retroceso fue desconocer la naturaleza constitucional del derecho al juez preconstituido por ley.<sup>19</sup> El Tribunal Constitucional dijo que a esta garantía correspondía un “resguardo reforzado”. Esto es correcto. Pero él mismo se desdijo: su interpretación importaba, al cabo, negar que esta sea una garantía de fuente constitucional, porque sólo no siéndola se justificaba que no la tutele, y como el Tribunal de hecho le había esquivado la prestación de tutela, había terminado diciendo, a pesar suyo, que no nacía de la Constitución.

El juez preconstituido por ley (juez natural competente) es parte del contenido de la garantía general del debido proceso (Arts. 115.II, 117.I y 120.I de la Constitución). Como tal, su regulación está reservada al poder legislativo (Art. 109.II). Jurídicamente, significa que (1) los juzgados y tribunales sólo pueden ser creados por ley, (2) que, además, su composición personal sólo pueden ser determinada por una ley que establezca el procedimiento para la designación de sus miembros, (3) que sólo una ley puede investirlos de jurisdicción y competencia (con anterioridad al hecho que motiva su actuación), y (4) que, en definitiva, quedan prohibidos los tribunales de excepción (Arts. 120.I y 180.III). Por tanto, la violación de cualquiera de estos supuestos habilitaría al Tribunal para tutelar al afectado. Pero esto es lo que la jurisprudencia impedía. Reconstruido, el argumento del Tribunal discurría: (1) la violación de cualquiera de los supuestos anteriores significa una actuación sin competencia. Cierto. (2) Los actos *ultra vires* (sin competencia) son materia “específica” del recurso directo de nulidad. Falso: no cuando violan un derecho fundamental. (3) Por tanto, este era el “mecanismo idóneo, inmediato, eficaz y específico para [la] protección” del juez preconstituido por ley. Falso. Y (4) si la vía es el recurso directo de nulidad, entonces, por exclusión, la acción de amparo constitucional no tutelaba esta garantía. Falso. Se trataba de una falacia de accidente (tratar lo accidental como esencial): consideraba que aquellas propiedades que accidentalmente se encuentran en una categoría conceptual, definían su esencia (como inferir de Bach y Pachelbel, como compositores barrocos alemanes, que los compositores barrocos fueron siempre alemanes).

Aquí estaba el error. Se confundía la razón de la pretensión procesal de la acción de amparo (causa de pedir) con su objeto (el efecto que produce el procedimiento). Como

<sup>18</sup> STC 1093/2012-AAC (5 de septiembre, párrafo III.2).

<sup>19</sup> STC 99/2010-RAC (10 de mayo, párrafos III.4 a III.7).

en la acción de amparo contra un acto de juez incompetente y en el recurso directo de nulidad el objeto de la pretensión es el mismo (genéricamente, la declaratoria de incompetencia), el Tribunal asumía que la razón de la pretensión de los dos procedimientos era también la misma. Pasaba por alto que la coincidencia en el objeto era aquí un accidente. Lo que hace que la acción de amparo y el recurso directo de nulidad no sean lo mismo es, precisamente, la razón de sus respectivas pretensiones procesales. Esa es la esencia de cada cual. En el recurso directo de nulidad la razón de la pretensión es la integridad objetiva de la distribución constitucional de competencias. La causa de la impugnación es la actuación *ultra vires*. Acá, el solo hecho de la falta de competencia asegura una decisión estimativa de la pretensión. La expresión de agravios que se exige al recurrente es tan solo un presupuesto procesal para la admisión del recurso. A contrario: aun cuando no se viole un derecho constitucional, habrá decisión estimativa siempre que haya actuación sin competencia. En la acción de amparo, en cambio, la razón de la pretensión es la tutela de los derechos constitucionales. Es una acción de defensa. Acá lo que importa no es si los derechos fueron lesionados por un acto sin competencia (*ultra vires*), sino, desnudamente, el hecho de que hayan sido lesionados. La expresión de agravios es aquí a la vez un presupuesto procesal y un presupuesto sustantivo para la obtención de una decisión estimativa de la pretensión. Sin daño a un derecho constitucional, no hay decisión estimativa. Ergo, si el juez preconstituido por ley es una garantía constitucional, entonces cualquier lesión a esta garantía debe remediarse por la acción de amparo, sea que haya o no sido causada por una actuación sin competencia. Negar esto ya era bastante error: equivalía a decir que el juez natural competente no era una garantía constitucional, porque sólo lo que no es un derecho constitucional no es defendible por la acción de amparo.

Pero no fue el único error. El Tribunal también confundió dos presupuestos procesales distintivos de ambos procedimientos, equiparando el del recurso directo de nulidad con el de la acción de amparo, sin reparar en que el recurso directo de nulidad es, por definición, directo. Según el Tribunal, para la procedencia del recurso directo de nulidad “se deb[ían] agotar previamente los mecanismos internos efectivos para la restitución de la garantía de competencia”. Esto se llama subsidiaridad, y es un presupuesto para la procedencia de la acción de amparo. El recurso directo de nulidad, en cambio, desde que es tal (directo), no supone el agotamiento de ninguna vía procesal previa, habida cuenta que sólo procede ante la falta de previsión de vías por parte del sistema jurídico. De haber una vía que remedie la cuestión de competencia, ésta excluye la procedencia del recurso. Lo que, llevado al juez preconstituido por ley, significaría que la jurisdicción constitucional jamás podría tutelarlos, porque de hecho todas las leyes de procedimiento consideran mecanismos excluyentes del recurso directo de nulidad (i.e. excepción de incompetencia, inhibitoria, declinatoria). Si debido a la falacia de accidente resultaba que el juez preconstituido por ley no era tutelable en vía de amparo, a consecuencia de desplazarlo hacia el recurso directo de nulidad, resultaba que ni siquiera era de origen constitucional, porque sólo lo que no nace de la Constitución no puede ser conocido por el Tribunal Constitucional, de donde el “resguardo reforzado” enunciado por el Tribunal terminaba desguarneciendo a una garantía fundamental de tutela constitucional, como

lo reconoció el propio Tribunal al reencausar su jurisprudencia y reivindicar el derecho al juez preconstituido por ley como una garantía constitucional: “en la práctica dicha disquisición [refiriéndose a la distinción entre juez imparcial, juez independiente y juez competente] provocó denegación de justicia al generarse una disfunción procesal entre el recurso directo de nulidad y la acción de amparo constitucional”.<sup>20</sup>

16. Desde su institución, el objeto de la pretensión de la acción de amparo abarcó siempre todos los derechos de índole constitucional. Pero en las reformas de 2004 se dotó a los derechos a la intimidad y a la privacidad de una acción propia, aunque por remisión expresa su procedimiento era el mismo que el de la acción de amparo (Art. 23.V). Ese fue el origen de la acción de privacidad, hoy inscrita en el artículo 130 y la remisión de su procedimiento al de la acción de amparo en el artículo 131.I. Careciendo de un procedimiento y de una instancia propia, las reformas de 2004 escindieron ociosamente el amparo. Que los derechos a la intimidad y a la privacidad no hubiesen estado expresamente mencionados en el texto de la Constitución hasta la incorporación de la acción de privacidad, no quiere decir que no fuesen derechos constitucionales. Ellos nacían del artículo 6.II, que hacía inviolables la dignidad y la libertad. Que en una república la intimidad y la privacidad sean parte de la esfera de libertad protegida es cosa que no necesita de mayor construcción, lo mismo que no necesita de mayor argumento que intimidad y privacidad hagan parte del concepto jurídico de dignidad. Antes de 2004, por tanto, podía también protegerse estos derechos usando la acción de amparo.

17. La acción popular es una innovación de la Constitución de 2009. El objeto de su pretensión es la protección de los “derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública, el medio ambiente y otros de similar naturaleza” (Art. 135). A partir de acá, el Tribunal Constitucional ha interpretado que el objeto de su pretensión se extiende también (1) a los derechos e intereses difusos, (2) a otros derechos e intereses colectivos y difusos distintos a los enunciados en el texto formal, no obstante provengan de fuente legal, y (3) a otros derechos, por su vinculación con los derechos e intereses tutelados por la acción popular.<sup>21</sup> Aunque la Constitución también remite su tratamiento procesal al de la acción de amparo (Art. 136.II), la acción popular no es subsidiaria del agotamiento previo de los medios ordinarios de defensa (Art. 136.I). Son sujetos activos de la pretensión toda persona a título individual o en representación de una colectividad (la legitimación amplia es consecuencia del carácter colectivo del objeto procesal) y, obligatoriamente, el Ministerio Público y el Defensor del Pueblo en el ejercicio de sus funciones (Art. 136.II); mientras que son sujetos pasivos de la misma toda autoridad o todo particular que, por acción u omisión, viole o amenace violar los derechos o intereses objeto de tutela por esta vía. El carácter colectivo del objeto de la pretensión extiende sus efectos a la cosa juzgada. Habiéndose pronunciado una decisión de fondo, la cosa juzgada quedará constituida por la identidad de objeto, causa y colectividad, ya que la decisión, por pronunciarse sobre un derecho o interés

---

<sup>20</sup> STC 693/2012-AAC (2 de agosto, párrafo III.2).

<sup>21</sup> STC 176/2012-AP (14 de mayo, párrafo III.1).

colectivo, produce sus efectos sobre toda la colectividad, y no únicamente sobre el específico sujeto accionante.

18. La acción de cumplimiento no tutela derechos, con mucho que el Tribunal Constitucional arribe a la conclusión contraria, al casar la razón de su pretensión con la posible existencia de un daño “directo o indirecto” a un derecho.<sup>22</sup> No es de naturaleza tutelar, porque el objeto de su pretensión es garantizar la ejecución de las disposiciones constitucionales o legales cuyo cumplimiento hubiese sido omitido (Art. 134). La Constitución es clara: no hace a la razón de su pretensión que el incumplimiento hubiese dañado o amenazare dañar un derecho constitucional. Sólo exige como fundamento el hecho del incumplimiento. A contrario, si hubiese violación de un derecho constitucional a causa de la omisión de un acto debido, la vía no sería la acción de cumplimiento, sino el amparo por omisión. Al haberse alejado del principio de unidad de acción y pluralidad de pretensiones, la Constitución ha optado por un sistema de acciones mutuamente excluyentes. Y como en su seno no puede haber antinomias, ella misma ha hecho que los actos de incumplimiento dañinos para los derechos constituyan la razón de la pretensión del amparo por omisión (Art. 128), y ha excluido del fundamento de la acción de cumplimiento el daño constitucional a un derecho. En este sentido, no debe confundirse la exigencia de fundamentar la afectación que sufre el accionante (Art. 134.II), con la razón de la pretensión de la acción de cumplimiento. Lo primero es una condición de admisibilidad, que deriva del carácter concreto de la acción. No es una acción abstracta, no vinculada a un caso concreto, resoluble por el mero interés académico del actor. De ahí que quien la interponga deba fundamentar su interés para actuar, para echar a andar la jurisdicción. Lo segundo es una condición de la pretensión, de su éxito o de su fracaso, pero necesaria para decidirla sustantivamente.

No hay un derecho a hacer valer, en vía de acción de cumplimiento, la interpretación de una disposición normativa. La interpretación de una norma corresponde a su órgano de aplicación. Sólo si por irrazonable viola derechos constitucionales, puede la jurisdicción constitucional revisarla en vía de amparo.<sup>23</sup> Por exclusión, entonces, la acción de cumplimiento sólo puede ordenar la ejecución de disposiciones constitucionales claras y expresas. Y cuando se trata de disposiciones de fuente legal, sólo hacen a la acción de cumplimiento aquellas leyes a las que la Constitución se remita expresamente, delegándoles el desarrollo de un determinado contenido fijado por ella, tal como, por ejemplo, la ley que desarrolle la composición, la organización y el funcionamiento del Tribunal Constitucional (Art. 197.III). Esto, dicho en disenso con lo sostenido por el Tribunal Constitucional,<sup>24</sup> para el que es demandable de cumplimiento por esta vía (1), no sólo cualquier ley en sentido formal, sino (2) también cualquier norma general (i. e. ley en

<sup>22</sup> STC 258/2011-ACU (16 de marzo, párrafo III.1.5).

<sup>23</sup> STC 452/2011-AAC (18 de abril, párrafo III.2).

<sup>24</sup> En cita en nota al pie 22, seguida por la STC 1675/2011-ACU (21 de octubre, párrafo III.2), luego por la STC 1765/2011-ACU (7 de noviembre, párrafo III.2) y por la STC 862/2012-ACU (20 de agosto, párrafo III.1).

sentido material, por eso dice “ley sin importar la fuente de producción, abarcando, por tanto, a decretos supremos, resoluciones supremas, la legislación departamental y municipal”). Si por la acción de cumplimiento se pudiera demandar la ejecución de cualquier ley, la distinción entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria se diluiría. Siendo aquella una acción constitucional, está para defender la Constitución, no la legalidad ordinaria. Por consiguiente, cuando la Constitución incluye en el objeto de su pretensión el incumplimiento de la ley (Art. 134.I), tal objeto debe leerse según el sistema de garantías al que pertenece, esto es, como medio de defensa de la propia Constitución. Y como es una acción instaurada para defender los mandatos claros y expresos de la Constitución, la demanda de cumplimiento de una ley no puede sino estar atada a dichos mandatos. Por tanto, al exigirse el cumplimiento de dicha ley, se está exigiendo el cumplimiento, por devolución, de la disposición constitucional que ordenó tal remisión legislativa. Pero al extender sin más el objeto de la acción de cumplimiento a la tutela del principio de legalidad, el Tribunal Constitucional ha transmutado su naturaleza constitucional en la que debería ser una de las pretensiones de un proceso contencioso-administrativo de jurisdicción plena, que condene a la Administración a dar o a hacer a consecuencia de una demanda por la omisión de un acto debido.

19. Que la acción de inconstitucionalidad es de control normativo fluye de los artículos 132 y 133 de la Constitución. Ella está para defender su integridad objetiva. Su efecto jurídico es la invalidez del derecho ordinario (objeto) que viole directamente el clausulado constitucional (razón). Nace de la Constitución como acción directa y abstracta (Art. 202.1) y como incidente a un proceso principal. En esto consiste que toda persona afectada por una norma inconstitucional esté autorizada para promoverla (Art. 132), pues el que alguien esté afectado por una norma quiere decir que será objeto de su aplicación. No hace, en consecuencia, a la razón de su pretensión la existencia de daño a un derecho constitucional.

El Tribunal ha reivindicado el incidente de inconstitucionalidad, al revertir las limitaciones a las que había sido objeto. Ya en la STC 3/2007-RII (17 de enero) lo hizo aplicable en el arbitraje, desdiciéndose del absurdo que suponía que mientras que en la jurisdicción ordinaria debía juzgarse según el derecho constitucionalmente válido, en el arbitraje podía resolverse sin consideración sobre la constitucionalidad del derecho aplicable.<sup>25</sup> Tal consecuencia sólo sería plausible si el arbitraje exorbitara el sistema constitucional. No siendo extrasistémico, es simplemente insostenible. Pero las limitaciones seguían. El incidente sólo estaba permitido de presentarse en procesos administrativos y judiciales y contra las normas a aplicarse en la decisión de fondo sobre la materia litigiosa.<sup>26</sup> A contrario, el incidente estaba vedado de presentarse (1) en procedimientos administrativos (la distinción entre proceso y procedimiento se la hizo en la STC 9/2004-RDI, 28 de enero, párrafo III.4), (2) contra normas aplicables a incidentes,<sup>27</sup> (3) en la solicitud de

---

<sup>25</sup> AC 147/2005-CA (8 de abril, párrafo II.2).

<sup>26</sup> STC 67/2003-RII (22 de julio, párrafo III.1).

<sup>27</sup> AC 25/2010-CA (23 de marzo, párrafo II.3).



tutela cautelar,<sup>28</sup> (4) contra cualquier norma procesal,<sup>29</sup> (5) contra normas que regulan el término de prueba,<sup>30</sup> (6) en la formulación de excusas y recusaciones,<sup>31</sup> (7) contra normas que regulan los actos de conocimiento,<sup>32</sup> y (8) en ejecución de sentencia.<sup>33</sup> No fue hasta la STC 658/2012-AII (2 de agosto, párrafo III.3) cuando estas restricciones fueron superadas. Pero esta sentencia ha mantenido la prohibición de presentar el incidente de inconstitucionalidad en el curso de una acción de amparo.<sup>34</sup> Este límite es correcto, pero no porque la acción de amparo deba ser expedita, que es lo que argumenta el Tribunal. Para gozar de corrección racional, este argumento debiera aceptar como fundamento implícito que las violaciones a la Constitución no son reprochables, siempre y cuando se las consolide con la debida prontitud. Es un hecho que el Tribunal no tolera este razonamiento, por eso que haya aclarado que, en las acciones de amparo, es a los propios jueces de garantías a quienes corresponde imponer la supremacía de la Constitución, aplicándola con preferencia al derecho ordinario que le fuera contrario. Para ahorrarse este rodeo, bastaba con reparar en la distinta naturaleza de la acción de amparo y del incidente de inconstitucionalidad. Mientras que la razón de la pretensión en la primera es el daño a un derecho constitucional, la razón de la pretensión en la segunda es un conflicto normativo. Por tanto, que no pueda presentarse el incidente de inconstitucionalidad en el curso de una acción de amparo es una consecuencia que viene de sus distintos objetos procesales.

20. La declaratoria de inconstitucionalidad tiene efectos profuturo. Así que las sentencias ya pasadas en autoridad de cosa juzgada, fundamentadas en la aplicación del derecho ordinario declarado luego inconstitucional, son irrevisables. Su estabilidad es consecuencia de la presunción de validez: ellas se justificaron en una norma que en su momento se estimaba válida y que, por tanto, producía sus efectos también válidamente. Pero esto no es aplicable a las sentencias en materia penal: aquí rige el *favor rei*, que es de fuente constitucional (Art. 123). Por tanto, al imputado le es aplicable retroactivamente la declaratoria de inconstitucionalidad que le es beneficiosa. *A fortiori*, la misma consecuencia es extensiva al derecho administrativo sancionador, porque si se permite lo más, por fuerza debe permitirse lo menos (*a maiore ad minus*). Como la sentencia puede declarar la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de la norma impugnada, si es lo segundo, dice la Constitución que la hace “inaplicable” con “efectos respecto a todos” (Art. 133). Lo mismo decía antes (Art. 121.II). En naturaleza jurídica se trata de una declaración de invalidez. Si la norma es válida, entonces existe como derecho y, en consecuencia, es aplicable. Si la norma es inválida, no existe y, por consiguiente, es inaplicable. Desde este punto

<sup>28</sup> AC 226/2010-CA (17 de mayo, párrafo II.5).

<sup>29</sup> AC 266/2010-CA (26 de mayo, párrafo II.3).

<sup>30</sup> AC 360/2010-CA (22 de junio, párrafo II.5).

<sup>31</sup> AC 366/2010-CA (22 de junio, párrafo II.5).

<sup>32</sup> AC 392/2010-CA (30 de junio, párrafo II.5).

<sup>33</sup> AC 450/2010-CA (12 de julio, párrafo II.5).

<sup>34</sup> AC 257/2010-CA (26 de mayo, párrafo II.3).

de vista, la redacción constitucional es redundante: una norma que no existe porque es inválida es una norma que no puede aplicarse a nadie. Los errores de redacción no son casuales. Vienen del error de asumir que en los sistemas herederos de la tradición jurídica romano-germánica los precedentes judiciales no son vinculantes. Y es este un error tan anclado en nuestro pensamiento, que el riesgo que él entraña para un sistema jurídico en términos de eficacia fue el justificativo para encargar a un único tribunal la guarda de la Constitución. Por eso, mientras que la justicia constitucional regía en Estados Unidos desde 1803, su trasplante a la tradición continental requirió la creación previa de un tribunal que monopolizase la materia, para que expresamente pudiese dotársele de efectos generales a sus decisiones. A partir de este error el derecho constitucional construyó una clasificación de los sistemas de control que los distingue según sean concentrados (un solo tribunal ejerce la jurisdicción constitucional) o difusos (varios tribunales, todos los ordinarios, que además ejercen el control constitucional). La distinción la hizo Schmitt en 1931: “Propongo el término difuso para designar el concepto opuesto al de derecho de control concentrado en una sola instancia”.<sup>35</sup> Pero esta distinción es sólo procedimental. En el modelo difuso cualquier juez puede, incidentalmente, inaplicar una norma por causa de su inconstitucionalidad. Y tal inaplicación surte efectos únicamente para los litigantes en el proceso. Pero como el carácter normativo de los precedentes no es violado (es el *stare decisis*, pararse, fundarse en lo decidido), a pesar de tratarse de sentencias de efectos relativos, los jueces aplican los precedentes constitucionales de los tribunales superiores hasta llegar a los precedentes sentados por la Corte Suprema que, por ser la corte de más alto grado, gozan de *stare decisis* ante todas las demás cortes del país. Por consiguiente, el órgano que decide sobre la constitucionalidad es el más alto tribunal, es decir, un solo órgano, como en el modelo concentrado. “[Como] las decisiones de la Corte Suprema vinculan a todos los demás tribunales, en tanto los tribunales americanos se consideren obligados por los precedentes de la Corte rechazando la aplicación de una norma a un caso concreto debido a su inconstitucionalidad, la decisión tiene prácticamente los mismos efectos que la anulación general de tal norma”.<sup>36</sup> El poder de decisión sobre la constitucionalidad del derecho ordinario no puede difuminarse. Es conceptualmente imposible. Quebraría la unidad de la Constitución.

21. A propósito de la integridad objetiva de la Constitución como garantía para el ejercicio de los derechos, la sana actitud que debiera seguir la jurisprudencia debiera ser la asumida en *United States v. Carolene Products Co*<sup>37</sup> (1938), en la cual la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que había un estrecho margen para hacer jugar la presunción de constitucionalidad cuando el derecho ordinario aparecía frente a una específica prohibición constitucional de interferir en una libertad clásica. Tales prohibiciones están en el derecho americano en las diez primeras enmiendas. En el derecho bo-

<sup>35</sup> Carl Schmitt: *La defensa de la Constitución* (2ª ed.), Madrid: Tecnos, 1998, p. 52, nota al pie 17.

<sup>36</sup> Hans Kelsen: *Judicial review of legislation: A comparative study of the Austrian and the American Constitution*, en *The Journal of Politics*, n.º 4-2, 1942, pp. 188-189.

<sup>37</sup> 304 U.S. 144 (1938).

liviano, una prohibición similar está en el artículo 13.I de la Constitución (inviolabilidad de los derechos), y el fundamento para investir a las libertades clásicas de un escrutinio judicial estricto está en la existencia del propio orden constitucional. En esto lleva la razón Popper: “No escogemos la libertad política porque nos prometa esto o aquello. La escogemos porque hace posible la única forma de convivencia entre individuos digna de un ser humano; la única forma en la que podemos ser completamente responsables por nosotros mismos”. “La libertad política es una condición previa de nuestra responsabilidad personal, de nuestra humanidad”.<sup>38</sup> Para que esa condición previa quede asegurada, tiene que asegurarse la existencia del Estado en la acepción garantista del término. Si el *minimum* de libertades no está asegurado, todo lo demás está en riesgo.

## 2. La jurisprudencia como fuente del derecho

22. Que la jurisprudencia sea fuente del derecho significa (1) que los tribunales producen derecho en sentido material, (2) que sus decisiones están racionalmente justificadas, (3) que el sistema jurídico les atribuye carácter general y (4) que son producto de una construcción interpretativa.

### 2.1. Producción judicial del derecho

23. La interpretación no es un acto de conocimiento que permita dar con un significado único, de corrección racional indiscutible. Es (1) una actividad de argumentación, de justificación de una decisión. Como tal es un razonamiento práctico, un ejercicio de juridicidad ocupado en justificar el significado normativo que mejor acomode en el sistema jurídico. Y (2) es una actividad de comprensión, de atribución de significado jurídico a una disposición. Aquí Gadamer lleva la razón:<sup>39</sup> (1) comprender es siempre interpretar (la interpretación es una forma explícita de la comprensión); (2) el conocimiento y la aplicación del derecho no son dos actos separados, sino un solo proceso unitario; y (3) la comprensión-aplicación del derecho no difiere de la comprensión de un relato. Por tanto, dado que no se trata de un acto de conocimiento, tampoco hay métodos racionales que permitan dar con significados jurídicos inequívocos. Así como una disposición puede tener varias interpretaciones posibles, también hay varios métodos de interpretación disponibles. Depende del intérprete la elección del método y la elección por una de las interpretaciones en concurso. Una vez positivada la aceptación de la interpretación elegida, el pronunciamiento sobre su corrección racional depende del ejercicio argumentativo construido por el intérprete.

<sup>38</sup> Karl R. Popper: *La responsabilidad de vivir. Escritos sobre política, historia y conocimiento*, Barcelona: Paidós, 1995, pp. 147 y 236.

<sup>39</sup> Cit. por Pedro Talavera: *Derecho y literatura*, Granada: Comares, 2006, pp. 15 y 16.

24. Que los tribunales producen derecho es un hecho aceptado en la filosofía del derecho. Positivistas como Kelsen,<sup>40</sup> Hart<sup>41</sup> y Raz<sup>42</sup> coinciden en esto. Y naturalistas como Fuller diferencian los órganos de producción jurídica por un aspecto formal: la “dimensión institucional”. Entre un objetivo político y una pretensión procesal no existe principalmente una diferencia material. La diferencia es institucional. Sólo los tribunales producen derecho enmarcados dentro de un procedimiento que los vincula a las pretensiones de las partes, las reglas de la prueba, los plazos de resolución, etc.<sup>43</sup> En cuanto órganos de producción, los tribunales se diferencian de las legislaturas por su forma de operar. Lo que define a la decisión judicial es la dimensión institucional del órgano que la produce.<sup>44</sup> Una de las características de esa dimensión es la falta de iniciativa para resolver. Los tribunales sólo producen derecho *ex parte*. Ya en 1900, en esto último decía Jellinek que estribaba la diferencia entre los poderes normativos de la judicatura y los del ejecutivo.<sup>45</sup>

En este sentido, las conclusiones de Kennedy son aventuradas: “tan pronto como se entiende la aplicación del derecho como interpretación, amenazamos con desestabilizar la estructura liberal que distingue tribunales de legislaturas, el derecho de la política y el Estado de Derecho de la tiranía”.<sup>46</sup> Nada de esto es cierto. La decisión política se caracteriza porque es racionalmente argumentable a partir de los fines que persigue. Por consiguiente, la opción entre alternativas políticas se basa en las consecuencias que previsiblemente van a tener los medios escogidos para alcanzar el fin que se invoca como fundamento de la decisión. La decisión judicial se basa en un modelo argumental distinto. Más allá de su estabilidad formal, aquí las decisiones sólo pueden estar justificadas si es que (1) sus argumentos son de derecho positivo, y (2) si es que esos argumentos gozan, cuando menos, de un grado aceptable de corrección racional.

## 2.2. Justificación de las decisiones judiciales

25. Desde el punto de vista del observador, la aceptación de una decisión es un pronunciamiento sobre su corrección racional. Hay corrección racional cuando las decisiones

<sup>40</sup> Hans Kelsen: *Introduction to the problems of legal theory, a translation of the first edition of the Reine rechtslehre or Pure theory of law* (1ª reimpression), Nueva York: Clarendon Press, 2002, p. 83.

<sup>41</sup> H. L. A. Hart: *The concept of law* (2ª ed.), Nueva York: Clarendon Press, 1994, pp. 12 y 273.

<sup>42</sup> Joseph Raz: *The authority of law, essays on law and morality*, Nueva York: Clarendon Press, 1983, pp. 182 y 207.

<sup>43</sup> Para Capelleti lo que caracteriza a los tribunales no es su “pasividad sustancial” (creativa), sino su “pasividad procesal”: la conexión de la actividad decisional con las reglas del proceso (cf. Mauro Capelleti: “The mighty problem of judicial review and the contribution of comparative analysis”, en *Southern California Law Review*, n.º 54, 1980, p. 409).

<sup>44</sup> Cf. Lon Fuller: “The forms and limits of adjudication”, en *Harvard Law Review*, n.º 92, 1978, pp. 356-369.

<sup>45</sup> Georg Jellinek: *Teoría general del Estado* (2ª ed., 1ª reimpression), México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 547.

<sup>46</sup> Duncan Kennedy: *A critique of adjudication*, Cambridge: Harvard University Press, 1997, p. 37.

son justificables por su universalidad, su coherencia y su consecuencia con los valores del sistema. La justificación de las decisiones judiciales es una exigencia del Estado de Derecho, no un elemento lógico del sistema jurídico. Sólo en el Estado de Derecho se considera que una decisión no está suficientemente justificada por el solo hecho de haber sido dictada por una autoridad competente (determinismo metodológico). Aquí, a la estabilidad formal de las decisiones debe agregársele la corrección racional de su justificación. Fundamentar una decisión judicial no es exponerla (labor descriptiva), sino justificarla. Esto es, dar razones que sostengan la corrección racional de la decisión adoptada. La justificación conlleva formular juicios evaluativos (formales o materiales) sobre el derecho y los hechos del caso. De esto se desprende, como regla natural, que la argumentación será más compleja cuanto más complejos sean los casos. Tratándose de la justicia constitucional, la labor argumentativa arrastra las complejidades propias de (1) resolver en el marco de la indeterminación característica de las constituciones, y (2) decidir autoritativamente sobre el significado jurídico de la Constitución. Con esto, en cada decisión constitucional los tribunales tienen en sus manos todo el Estado de Derecho.

26. La justificación significa control democrático por dos razones.

(1) Porque es la precondition de toda segunda instancia y de toda vía recursiva. Aquí los afectados accionan fundándose en la justificación de la decisión objetada. Piden que un órgano autorizado para enjuiciar los actos de otro se pronuncie al respecto. Se trata del sistema de frenos y contrapesos aplicado *intra organum* y promovido como contenido de una pretensión procesal. Constituye el derecho a obtener una sentencia fundada, que nace de la tutela judicial efectiva y del debido proceso (Art. 115 de la Constitución), cuestión en la que el Tribunal Constitucional arrastra una consolidada tradición garantista. Ya estaba suficientemente afirmado en la jurisprudencia (1) la relación entre motivación, debido proceso y tutela judicial efectiva, (2) que el cumplimiento de la exigencia de motivar se medía por su cometido constitucionalmente asignado de proporcionar conocimiento material efectivo sobre las razones de la decisión, y (3) que la carencia de motivación significaba comisión de acto arbitrario.<sup>47</sup> Esto no ha variado.<sup>48</sup> La reafirmación de la jurisprudencia ha llevado (1) a enfatizar la mayor importancia que tiene la motivación cuando se está ante un tribunal de cierre<sup>49</sup> y (2) a determinar el contenido esencial del derecho a obtener una sentencia fundada, a partir del *telos* propio de la justificación de las decisiones en el Estado de Derecho. Con esto, la motivación ha adquirido corporeidad propia, que redunde en su garantía. Como su autonomía normativa viene de los fines que debe cumplir, para el respeto de su contenido esencial las decisiones deben (1) expresar el sometimiento manifiesto a la Constitución y al derecho ordinario en general, (2) convencer de que la decisión es expresión de justicia, razonabilidad y congruencia

<sup>47</sup> Por todas, STC 1163/2006-RAC (20 de noviembre, párrafo III.2) y STC 937/2006-RAC (25 de septiembre, párrafo III.3.1).

<sup>48</sup> Por todas, STC 2212/2010-AAC (19 de noviembre, párrafo III.3) y STC 275/2012-AAC (4 de junio, párrafo III.2.1).

<sup>49</sup> STC 2210/2012-AAC (8 de noviembre, párrafo III.1).

con lo pedido, y no fruto de la arbitrariedad, (3) garantizar la posibilidad de control de la decisión por los medios de impugnación respectivos y (4) permitir el control de democrático de los tribunales.<sup>50</sup>

(2) La justificación significa también control democrático porque es la precondition para la creación judicial del derecho. Un precedente se afirma por la fuerza de su justificación. Y se lo cambia cuando la fuerza de otra justificación articula mejor en el sistema jurídico. Acá la justificación de las decisiones judiciales es una exigencia que viene del derecho a la igualdad ante la ley (Arts. 8.II y 14.III) y de la garantía de seguridad jurídica (Art. 178.I), cuestiones que el Tribunal ha sabido reivindicar como fundamentos de la creación judicial del derecho.<sup>51</sup>

27. La argumentación exige una rigurosa economía del razonamiento jurídico, que por criterio de razón suficiente evite cuestiones impertinentes al asunto en cuestión. La adecuada justificación de las decisiones judiciales comienza por distinguir entre casos fáciles y difíciles.

(1) Son fáciles los casos cuyas premisas normativas y fácticas no son controversiales. Puesto que sus premisas son convencionalmente aceptadas, se producen conclusiones racionalmente aceptables sin necesidad de mayor esfuerzo argumentativo. Por esto, el razonamiento deductivo es suficiente para justificar la decisión. Esta es una justificación formal o de primer nivel. Aquí el silogismo de Beccaria basta.<sup>52</sup>

(2) Son difíciles los casos cuyas premisas no son convencionalmente aceptadas. Tratándose de sus premisas normativas, esto puede deberse a problemas de relevancia o de interpretación. Son problemas de relevancia las dudas sobre la determinación de la norma aplicable o sobre su propia existencia. Los problemas de interpretación suponen dudas sobre el significado jurídico de la norma aplicable. Tratándose de las premisas fácticas, el que no sean convencionalmente aceptadas puede deberse a problemas de prueba o de calificación. Se llaman problemas de prueba a las dudas sobre la existencia de los hechos requeridos para hacer operativa la hipótesis de la norma. Son problemas de calificación las dudas sobre la determinación del significado jurídico de un hecho probado.

28. Desde el punto de vista de la argumentación, el razonamiento deductivo es insuficiente para justificar la decisión de un caso difícil. Aquí, a la lógica formal (justificación de primer nivel), debe sumársele criterios de razonabilidad (justificaciones de segundo nivel). De esta manera, cada premisa problemática debe justificarse en criterios que sostengan la corrección racional de la decisión tomada. Hecho esto, la justificación formal puede ejecutarse. En este sentido, el razonamiento deductivo no sólo describe los casos fáciles, sino también los difíciles. No hay caso en que la decisión judicial, desde que es aplicación del derecho, no vaya de una norma general a una particular. El problema está en determinar las premisas del silogismo; una vez justificadas, la decisión podrá describirse como un proceso deductivo.

<sup>50</sup> STC 2221/2012-AAC (8 de noviembre, párrafo III.1).

<sup>51</sup> STC 846/2012-AAC (20 de agosto, párrafo III.3.1).

<sup>52</sup> César Beccaria: *De los delitos y de las penas*, Madrid: Aguilar, 1974, pp. 76, 77, 79 y 81.

29. Para MacCormick<sup>53</sup> los criterios de razonabilidad para la construcción de justificaciones de segundo nivel son tres:

(1) La universalidad, que no es nueva en el pensamiento jurídico: donde hay identidad de razón debe haber identidad de derecho (*ubi eadem ratio iuris, ibi eadem legis dispositio*). Supone dar el mismo tratamiento a todos los casos cuyas premisas sean las mismas, y tratar de modo distinto a los que tengan premisas diferentes. Implícitamente, este es el razonamiento que ha llevado al Tribunal Constitucional a afirmar la obligación de una “protección constitucional reforzada de los derechos de las personas pertenecientes a sectores en condiciones de vulnerabilidad”.<sup>54</sup> La universalidad de una decisión descansa, a su vez, en una decisión previa: la determinación de las premisas relevantes del caso y la determinación de las premisas relevantes de los casos con los que será confrontado.

(2) La coherencia, que cuando se refiere a las premisas normativas significa que la justificación no es antinómica con las normas del sistema jurídico, o inconsistente con los valores implícitos que lo unifican. Consecuencia práctica inmediata de esto es la revisión de la legalidad ordinaria en vía de amparo, cuando la “labor interpretativa resultare insuficientemente motivada, arbitraria, incongruente, absurda e ilógica o con error evidente”.<sup>55</sup> Cuando se refiere a las premisas fácticas, la coherencia significa que la prueba y calificación de los hechos debe estar en conformidad con las leyes científicas aplicables y con los datos convencionalmente aceptados por la experiencia. Acá, la consecuencia práctica inmediata es la revisión constitucional de la valoración de la prueba, cuando “exista apartamiento de los marcos legales de razonabilidad y equidad previsible para decidir”.<sup>56</sup>

(3) La consecuencia, que conlleva considerar las consecuencias de la decisión según los valores adoptados por el sistema jurídico. La decisión cuyas consecuencias mejor sirvan a estos valores estará mejor justificada. Su fuerza justificatoria está en relación directa con los objetivos sociales que persigue el sistema. Por tanto, las justificaciones de consecuencia son adecuadas si contribuyen con tales objetivos. Ya esto ha venido haciéndose cerca de una década atrás, desde que el Tribunal Constitucional explicitó la aplicación directa de los principios y valores superiores del ordenamiento.<sup>57</sup> Este ha sido el razonamiento detrás de la decisión de permitir que en los supuestos de tutela por medidas de hecho se flexibilicen las reglas de legitimación pasiva, cuando quien acude en amparo no pueda identificar a sus demandados.<sup>58</sup> De no permitirse esta excepción, el ordenamiento estaría trabajando a favor de su propia ruptura, premiando con la imposibilidad

<sup>53</sup> Cf. Neil MacCormick: *Legal reasoning and legal theory*, Nueva York: Clarendon Press, 1978. En la bibliografía nacional puede consultarse Pedro Talavera: *Interpretación, integración y argumentación jurídica*, Santa Cruz: El País, 2008, pp. 205-269.

<sup>54</sup> En cita en nota al pie 51, párrafo III.1.

<sup>55</sup> STC 832/2012-AAC (20 de agosto, párrafo III.4).

<sup>56</sup> En cita en nota al pie 55, párrafo III.5.

<sup>57</sup> STC 1846/2004-RAC (30 de noviembre, párrafo III.2).

<sup>58</sup> STC 1478/2012-AAC (24 de septiembre, párrafo III.1.2).

de ser demandado a quien lo quebranta por un acto de fuerza patente, beneficiándolo así con su propio ilícito.

30. Necesitándose justificaciones de segundo nivel, decidir un caso difícil con base en una justificación de primer nivel es abusar de la deducción. La decisión descansaría en un razonamiento formalista, una degeneración del pensamiento formal. El formalismo es el error de no darse cuenta que la decisión necesita de justificaciones de segundo nivel. Es el caso del juez que ignora que está ante una laguna y que le corresponde su integración, o que ignora que está ante una antinomia y que su decisión debe eliminarla. Como efecto, el formalismo corre en contra de la aceptación racional de la decisión.

Y, al contrario, decidir un caso fácil basándose una justificación de segundo nivel es caer en un error sustantivista. Éste constituye una degeneración del pensamiento sustantivo (material). El error consiste en no darse cuenta de que el razonamiento deductivo es suficiente para justificar la decisión.<sup>59</sup>

### 2.3. Carácter normativo de los precedentes constitucionales

31. La unidad del sistema jurídico exige que los precedentes constitucionales gocen de preeminencia sobre el derecho ordinario. La razón: su órgano productor es el único autorizado por el sistema para pronunciarse autoritativamente sobre la Constitución (Art. 196). Esto es consecuencia de que el custodio de la Constitución sea un tribunal, un órgano cuyas decisiones son jurídicamente incontrovertibles. La naturaleza de sus decisiones hace del Tribunal Constitucional el supremo intérprete de la Constitución, el único órgano capaz de determinar autoritativamente su significado. Con esto, la supremacía normativa se predica de la Constitución tal como resulta interpretada por su custodio.

32. En los sistemas jurídicos de tradición civil, de cotidiano el papel del juez se considera más restringido y modesto que el papel que sus pares desempeñan en los sistemas jurídicos de derecho común (*common law*). Esta diferencia se debe a los efectos que se atribuyen a los precedentes judiciales. En los sistemas de derecho común los jueces tienen la obligación de resolver casos similares conforme a sus propias decisiones, las decisiones de sus pares o las de sus superiores (*stare decisis*). En cambio, en la tradición civil el carácter normativo de los precedentes es resistido o ignorado por los operadores jurídicos. Esta resistencia se explica por lo siguiente:

(1) La influencia de la Revolución Francesa, que llevó la división de poderes al equívoco de asumir que sólo el cuerpo legislativo creaba derecho. Hasta tiempos prerrevolucionarios los jueces continentales actuaban de manera similar a sus colegas ingleses, desarrollando un cuerpo de normas de derecho común y su propia doctrina del precedente. Esto fue interrumpido por la Revolución, que reclamaba el monopolio en la producción jurídica para poder consolidar sus reformas por medio del derecho. Así se aseguraba de antemano que la judicatura acompañase el proceso revolucionario juridizado por la

<sup>59</sup> Las definiciones de formalismo y sustantivismo son de P. S. Atiyah y Robert S. Summers: *Form and substance in Anglo-American law*, Nueva York: Clarendon Press, 1987, p. 28.



Asamblea Nacional.<sup>60</sup> La dramática separación conceptual entre creación y aplicación del derecho respondía a la necesidad ideológica de legitimación del poder público. La imagen de una autoridad creando derecho pero no derivando su poder directamente del pueblo soberano rompía con el entendimiento revolucionario de la división de poderes.

(2) La ideología de la codificación, que, como producto del naturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII, creyó haber encontrado unas leyes universales llamadas a regir el comportamiento humano. Esto degeneró en la exageración de la importancia de los códigos y del derecho de fuente legislativa en general, como si fueran los depositarios de todo el derecho.

(3) El predominio de la Escuela de la Exégesis, que, como consecuencia de los dos puntos anteriores, describió al juez como un puro aplicador mecánico de las leyes. Por un lado, no podía participar en el proceso de creación del derecho, porque esa labor le correspondía a la legislatura. Y, por otro, la interpretación e integración del derecho, como fuentes tradicionales de su poder normativo, ya no tenían razón de ser: el alto grado de perfección supuestamente alcanzado por los códigos las hacía innecesarias.

33. Ninguna de estas razones es de derecho positivo. Y en el sistema de derecho vigente no hay norma que prohíba a los precedentes judiciales su efecto vinculante. Al contrario, como la unidad del sistema jurídico presupone la unidad de su norma fundacional, siempre que la norma fundacional de un sistema, además de establecer las formas de creación de nuevo derecho, tenga un contenido material, el que fuera, el respeto al precedente será un elemento de dicho sistema. Que los casos similares sean decididos de modo similar importa mantener tal unidad. En este sentido, (1) la Constitución no sólo es una norma dotada de contenido, sino que (2) parte de ese contenido consiste en la igualdad de las personas ante la ley (Arts. 8.II y 14.III) y en la garantía de seguridad jurídica<sup>61</sup> (Art. 178.I). (3) Esto significa que ante todos los hechos "A" el derecho debe ser "B" (se entiende que "A" supone la identidad fáctica del supuesto y sus circunstancias). (4) En consecuencia, de la propia Constitución nace el respeto a los precedentes, en sus respectivas materias, del Tribunal Constitucional Plurinacional, del Tribunal Supremo de Justicia y del Tribunal Agroambiental. (5) A contrario, si ante los hechos "A" el derecho no fuera "B", sino indistintamente "C", "D" o "E", entonces no habría igualdad ante la ley ni tampoco habría garantía de seguridad jurídica.

34. En un inicio el Tribunal Constitucional no tuvo esto en claro. Su argumento para fundar la obligatoriedad de sus precedentes tomaba apoyatura en su Ley de organización, sin advertir lo denigrante de tal razonamiento para la supremacía constitucional. Si para ser vinculantes los precedentes necesitan de una ley, entonces sería la ley la fuente

<sup>60</sup> Cf. John Henry Merryman: *La tradición jurídica romano-canónica* (8ª reimpresión), México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2003, pp. 47-59, 72-80.

<sup>61</sup> En un sentido formal, la exigencia de seguridad jurídica es ínsita a todo sistema jurídico. Ella supone la realización de su premisa conceptual formal por excelencia, a saber, el cumplimiento de sus normas.

suprema del ordenamiento y no la Constitución.<sup>62</sup> Pero esto ha sido enmendado por el propio Tribunal. Sus últimos desarrollos en la materia atribuyen al derecho a la igualdad y a la garantía de seguridad jurídica la vinculatoriedad de sus precedentes,<sup>63</sup> no obstante los reproches que puedan hacerse por no haberse detenido a interpretar el artículo 203 de la Constitución, que, al decir “las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio”, se está refiriendo a dos cosas distintas con efectos jurídicos propios cada una, cuyas respectivas relaciones de correspondencia quedan veladas en el texto por no llevar escrito, después de la coma, la palabra “respectivamente”, que es la que con propiedad identifica las relaciones de correspondencia entre los miembros de una serie. Reconstruido a partir de su solo texto, el artículo 203 está diciendo que “las decisiones [...] son de carácter vinculante” y que “las sentencias [...] son de cumplimiento obligatorio”. Con lo cual, del mismo texto nace la vinculatoriedad general de los precedentes, referidos en el artículo como “decisiones” en alusión a razones de la decisión, y nace también el carácter obligatorio de la parte dispositiva de las sentencias.

35. El precedente no es el íntegro del texto de la sentencia ni únicamente su parte resolutive. Es, con un criterio de razón suficiente, el derecho declarado aplicable a las hipótesis necesarias para justificar la decisión, lo que alguna vez, invitando a la confusión con la analogía como mecanismo de integración del derecho, el Tribunal Constitucional dio en llamar analogía fáctica.<sup>64</sup> No hacen parte del precedente las cuestiones incidentales, como referencias doctrinales, citas de derecho comparado, mención a disposiciones jurídicas aplicables al asunto pero no decisivas para su resolución, o los hechos que, aunque considerados, no son determinantes para justificar la decisión final; todo lo cual se conoce como *dicta*, que no importa jurisprudencia. Al respecto, dice Goodhart que el precedente se encuentra “tomando los hechos considerados por el juez y su decisión en tanto que basada en ellos”.<sup>65</sup>

36. El Tribunal Constitucional indujo a confusión respecto al valor jurídico de sus precedentes. Los definió con una contradicción en los términos: “como la doctrina constitucional boliviana creada a través de la interpretación constitucional [con] fuerza vinculante”.<sup>66</sup> Esta es la contradicción: si es doctrina entonces no tiene fuerza vinculante, que es el valor jurídico que corresponde a los precedentes en tanto que normas jurídicas. El Tribunal confundía las normas jurídicas con el documento que las contiene. Por ello que equiparase sus precedentes a la doctrina. El precedente es una norma jurídica contenida en un documento llamado sentencia. Éste, además del precedente, acoge los *dicta*. Y éstos, como la doctrina en general, no tienen fuerza vinculante. Sólo pueden

<sup>62</sup> STC 1781/2004-RAC, 16 de noviembre, párrafo III.1).

<sup>63</sup> En cita en nota al pie 51.

<sup>64</sup> AC 004/2005-ECA (16 de febrero, párrafo II.1).

<sup>65</sup> Arthur L. Goodhart: “Determining the *ratio decidendi* of a case”, en *Yale Law Journal*, n.º 40, 1930, p. 182.

<sup>66</sup> En cita en nota al pie 62.

ser invocados en futuros casos a título de referencia. Esto es lo que los diferencia de los precedentes.

37. Pero todas estas y otras imprecisiones en el uso del lenguaje ya han sido resueltas por la STC 846/2012-AAC (20 de agosto, párrafo III.3). Acá el Tribunal (1) afirmó el valor de la jurisprudencia como fuente directa del derecho, (2) fundó su fuerza vinculante en la igualdad y en la seguridad jurídica, (3) reconoció la importancia de los precedentes para la unidad y coherencia del ordenamiento, (4) recordó que los cambios jurisprudenciales deben estar fundados en interpretaciones que acomoden mejor con la Constitución, (5) diferenció entre precedente y *dicta*, (6) afirmó la aplicación inmediata en el tiempo de la jurisprudencia, (7) introdujo el concepto de *prospective overrule*, y (8) hizo pedagogía acerca de la aplicación e invocación de los precedentes.

38. Queda aún a la jurisprudencia casar el respeto al precedente con la independencia judicial. La precondition para que el órgano judicial sea verdaderamente inmune a las presiones es que exista con la dignidad de un auténtico poder del Estado ante los ojos del ciudadano. A ello contribuye el carácter vinculante de sus decisiones.

(1) En efecto, la unidad de la jurisprudencia beneficia al ciudadano, por redundar en certeza y previsibilidad respecto de las decisiones de los poderes públicos, incluyendo las judiciales. Por esto, Llewellyn dice que “aún cuando los predecesores hubiesen sido malos, ignorantes, tontos o parcializados, la certeza de que sus sucesores seguirán sus precedentes da la base para que se pueda prever las acciones de los tribunales”.<sup>67</sup>

(2) Las garantías del ciudadano penden del supuesto de que el poder frene al poder. Como esto supone la eficacia del derecho como sistema de seguridad, es preferible que la interpretación autoritativa de la Constitución y las leyes sea vinculante, a que no lo sea. El decisor que basa sus acciones en normas está adelantando sus futuras decisiones, lo que satisface a un principio general de consistencia, que hace a la necesidad misma de seguridad jurídica.

(3) El tema también envuelve la cuestión de la unidad del sistema jurídico. Al conllevar la realización de sus premisas conceptuales mismas, la unidad redundante en la eficacia del sistema. Y la premisa por excelencia de cualquier sistema normativo es que la sola existencia de normas de aplicación cierta ya supone limitar la arbitrariedad.

## 2.4. Interpretación de la Constitución

39. Las reglas de interpretación positivadas son metanormas (fuentes). Ellas, al regular la reconstrucción interpretativa de las disposiciones jurídicas, están sujetando sus condiciones de validez al criterio de interpretación positivado por la regla. Esto es lo que ocurre con el artículo 196.II de la Constitución, que es por su naturaleza una cláusula de interpretación: “En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional

<sup>67</sup> Karl Llewellyn: *The Bramble Bush* (reimpresión), Nueva York: Oceana/Oxford University Press, 1961, p. 65.

aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto”.

40. El artículo no dice que preferirá un criterio al otro, sino que preferirá ambos: “con preferencia” uno “así como” el otro, que es lo mismo que “con preferencia” uno “y” el otro. La determinación de su significado jurídico es más compleja que la lectura de su texto. Si ambos criterios deben aplicarse “con preferencia”, entonces otros criterios también pueden aplicarse, pero sin tal carácter preferente. Por su contenido, “con preferencia” no es una prohibición, sino un permiso: autoriza a servirse de otros criterios, frente a los cuales tienen preferencia los mencionados en la cláusula, como lo ha leído correctamente el Código Procesal Constitucional, al decir que “podrá” aplicarse también los métodos sistemático y teleológico (Art. 2.II.1). Por tanto, por su propio texto, la cláusula de interpretación no confina a la aplicación de sus criterios, sino que obliga al Tribunal a justificar su inaplicación, cuando existan razones excluyentes para hacerlo (razones que justifiquen que, a pesar de inaplicarlos, no está incumpliendo la Constitución).<sup>68</sup> Hasta aquí se extiende su sentido normativo.

41. Tales razones excluyentes pueden ser las siguientes:

(1) El agotamiento de los criterios impuestos por la cláusula de interpretación. No puede acudir a la “voluntad del constituyente” cuando sus “documentos, actas y resoluciones” simplemente no se pronuncian sobre la disposición en análisis; o, pronunciándose, su interpretación no conduzca a ningún resultado o conduzca a varios resultados posibles. Tampoco puede acudir al “tenor literal del texto” cuando el texto lleve al mismo tipo de resultados (o ninguno o varios posibles). Cada criterio está limitado por las propias razones que lo justifican como tal. No hay criterio que no pueda sucumbir por agotamiento interno. Ningún criterio de interpretación está libre de no conducir a ningún resultado, como tampoco está libre de conducir a varios resultados posibles. Para lo primero, recurrir a un criterio distinto será materia obligada. Para lo segundo, el concurso de interpretaciones posibles sólo podrá ser resuelto con un criterio distinto al que lo originó. Cuando un criterio sucumbe por agotamiento interno, son sus propias limitaciones las que devuelven al intérprete la plenitud de su libertad hermenéutica. Y es por ello que tal agotamiento constituye una razón excluyente material. En este caso es la propia materia o contenido del criterio lo que excluye la posibilidad de aplicarlo.

(2) El quebrantamiento de la unidad de la Constitución. El sistema jurídico forma una unidad, en la medida que la validez de la pluralidad de sus normas puede ser reconducida hacia una única norma mayor como fuente universal de validez. Para que un sistema jurídico forme una unidad, la norma que le provee validez debe también formar una unidad: lo que se traduce en que el seno de la Constitución no puede albergar antinomias (principio de unidad de la Constitución). Por tanto, con cláusula de interpretación o sin ella, una interpretación constitucional posible es aquella que se justifica en la unidad de la Constitución. A contrario: debe rechazarse aquella interpretación que quiebre la

<sup>68</sup> El concepto de “razones excluyentes para la acción” es de Raz (cf. Joseph Raz: *Practical reason and norms* (reimpresión), Nueva York: Oxford University Press, 2002, pp. 35 y ss).

unidad del sistema, aun cuando fundada en la “voluntad del constituyente” o el “tenor literal del texto”.

(3) La alteración en la distribución de competencias. Al fundar un sistema jurídico, la Constitución establece su estructura formal, de la que son consecuencia las relaciones entre sus fuentes del derecho y las relaciones de competencia entre los órganos constitucionales. También será una interpretación posible cualquiera que se justifique en la estructura constitucional del sistema de competencias, debiendo inaplicarse la “voluntad del constituyente” o el “tenor literal del texto” cuando los resultados que presenten sean contrarios a la distribución constitucional de competencias (principio de corrección funcional), por el riesgo que conlleva para el sistema de frenos y contrapesos como garantía de los derechos.

42. Que justificar la aplicación o inaplicación de la cláusula de interpretación complica la labor del Tribunal, es un hecho: es el costo de haber direccionado desde la Constitución su capacidad interpretativa. Pero, que es eso lo que le toca hacer, es también un hecho: del custodio de la Constitución no se espera que la custodie incumpléndola. Y que es esto lo que hasta el momento no ha efectuado, es otro hecho:

(1) En unos pocos casos, el Tribunal ha dicho inaplicar el artículo 196.II con la cobertura del artículo 256.II,<sup>69</sup> que no es alternativa al primero, sino expresión de la vocación existencial de la Constitución: garantizar el ejercicio de los derechos, de lo que el artículo 196.II es tan sólo instrumento. Más allá del lenguaje, el acto interpretativo, como tal, es metodológicamente correcto, porque tiene apoyatura en la relación de medios a fines que vincula a ambos artículos.

(2) En menos casos aún, los disidentes con la mayoría han justificado sus votos en la insuficiencia de la cláusula de interpretación.<sup>70</sup> La diferencia con el supuesto anterior es solamente retórica. También aquí aplican el artículo 256.II, pero sin citarlo. Aunque lacónico, en estos casos hay un intento de excluir la cláusula de interpretación con pie en el agotamiento de sus criterios. Por tanto, también aquí el acto interpretativo en sí mismo, velado por el texto, es acertado.

(3) Pero, en la mayoría de los casos, la cláusula de interpretación simplemente ha sido pasada de largo: el Tribunal no justifica que sus decisiones estén fundamentadas en sus criterios, ni justifica tampoco que se fundamenten en otros. Su silencio al respecto no significa necesariamente que la cláusula esté siendo rebasada: aunque no mencionado, el criterio efectivamente aplicado puede ser uno de los de la cláusula o, como en los casos señalados, el rodeo justificativo del Tribunal puede ocultar un acto interpretativo metodológicamente correcto, no obstante la literalidad de su fundamentación. Pero dicho silencio sí significa insuficiencia de motivación. Si la Constitución ha preferido unos criterios de interpretación por encima de los demás, para cumplir con el derecho

<sup>69</sup> Por todas, STC 773/2011-AAC (20 de mayo, párrafo III.1).

<sup>70</sup> Por todos, voto disidente a la STC 270/2011-AAC (29 de marzo, párrafo 2), seguido por el voto disidente a la STC 547/2011-AAC (29 de abril, párrafo 2), y por el voto disidente a la STC 680/2011-AAC (16 de mayo, párrafo 2).

a una sentencia fundada, habrá que comenzar por justificar el criterio de interpretación utilizado.

## Bibliografía

- ALEXY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales* (3ª reimpresión), Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ATIYAH, P. S. y Robert S. SUMMERS: *Form and substance in Anglo-American law*, Nueva York, Clarendon Press, 1987.
- BECCARIA, César: *De los delitos y de las penas*, Madrid: Aguilar, 1974.
- CAPELLETI, Mauro: “The mighty problem of judicial review and the contribution of comparative analysis”, en *Southern California Law Review*, n.º 54, 1980.
- FULLER, Lon: “The forms and limits of adjudication”, en *Harvard Law Review*, n.º 92, 1978.
- GOODHART, Arthur L.: “Determining the ratio decidendi of a case”, en *Yale Law Journal*, n.º 40, 1930.
- HART, H. L. A.: *The concept of law* (2ª ed.), Nueva York: Clarendon Press, 1994.
- JELLINEK, Georg: *Teoría general del Estado* (2ª ed., 1ª reimpresión), México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2002.
- KELSEN, Hans: “Judicial review of legislation: A Comparative study of the Austrian and the American constitution”, en *The Journal of Politics*, n.º 4-2, 1942.
- \_\_\_\_\_*Introduction to the problems of legal theory, a translation of the first edition of the Reine rechtslehre or Pure theory of law* (1ª reimpresión), Nueva York: Clarendon Press, 2002.
- KENNEDY, Duncan: *A critique of adjudication*, Cambridge: Harvard University Press, 1997.
- LLEWELLYN, Karl: *The Bramble Bush* (reimpresión), Nueva York: Oceana/Oxford University Press, 1961.
- MACCORMICK, Neil: *Legal reasoning and legal theory*, Nueva York: Clarendon Press, 1978.
- MERRYMAN, John Henry: *La tradición jurídica romano-canónica* (8ª reimpresión), México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2003.
- POPPER, Karl R.: *La responsabilidad de vivir. Escritos sobre política, historia y conocimiento*, Barcelona: Paidós, 1995.
- RAZ, Joseph: *The authority of law, essays on law and morality*, Nueva York: Clarendon Press, 1983.
- \_\_\_\_\_*Practical reason and norms* (reimpresión), Nueva York: Oxford University Press, 2002.
- SCHMITT, Carl: *La defensa de la Constitución* (2ª ed.), Madrid: Tecnos, 1998.
- TALAVERA, Pedro: *Derecho y literatura*, Granada: Comares, 2006.
- \_\_\_\_\_*Interpretación, integración y argumentación jurídica*, Santa Cruz: El País, 2008.

Carlos Ayala Corao (Venezuela)\*

## Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela

### RESUMEN

La decisión del Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela de denunciar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), además de afectar la protección colectiva de los derechos de las víctimas ante el sistema regional interamericano, viola su propia Constitución en virtud de que ésta (i) le otorgó jerarquía y supremacía constitucional a los tratados relativos a los derechos humanos; (ii) incorporó a la CADH expresamente en su normativa dentro de los requisitos internos que cumplir en los estados de excepción; (iii) consagró el derecho de protección internacional de los derechos humanos mediante el sistema de peticiones individuales previsto en los tratados sobre la materia; (iv) consagró en el derecho interno el principio de progresividad de los derechos humanos conforme a los tratados sobre la materia; y (v) estableció a los derechos humanos como un principio rector de las relaciones internacionales del Estado. La denuncia de la CADH afecta a la democracia, al estado constitucional y a los derechos humanos en Venezuela, y debilita al sistema interamericano de derechos humanos.

**Palabras clave:** Venezuela, derecho constitucional, derechos humanos, política y gobierno, supremacía constitucional, principio de progresividad, derecho internacional de los derechos humanos.

### ZUSAMMENFASSUNG

Die Entscheidung der Regierung der Bolivarianischen Republik Venezuela, die Amerikanische Menschenrechtskonvention (AMRK) aufzukündigen, beeinträchtigt nicht nur den kollektiven Schutz der Opferrechte im Rahmen des regionalen interamerikanischen Systems, sondern sie verletzt auch die eigene Verfassung, weil diese (i) internationale Verträge über Menschenrechte in der Normenhierarchie anerkennt und ihnen Vorrang einräumt; (ii) die AMRK ausdrücklich als Bestandteil der im Ausnahmezustand auf nationaler Ebene

---

\* Profesor de Derecho Constitucional, miembro de la Comisión Internacional de Juristas. Ex-presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

zu erfüllenden Anforderungen in ihre Bestimmungen aufgenommen hat; (iii) das Recht auf internationalen Schutz der Menschenrechte durch das in den einschlägigen Verträgen vorgesehene System individueller Petitionen anerkennt; (iv) im nationalen Recht das Prinzip der Progressivität der Menschenrechte gemäß den zu diesem Thema geschlossenen internationalen Verträgen festschreibt; und (v) die Menschenrechte zu einem Leitprinzip der internationalen Beziehungen des Staates erklärt. Die Aufkündigung der AMRK beeinträchtigt die venezolanische Demokratie, die verfassungsmäßige Ordnung und die Menschenrechte in Venezuela, und sie schwächt das interamerikanische System zum Schutz der Menschenrechte.

**Schlagwörter:** Venezuela, Verfassungsrecht, Menschenrechte, Politik und Regierung, Vorrang der Verfassung, Prinzip der Progressivität, Internationales Recht der Menschenrechte.

## ABSTRACT

The decision by the Government of the Bolivarian Republic of Venezuela to denounce the American Convention on Human Rights (ACHR) not only affects the collective protection of victims' rights by the regional Inter-American system. It also infringes its own constitution which: (i) awarded constitutional hierarchy to human rights treaties; (ii) expressly incorporated the ACHR into the Venezuelan legal system among the internal requirements that must be observed in a state of exception; (iii) established the right to international protection of human rights by means of individual petitions, according to the provisions of the relevant treaties; (iv) integrated into national law the principle of progressive realization of human rights, as per the relevant treaties; (v) established human rights as a guiding principle for the State's international relations. The denunciation of the ACHR has an impact on democracy, the constitutional system and human rights in Venezuela, and weakens the Inter-American human rights system.

**Keywords:** Venezuela, Constitutional law, Human rights, Politics and government, Constitutional supremacy, principle of progressive realization, International human rights law.

## 1. Introducción

Mediante la nota oficial diplomática identificada con el número 000125 emanada del ministro del Poder Popular para las Relaciones Exteriores de la República Bolivariana de Venezuela, Nicolás Maduro Moros, de fecha 6 de septiembre de 2012 adoptada por órdenes e instrucciones directas del presidente de la República Bolivariana de Venezuela, Hugo Chávez Frías, fue presentada el 10 de septiembre de 2012 ante la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

De conformidad con la CADH, los Estados partes podrán denunciar este instrumento, mediante un preaviso de un año, notificando al Secretario General de la OEA,



quien debe informar a las otras partes;<sup>1</sup> pero, en todo caso, la denuncia de la CADH no tiene por efecto desligar al Estado parte interesado de las obligaciones contenidas en esa Convención en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido cumplido por él con anterioridad a la fecha en la cual la denuncia produce efecto.<sup>2</sup>

Si bien la denuncia de los tratados en general podría considerarse un acto de gobierno ordinario en las relaciones internacionales, está sujeta a determinadas limitaciones y exclusiones conforme al derecho constitucional y al derecho internacional. En efecto, en términos generales, la denuncia de un tratado es un acto dictado en ejecución directa e inmediata de la Constitución, toda vez que la “política y la actuación internacional de la República” es una competencia del Poder Público Nacional.<sup>3</sup> En este sentido, el presidente de la República como jefe de Estado,<sup>4</sup> tiene la atribución constitucional general para “celebrar y ratificar los tratados, convenios o acuerdos internacionales”.<sup>5</sup> De conformidad con la Constitución, esta atribución del presidente de la República<sup>6</sup> requiere para su validez el *refrendo* del ministro de Relaciones Exteriores, quien en el presente caso, en ejecución –inconstitucional– de dicha norma constitucional, procedió a presentar la denuncia de la CADH.

En este sentido, es un hecho público y notorio que la decisión de denunciar la CADH fue incluso anunciada por el presidente Hugo Rafael Chávez Frías, en una alocución nacional en cadena de radio y televisión en fecha 24 de julio de 2012.<sup>7</sup> Por lo cual, la ejecución de dicha denuncia le correspondió realizarla al ministro del Poder Popular para las Relaciones Exteriores, como “órgano directo del Presidente de la República”<sup>8</sup> y en definitiva como órgano competente para realizar actos de esa naturaleza.<sup>9</sup>

De esta manera, por disposición del presidente de la República Bolivariana de Venezuela, Hugo Chávez Frías, el ministro del Poder Popular para las Relaciones Exteriores, Nicolás Maduro Moros, procedió a denunciar la CADH mediante la nota oficial diplomática identificada con el número 000125 emanada de su Despacho, de fecha 6 de

<sup>1</sup> Artículo 78, Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

<sup>2</sup> Artículo 78.2, CADH.

<sup>3</sup> Artículo 156 numeral 1, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV).

<sup>4</sup> Artículo 226, C RBV.

<sup>5</sup> Artículo 236 numeral 4, C RBV.

<sup>6</sup> Artículo 236, C RBV.

<sup>7</sup> <[http://www.youtube.com/watch?v=q6\\_6NgfyxJQ](http://www.youtube.com/watch?v=q6_6NgfyxJQ); <http://www.youtube.com/watch?v=FxJY4ghM1-w>>.

<sup>8</sup> Artículo 242, C RBV.

<sup>9</sup> Artículo 8 del Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional, publicado en la Gaceta Oficial (G.O.) n.º 39.202 de 17 de junio de 2009; y artículo 14 del Reglamento Orgánico del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, publicado en la G.O. n.º 39.841 de 12 de enero de 2012.

septiembre de 2012, en la cual, luego de unas consideraciones impertinentes concluyó informando al secretario general de la OEA:<sup>10</sup>

Por lo anterior, en nombre de mi Gobierno, me permito manifestar la decisión soberana de la República Bolivariana de Venezuela de denunciar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, razón por la cual, a tenor de lo dispuesto en su artículo 78, mucho apreciaré considere la presente nota como la *Notificación de Denuncia*, para que, a partir del término establecido en la misma, cesen sus efectos internacionales, en cuanto a ella se refiere, y la competencia de sus órganos para nuestro país, tanto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Énfasis añadido)

De esta forma, la denuncia de la CADH ordenada por el presidente de la República y ejecutada mediante la nota oficial diplomática identificada con el número 000125 emanada del Despacho del Ministro de Relaciones Exteriores de fecha 6 de septiembre de 2012, fue efectivamente materializada en fecha 10 de septiembre de 2012, como se evidencia del comunicado de prensa del secretario general de la OEA de esa fecha. En este comunicado de prensa el secretario general de la OEA expresó que “[e]n el día de hoy, el gobierno de la República Bolivariana de Venezuela comunicó al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, José Miguel Insulza, mediante nota oficial, que denuncia la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. El secretario general de la OEA finalizó su comunicado lamentando “la decisión adoptada por el gobierno de la República Bolivariana de Venezuela, de denunciar este instrumento jurídico, uno de los pilares de la normativa legal que ampara la defensa de los derechos humanos en el continente”.<sup>11</sup>

De conformidad con la propia CADH, una vez transcurrido un año de este preaviso es que la denuncia entrará en vigor, y por ser precisamente un tratado de protección colectiva, esta notificación al secretario general de la Organización debe ser informada por él a los demás Estados partes de dicho instrumento.<sup>12</sup> Por lo cual, la denuncia presentada se hará efectiva en fecha 10 de septiembre de 2013.

Ahora bien, ese acto mediante el cual el Gobierno de Venezuela procedió a denunciar la CADH, en el derecho interno viola las normas y principios constitucionales relativos a: la jerarquía y supremacía constitucional de los tratados sobre derechos humanos, el derecho de petición internacional para el amparo de los derechos humanos, los requisi-

---

<sup>10</sup> Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores de la República Bolivariana de Venezuela: Nota oficial diplomática n.º 000125 de fecha 6 de septiembre de 2012.

<sup>11</sup> Organización de los Estados Americanos (OEA): “Secretario General de la OEA comunica denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de parte de Venezuela”, comunicado C-307/12, <[http://www.oas.org/es/centro\\_noticias/comunicado\\_prensa.asp?sCodigo=C-307/12](http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-307/12)> (10/9/2012).

<sup>12</sup> Artículo 78.1, CADH.

tos y límites constitucionales de los estados de excepción, los derechos humanos como principio rector de las relaciones internacionales del Estado Venezolano y la progresividad de los derechos humanos, consagrados en los artículos 23, 333, 339, 31, 152 y 19, respectivamente, de la Constitución.

## 2. La violación de la jerarquía y supremacía de la Constitución (artículos 23, 333 y 339)

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 consagró una norma singular que establece *la jerarquía constitucional de los tratados relativos a los derechos humanos*:

*Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público. (Énfasis añadido)*

En consecuencia, en nuestro sistema constitucional los tratados se equiparan con la misma jerarquía normativa de la Constitución. En otras palabras, los tratados internacionales tienen rango constitucional, por lo que adquieren la supremacía y por ende la rigidez propia de la Constitución.<sup>13</sup>

La incorporación de la norma contenida en el artículo 23 de la Constitución de 1999 encuentra su fundamento además en la *Base Comicial Octava* para la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente, que expresamente dispuso:

Una vez instalada la Asamblea Nacional Constituyente, como poder originario que recoge la soberanía popular, deberá dictar sus propios estatutos de funcionamiento, *teniendo como límites los valores y principios* de nuestra historia republicana, así como *el cumplimiento de los tratados internacionales, acuerdos y compromisos*

---

<sup>13</sup> Ver nuestros trabajos sobre este tema en: Carlos Ayala Corao: “La jerarquía de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos” en *El nuevo derecho constitucional latinoamericano* (vol. II), Caracas: Konrad Adenauer Stiftung, CIEDLA Asociación Venezolana de Derechos Constitucional, Copre, 1996; “La jerarquía de los tratados de derechos humanos” en *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998; *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, México: Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política (Fundada), 2004; y “Las consecuencias de la jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos” en *Rumbos del derecho internacional de los derechos humanos, estudios en homenaje al profesor Antonio Augusto Cançado Trindade* (tomo V), Porto Alegre, Brasil, 2005.

*válidamente suscritos por la República, el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre y las garantías democráticas dentro del más absoluto respeto de los compromisos asumidos. (Énfasis añadido)*

Dicha base comicial fue consultada y aprobada por el pueblo de Venezuela como depositario del poder constituyente originario, mediante el referéndum consultivo celebrado el 25 de abril de 1999, en el cual el 81.74% de los electores aprobó la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente conjuntamente con las Bases Comiciales propuestas por el presidente de la República.<sup>14</sup> De allí que mediante dicha consulta popular se “aprobó la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente que redactara una nueva Constitución y reorganizara los Poderes Públicos, actuando como prolongación del Poder Constituyente originario que le pertenece”.<sup>15</sup> Por lo cual, es evidente la voluntad popular inequívoca del poder constituyente originario del pueblo de Venezuela, expresado a través de la aprobación de dicha base comicial octava, de instruir a la Asamblea Nacional Constituyente que se convocó mediante ese referendo, a fin de que elaborara una nueva Constitución que reflejara en su contenido esencial los valores y principios de los tratados, acuerdos y compromisos sobre derechos humanos. Como consecuencia de ello, la Asamblea Nacional Constituyente elaboró y sancionó la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la cual igualmente resultó aprobada por el pueblo mediante el referendo celebrado el 15 de diciembre de 1999.<sup>16</sup>

Debe afirmarse por tanto que la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos contenida en el artículo 23 de la Constitución de 1999 encuentra su fundamento y respaldo en la voluntad manifestada por el pueblo electoral de Venezuela, quien en ejercicio de su poder constituyente originario instruyó a la Asamblea Nacional Constituyente mediante la aprobación de la base comicial octava, para que elaborara una nueva Constitución que reflejara en su contenido esencial los valores y principios de los tratados, acuerdos y compromisos sobre derechos humanos; lo cual fue así ejecutado por dicha constituyente al sancionar el artículo 23 de la Constitución, la cual fue a su vez aprobada por el referendo popular.

La jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos representa una tendencia emergente en el constitucionalismo latinoamericano desde finales del siglo xx. En este sentido, tras los antecedentes de la Constitución peruana de 1979, la nueva Constitución de Argentina resultante de la reforma de 1994 le otorgó *jerarquía consti-*

---

<sup>14</sup> Los resultados oficiales del Consejo Nacional Electoral de dicho referendo pueden ser consultados en ESDATA: *Referéndum constituyente de 1999*, <[http://esdata.info/static/constituyente\\_1999](http://esdata.info/static/constituyente_1999)>.

<sup>15</sup> Dirección de Archivos y Biblioteca de la Asamblea Nacional, República Bolivariana de Venezuela: *El Poder Legislativo en la historia*, <<http://www.monitorlegislativo.net/media/historiaAN.pdf>>.

<sup>16</sup> Sobre el proceso de convocatoria y funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente de 1999 y la aprobación de la Constitución de ese mismo año, ver: Allan R. Brewer-Carías: *Poder constituyente originario y asamblea nacional constituyente*. Caracas, 1999, y *La Constitución de 1999. Comentada por Allan R. Brewer-Carías*, Caracas, 2000.

*tucional* a los tratados y declaraciones vigentes sobre derechos humanos que enumera expresa y taxativamente, y los demás tratados sobre derechos humanos podrán gozar de dicha jerarquía constitucional, en caso de que al ser aprobados por el Congreso se les imponga de esa jerarquía por el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada cámara.<sup>17</sup>

Siguiendo esta tendencia, posteriormente las constituciones de varios países latinoamericanos, incluida la de Venezuela de 1999, han otorgado a los tratados sobre derechos humanos *jerarquía constitucional* (p. ej. Brasil, República Dominicana y Ecuador).

En el caso de Venezuela, como vimos, a partir de la Constitución de 1999, *todos los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos* adquirieron por mandato expreso del artículo 23 la *jerarquía constitucional*. En el caso de la CADH, habiendo sido ratificada por Venezuela en 1977<sup>18</sup> y siendo una convención relativa a derechos humanos, adquirió la jerarquía constitucional desde el momento mismo de la entrada en vigencia de la Constitución.<sup>19</sup>

La incorporación de los tratados relativos a los derechos humanos en la Constitución, y particularmente el otorgamiento de la jerarquía constitucional a éstos, tiene –al menos– las siguientes *consecuencias en el orden público constitucional venezolano*, que en el presente caso evidencian los siguientes vicios de inconstitucionalidad del acto de denuncia de la CADH:

1. La violación del bloque de la constitucionalidad: la primera consecuencia de la jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos es su incorporación al bloque de la Constitución, también conocido como el bloque de la constitucionalidad. Ello significa que en Venezuela los tratados sobre derechos humanos tienen en el derecho interno la misma jerarquía que la propia Constitución, por mandato expreso de la norma contenida en el citado artículo 23 constitucional. Pero incluso, por expresa disposición de esta misma norma, estos tratados incluso “prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución”.

De allí que en las fuentes directas del derecho constitucional, además de las normas constitucionales contenidas en el texto mismo de la Constitución, están igualmente incorporados en la misma categoría, rango y jerarquía, *todos los tratados relativos a los derechos humanos que hayan sido ratificados por Venezuela, como es el caso de la CADH*. Así, en los sistemas jurídicos como el venezolano, en

<sup>17</sup> Artículo 75 inciso 22, Constitución de la Nación Argentina, Reforma de 1994.

<sup>18</sup> Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, publicada en la G.O. n.º 31.256 de 14-6-77, y la CADH fue ratificada internacionalmente mediante el depósito del instrumento en la Secretaría General de la OEA el 08-9-77. Ver: Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Signatarios y estado actual de las ratificaciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, <<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/convratif.asp>>.

<sup>19</sup> Cuando fue por primera vez publicada en la G.O. n.º 36.860 de 30 de diciembre de 1999.

los cuales los tratados relativos a los derechos humanos tienen jerarquía constitucional, el *bloque de la constitucionalidad* está integrado por el propio texto de la Constitución y por todos los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado –y las decisiones de los órganos de estos tratados–. Aparte de estos mecanismos, la *cláusula de la descentralización*,<sup>20</sup> autoriza a la transferencia de determinadas competencias constitucionales del Poder Nacional<sup>21</sup> a los estados y municipios, dando lugar igualmente a *leyes constitucionales* que integran el bloque de la constitucionalidad.<sup>22</sup>

El concepto del *bloque de la constitucionalidad* fue introducido en Francia por el profesor Favoreu y la jurisprudencia del Consejo Constitucional Francés,<sup>23</sup> para referirse a los instrumentos jurídicos que tienen el mismo valor y el rango constitucional, lo que equivale a estar contenidos en la propia jerarquía de la Constitución. En Francia ese bloque de la constitucionalidad contiene los siguientes elementos esenciales: la Constitución de 1958, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el Preámbulo de la Constitución de 1946 y los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República (elementos marginales). Sin embargo, en Francia las normas internacionales no forman parte del referido bloque de la constitucionalidad, a diferencia de Venezuela donde los tratados relativos a los derechos humanos sí integran expresamente el *bloque de la constitucionalidad*.

La consecuencia jurídica de que los tratados sobre derechos humanos tengan jerarquía constitucional y, por tanto, integren el *bloque de la constitucionalidad* es que al ser *normas supremas*, vinculan al resto del ordenamiento jurídico, el cual debe sujetarse a ellos al igual que a la propia Constitución. Por lo cual, al igual que la Constitución, los tratados sobre derechos humanos son “la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico” por lo que “todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos” a ellos.<sup>24</sup> De allí que todo acto del poder público que viole o menoscabe los derechos garantizados en los tratados sobre derechos humanos es nulo; y los funcionarios públicos que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores.<sup>25</sup>

En este sentido, todos los jueces, al estar obligados a asegurar la integridad de la Constitución, deben igualmente garantizar la integridad de los tratados relativos

---

<sup>20</sup> Artículo 157, CRBV.

<sup>21</sup> Artículo 156, CRBV.

<sup>22</sup> Sobre el particular, Carlos Ayala Corao: “Naturaleza y alcance de la descentralización estatal” en *Leyes para la descentralización política de la federación*, Caracas, 1990.

<sup>23</sup> Louis Favoreu y Francisco Rubio Llorente: *El bloque de la constitucionalidad*, Madrid: Universidad de Sevilla, Cuadernos Civitas, 1991.

<sup>24</sup> Artículo 7, CRBV.

<sup>25</sup> Artículo 25, CRBV.

a derechos humanos,<sup>26</sup> por lo que en virtud de la obligación de todos los jueces de la República de asegurar la “integridad de la Constitución”, en caso de incompatibilidad de una ley u otra norma jurídica con un tratado sobre derechos humanos, se aplicarán las disposiciones de dicho tratado, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente.<sup>27</sup> Además, cuando una ley, un acto que tenga rango de ley u otro acto de los órganos que ejercen el poder público dictado en ejecución directa e inmediata de la Constitución colida con un tratado sobre derechos humanos, en ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad, le corresponde declarar su nulidad a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.<sup>28</sup> En consecuencia, el control concentrado de la constitucionalidad por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para declarar la nulidad de las leyes nacionales, estatales y municipales, de los actos de gobierno, de los decretos de estado de excepción, para revisar las sentencias definitivamente firmes y para controlar la inconstitucionalidad por omisión legislativa, debe en definitiva ser ejercido conjuntamente con base en los tratados sobre derechos humanos en virtud de su jerarquía constitucional.<sup>29</sup>

Esta tesis es compartida por un sector importante en el derecho comparado, particularmente el latinoamericano, como es el caso de Costa Rica donde desde 1989 la jurisdicción constitucional tiene asignada la competencia de controlar la “conformidad del ordenamiento interno con el Derecho Internacional o Comunitario, mediante la acción de inconstitucionalidad y demás cuestiones de constitucionalidad”.<sup>30</sup>

En este sentido, la jurisprudencia constitucional latinoamericana ha desarrollado la incorporación de los tratados sobre derechos humanos al *bloque de la constitucionalidad* como consecuencia de la jerarquía constitucional de aquéllos.

La misma Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (TSJ) ha aceptado la noción jurídica del *bloque de la constitucionalidad*, incorporando con base en el artículo 23, a los tratados sobre derechos humanos. Así, en el caso *Harry Gutiérrez Benavides y otro*, dicha Sala Constitucional citando varios instrumentos internacionales sobre derechos humanos, incluida la propia CADH, afirmó que todos ellos son “integrantes” “del llamado bloque de la constitucionalidad de acuerdo con el artículo 23 del Texto Fundamental”.<sup>31</sup> Ese criterio fue

---

<sup>26</sup> Artículo 334, encabezamiento, CRBV.

<sup>27</sup> Artículo 334, primer párrafo, CRBV.

<sup>28</sup> Artículo 334, segundo párrafo, CRBV.

<sup>29</sup> Artículo 336, CRBV.

<sup>30</sup> Ley de la Jurisdicción Constitucional, República de Costa Rica, n.º 7135, de 11 de octubre de 1989.

<sup>31</sup> Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (TSJ): *Caso Interpretación constitucional respecto al contenido y alcance del artículo 71 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Sala Constitucional (SC), sentencia de 22 de enero de 2003, n.º 23, <<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Enero/03-0017.htm>>.

reiterado un año más tarde por esa misma Sala Constitucional en el caso *Esteban Gerbasi*, al afirmar que de los artículos 2, 22 y 23 de la Constitución “se desprende que la interpretación constitucional debe siempre hacerse conforme al principio de preeminencia de los derechos humanos, el cual, junto con los pactos internacionales suscritos y ratificados por Venezuela relativos a la materia, forma parte del bloque de la constitucionalidad”.<sup>32</sup> Y con posterioridad, la Sala Constitucional al ratificar la existencia del bloque de la constitucionalidad integrado por la Constitución y los tratados sobre derechos humanos, incorporó a éste a las leyes constitucionales de descentralización previstas en el artículo 157 constitucional. Así, en el caso *Analya Belisario y otros vs. Consejo Nacional Electoral*, la Sala Constitucional dispuso lo siguiente: “Cabe agregar, que no sólo se circunscribe a servir de garantía de normatividad de la Constitución documental, sino que se extiende a todas las disposiciones del denominado bloque de la constitucionalidad, que comprende en Venezuela, a los tratados sobre derechos fundamentales, las eventuales leyes constitucionales que pudieran dictarse conforme lo dispuesto en el artículo 157 de la Constitución y los principios que informan la parte dogmática de la misma”.<sup>33</sup>

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia argentina, en el caso *Jorge Rafael Videla*,<sup>34</sup> declaró la inconstitucionalidad parcial del decreto de indulto presidencial a los miembros de la junta militar durante la dictadura, por resultar violatorio de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos incluida la CADH que tienen *jerarquía constitucional* (Art. 75, inciso 22), invocando para ello diversos casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y en especial el caso *Barrios Altos vs. Perú*.<sup>35</sup>

En esta línea de jurisprudencia constitucional, también la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, al resolver *la consulta sobre el Proyecto de Ley para aprobar El Estatuto de Roma*, reiteró su jurisprudencia sobre la jerarquía constitucional de los instrumentos sobre derechos humanos, al sostener que éstos “tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución”.<sup>36</sup>

<sup>32</sup> TSJ: *Caso Interpretación sobre el contenido y alcance del artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, SC, sentencia de 15 de junio de 2004, n.º 1173, <<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Junio/1173-150604-02-3215.htm>>.

<sup>33</sup> TSJ: *Caso Analya Belisario y otros*, SC, sentencia de 13 de julio de 2011, n.º 1089, <<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1089-13711-2011-10-1369.html>>.

<sup>34</sup> Corte Suprema de Justicia de Argentina: *Caso Jorge Rafael Videla*, sentencia 21 de agosto de 2003.

<sup>35</sup> Corte IDH: *Caso Barrios Altos vs. Perú*, fondo, sentencia de 14 de marzo de 2001.

<sup>36</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica: *Consulta sobre el Proyecto de Ley para aprobar El Estatuto de Roma*, resolución de 1º de noviembre de 2000, n.º 2000-09685, y ver sentencia n.º 2313-95.



La Corte Constitucional colombiana en diversos casos ha venido conformando la noción del bloque de la constitucionalidad, primero incorporando a los tratados sobre derechos humanos, y segundo, a la jurisprudencia internacional. En este sentido, en el caso *demanda de Inconstitucionalidad contra Las Expresiones "Grave"* (artículos de la Ley 599 de 2000 por la cual se expide el Código Penal), reiteró su doctrina sobre un *bloque de constitucionalidad*, integrado por: "(i) el preámbulo, (ii) el articulado de la Constitución, (iii) algunos tratados y convenios internacionales de derechos humanos ([Constitución Política] artículo 93), (iv) las leyes orgánicas y, (v) las leyes estatutarias".<sup>37</sup> La Corte Constitucional colombiana también ha incorporado de una manera progresiva al bloque de la constitucionalidad las decisiones de los organismos internacionales creados por esos tratados de derechos humanos, en virtud de lo cual, evidentemente ha incluido la jurisprudencia de la Corte IDH.<sup>38</sup>

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana también ha afirmado la existencia de un *bloque de la constitucionalidad* de doble fuente, integrado por la Constitución y los tratados sobre derechos humanos, incluida la jurisprudencia de la Corte IDH, la cual es de "carácter vinculante".<sup>39</sup> La Sala Constitucional salvadoreña, incluso sin fundamento constitucional expreso, ha sido progresiva al incorporar indirectamente ("por vía refleja") los instrumentos internacionales sobre derechos humanos al *bloque de la constitucionalidad*.<sup>40</sup>

En conclusión, en el sistema constitucional venezolano, por disposición expresa del artículo 23 del Texto Fundamental, los tratados relativos a los derechos humanos tienen la *jerarquía constitucional*, como es el caso de la CADH, lo cual conlleva la incorporación de todos estos tratados al *bloque de la constitucionalidad o bloque de la constitución*. El acto de denuncia de la CADH desconoció así la *jerarquía constitucional* de la Convención Americana, al pretender de manera arbitraria su desincorporación del *bloque de la constitucionalidad*.

2. La violación de la supremacía constitucional: la supremacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico interno está representada en la imposibilidad de que ella sea modificada o derogada por mecanismos ordinarios, incluso los establecidos para la legislación. La supremacía y la consecuente garantía de la *rigidez de la Constitución* significan la inhabilidad del Poder Ejecutivo (y en su caso incluso del Poder Legislativo ordinario) para modificar la Constitución. De esta forma, la supremacía de la Constitución es la primera condición para la exis-

<sup>37</sup> Corte Constitucional de Colombia: Sentencia de 22 de febrero de 2005, C- 148/05.

<sup>38</sup> Cfr. Corte Constitucional de Colombia: *Caso Jaime Rodríguez vs. Iván Mejía Álvarez*, sentencia de 7 de diciembre de 2001, T-1319/01.

<sup>39</sup> Suprema Corte de Justicia de República Dominicana: Resolución de 13 de noviembre de 2003, n.º 1920-2003.

<sup>40</sup> Sala Constitucional de El Salvador: *Caso Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras*, sentencia de 1º de abril de 2004, n.º 52-2003/56-2003/57-2003.

tencia misma de un orden jurídico constitucional.<sup>41</sup> La supremacía constitucional es así una característica fundamental del Estado constitucional mismo, por lo que una de las funciones de la Constitución es precisamente excluir materias de la libre disposición del poder constituido ordinario, y especialmente de los poderes ejecutivo y judicial.<sup>42</sup>

En este sentido, la consecuencia jurídica de que los tratados sobre derechos humanos tengan jerarquía constitucional y, por tanto, integren el *bloque de la constitucionalidad* es que vinculan con esa jerarquía en el derecho interno al resto del ordenamiento jurídico y a todos los poderes públicos, los cuales deben sujetarse a ellos en igual medida que a la propia Constitución. Por lo cual, al igual que la Constitución, la CADH como tratado relativo a los derechos humanos es “la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico” por lo que “todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos” a ellos.<sup>43</sup> De allí que todo acto del poder público que viole o menoscabe los derechos garantizados en la CADH es nulo, y los funcionarios públicos que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores.<sup>44</sup> Y, todos los jueces, al estar obligados a asegurar la integridad de la Constitución, deben igualmente garantizar la integridad de los tratados relativos a derechos humanos.<sup>45</sup>

En el caso de los tratados relativos a los derechos humanos como es el caso de la CADH, su incorporación al bloque de la constitucionalidad en virtud del artículo 23, trae como consecuencia necesariamente, su supremacía constitucional. De allí que la protección formal de la supremacía de la Constitución esté contenida en la *rigidez* para su reforma –en los casos permitidos– mediante los procedimientos agravados y especiales establecidos en el propio Texto Fundamental, incluida la consulta popular aprobatoria.<sup>46</sup>

No obstante, en virtud del principio de progresividad en materia de derechos humanos, un tratado sobre derechos humanos con jerarquía constitucional no podría denunciarse mediante la enmienda, la reforma o incluso una asamblea nacional constituyente, ya que significaría una regresión inaceptable de una protección más favorable.

Por ello, una vez incorporado un tratado relativo a derechos humanos al bloque de la constitucionalidad, como es el caso de la CADH, el mismo sólo podrá ser denunciado –en los casos en que proceda conforme al derecho internacional

---

<sup>41</sup> Ricardo Guasti: “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Miguel Carbonell Sánchez (coord.): *Neonconstitucionalismo(s)*, México, 2003, pp. 49-74.

<sup>42</sup> Peter Häberle: *El Estado constitucional*, Buenos Aires: Astrea, 2007, pp. 220-230.

<sup>43</sup> Artículo 7, CRBV.

<sup>44</sup> Artículo 25, CRBV.

<sup>45</sup> Artículo 334, encabezamiento, CRBV.

<sup>46</sup> Artículos 340 a 346, CRBV.

y al derecho constitucional—siguiendo para ello los procedimientos especiales de modificación o de creación de una nueva Constitución. Decimos en los casos en que proceda *conforme al derecho internacional*, porque dada la naturaleza propia de los tratados de derechos humanos, si éstos no establecen una cláusula expresa para su denuncia, ésta no es posible. Tal es el caso, por ejemplo, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, conforme al criterio establecido por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.<sup>47</sup>

El principio de la supremacía constitucional de los tratados de derechos humanos se justifica además en que “fue la intención del constituyente cerrar un sistema de protección de las normas sobre derechos humanos que le impida al Poder Ejecutivo denunciar un tratado con el fin de sortear la responsabilidad internacional que pudiera atribuírsele por incumplimiento de algunas de sus normas”.<sup>48</sup>

Así por ejemplo, en el caso de Argentina, conforme a la norma constitucional del artículo 75 inciso 22, los tratados sobre derechos humanos gozan de la misma jerarquía que la Constitución y por tanto de su supremacía. Por ello, esos tratados sólo pueden ser denunciados con el previo cumplimiento de un procedimiento agravado, previsto en la Constitución: la previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada cámara. La rigidez constitucional de los tratados de derechos humanos ha sido fundada además en el *principio del paralelismo de competencias* entre los poderes del Estado.<sup>49</sup> Según este principio, las mismas voluntades que se requieren para celebrar, aprobar y ratificar un tratado deben estar presentes para su denuncia; es decir, si en la negociación, firma y ratificación del tratado interviene el Poder Ejecutivo, y en su aprobación interviene el Poder Legislativo, entonces en la autorización de la denuncia debe intervenir el Poder Legislativo y en la denuncia internacional, el Poder Ejecutivo.

En Venezuela a pesar de que hemos sostenido que los tratados sobre derechos humanos no pueden denunciarse ni siquiera enmendando ni reformando la Constitución ni dictando una nueva, en todo caso, como base mínima debe aplicarse el principio de la *supremacía constitucional* y la consecuente *rigidez constitucional* previsto en la Constitución, conforme al cual “Esta Constitución no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o porque fuere derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella”.<sup>50</sup> Por lo cual, si un tratado sobre

<sup>47</sup> Ver el criterio del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, frente a la pretendida denuncia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por Corea del Norte, en *Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por los Órganos de Derechos Humanos creados en virtud de Tratados*, Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, Naciones Unidas, HRI/GEN/1/Rev. 3.

<sup>48</sup> Juan Pablo Cafiero, Marta Ruth Faur, Esteban Miguel Llamosas, Juan Méndez, Rodolfo Ponce León y Cristina María Vallejos: *Jerarquía constitucional de los tratados internacionales*, Buenos Aires: Astrea, 1996, p. 52.

<sup>49</sup> Juan Pablo Cafiero et ál.: op. cit., pp. 52 y 53.

<sup>50</sup> Artículo 333, CRBV.

derechos humanos con jerarquía y supremacía constitucional, como es el caso de la CADH, que integra por tanto el bloque de la constitucionalidad, pretende ser desprendido de la Constitución por el Poder Ejecutivo –como ha sido el caso de su denuncia–, dicho acto es groseramente violatorio de la Constitución, al pretender modificarla por un medio distinto al previsto en ella. La sanción a esa violación constitucional no es otra que su nulidad.

## 2.1. La violación expresa del artículo 339 de la Constitución

En el presente caso, la denuncia de la CADH no sólo viola la jerarquía y supremacía constitucional en general de todos los tratados sobre derechos humanos consagrada en el artículo 23 constitucional, sino que además viola directamente al artículo 339 de la Constitución el cual incorpora expresamente a ese instrumento internacional en su normativa. En efecto, el artículo 339 de la Constitución establece:

**Artículo 339.** El decreto que declare el estado de excepción, en el cual se regulará el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe, será presentado dentro de los ocho días siguientes de haberse dictado, a la Asamblea Nacional, o a la Comisión Delegada, para su consideración y aprobación, y a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie sobre su constitucionalidad. *El decreto cumplirá con las exigencias, principios y garantías establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* El Presidente o Presidenta de la República podrá solicitar su prórroga por un plazo igual, y será revocado por el Ejecutivo Nacional o por la Asamblea Nacional o por su Comisión Delegada, antes del término señalado, al cesar las causas que lo motivaron. (Énfasis añadido)

La decisión del Constituyente, de incorporar expresamente a la CADH al articulado o normativa de la Constitución en su artículo 339, es una consecuencia lógica de la jerarquía y supremacía otorgada a dicho instrumento de jerarquía constitucional por el artículo 23. Ello es, en las condiciones de un tratado de derechos humanos ratificado por Venezuela y por tanto vigente, el ordenamiento constitucional conformado por el bloque de la constitucionalidad, pasó a regirse no sólo por su normativa sino además como obligación constitucional en el derecho interno por dicho instrumento. En otras palabras, el Constituyente reforzó las obligaciones internacionales derivadas de la CADH convirtiéndolas además en obligaciones internas constitucionales. Es evidente por tanto que, habiendo sido incorporada al bloque de la constitucionalidad como un tratado relativo a derechos humanos, la CADH pasó además a integrar expresamente a la Constitución misma. Como consecuencia de ello, no puede el Poder Ejecutivo modificar la Constitución al pretender modificar el artículo 339, mediante la denuncia inconstitucional de la CADH.

Al igual que la violación del artículo 23 constitucional argumentada *supra*, en este caso se trata de una clara usurpación de autoridad, ya que en ningún caso tiene com-

petencia el presidente de la República ni sus ministros para modificar la Constitución. Como argumentamos, la Constitución establece los mecanismos para su modificación (enmienda o reforma)<sup>51</sup> o para dictarse una nueva Constitución (asamblea nacional constituyente).<sup>52</sup> Por lo que conforme la propia Constitución, ésta no perderá su vigencia si “fuere derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella”.<sup>53</sup>

En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en la propia Constitución, la denuncia de la CADH es “ineficaz” por tratarse de un acto producto de una autoridad usurpada por el Poder Ejecutivo Nacional, y la sanción a esta usurpación, por expresa disposición constitucional, es que dicho acto es “nulo”.<sup>54</sup>

### **3. La violación del derecho de *petición internacional* consagrado en el artículo 31 de la Constitución**

El artículo 31 constitucional reconoce el derecho de toda persona de petición, tutela, protección o amparo internacional de sus derechos humanos, en los términos siguientes:

*Artículo 31. Toda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República, a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos.*

*El Estado adoptará, conforme a procedimientos establecidos en esta Constitución y en la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este artículo. (Énfasis añadido)*

Esta norma consagra en el ordenamiento venezolano, la constitucionalización del derecho de petición internacional de toda persona, establecido y regulado en los tratados, pactos y convenciones internacionales, para solicitar el amparo a los derechos humanos. La denuncia de la CADH constituye una violación por desconocimiento de este derecho, reconocido en el artículo 31 constitucional.

Este derecho de petición internacional consiste en el derecho de todas las personas a acceder a los órganos internacionales para que conozcan de las denuncias de violaciones a derechos humanos sobre las cuales tengan competencia, y en su caso para obtener de dichos órganos la protección efectiva. El derecho por tanto no se limita formalmente al derecho de *acceder* a dichos órganos, sino que se extiende al derecho de una tutela efectiva por parte de los órganos internacionales a los cuales se acceda. En este sentido,

<sup>51</sup> Artículos 340 a 347, CRBV.

<sup>52</sup> Artículos 347 a 349, CRBV.

<sup>53</sup> Artículo 333, CRBV.

<sup>54</sup> Artículo 138, CRBV.

la norma prevista en el artículo 31 constitucional no se limita al mero conocimiento de los órganos internacionales, sino a la obligatoriedad del Estado a que dichas situaciones violatorias a derechos humanos sean reparadas de manera efectiva. La CADH establece dos órganos de protección internacional de los derechos en ella reconocidos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte IDH.

En este sentido, desde la aprobación legislativa de la CADH (14-6-77) y su ratificación mediante el depósito del instrumento respectivo en la Secretaría General de la OEA (8-9-77), y posteriormente con la aceptación de la jurisdicción contenciosa obligatoria de la Corte IDH (6-4-81), todas las personas (individuos) bajo la jurisdicción del Estado venezolano han sido titulares del derecho convencional de acceder a la tutela o protección internacional de los derechos humanos reconocidos en la CADH, ante los dos órganos respectivos (CIDH y Corte IDH), en los términos previstos en dicho tratado. Este derecho convencional de toda persona de petición internacional ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos quedó *constitucionalizado* por disposición del artículo 31 del Texto Fundamental de 1999. Por lo cual, no puede pretenderse su eliminación o desgarre mediante la denuncia por el Ejecutivo Nacional de la CADH.

En efecto, los tratados sobre derechos humanos como la CADH no sólo reconocen derechos fundamentales sustantivos cuyas obligaciones internacionales de respeto y garantía le corresponde a los Estados parte, sino que además, algunos de éstos, como la CADH, establecen órganos y mecanismos internacionales de protección de esos derechos, cuando las violaciones a los mismos no son reparadas de manera efectiva y oportuna mediante los recursos judiciales internos.

Por lo cual, cuando las violaciones a los derechos humanos no son reparadas por los mecanismos de derecho interno, la jurisdicción estatal o interna debe considerarse agotada conforme a las reglas y excepciones del derecho internacional y, en consecuencia, se habilita a las personas para acudir a la protección internacional de los derechos humanos. Este último mecanismo que ha sido denominado el “amparo internacional”, Cappelletti lo concibió como un amparo individual a nivel supranacional, “el cual se ejerce con base en un “bill of rights transnacional” ante un organismo también transnacional (la Comisión Europea y la Corte Europea de Derechos Humanos).<sup>55</sup> Por su parte, Gimeno Sendra emplea el término de “amparo internacional” para referirse a las reclamaciones individuales de las personas (víctimas) ante la Corte Europea de Derechos Humanos frente a las lesiones a sus derechos humanos o libertades fundamentales provenientes de los poderes públicos de los Estados integrados al Consejo de Europa y signatarios del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos.<sup>56</sup> En efecto, con ocasión de la entrada en vigencia del Protocolo Adicional n° 12, la Comisión y la Corte europeas se habrán fusionado a finales de 1998 en un solo órgano denominado Tribunal (o Corte) Europeo

---

<sup>55</sup> Mauro Cappelletti: *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, México: Porrúa, 1993, pp. 45 y ss.

<sup>56</sup> Vicente Gimeno Sendra y José Garberi: *Los procesos de amparo (ordinario constitucional e internacional)*, Madrid, 1994, pp. 237 y ss.

de Derechos Humanos, al cual podrán acudir directamente las víctimas de violación de sus derechos humanos bajo el Convenio Europeo.<sup>57</sup>

Ahora bien, en el caso concreto de los Estados como Venezuela que ratificaron la CADH, este derecho que hemos denominado el *amparo interamericano*,<sup>58</sup> está consagrado expresamente en dicho instrumento como una acción popular, en los siguientes términos:

Artículo 44. Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte.

Evidentemente, para que una petición sea admisible es necesario que se hayan agotado los recursos de la jurisdicción interna, o se encuentre ante una de las excepciones previstas en la CADH.<sup>59</sup>

Conforme a la CADH, el procedimiento de tramitación de un caso ante la CIDH incluye las fases procesales de admisibilidad, audiencias, ofrecimiento de la solución amistosa, pruebas, informe preliminar de fondo del artículo 50, e informes definitivos del artículo 51. Los informes de la CIDH normalmente terminan con: (a) las *conclusiones*, en las cuales se determina si el Estado ha violado los derechos humanos reconocidos en la CADH y, en caso de que ello sea así, declarar su responsabilidad internacional; y (b) las *recomendaciones*, mediante las cuales se le señala al Estado las medidas que debe adoptar para restablecer la situación jurídica infringida y se le manifiesta que debe efectuar las reparaciones e indemnizaciones pertinentes. Durante el plazo de los tres (3) meses siguientes a partir de la remisión al Estado del referido informe, la CIDH debe determinar si aquél no ha solucionado el asunto: y en el supuesto de que haya reconocido la jurisdicción obligatoria contenciosa de la Corte IDH (p. ej. Venezuela), la CIDH (o el Estado parte) puede someter el caso ante la Corte IDH.<sup>60</sup>

Si no somete el caso ante la Corte IDH, la CIDH debe emitir un informe con las conclusiones y recomendaciones, el cual dirigirá al Estado, (y a los peticionarios) y fijará un plazo para su cumplimiento. Vencido este plazo, la CIDH debe decidir, por la mayoría absoluta de sus miembros, si el Estado ha adoptado o no las medidas adecuadas y si publica o no su informe.<sup>61</sup>

<sup>57</sup> Protocol n.º 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms Restructuring the Control Machinery Established Thereby, November 1. 1997, Council of Europe (versión original en inglés).

<sup>58</sup> Sobre el amparo interamericano, ver nuestro libro: Carlos Ayala Corao: *Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humano*, Caracas/San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Editorial Jurídica Venezolana, 1998.

<sup>59</sup> Artículo 46, CADH.

<sup>60</sup> Artículos 51 y 61, CADH.

<sup>61</sup> Artículo 51, CIDH.

De esa forma, el proceso ante la Corte IDH se inicia con el envío del caso por la CIDH, y se sustancia con la participación directa de la víctima (o sus familiares y representantes) así como del Estado demandado. Luego de su tramitación, el caso culmina con la sentencia o fallo (excepciones preliminares, fondo y reparaciones), la cual se pronuncia igualmente sobre la violación de los derechos humanos reconocidos en la CADH por parte del Estado con la declaración su responsabilidad internacional y establece las reparaciones e indemnizaciones compensatorias correspondientes. En este sentido, la Corte IDH ejerce una *jurisdicción contenciosa plena*, ya que cuando decide que ha habido violación de un derecho protegido por la CADH, tiene poderes convencionales para disponer que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad o derechos conculcados, y asimismo, de resultar procedente, puede disponer que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos, y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.<sup>62</sup> La CADH refuerza la jurisdicción internacional plena reparatoria de la Corte IDH, al establecer el compromiso de los Estados parte de cumplir con sus decisiones en todo caso en que sean parte. Y con relación a la indemnización compensatoria que disponga el fallo, la CADH dispone incluso la ejecutabilidad u operatividad inmediata por el procedimiento interno para la ejecución de sentencias contra el Estado.

Todo ello permite configurar a la jurisdicción de la Corte IDH como una verdadera *jurisdicción internacional de protección de las personas* frente a las violaciones a los derechos humanos reconocidos en la CADH, atribuibles a los agentes de un Estado parte y que no hayan sido reparadas eficaz y oportunamente por la jurisdicción interna.<sup>63</sup>

En consecuencia, esta situación jurídica permite evidenciar la protección internacional de los derechos humanos como un *derecho de todas las personas* que hayan sido víctimas de una violación a los derechos reconocidos en la CADH por parte de un Estado parte de la misma.

Estos derechos y garantías sustantivos y particularmente el derecho procesal de toda persona a la solicitar la protección internacional de los derechos reconocidos en la CADH son desconocidos –conforme a las reglas de la competencia temporal dispuestas en el artículo 78 de la CADH– por el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela, con la denuncia de dicho instrumento internacional, ocasionando con ello la violación directa de este derecho reconocido en el artículo 31 de la Constitución.

Si bien el Estado venezolano sigue vinculado por siempre respecto a las obligaciones internacionales sustantivas y procesales de protección internacional ocurridas antes de la entrada en vigencia de la denuncia de la CADH, una vez que entre en vigor esta denuncia –supuestamente el 10-9-13–, esta competencia excluirá su jurisdicción respecto

---

<sup>62</sup> Artículo 63, CADH.

<sup>63</sup> La Corte IDH tiene atribuida además una *jurisdicción consultiva* para interpretar la CADH u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, a solicitud de éstos, de la CIDH y los demás órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la OEA (Art. 64, CADH).



a los hechos ocurridos posteriormente. Por lo cual, es evidente los efectos regresivos y excluyentes de la protección internacional de los derechos humanos que operarán una vez que entre en vigor la denuncia de dicho instrumento. En efecto, cuando esto ocurra, las personas bajo la jurisdicción del Estado venezolano quedarán despojadas y por tanto excluidas de este derecho de petición internacional bajo dicho instrumento, al removerle la competencia a la CIDH para conocer las denuncias de violaciones a la CADH ocurridas después de dicho término. E igualmente, a partir de la entrada en vigor de la denuncia, quedarán excluidas de manera definitiva la protección *judicial* internacional de las personas por parte de la Corte IDH para que tutele las violaciones a los derechos humanos –reconocidos en la CADH– ocurridas a partir de esa fecha.

Si bien la CIDH por ser un órgano principal de la Carta de la OEA podrá seguir ejerciendo su jurisdicción sobre el Estado venezolano para proteger a las personas, ésta se verá limitada desde de la entrada en vigor de la denuncia y respecto a los hechos ocurridos a partir de esa fecha, para plantear los casos únicamente con base en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948<sup>64</sup> –que no es un tratado–, el Estatuto<sup>65</sup> y el Reglamento de la CIDH.<sup>66</sup>

Por lo cual, en las condiciones fácticas y jurídicas expuestas, una vez que entre en vigor la denuncia de la CADH y respecto a nuevos hechos no vinculados con hechos anteriores, las personas bajo la jurisdicción del Estado venezolano se verán además excluidas del derecho de solicitar a través de la CIDH la protección cautelar (*medidas provisionales*) por parte de la Corte IDH, y en general una *decisión (sentencia) de fondo* por parte de ese máximo tribunal hemisférico respecto a las nuevas violaciones o hechos que ocurran una vez que entre en vigencia la denuncia de la CADH.

En este sentido, con ocasión del preaviso de la denuncia dado por el Gobierno de Venezuela el 10-09-12, la CIDH manifestó con mucha claridad su preocupación sobre los efectos regresivos de esta denuncia, afirmando que “a partir de la entrada en vigencia de la denuncia, las violaciones a los derechos humanos que pudieran ocurrir en Venezuela no podrán ser conocidas por la Corte IDH. Esto significa que, si el Estado lleva a término el procedimiento iniciado, los y las habitantes de Venezuela perderán una instancia de protección de sus derechos humanos, quedarán más vulnerables a los abusos y tendrán menos recursos disponibles para defenderse”. Añadió la Comisión que,

---

<sup>64</sup> Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948, <<http://www.cidh.org/basicos/Basicos1.htm>>.

<sup>65</sup> Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aprobado mediante la Resolución n.º 447 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno período ordinario de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979, <<http://www.cidh.org/basicos/basicos9.htm>>.

<sup>66</sup> Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aprobado por la Comisión en su 13º período ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009, <<http://www.cidh.org/basicos/basicos10.htm>>.

Al crear la OEA en 1948, los Estados expresaron como un objetivo de la Organización el “consolidar en este Continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”. En ese espíritu, los Estados crearon el sistema interamericano de derechos humanos con el mandato de supervisar el respeto y la garantía de los derechos humanos de todas las personas en la región. Los Estados miembros y los órganos políticos de la OEA constituyen la garantía colectiva de ese sistema. Teniendo esto en consideración, la CIDH hace un llamado al Estado de Venezuela para que reconsidere su decisión de denunciar la Convención Americana.

En caso que el procedimiento llegue a término y la denuncia de la Convención cobre vigencia en el plazo de un año, la Comisión continuará con el procesamiento de peticiones y de solicitudes de medidas cautelares relativas a Venezuela, así como con la supervisión de la situación de derechos humanos en ese país, en base al Artículo 106 de la Carta de la OEA y la Declaración Americana.<sup>67</sup>

Es precisamente por este efecto de “desprotección internacional” de las personas en Venezuela, que el secretario general de la OEA al acusar el recibo de la denuncia de la CADH por parte del Gobierno de Venezuela, “lamentó esta decisión ya que dicha Convención constituye ‘uno de los pilares de la normativa legal que ampara la defensa de los derechos humanos en el continente’”.<sup>68</sup>

Resulta evidente por tanto que la denuncia de la CADH por el Gobierno de Venezuela constituye una franca violación al artículo 31 constitucional, al disminuir y en su caso excluir arbitrariamente a todas las personas del derecho a solicitar y obtener ante la CIDH y en su caso ante la Corte IIDH la protección internacional efectiva frente a la violación de los derechos reconocidos en dicha convención.

#### **4. La violación del *principio de la progresividad* de los derechos humanos consagrado en el artículo 19 de la Constitución**

El artículo 19 de la Constitución reconoce constitucionalmente el *principio de progresividad* de los derechos humanos, al establecer que:

El Estado garantizará a toda persona, *conforme al principio de progresividad* y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interde-

<sup>67</sup> OEA: “CIDH lamenta decisión de Venezuela de denunciar Convención Americana sobre Derechos Humanos, 12 de septiembre de 2012”, <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/117.asp>>.

<sup>68</sup> OEA: “Secretario General de la OEA comunica denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de parte de Venezuela”, comunicado C-307/12, <[http://www.oas.org/es/centro\\_noticias/comunicado\\_prensa.asp?sCodigo=C-307/12](http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-307/12)> (10/9/2012).

pendiente de los *derechos humanos*. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público *de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República* y con las leyes que los desarrollen. (Énfasis añadido)

Esta norma constitucional fundamental en materia de derechos humanos, producto de su evolución originalmente en el ámbito internacional, es una consecuencia necesaria de la norma consagrada en el artículo 2 constitucional, la cual establece la *preeminencia de los derechos humanos como Principio Fundamental de nuestro ordenamiento jurídico*. Este principio conlleva la necesidad de interpretar y aplicar todo el ordenamiento jurídico del Estado venezolano de conformidad con la *preeminencia de los derechos humanos*, obteniendo como resultado un plexo de valores y normas que garanticen su respeto, garantía y protección efectiva.

De esta manera, el *principio de progresividad* conlleva como contenido esencial, el deber del Estado de adoptar siempre la conducta que más favorezca el respeto, la garantía y la protección de los derechos humanos. Al mismo tiempo, la progresividad conlleva como principio la *irreversibilidad* de los derechos que han sido ya reconocidos como tales; es decir, que una vez que han sido reconocidos como derechos inherentes a la persona humana, no pueden ser desconocidos ni disminuidos como tales.<sup>69</sup> Por ello, la progresividad trae consigo las siguientes obligaciones del Estado de: (i) reconocer, respetar, garantizar y proteger los derechos humanos; (ii) mantener el avance sostenido de los derechos, tanto en lo referente a la ampliación de su contenido, al reconocimiento de nuevos derechos y a la ampliación de los ya existentes; (iii) interpretar de la manera más favorable a las personas los derechos reconocidos y por tanto, no restringir de manera inaceptable o arbitraria los derechos humanos ya reconocidos; y finalmente, (iv) no revertir un derecho ya reconocido.

En este sentido, el propio Preámbulo de la Constitución expresa que ella se adopta en “ejercicio de su poder originario representado por la Asamblea Nacional Constituyente mediante el voto libre y en referendo democrático” que estableció como propósito fundamental de la nueva Carta Fundamental “la garantía universal e indivisible de los derechos humanos”. En este sentido, es importante puntualizar que el principio de progresividad de los derechos humanos –como expusimos *supra*– encuentra fundamento no sólo en las normas constitucionales citadas, sino además en la base comicial octava de la aprobación de la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente, la cual expresamente dispuso:

Una vez instalada la Asamblea Nacional Constituyente, como poder originario que recoge la soberanía popular, deberá dictar sus propios estatutos de funcionamiento, *teniendo como límites los valores y principios* de nuestra historia republicana,

<sup>69</sup> Pedro Nikken: *La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo*, Madrid: Editorial Instituto Interamericano de Derechos Humanos, España. 1987, <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2037>>.

así como *el cumplimiento de los tratados internacionales, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República, el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre* y las garantías democráticas dentro del más absoluto respeto de los compromisos asumidos. (Énfasis añadido)

Ello significa, como se dijo, que *los derechos consagrados por la Constitución no pueden ser posteriormente desconocidos ni disminuidos, ya que su naturaleza de ser “inherentes a la persona” una vez reconocidos no pueden ser revertidos.*<sup>70</sup>

De esta forma, *la protección de los derechos humanos se plasma en un régimen siempre susceptible de ampliación, mas no de regresión ni de exclusión.* Es por ello que la mayoría de los tratados sobre derechos humanos incluyen una cláusula según la cual, ninguna disposición convencional puede menoscabar la protección más amplia que puedan brindar otras normas de derecho interno o de derecho internacional. En este sentido, la propia CADH igualmente establece las siguientes reglas de interpretación, que confirman la progresividad de los derechos humanos:

#### Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a. permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d. excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

En esta dirección, la Corte IDH ha señalado que “si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, *debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana*” (cursivas añadidas).<sup>71</sup> Incluso la Sala Constitucional de Venezuela, al pronunciarse sobre las pautas interpretativas del *principio de progresividad* de los derechos humanos, ha afirmado que dicho principio se materializa a través de una estructura tridimensional, compuesta por (1) la obligación del Estado de permitir

<sup>70</sup> Artículo 22, CRBV.

<sup>71</sup> Corte IDH: *La colegiación obligatoria de periodistas*, opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A, n.º 5, párrafo 52.

y promover el incremento del número de derechos humanos, (2) permitir y promover el crecimiento de la esfera de protección de estos derechos, y finalmente, (3) fortalecer sus mecanismos de tutela. En este sentido, la Sala Constitucional estableció la siguiente interpretación constitucional vinculante sobre la progresividad de los derechos:

El texto constitucional reconoce de manera expresa el principio de progresividad en la protección de los derechos humanos, según el cual, el Estado se encuentra en el deber de garantizar a toda persona natural o jurídica, sin discriminación de ninguna especie, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de tales derechos. *Tal progresividad se materializa en el desenvolvimiento sostenido, con fuerza extensiva, del espectro de los derechos fundamentales en tres dimensiones básicas, a saber, en el incremento de su número, en el desarrollo de su contenido, y en el fortalecimiento de los mecanismos institucionales para su protección.* En este ámbito cobra relevancia la necesidad de que la creación, interpretación y aplicación de las diversas normas que componen el ordenamiento jurídico, se realice respetando el contenido de los derechos fundamentales. (Énfasis añadido)<sup>72</sup>

Por lo cual, conforme a la interpretación vinculante realizada incluso por la Sala Constitucional de Venezuela, el principio de progresividad reconocido en la propia Constitución prohíbe la regresividad de los derechos humanos, por lo que está vedada *la reducción de los derechos humanos, la reducción de la esfera de protección de derechos humanos de las personas, y con más razón, la eliminación de los mecanismos existentes para su protección.*

No obstante, el acto de Gobierno de Venezuela mediante el cual su ministro de Relaciones Exteriores formalizó ante la Secretaría General de la OEA la denuncia de la CADH, constituye *una evidente regresión de los derechos humanos, en evidente violación al principio de progresividad consagrado en el artículo 19 constitucional, en virtud de que mediante dicho acto: (i) no sólo se eliminan hacia el futuro y respecto a los hechos ocurridos con posterioridad a la entrada en vigor de la denuncia, las obligaciones internacionales sustantivas de garantía y respeto de los derechos reconocidos en dicho instrumento internacional; sino que además, (ii) conforme se detallará infra, hacia el futuro y respecto a los hechos ocurridos con posterioridad, se elimina el derecho de todas las personas, reconocido en dicho instrumento internacional, de la protección internacional de las violaciones a sus derechos humanos igualmente reconocidos en la CADH, ante la CIDH y la Corte IIDH, derecho igualmente reconocido expresamente en el artículo 31 constitucional, conforme al cual, “[t]oda persona tiene derecho [...] a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos”.*

---

<sup>72</sup> TSJ: *Caso Desaplicación por control difuso del segundo aparte del artículo 376 del COPP, SC*, sentencia de 6 de febrero de 2007, n.º 161; *Caso Acción de Nulidad por Inconstitucionalidad contra el artículo 493 COPP, SC*, sentencia de 7 de agosto de 2007, n.º 1709.

Precisamente la CADH es un instrumento internacional que (desde su aprobación publicada en G.O. n.º 31.256 del 14 de junio de 1977, cuya ratificación fue depositada el 9 de agosto de 1977 ante la Secretaría General de la OEA, y cuya aceptación de la jurisdicción de la Corte IDH fue igualmente depositada el 24 de junio de 1981), en primer lugar, reconoce el deber del Estado y como contrapartida el derecho de todas las personas bajo la jurisdicción del Estado venezolano de hacer valer sus derechos humanos reconocidos en esta Convención; y en segundo lugar, reconoce el derecho de toda persona a la protección internacional de los derechos convencionales, cuando el Estado no ha podido protegerlos mediante una justicia efectiva, oportuna e idónea. En este sentido, en virtud del sistema de protección internacional de los derechos humanos reconocido en dicho tratado, primero la CIDH y luego concretamente la Corte IDH, cuya competencia compulsoria fue reconocida “de pleno derecho y sin convención especial” por Venezuela el 24 de junio de 1981 de conformidad con el artículo 62 de la CADH, ha podido brindar justicia a favor de diversas y múltiples víctimas de gravísimas violaciones a los derechos humanos, como en los casos históricos como lo son, entre otros, el Caracazo, la masacre del retén de Catia y la masacre de El Amparo, las desapariciones forzadas de Vargas, así como en los casos de los periodistas agredidos y los jueces removidos arbitrariamente; así mismo, a las personas privadas de libertad en nueve establecimientos penitenciarios. Más aún, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en la actualidad, también se ha configurado como uno de los métodos de mayor importancia para la tutela de derechos humanos de las personas en Venezuela; para la fecha (2012) la Corte IDH ha decidido mediante sentencias quince casos,<sup>73</sup>

<sup>73</sup> 1) *Caso El Amparo vs. Venezuela*, fondo, sentencia 18 de enero de 1995, serie C, n.º 19, violación de los derechos consagrados en los artículos: 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno), 4 (Derecho a la vida), 5 (Derecho a la integridad personal), 8.1 (Garantías judiciales), 24 (Igualdad ante la ley) y 25 (Protección judicial); 2) *Caso El Caracazo vs. Venezuela*, fondo, sentencia 11 de noviembre de 1999, serie C, n.º 58, violación de los derechos consagrados en los artículos: 4.1 (Derecho a la vida), 5 (Derecho a la integridad personal), 7 (Derecho a la libertad personal), 8.1 (Garantías judiciales), 25.1 y 25.2.a. (Protección judicial) y 27.3 (Suspensión de garantías), en concordancia con los artículos 1.1 (Obligación de respetar los derechos) y 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno), de la Convención Americana; 3) *Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela*, fondo, reparaciones y costas, sentencia 28 de noviembre del 2005, serie C, n.º 138, violación de los derechos consagrados en los artículos: 4.1 (Derecho a la vida); 5.1 y 5.2 (Derecho a la integridad personal); 7.1, 7.2, 7.3, 7.4, 7.5 y 7.6 (Derecho a la libertad personal); 8.1 (Garantías judiciales) y 25 (Protección judicial); 4) *Caso Montero Araguren y otros (Retén en Catia) vs. Venezuela*, excepción preliminar, fondo, reparaciones, costas, sentencia 5 de junio del 2006, serie C, n.º 150, violación de los derechos consagrados en los artículos: 4 (Derecho a la vida), 5 (Derecho a la integridad personal), 8 (Garantías judiciales) y 25 (Protección judicial); 5) *Caso Apitz Barbera y otros (Corte 1ª de lo Contencioso Administrativo) vs. Venezuela*, excepción preliminar, fondo, reparaciones, costas, sentencia 5 de agosto del 2008, serie C, n.º 182, violación de los derechos consagrados en los artículos: 8 (Garantías judiciales) y 25 (Protección judicial); 6) *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia 28 de enero del 2009, serie C, n.º 194, violación de los derechos consagrados en los artículos: 5 (Derecho a la integridad personal), 13 (Libertad de pensamiento y expresión), 8 (Garantías judiciales) y 25 (Protección judicial); 7) *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*, excepción preliminar, fondo, reparaciones, costas, sentencia 28 de enero del 2009, serie C, n.º 195, violación de los derechos consagrados en los

tenía bajo trámite tres más<sup>74</sup> y medidas provisionales en aproximadamente veintiún asuntos,<sup>75</sup> brindándoles una tutela judicial internacional a las víctimas de los mismos.

artículos: 5 (Derecho a la integridad personal), 8 (Garantías judiciales), 13 (Libertad de pensamiento y expresión) y 25 (Protección judicial); 8) *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, excepción preliminar, fondo, reparaciones, costas, sentencia 30 de junio del 2009, serie C, n.º 197, violación del derecho consagrado en el artículo: 25 (Protección judicial) de la Convención, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 (Obligación de respetar los derechos) y 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno); 9) *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, fondo, reparaciones, costas, sentencia 17 de noviembre del 2009, serie C, n.º 206, violación de los derechos consagrados en los artículos: 7.1, 7.3 y 7.5 (Libertad personal), 8.1, 8.2.b, 8.2.c, 8.2.d, 8.2.f y 8.2.h (Garantías judiciales) y 25.1 (Protección judicial); 10) *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*, excepción preliminar, fondo, reparaciones, costas, sentencia 20 de noviembre de 2009, serie C, n.º 207, violación de los derechos consagrados en los artículos: 13 (libertad de pensamiento y de expresión), 7 (Derecho a la libertad personal), 8 (Garantías judiciales) y 25 (Protección judicial); 11) *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*, excepción preliminar, fondo, reparaciones, costas, sentencia 1º de julio del 2011, serie C, n.º 227, violación de los derechos consagrados en los artículos: 8 (Garantías judiciales), 25 (Protección judicial) y 23.1.c (Derechos políticos); 12) *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, fondo, reparaciones, costas, sentencia 1º de septiembre del 2011, serie C, n.º 233, violación de los derechos consagrados en los artículos: 23 (Derechos políticos), 8.1 (Garantías judiciales) y 25 (Protección judicial), conjuntamente con los artículos 1.1 (Obligación de respetar los derechos) y 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno); 13) *Caso Familia Barrios vs. Venezuela*, fondo, reparaciones, costas, sentencia 24 de noviembre del 2011, serie C, n.º 237, violación de los derechos consagrados en los artículos: 4 (Derecho a la vida), 5 (Derecho a la integridad personal), 7 (Derecho a la libertad personal), 8 (Garantías judiciales), 11 (Protección de la honra y dignidad), 19 (Derechos del niño), 21 (Derecho a la propiedad), 22 (Derecho de circulación y residencia), y 25 (Protección judicial); 14) *Caso Díaz Peña vs. Venezuela*, excepción preliminar, fondo, reparaciones, costas, sentencia 26 de junio del 2012, serie C, n.º 24, violación de los derechos consagrados en los artículos: 7.1, 7.2 y 7.4 (Derechos a no ser privado de la libertad ilegalmente y a conocer los motivos de la detención), 7.1 y 7.3 (Derecho a no ser privado de libertad arbitrariamente), 7.5 y 8.2 (Derechos a ser juzgado en un plazo razonable o a ser puesto en libertad y a la presunción de inocencia), 7.6 y 25.1 (Derechos a recurrir ante juez o tribunal competente para que decida sobre la legalidad de la detención y a la protección judicial), 8.1 (Derecho a ser juzgado en un plazo razonable por un juez o tribunal independiente e imparcial) y 5.1 y 5.2 (Derecho a la integridad personal); y 15) *Caso Uzategui y otros vs. Venezuela*, fondo y reparaciones, sentencia de 3 de septiembre de 2012, serie C, n.º 249, violación de los derechos consagrados en los artículos: 4.1 (Derecho a la vida), 5.1 (Derecho a la integridad personal), 7.1, 7.2 y 7.4 (Derecho a la libertad personal), 8.1 (Garantías judiciales), 11.2 (Derecho a la vida privada), 13 (Libertad de pensamiento y de expresión), 19 (Derechos del niño), 21 (Derecho a la propiedad), y 25.1 (Protección judicial).

<sup>74</sup> 1) *Caso Joe Luis Castillo González*, 22 de febrero del 2011, caso 12.605; 2) *Caso Allan Brewer Carías*, 7 de marzo del 2012, caso 12.724; y 3) *Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros*, 10 de julio del 2012, caso 12.606.

<sup>75</sup> 1) Asunto *Belfort Istúriz y otros respecto Venezuela* (15-04-10); 2) Asunto *Carlos Nieto y otros respecto Venezuela* (26-01-09, 05-08-08, 03-07-07, 22-09-06 y 09-07-04); 3) Asunto *Centro Penitenciario de Aragua "Cárcel de Tocorón" respecto Venezuela* (06-07-11, 15-05-11, 24-11-10 y 01-11-10); 4) Asunto *Centro Penitenciario de la Región Andina respecto Venezuela* (06-09-12); 5) Asunto *Centro Penitenciario de la Región Centro Occidental: Cárcel de Uribana respecto Venezuela* (06-09-12, 07-08-12, 06-07-11, 24-11-09, 12-08-09 y 02-02-07); 6) Asunto de la *Emisora de Televisión "Globovisión" respecto Venezuela* (29-01-08, 21-12-07, 21-11-07 y 04-09-04); 6) *Caso del Caracazo respecto Venezuela* (28-05-10); 7) Asunto del *Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II respecto Venezuela* (06-09-12, 07-08-12, 06-07-11, 24-11-09, 12-08-09, 30-11-07 y 30-03-06); 8) Asunto del *Internado Judicial Capital El Rodeo I y El Rodeo II respecto Venezuela* (06-09-12, 06-09-12, 07-08-12, 06-07-11, 24-11-09,

La denuncia de la CADH *despoja* a todas las personas, de forma inconstitucional y en los términos su artículo 78, del derecho a la protección judicial internacional ante la Corte IDH, removiendo respecto a los hechos posteriores a aquélla, la potestad jurisdiccional de dicha Corte en casos relacionados con Venezuela, y por tanto, *excluyéndolas del derecho a acudir a los órganos jurisdiccionales internacionales*, lo cual configura una evidente *regresividad al además debilitar los mecanismos propios para la protección internacional de los derechos humanos*.

En el presente caso, la regresividad, además, no sólo afecta al derecho de petición internacional, sino que también *viola de de manera evidente el artículo 339 constitucional*, que expresamente *reconoce una obligación de cumplir y por tanto de mantenerse vinculado con los estándares y controles internacionales previstos en la CADH en materia de estados de excepción*. En efecto, esta norma constitucional, al referirse al decreto de estado de excepción, exige que éste *“cumplirá con las exigencias, principios y garantías establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”* (cursivas añadidas). Por tanto, excluir a la CADH y en consecuencia las obligaciones de control internacional que se derivan de ella en materia de estados de excepción,<sup>76</sup> es relajar y disminuir los estándares de protección de los derechos humanos bajo estas situaciones, configurando por ello una medida evidentemente regresiva.

---

12-08-09 y 08-02-08); 9) Asunto del *Internado Judicial de Monagas (“La Pica”) respecto Venezuela* (06-09-12, 07-08-12, 06-07-11, 24-11-09, 12-08-09, 03-07-07 y 09-02-06); 10) Asunto *Diarios “El Nacional” y “Así es la Noticia” respecto Venezuela* (25-11-08 y 06-07-04); 11) Asunto *Eloisa Barrios y otros respecto Venezuela* (05-07-11, 21-02-11, 25-11-10, 04-02-10, 18-12-09 y 22-09-05); 12) *Caso Guerrero Gallucci y Martínez Barrios respecto Venezuela* (21-11-11, 29-11-07 y 04-07-06); 13) Asunto *Guerrero Larez respecto Venezuela* (15-05-11 y 17-11-09); 14) Asunto *Internado Judicial de Ciudad Bolívar “Cárcel de Vista Hermosa” respecto Venezuela* (06-07-11 y 15-05-11); 15) Asunto *Liliana Ortega y otras, respecto Venezuela* (09-07-09, 14-06-05, 01-03-05, 04-05-04, 02-12-03, 21-02-03 y 27-11-02); 16) Asunto *Luis Uzcátegui respecto Venezuela* (27-01-09, 04-05-04, 02-12-03, 20-02-03 y 27-11-02); 17) Asunto *Luisiana Ríos y otros respecto Venezuela* (03-07-07, 14-06-07, 12-09-05, 08-09-04, 04-05-04, 02-12-03, 21-11-03, 02-10-03, 20-02-03 y 27-11-02); 18) Asunto *María Lourdes Afiuni respecto Venezuela* (02-03-11 y 10-12-10); 19) Asunto *Marta Colomina y Liliana Velásquez respecto Venezuela* (04-07-06, 04-05-04, 02-12-03, 08-09-03 y 30-07-03); y 20) Asunto *Natera Balboa respecto Venezuela* (15-05-11, 01-02-10 y 01-12-09).

<sup>76</sup> Con relación a las *exigencias, principios y garantías* y a los *controles internacionales* que impone la CADH en materia de estados de excepción, su artículo 27 dispone:

“Artículo 27. Suspensión de Garantías

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos



Por consiguiente, esta regresividad ocasionada por la denuncia de la CADH como instrumento internacional viola además *el principio constitucional de los derechos humanos como rector de las relaciones internacionales del Estado Venezolano*, conforme al cual,

*Artículo 152. Las relaciones internacionales de la República responden a los fines del Estado en función del ejercicio de la soberanía y de los intereses del pueblo; ellas se rigen por los principios de independencia, igualdad entre los Estados, libre determinación y no intervención en sus asuntos internos, solución pacífica de los conflictos internacionales, cooperación, respeto a los derechos humanos y solidaridad entre los pueblos en la lucha por su emancipación y el bienestar de la humanidad. La República mantendrá la más firme y decidida defensa de estos principios y de la práctica democrática en todos los organismos e instituciones internacionales.* (Énfasis añadido)

La denuncia de un tratado de derechos humanos como es la CADH, y su consecuencia de desvincular al Estado venezolano de las obligaciones sustantivas y procesales de respeto, garantía y protección de los derechos reconocidos en dicho instrumento, es evidentemente contraria al “respeto a los derechos humanos” como principio rector de sus relaciones internacionales”. Pero además, la denuncia como hemos visto, ocasiona una desmejora de la protección internacional de todas las personas bajo la jurisdicción del Estado venezolano ante organismos e instituciones internacionales como son la CIDH y la Corte IDH.

El sistema interamericano de protección de los derechos humanos es un mecanismo *colectivo*, ello es, donde todos los Estados parte de la CADH e incluso los Estados miembros de la OEA tienen un legítimo interés en la promoción y defensa de los derechos en todos los demás Estados. Ello se manifiesta, entre otros aspectos, en las competencias de sus órganos políticos (Asamblea General, Consejo Permanente y Consejo de Asuntos Jurídicos y Políticos) para conocer, discutir y adoptar resoluciones relativas al avance de los derechos humanos en el hemisferio, aprobar declaraciones y tratados sobre la materia, así como temas relativos a los informes de ambos órganos interamericanos de protección. Por lo cual, ciertamente la denuncia de la CADH también configura una violación del *principio constitucional de los derechos humanos como rector de las relaciones internacionales del Estado venezolano y de su deber constitucional de mantener la más firme y decidida defensa de este principio en todos los organismos e instituciones internacionales*.

Es por todo lo anterior que la denuncia de la CADH por parte del Gobierno de Venezuela ha generado en distintos organismos y organizaciones internacionales el rechazo y

---

Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. 3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión”.

la expresión firme de la preocupación por la regresividad que ella causa a la protección de los derechos humanos. Así, una vez que el presidente de la República Bolivariana de Venezuela anunció en una primera ocasión la denuncia a la CADH, la alta comisionada para las Naciones Unidas para los Derechos Humanos aseveró: “[e]stamos preocupados por el anuncio de Venezuela de establecer un comité estatal para evaluar la posibilidad de retirarse de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Los órganos regionales de derechos humanos juegan un rol muy importante en la promoción y protección de mecanismos de derechos humanos y refuerzan los estándares y tratados universales de derechos humanos –algo que ha sido reconocido repetidamente por la Asamblea General de la ONU y el Consejo de Derechos Humanos”.<sup>77</sup>

Amnistía Internacional reaccionó a dicho anuncio a través de un comunicado público, afirmando que “[u]n retiro de Venezuela del Sistema Interamericano implicaría negar a los y las venezolanas una importante instancia de justicia, e iría claramente en contra de la propia Constitución Bolivariana de Venezuela”.<sup>78</sup>

A nivel hemisférico, la Coalición Internacional de Organizaciones por los Derechos Humanos en las Américas manifestó enérgicamente su preocupación por la “indefensión en la que quedarán los ciudadanos que no podrán acudir a esa instancia internacional” cuando se cercenen sus derechos humanos.<sup>79</sup>

Entre las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos venezolanas que se pronunciaron destacan las que integran el Foro por la Vida, quienes rechazaron “contundentemente la propuesta formulada por el Presidente de la República en días pasados, de ‘retirarse’ de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, subrayando así la utilidad fundamental de este sistema para la protección de los derechos humanos de los individuos.<sup>80</sup> Igualmente, la Comisión de Derechos Humanos de la Federación de Abogados de Venezuela manifestó su preocupación al respecto al rechazar “el acto de desafío del Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela al promover los estudios para sustraerse de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos” y “los intentos

<sup>77</sup> Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: “Derechos Humanos de la ONU expresa preocupación por el posible retiro de Venezuela de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, 4 de mayo de 2012, <<http://acnudh.org/2012/05/derechos-humanos-de-la-onu-expresa-preocupacion-por-el-posible-retiro-de-venezuela-de-la-comision-interamericana-de-derechos-humanos/>>.

<sup>78</sup> Amnistía Internacional: “Debate en Venezuela pone en riesgo la protección de los derechos humanos”, Índice AI: AMR 53/003/2012, <<http://www.amnesty.org/es/library/asset/AMR53/003/2012/es/3f3dfa80-47e3-49bb-91c2-c24de92e3405/amr530032012es.pdf>> (17/5/2012).

<sup>79</sup> Coalición Internacional de Organizaciones por los Derechos Humanos en las Américas: “Retiro de Venezuela de la Corte IDH debilitaría la protección de los Derechos Humanos de sus ciudadanos/as”, <<http://espaciopublico.org/index.php/noticias/1-libertad-de-expresi/2423-coalicion-internacional-de-organizaciones-por-los-derechos-humanos-en-las-americas-expresan-su-preocupacion-sobre-el-retiro-de-venezuela-de-la-corte-idh>>. (31/7/2012).

<sup>80</sup> Foro por la Vida: *Foro por la Vida y organizaciones sociales ante la amenaza del gobierno nacional de retirarse de la CIDH*, <<http://www.conflictive.org.ve/agenda/foro-por-la-vida-y-organizaciones-sociales-ante-la-amenaza-del-gobierno-nacional-de-retirarse-de-la-cidh.html>> (11/5/2012).

por parte del Gobierno Venezolano en desligarse de sus obligaciones internacionales como Estado parte de la Organización de Estados Americanos (OEA), en materia de Protección y Garantía de los Derechos Humanos de las personas bajo su jurisdicción”<sup>81</sup>

Igualmente, diversas víctimas de violación de los derechos humanos en Venezuela que han acudido ante el sistema interamericano con base en la CADH, quienes no encontraron ni aun encuentran justicia en Venezuela, manifestaron que “el Sistema Interamericano de Derechos Humanos es su último recurso”<sup>82</sup>

Además de estas organizaciones de derechos humanos, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela también expresó su rechazo a la anunciada salida de la CIDH y eventual denuncia de la CADH, y al respecto afirmó que “la salida de Venezuela de la CIDH como ha sido anunciada, o incluso la sola denuncia de la CADH, configurarían de conformidad con la Constitución, una violación o un menoscabo a los derechos garantizados en ella, por lo cual sería un acto “nulo”<sup>83</sup>

Así mismo, en el ámbito académico, el *Grupo de profesores de Derecho Público de distintas universidades venezolanas* emitió un pronunciamiento público, en el cual reclamó la atención de las instituciones y de la ciudadanía con relación a la orden presidencial para que Venezuela se “retire” de la Corte IDH y eventualmente denuncie la CADH, “en clara violación de lo previsto en los artículos 19; 23; 31 y 339 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”. En su pronunciamiento público, los profesores advirtieron que “[d]e ejecutarse la mencionada denuncia, se debilitará definitivamente la obligación internacional del estado venezolano a respetar y proteger los derechos fundamentales de todos los venezolanos, como la vida, la prohibición de torturas, la libertad personal, el debido proceso, entre otros; y los funcionarios del gobierno y del resto de los poderes públicos escapan a la jurisdicción de un tribunal internacional que ofrece a todas las personas en Venezuela, protección internacional complementaria, cuando los tribunales de Venezuela no han sido efectivos en la protección de sus DDHH”<sup>84</sup>

<sup>81</sup> Comisión de Derechos Humanos de la Federación de Abogados de Venezuela: “El retiro de Venezuela de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, <<http://www.derechos.org.ve/2012/05/03/comision-de-ddhh-del-colegio-de-abogados-rechaza-retiro-de-venezuela-de-la-cidh/>> (2/5/2012).

<sup>82</sup> Rueda de prensa organizada por el Foro por la Vida, coalición de organizaciones de derechos humanos venezolana, Caracas, agosto de 2012 <[http://www.youtube.com/watch?feature=player\\_embedded&v=k5J\\_KIj7\\_\\_s#!](http://www.youtube.com/watch?feature=player_embedded&v=k5J_KIj7__s#!)>, <[http://www.youtube.com/watch?feature=player\\_embedded&v=oHVHmV9gaSI](http://www.youtube.com/watch?feature=player_embedded&v=oHVHmV9gaSI)>, <[http://www.youtube.com/watch?feature=player\\_embedded&v=vQXoWKsql44](http://www.youtube.com/watch?feature=player_embedded&v=vQXoWKsql44)>, <[http://www.youtube.com/watch?feature=player\\_embedded&v=Aw8odZxu7lw](http://www.youtube.com/watch?feature=player_embedded&v=Aw8odZxu7lw)>.

<sup>83</sup> Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela: “Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre el retiro de Venezuela de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)”, <[http://acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamientos/Pronunciamiento%20ACADEMICA%20retiro%20CIDH%20\(rev\).pdf](http://acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamientos/Pronunciamiento%20ACADEMICA%20retiro%20CIDH%20(rev).pdf)> (14/5/2012).

<sup>84</sup> Profesores de Derecho en distintas universidades: “La decisión presidencial de renunciar a la Convención Americana sobre Derechos Humanos disminuirá los DDHH de TODOS los venezolanos y eliminará un mecanismo de protección adicional a la Constitución”, <<http://acienpol.org.ve/>

Una vez que el Gobierno de Venezuela formalizó la denuncia de la CADH, el propio secretario general de la OEA en su comunicado de prensa anunciando que la había recibido en ese día 10 de septiembre de 2012, expresó que “lamenta la decisión adoptada por el gobierno de la República Bolivariana de Venezuela, de denunciar este instrumento jurídico”, ya que éste constituye “uno de los pilares de la normativa legal que ampara la defensa de los derechos humanos en el continente”. Por lo cual, el secretario general al reconocer la gravedad regresiva de la denuncia presentada “manifestó su esperanza de que en el año que debe transcurrir para que dicha decisión se haga efectiva, como lo establece el Art. 78, el gobierno de la República Bolivariana de Venezuela pueda reconsiderar su decisión”<sup>85</sup>

Por su parte, la alta comisionada para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, igualmente reaccionó de inmediato ante tan grave decisión del Gobierno venezolano y al respecto expresó su temor de que con ella “una capa vital para la protección de los venezolanos –y potencialmente de otros latinoamericanos– se adelgace si el Gobierno sigue adelante con su decisión. Serán mucho más vulnerables a los abusos y habrá menos soluciones disponibles”. Además subrayó que “La Corte IDH y la CIDH no solamente han tenido un impacto extraordinariamente positivo en los Derechos Humanos de la región, sino que también han servido como ejemplos pioneros para el resto del mundo de cuán eficaces pueden ser los organismos de protección de los Derechos Humanos”<sup>86</sup>

Amnistía Internacional también se manifestó de nuevo y expresó públicamente que “esta acción es una afrenta a las víctimas de violaciones de derechos humanos y a generaciones futuras de venezolanos y venezolanas que carecerán de la posibilidad de acceder a este órgano regional cuando no puedan hacer valer sus derechos en su país”, y añadió que “la posibilidad de recurrir a un organismo internacional como la Corte Interamericana es un derecho que todas y todos los venezolanos han adquirido y que esta decisión volvería imposible de ejercer”<sup>87</sup>

Igualmente, la Coalición Internacional de Organizaciones por los Derechos Humanos en las Américas señaló que “[e]n su documento de denuncia, Venezuela pretende desvincularse también de la supervisión de la Comisión Interamericana. Sin embargo, este organismo podrá seguir recibiendo denuncia o analizando situaciones de derechos humanos en ese país, en virtud de su adhesión a la Carta de la OEA y a la Declaración

---

cmaciempol/Resources/Noticias/PRONUNCIAMIENTO%20DE%20LOS%20PROFESORES%20DE%20DERECHO.pdf.> (1/8/2012).

<sup>85</sup> OEA: “Secretario general de la OEA comunica denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de parte de Venezuela”, comunicado C-307/12, <[http://www.oas.org/es/centro\\_noticias/comunicado\\_prensa.asp?sCodigo=C-307/12](http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-307/12)> (10/9/2012).

<sup>86</sup> Europa Press: “La ONU insta a Venezuela a reconsiderar su denuncia de la Convención de DDHH”, <<http://www.europapress.es/latam/venezuela/noticia-venezuela-onu-insta-venezuela-reconsiderar-denuncia-convencion-americana-ddhh-20120912073511.html>> (12/9/2012).

<sup>87</sup> Amnistía Internacional: “La ruptura de Venezuela con la corte regional de derechos humanos es ‘una afrenta a las víctimas’”, <<http://www.amnesty.org/es/news/ruptura-venezuela-corte-regional-ddhh-afrenta-victimas-2012-09-12>> (13/9/2012).

Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. La medida adoptada por Venezuela debilita el camino hacia la universalidad del Sistema Interamericano que trazaron los Estados de la región. El continente necesita que todos los Estados reconozcan los instrumentos interamericanos en materia de derechos humanos. La denuncia de Venezuela es un retroceso para alcanzar dicho objetivo. Por ello, solicitamos a Venezuela que revierta su decisión de denuncia de la Convención Americana y reitere su compromiso con la protección de los derechos humanos de todos/as los/as venezolanos/as. Asimismo, hacemos un llamado a los demás Estados de la OEA para que exhorten a Venezuela a no privar a sus ciudadanos del acceso al más alto Tribunal del sistema regional de protección de los derechos humanos”<sup>88</sup>.

Es evidente por tanto que, conforme ha quedado argumentado, *la denuncia de la CADH conlleva una regresividad inconstitucional, al excluir y restringir las obligaciones internacionales del Estado venezolano, de respeto, garantía y protección de los derechos reconocidas en dicho instrumento internacional, así como particularmente el derecho de protección ante los órganos internacionales previstos en el mismo*. Además de ello, dicha denuncia *disminuye y restringe la esfera de garantías mínimas* con las que cuentan todas las personas ante un *estado de excepción*. Esta misma regresividad permea al resto del ordenamiento jurídico, que se podrá ver excluido de una interpretación progresiva conforme a la CADH y su jurisprudencia, en tanto que el reconocimiento, desarrollo y la protección de derechos humanos realizada por la Corte IDH se ve removida de la gama de derechos con la que cuentan las personas, en los términos antes expuestos.

Es por todo ello que la denuncia de la CADH es inconstitucional, en virtud de que viola la garantía de la *progresividad y no regresividad* de los derechos humanos, reconocida en el artículo 19 de la Constitución.

## 5. Conclusión y acciones

En conclusión, la denuncia de la CADH mediante la nota oficial diplomática identificada con el número 000125 emanada del ministro del Poder Popular para las Relaciones Exteriores, Nicolás Maduro Moros, de fecha 6 de septiembre de 2012 por órdenes e instrucciones directas del presidente de la República Bolivariana de Venezuela, Hugo Chávez Frías, presentada ante la Secretaría General de la OEA el 10 de septiembre de 2012, es inconstitucional en virtud de ser violatoria de las normas y principios constitucionales relativos a la *jerarquía y supremacía constitucional de los tratados sobre derechos humanos, el derecho de petición internacional para el amparo de los derechos humanos, los requisitos y límites constitucionales de los estados de excepción, los derechos humanos como principio rector de las relaciones internacionales del Estado venezolano y la progresividad*

<sup>88</sup> CEJIL: “Venezuela debilita la protección de los derechos de sus ciudadanos/as al denunciar la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, <<http://cejil.org/comunicados/venezuela-debililita-la-proteccion-de-los-derechos-de-sus-ciudadanos-as-al-denunciar-la-co-o>> (19/9/2012).

de los derechos humanos, consagrados en los artículos 23, 333, 339, 31,152 y 19, respectivamente, de la Constitución.

Con base en los anteriores fundamentos constitucionales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 336 de la Constitución, un amplio, diverso y representativo grupo de las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos incluyendo instancias de la Iglesia (Cáritas), de víctimas de violaciones a los derechos humanos, de defensores de derechos humanos y de abogados,<sup>89</sup> presentamos a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia el 27 de septiembre de 2012, una *acción de nulidad por inconstitucionalidad* contra el acto de gobierno contenido en la denuncia de la CADH. Mediante esta acción de inconstitucionalidad presentada, respetuosamente solicitamos a la Sala Constitucional que: declare con lugar la presente acción de nulidad por razones de inconstitucionalidad, de la denuncia de la CADH contenida en la nota oficial diplomática identificada con el número 000125 emanada del ministro del Poder Popular para las Relaciones Exteriores, Nicolás Maduro Moros, de fecha 6 de septiembre de 2012 por

---

<sup>89</sup> Dichas personas son: Marino Alvarado Betancourt, en representación del Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos (Provea); Hilda Rosa Páez, Liliana Ortega Mendoza, Aura Rosa Liscano, Yris Del Valle Medina y Maritza Romero Castro, en representación del Comité de Familiares de las Víctimas de los Sucesos de Febrero-Marzo (Cofavic); Carlos José Correa Barros, director ejecutivo de Espacio Público; Humberto Prado, Marianela Sánchez Ortiz y Kairin Yohanet Peñaloza Cuicas, en representación de la asociación civil sin fines de lucro Observatorio Venezolano de Prisiones; José Gregorio Guareñas, representando los intereses de la Vicaría Episcopal de Derecho Humanos de la Arquidiócesis de Caracas; Feliciano Reyna, representando a las organizaciones Acción Solidaria y Civilis, A.C.; Luis Francisco Cabezas, en representación de Convite, A.C.; María Graciela Fajardo de Ojeda, en representación del Comité de Familiares de las Víctimas de Atropellos Policiales y Militares del Estado Anzoátegui (Cofivanz); Alberto Nieves, en representación de Acción Ciudadana contra el SIDA; Luis Manuel Aguilera, en representación de Justicia y Paz Aragua; Ligia Bolívar Osuna, directora del Centro de Derechos Humanos de Universidad Católica Andrés Bello; Jesús María Casal, director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello; Raúl Arturo Herrera León, del Centro para la Paz y los Derechos Humanos de la Universidad Central de Venezuela; Isolda Heredia de Salvatierra, del Observatorio Venezolano de los Derechos Humanos de la Mujer; Monseñor Roberto Luckert León, Presidente de la Comisión de Justicia y Paz de la Conferencia Episcopal Venezolana; María Da Silva Dos Santos y William Jiménez Gaviria, de la Comisión de Derechos Humanos del Colegio de Abogados de Caracas; Natassja Palmiomiotto, Ely Rafael Tovar Flores, e Irina de la Chiquinquira Prieto, de la Comisión de Derechos Humanos del Colegio de Abogados de Carabobo; Eduin Aranda Moyura, de la Comisión de Derechos Humanos del Colegio de Abogados de Anzoátegui; Damaris Milagros Rangel Matute, de la Comisión de Derechos Humanos del Colegio de Abogados de Miranda; Luis Manuel Guevara Prato, de la Comisión de Derechos Humanos del Colegio de Abogados de Bolívar; Genesis Keymart Fernández Lozada, de la Comisión de Derechos Humanos del Colegio de Abogados de Lara; Alejandra Josefina Iriarte De Blanco, víctima en el caso *Blanco Romero vs. Venezuela*, sentenciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Inocenta Del Valle Marín, víctima en el caso *Montero Aranguren y otros (retén de Catia) vs. Venezuela*, sentenciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Francisco Arturo Guerrero Sánchez, beneficiario de medidas provisionales dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 17 de noviembre de 2009; Marco Antonio Ponce, actuando en nombre propio; Pedro Nikken, Carlos Ayala Corao, Rafael Chavero, Jesús María Casal, Antonio Puppio, Francisco Alfonso Carvallo, Oswaldo Rafael Cali Hernández y Edward Jesús Pérez, abogados defensores de derechos humanos.

órdenes e instrucciones directas del presidente de la República Bolivariana de Venezuela, Hugo Chávez Frías; y que en consecuencia, en ejecución de la sentencia definitiva que declare con lugar la acción de inconstitucionalidad, requiera al Ejecutivo Nacional, que en virtud del principio de colaboración de los poderes públicos establecido en el artículo 136 de la Constitución, proceda de inmediato a comunicar al secretario general de la Organización de los Estados Americanos, el retiro de la denuncia de la CADH.

Se trata de la interposición de una *acción popular de inconstitucionalidad*, ejercida de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia,<sup>90</sup> dado que en Venezuela el control concentrado de la constitucionalidad sólo le corresponde a la Sala Constitucional *mediante demanda popular de inconstitucionalidad*. La legitimación activa en el caso de demandas de nulidad de actos de ejecución directa e inmediata de la Constitución, ello es, con rango de ley, es de naturaleza popular. En este sentido, cualquier persona natural o jurídica ostenta la legitimación activa para ejercer dicha acción. Por lo tanto, dicha Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia dispuso una legitimación popular para ejercer las acciones de inconstitucionalidad contra los actos de ejecución inmediata y directa de la Constitución.

Con la decisión de esta acción de inconstitucionalidad no sólo está en juego la independencia del Poder Judicial frente al Poder Ejecutivo, sino también la vigencia misma de Constitución y por tanto, de la democracia, del Estado de derecho y de los derechos humanos en Venezuela.

## Bibliografía

ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES DE VENEZUELA: “Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre el Retiro de Venezuela de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)”, <[http://aciropol.org.ve/cmaciropol/Resources/Pronunciamientos/Pronunciamento%20ACADEMICA%20retiro%20CIDH%20\(rev\).pdf](http://aciropol.org.ve/cmaciropol/Resources/Pronunciamientos/Pronunciamento%20ACADEMICA%20retiro%20CIDH%20(rev).pdf)> (14/5/2012).

ALTA COMISIONADA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHO HUMANOS: “Derechos Humanos de la ONU expresa preocupación por el posible retiro de Venezuela de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, <<http://acnudh.org/2012/05/derechos-humanos-de-la-onu-expresa-preocupacion-por-el-posible-retiro-de-venezuela-de-la-comision-interamericana-de-derechos-humanos/>> (4/5/2012).

AMNISTÍA INTERNACIONAL: “Debate en Venezuela pone en riesgo la protección de los derechos humanos”, Índice AI: AMR 53/003/2012, <<http://www.amnesty.org/es/library/asset/AMR53/003/2012/es/3f3dfa80-47e3-49bb-91c2-c24de92e3405/amr530032012es.pdf>> (17/5/2012).

<sup>90</sup> Artículo 32, Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, opublicada en G.O. n.º 39.522, de 1º de octubre del 2010.

- \_\_\_\_\_ “La ruptura de Venezuela con la corte regional de derechos humanos es ‘una afrenta a las víctimas’”, <<http://www.amnesty.org/es/news/ruptura-venezuela-corte-regional-ddhh-afrenta-victimas-2012-09-12>> (13/9/2012).
- AYALA CORAO, Carlos: “Naturaleza y alcance de la descentralización estatal”, en *Leyes para la descentralización política de la federación*, Caracas, 1990.
- \_\_\_\_\_ “La jerarquía de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”, en *El nuevo Derecho Constitucional Latinoamericano* (vol. II), Caracas: Konrad Adenauer Stiftung, CIEDLA Asociación Venezolana de Derechos Constitucional, Copre, 1996.
- \_\_\_\_\_ *Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos*, Caracas/San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Editorial Jurídica Venezolana, 1998.
- \_\_\_\_\_ “La jerarquía de los tratados de derechos humanos”, en *El futuro del sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos*, San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998.
- \_\_\_\_\_ *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, México: Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política (Funda), 2004.
- \_\_\_\_\_ “Las consecuencias de la jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos”, en *Rumbos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Estudios en Homenaje al Profesor Antonio Augusto Cançado Trindade* (t. V), Porto Alegre, Brasil, 2005.
- BREWER-CARÍAS, Allan R.: *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*. Caracas, 1999.
- \_\_\_\_\_ *La Constitución de 1999*, comentada por Allan R. Brewer-Carías, Caracas, 2000.
- CAFIERO, Juan Pablo; MARTA RUTH FAUR; ESTEBAN MIGUEL, LLAMOSAS; JUAN, MÉNDEZ; RODOLFO, PONCE LEÓN y CRISTINA MARÍA, VALLEJOS: *Jerarquía constitucional de los tratados internacionales*, Buenos Aires: Astrea, 1996.
- CAPPELLETTI, MAURO. *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, México: Porrúa, 1993.
- CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL (CEJIL): “Venezuela debilita la protección de los derechos de sus ciudadanos/as al denunciar la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, <<http://cejil.org/comunicados/venezuela-debilita-la-proteccion-de-los-derechos-de-sus-ciudadanos-as-al-denunciar-la-co-0>> (19/9/2012).
- COALICIÓN INTERNACIONAL DE ORGANIZACIONES POR LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS AMÉRICAS: “Retiro de Venezuela de la Corte IDH debilitaría la protección de los Derechos Humanos de sus ciudadanos/as”, <<http://espaciopublico.org/index.php/noticias/1-libertad-de-expresi/2423-coalicion-internacional-de-organizaciones-por-los-derechos-humanos-en-las-america-expresan-su-preocupacion-sobre-el-retiro-de-venezuela-de-la-corte-idh>> (31/7/2012).
- COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LA FEDERACIÓN DE ABOGADOS DE VENEZUELA: “El retiro de Venezuela de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”,



- <<http://www.derechos.org/ve/2012/05/03/comision-de-ddhh-del-colegio-de-abogados-rechaza-retiro-de-venezuela-de-la-cidh/>> (2/5/2012).
- CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS: “Signatarios y estado actual de las ratificaciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, publicada en la G.O. n.º 36.860 de 30 de diciembre de 1999, <<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/convratif.asp>>.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA: *Caso Jaime Rodríguez vs. Iván Mejía Álvarez*, sentencia de 7 de diciembre de 2001, T-1319/01.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *La colegiación obligatoria de periodistas*, opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A, n.º 5.
- \_\_\_\_\_. *Caso Barrios Altos vs. Perú*, sentencia de 14 de marzo de 2001.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ARGENTINA: *Caso Jorge Rafael Videla*, sentencia 21 de agosto de 2003.
- DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE: Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia, 1948, <<http://www.cidh.org/basicos/Basicos1.htm>>.
- DECRETO SOBRE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL: Publicado en la Gaceta Oficial n.º 39.202 de 17 de junio de 2009.
- DIRECCIÓN DE ARCHIVOS Y BIBLIOTECA DE LA ASAMBLEA NACIONAL, REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA: *El Poder Legislativo en la historia*, <<http://www.monitorlegislativo.net/media/historiaAN.pdf>>.
- ESDATA: “Referéndum constituyente de 1999”, <[http://esdata.info/static/constituyente\\_1999](http://esdata.info/static/constituyente_1999)>.
- ESTATUTO DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Aprobado mediante la Resolución n.º 447 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno período ordinario de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, <<http://www.cidh.org/basicos/basicos9.htm>> (10/1979).
- EUROPA PRESS: “La ONU insta a Venezuela a reconsiderar su denuncia de la Convención de DDHH”, <<http://www.europapress.es/latam/venezuela/noticia-venezuela-onu-insta-venezuela-reconsiderar-denuncia-convencion-americana-ddhh-20120912073511.html>> (12/9/2012).
- FAVOREU, Louis y Francisco RUBIO LLORENTE: *El bloque de la constitucionalidad*, Madrid: Universidad de Sevilla, Cuadernos Civitas, 1991.
- FORO POR LA VIDA: “Foro por la Vida y organizaciones sociales ante la amenaza del gobierno nacional de retirarse de la CIDH”, <<http://www.conflictive.org/ve/agenda/foro-por-la-vida-y-organizaciones-sociales-ante-la-amenaza-del-gobierno-nacional-de-retirarse-de-la-cidh.html>> (11/5/2012).
- GIMENO SENDRA, Vicente y José GARBERI: *Los procesos de amparo (ordinario constitucional e internacional)*, Madrid, 1994.
- GUASTI, Ricardo: “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Miguel Carbonell Sánchez (coord.): *Neoconstitucionalismo(s)*, México, 2003.
- HÄBERLE, Peter: *El Estado constitucional*, Buenos Aires: Astrea, 2007.

LA DECISIÓN PRESIDENCIAL DE RENUNCIAR A LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS DISMINUIRÁ LOS DDHH DE TODOS LOS VENEZOLANOS Y ELIMINARÁ UN MECANISMO DE PROTECCIÓN ADICIONAL A LA CONSTITUCIÓN: <<http://acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Noticias/PRONUNCIAMIENTO%20DE%20LOS%20PROFESORES%20DE%20DERECHO.pdf>> (1/8/2012).

LEY APROBATORIA DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS: Publicada en la G.O. n.º 31.256 de 14-6-77.

LEY DE LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL: República de Costa Rica, n.º 7135, de 11 de octubre de 1989.

MINISTERIO DEL PODER POPULAR PARA RELACIONES EXTERIORES DE LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA: Nota oficial diplomática n.º 000125 de fecha 6 de septiembre de 2012.

NIKKEN, Pedro: *La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo*, Madrid: Editorial Instituto Interamericano de Derechos Humanos, España, 1987, <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2037>>.

ORGANIZACION DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA): "CIDH lamenta decisión de Venezuela de denunciar Convención Americana sobre Derechos Humanos", <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/117.asp> (12/9/2012).

\_\_\_\_\_ "Secretario general de la OEA comunica denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de parte de Venezuela", comunicado C-307/12, <[http://www.oas.org/es/centro\\_noticias/comunicado\\_prensa.asp?sCodigo=C-307/12](http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-307/12)> (10/9/2012).

PROTOCOL N.º 11 TO THE CONVENTION FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS RESTRUCTURING THE CONTROL MACHINERY ESTABLISHED THEREBY: November 1. 1997, Council of Europe.

RECOPILACION DE LAS OBSERVACIONES GENERALES Y RECOMENDACIONES GENERALES ADOPTADAS POR LOS ORGANOS DE DERECHOS HUMANOS CREADOS EN VIRTUD DE TRATADOS, INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS: Naciones Unidas, HRI/GEN/1/Rev. 3.

REGLAMENTO DE LA COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Aprobado por la Comisión en su 13º período ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009, <<http://www.cidh.org/basicos/basicos10.htm>>.

REGLAMENTO ORGANICO DEL MINISTERIO DEL PODER POPULAR PARA RELACIONES EXTERIORES: publicado en la G.O. n.º 39.841 de 12 de enero de 2012.

RUEDA DE PRENSA ORGANIZADA POR EL FORO POR LA VIDA: Coalición de organizaciones de derechos humanos venezolana, <[http://www.youtube.com/watch?feature=player\\_embedded&v=k5J\\_KIj7\\_s#!](http://www.youtube.com/watch?feature=player_embedded&v=k5J_KIj7_s#!)>, <[http://www.youtube.com/watch?feature=player\\_embedded&v=oHVHmV9gaSI](http://www.youtube.com/watch?feature=player_embedded&v=oHVHmV9gaSI)>, <[http://www.youtube.com/watch?feature=player\\_embedded&v=vQXoWksql44](http://www.youtube.com/watch?feature=player_embedded&v=vQXoWksql44)>, <[http://www.youtube.com/watch?feature=player\\_embedded&v=Aw8odZxu7lw](http://www.youtube.com/watch?feature=player_embedded&v=Aw8odZxu7lw)> (8/2012).

SALA CONSTITUCIONAL DE EL SALVADOR: *Caso Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras*, sentencia de 1º de abril de 2004, n.º 52-2003/56-2003/57-2003.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE REPÚBLICA DOMINICANA: *Resolución de 13 de noviembre de 2003*, n.º 1920-2003.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE VENEZUELA (TSJ): *Caso Interpretación constitucional respecto al contenido y alcance del artículo 71 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, sentencia de 22 de enero de 2003, n.º 23, <<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Enero/03-0017.htm>>.

\_\_\_\_\_ *Caso Acción de nulidad por inconstitucionalidad contra el artículo 493 COPP*, sentencia de 7 de agosto de 2007, n.º 1709.

\_\_\_\_\_ *Caso Analya Belisario y otros*, sentencia de 13 de julio de 2011, n.º 1089, <<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1089-13711-2011-10-1369.html>>

\_\_\_\_\_ *Caso Desaplicación por control difuso del segundo aparte del artículo 376 del COPP*, sentencia de 6 de febrero de 2007, n.º 161.

\_\_\_\_\_ *Caso Interpretación sobre el contenido y alcance del artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, sentencia de 15 de junio de 2004, n.º 1173, <<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Junio/1173-150604-02-3215.htm>>.

Juan Colombo Campbell (Chile)\*

## Relación entre las potestades del Tribunal Constitucional y de los tribunales superiores de justicia en la perspectiva del mandato de supremacía constitucional\*\*

### RESUMEN

Hoy la jurisdicción constitucional es generalmente compartida entre los tribunales constitucionales y las cortes supremas o sus salas constitucionales, lo que naturalmente produce relaciones y en ocasiones conflictos en su ejercicio. Este trabajo afirma que ambas competencias tienen como misión final y común la de dar eficacia al principio de la supremacía constitucional, pilar indubitado de un Estado de derecho, que deben contemplarse de tal manera que no se generen sentencias contradictorias.

**Palabras clave:** derecho constitucional, constituciones, jurisdicción, tribunal constitucional, justicia constitucional, supremacía constitucional.

### ZUSAMMENFASSUNG

Heute teilen sich im allgemeinen die Verfassungsgerichte die Zuständigkeit für Verfassungsrechtsfragen mit den obersten Gerichtshöfen oder deren Kammern für Verfassungsrechtsfragen, was natürlich zu Wechselwirkungen und gelegentlichen Konflikten bei der Wahrnehmung dieser Aufgabe führt. Dieser Aufsatz kommt zu dem Schluss, dass die Doppelzuständigkeit letztlich dem Zweck dient, dem Prinzip des Verfassungsvorrangs Geltung zu verschaffen, das unzweifelhaft einen Grundpfeiler des Rechtsstaats darstellt. Daher muss sie so konzipiert werden, dass es nicht zu sich widersprechenden Entscheidungen kommt.

---

\* Profesor titular de Derecho Procesal de la Universidad de Chile y decano de la Facultad de Derecho por cinco años. Ministro y presidente del Tribunal Constitucional de Chile por diecinueve años; decano de la Escuela de Carabineros de Chile; árbitro de la Cámara de Comercio de Santiago, Chile. <jfcolomboc@hotmail.com>.

\*\* Este trabajo es parte de la conferencia dictada en el Instituto de Estudios Judiciales, patrocinado por la Fundación Konrad Adenauer, con fecha 9 de noviembre de 2012.

**Schlagwörter:** Verfassungsrecht, Verfassungen, Zuständigkeit, Verfassungsgericht, Verfassungsgerichtsbarkeit, Vorrang der Verfassung.

## ABSTRACT

Nowadays, constitutional jurisdiction is shared between constitutional courts and supreme courts or their constitutional chambers, which naturally leads to relations between these entities and occasionally to disputes. This paper holds that both types of institutions have the common mission of making constitutional supremacy a reality, since it is the undisputed cornerstone of a State that recognizes the rule of law, and that a way must be found to avoid contradictory judgments.

**Keywords:** Constitutional law, Constitutions, Jurisdiction, Constitutional court, Constitutional justice, Constitutional supremacy.

## 1. Introducción

Inicio mi exposición afirmando que las potestades, como las denomina la invitación a participar en este curso de los tribunales superiores de justicia y del tribunal constitucional, tienen ambas como misión común y final, la de dar eficacia a la supremacía constitucional mediante el ejercicio de su jurisdicción, función que ejercen en forma privativa y que constituye el pilar esencial en el que se sostiene el Estado de derecho, al que todos aspiramos. Esto en relación a sus potestades.

Por estar directamente vinculado al tema que nos convoca, deseo en esta oportunidad invocar una cita de una sentencia del juez norteamericano Potter Stewart, que nos presenta el expresidente de la Corte Suprema de Israel, Aarón Barak, en su maravilloso libro *Un juez reflexiona sobre su labor: el papel de un tribunal constitucional en una democracia*, cuyo contenido refleja en toda su intensidad lo que significa el ejercicio de la potestad jurisdiccional y en que se traduce como elemento insustituible en el ámbito de una supremacía constitucional verdadera, sólida y eficaz.

Se trata de un caso sobre libertad de prensa sometido a proceso constitucional, en el que el juez razona manifestando: la Constitución de los Estados Unidos no es un documento de ejecución automática, y dice: “¿De dónde señoras y señores creen ustedes que estos grandes derechos constitucionales que ustedes tan vehemente invocaban, y de los que tan manifestamente se congratulaban ayer, de dónde creen que provienen! La cigüeña no los trajo. Afirma provienen de los jueces de este país, de esos malos que se sientan aquí en la mesa. De ahí proceden. Vinieron por que los tribunales de este país vieron que otro poder del Estado estaba intentando avasallar a la prensa o incluso eliminarla y los tribunales la hemos protegido porque entendemos que eso es lo que proporciona y protege la constitución”.

La supremacía constitucional está protegida por el ejercicio de las potestades jurisdiccionales que realizan los tribunales de justicia, y para que sea eficaz los magistrados,

nuestros jueces deben cumplir su misión haciendo pleno uso de sus atribuciones, para lo cual contamos en Chile con un adecuado sistema de “justicia constitucional” concentrado y compartido.

La jurisdicción o función jurisdiccional es una sola que tiene los límites que le señala la Carta Fundamental. Es por tal motivo que debió ampliarse su ámbito tradicional para incluir en ella la facultad de decidir conflictos constitucionales que le entregara a la Corte Suprema y al Tribunal Constitucional.

Tradicionalmente la jurisdicción comprendía la facultad de resolver las causas civiles y criminales y excluía la posibilidad de hacerlo con los conflictos constitucionales. Hoy extiende su ámbito por mandato constitucional para incluir en su cobertura su solución.

En este contexto podemos precisar que nuestro sistema es concentrado porque la competencia que tienen los tribunales para decidir conflictos constitucionales reside exclusiva y privativamente en aquellos a los que la propia Constitución y sus leyes complementarias le otorgan competencia para dirimirlos. La reforma constitucional del año 2005 ratifica y confirma que en nuestro país no existe la alternativa del control difuso de constitucionalidad de las leyes, al disponer en su texto que si los jueces que deben aplicar la ley estiman que al hacerlo se generaría un efecto contrario a la Constitución, que la viciaría de inconstitucionalidad, tienen ahora acción para provocar la apertura de un proceso ante el Tribunal Constitucional, el que deberá pronunciarse sobre la posible inaplicabilidad de la norma legal invocada como decisoria litis en cualquier proceso pendiente, y en tal caso el juez la inaplicará.

En efecto, al otorgar legitimidad para obrar ante el Tribunal Constitucional a todos los jueces, confirma que nuestro sistema de control de constitucionalidad está concentrado en los tribunales previstos por la Constitución, como se dirá.

También resulta necesario precisar que para determinar si la competencia que tiene un tribunal es constitucional o legal hay que estarse únicamente a saber cuál es el conflicto y cuál es la norma decisoria litis aplicable a su solución. Cuando el tribunal para decidir aplica directamente la preceptiva constitucional, está ejerciendo jurisdicción constitucional. Por el contrario, cuando aplica la ley como norma decisoria litis, actúa en uso de la competencia legal.

Igualmente, debe destacarse que la denominada jurisdicción constitucional, que de acuerdo a la doctrina procesal debe calificarse como competencia constitucional, es compartida ya que la tienen varios tribunales del sistema, para conocer y decidir conflictos constitucionales.

Así, el Tribunal Constitucional tiene competencia para conocer de los asuntos a que se refiere el artículo 93 constitucional, de los cuales por ahora destacaremos sólo los controles de constitucionalidad a priori y a posteriori de las leyes, denominados también abstracto y concreto, o preventivo y represivo, especialmente en cuanto se refieren a la facultad de inaplicar y/o de derogar las leyes o evitar que los proyectos de ley lleguen a transformarse en ley.

A su turno, la Constitución entrega la protección jurisdiccional de las garantías constitucionales consagradas fundamentalmente por el artículo 19 constitucional a los

tribunales superiores de justicia y no al Tribunal Constitucional, como ocurre en otros países. En efecto, le corresponde conocerlos de acuerdo al artículo 20 del mismo texto a las cortes de apelaciones en primera instancia y a la Corte Suprema en segunda instancia, conociendo de la acción de protección que constituye un clásico amparo constitucional.

La Corte Suprema además tiene competencia constitucional para decidir sobre la privación administrativa de la nacionalidad chilena de acuerdo al artículo 12 y la de declarar que un imputado ha sido sometido a proceso o condenado en forma injustificadamente errónea o arbitraria, lo que generará la obligación del Estado de cubrir los perjuicios patrimoniales y morales que le provocare. Es la legítima reacción del constituyente enfrentado a un proceso penal injusto.

También nuestra Carta Fundamental contiene un capítulo que se refiere a la justicia electoral, en el cual establece dos clases de tribunales para dirimir conflictos en estas materias: el Tribunal Calificador de Elecciones y los tribunales electorales regionales. El primero es sin duda un tribunal constitucional, los regionales están al límite en cuanto a calificar la clase de competencia que se les asigna. Recordemos que muchas constituciones, encabezadas por la francesa, otorgan a sus tribunales constitucionales la decisión de los conflictos surgidos a propósito de las elecciones y en definitiva decidir quién será el presidente o parlamentario electo.

Igualmente, en este ámbito el Senado al conocer de las acusaciones constitucionales que la Cámara de Diputados entable y resolverlas como jurado, y al declarar si el acusado es culpable o inocente del delito, infracción o uso del poder que se le imputa, está decidiendo un típico conflicto constitucional. Lo mismo sucede cuando conoce de las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas administrativas y los tribunales superiores de justicias, cuando declara la inhabilidad del presidente de la República y en el caso previsto en el artículo 93 n.º 10 cuando el afectado es el presidente de la República. Todo ello demuestra que el ejercicio de la competencia constitucional es compartido y que todo tribunal que tiene competencia constitucional es un tribunal constitucional.

Respondiendo al tema de la convocatoria, la conclusión es que las potestades de ambos grupos de tribunales se potencian y no compiten, puesto que ambas deben lograr el objetivo final, cual es la protección jurisdiccional de la Constitución lo que se traducirá en que los poderes públicos deben y deberán actuar estrictamente de acuerdo a lo previsto por los artículos 6º y 7º constitucionales y que el sistema judicial debe dar eficacia y ser el principal garante de la tutela judicial efectiva de los derechos constitucionales de las personas.

## **2. Un poco de historia**

Precisado lo anterior y para comprender la trascendencia y profundidad de los temas que estamos analizando, considero oportuno y necesario hacer algunas reflexiones históricas acerca del origen y funcionamiento de las potestades de los tribunales constitucionales,

comenzando por recordar que la democracia consagrada en los textos constitucionales y protegida por la jurisdicción constitucional sólo se logra en Europa y en nuestra América Latina, con lagunas, después de la Segunda Guerra Mundial.

Como antecedente relevante debemos siempre recordar que fue Hans Kelsen, a quien tuve el honor de conocer en California, quien en Austria planteó la necesidad de incorporar a la Constitución un tribunal autónomo, ajeno al sistema judicial tradicional, para decidir los conflictos entre poderes públicos y evitar que se continuaran autotutelando.

Volvamos atrás: en este entorno debemos precisar que a partir de la revolución francesa se producen fenómenos importantes en las bases de los sistemas jurídicos, que tendrán relevancia en la futura protección de la supremacía constitucional por parte de los operadores de la denominada justicia constitucional, la que debe asumir la solución de los nuevos conflictos generados por la globalización del derecho público, en cuanto sus decisiones se vinculan con las funciones de los Estados y las garantías de las personas, elementos fundantes del establecimiento de los tribunales con competencia constitucional, destinados precisamente a garantizar el cumplimiento efectivo de la preceptiva de la Carta Fundamental. En efecto:

1. Se consagra desde las primeras constituciones y hasta ahora, el principio de la soberanía nacional, cuyo ejercicio paulatinamente se entrega a poderes públicos separados e independientes y se precisan las garantías constitucionales.
2. Se establece un sistema judicial organizado jerárquicamente, destinado a dar eficacia real al cumplimiento de la ley, que se plantea como la máxima expresión de la voluntad soberana, concepción recogida en nuestro derecho por el artículo 1º del Código Civil, vigente a la fecha, que expresa: “La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite”.
3. En el ámbito de la aplicación de la Constitución norteamericana, por vía jurisdiccional, en el año 1803 se elabora dogmática y sistematizadamente el principio de “supremacía constitucional” y a partir del fallo *Marbury vs. Madison*, la Corte Suprema asume en plenitud la función de proteger la Constitución enfrentada a normas de inferior rango que la vulneren. Dentro de toda la literatura jurídica derivada de esa histórica sentencia, cabe destacar una interesante ponencia de Gerardo Eto Cruz, publicada en México en el *Tratado de Derecho procesal constitucional*, coordinado por el profesor Eduardo Ferrer Mac Gregor. Allí, esencialmente refiriéndose al tema que nos ocupa, se señala que este fallo constata el principio básico de que una Constitución viva es el fundamento esencial para una nación fuerte y que el Tribunal es el que debe elaborar la doctrina constitucional. Siguiendo a Carlos Nino, indica Eto Cruz que el pensamiento del *chief justice* Marshall se puede resumir en lo siguiente:
  - a. El deber del Poder Judicial es aplicar la ley.



- b. Cuando hay dos leyes contradictorias, no hay más remedio que aplicar una, desechando otra.
  - c. La Constitución es la ley suprema y define qué otras normas son leyes.
  - d. La supremacía de la Constitución implica que cuando entra en conflicto con una norma dictada por el Congreso, esta segunda deja de ser una ley válida.
  - e. La negación de la premisa anterior supondría que el Congreso puede modificar la Constitución dictando una ley ordinaria, por lo que la Constitución no sería operativa para limitar el Congreso.
  - f. El Congreso está limitado por la Constitución.
  - g. Si una norma no es una ley válida carece de fuerza obligatoria.
- Concluye, finalmente, que una ley contraria a la Constitución no debe ser aplicada por el Poder Judicial. De esta forma, si se reconoce la primacía de la Constitución, se sigue necesariamente con la implantación del control judicial de constitucionalidad de las leyes, en virtud de cual los jueces no deben aplicar en ningún proceso jurisdiccional las normas contrarias a la Constitución. A partir de entonces, por primera vez, la ley queda sometida a control de constitucionalidad.
4. Europa y Latinoamérica siguen la tendencia opuesta, marcada por Francia, en orden a que el principio de separación de poderes impide al juez eludir su absoluta sumisión a la ley y, por otra parte, la misma normativa, como expresión de la voluntad soberana, tiene un rol supremo y absoluto dentro del sistema de disposiciones, lo que excluye la noción de su control de constitucionalidad por parte de los jueces.

El proceso histórico que deviene en la Segunda Guerra Mundial y la crisis del sistema democrático llevó a que las tendencias políticas dominantes fueran, por una parte, la influencia del nacionalsocialismo alemán, y por la otra, la versión soviética del marxismo, en las cuales el constitucionalismo y la protección de los derechos mínimos del ser humano no tienen cabida. En este período, la autotutela se presenta dramáticamente como la forma natural de solución de los conflictos jurídico-políticos.

Terminada la Segunda Guerra Mundial y con las naciones enfrentadas a la necesidad de su reconstrucción jurídica, moral y física, para solucionar la primera resurge con vigor el movimiento constitucional, que en la mayor parte de los países de Europa se ve reflejado en sus nuevas constituciones, como es el caso de Italia y posteriormente Alemania, Austria, Bélgica, Francia y, a fines del siglo, España y Portugal. Estas constituciones de posguerra, a diferencia de las anteriores, crean, siguiendo el modelo kelseniano, un sistema jurisdiccional, de protección de sus normas, principios y valores, entregando su custodia a tribunales constitucionales, cuyas competencias y régimen de integración emanan directamente del constituyente originario.

Actualmente una Constitución para que se transforme en norma vinculante, debe contener los mecanismos idóneos y eficaces que la protejan para poder ser aplicada di-

rectamente como decisoria litis en la solución de los conflictos sometidos a su imperio en caso de ser violentada.

Como sentenció el juez Marshall, la Constitución es “la ley suprema y soberana de la Nación” y un acto incompatible con su normativa es nulo, decisión sobre la cual los expertos concluyen que Europa ha vuelto a descubrir la Constitución como una ley suprema, que coloca algunos valores fundamentales de la sociedad fuera del alcance de mayorías parlamentarias ocasionales. De allí que haya sido “rejuridificada”, en el sentido de que se la considera ahora como una ley fundamental directamente ejecutable por los jueces y aplicable a los individuos. Es aquí donde emerge la concepción de la vinculación directa entre la Constitución y sus mecanismos jurisdiccionales de protección.

Hoy la Constitución es una norma efectiva que prevalece por sobre las de rango inferior, al ordenar el funcionamiento del Estado y amparando efectivamente las garantías personales, en tanto es de aplicación inmediata y decisoria litis, en la solución de conflictos que se generen dentro del ordenamiento institucional, ahora aplicable directamente por los jueces.

Los tribunales que ejercen jurisdicción en asuntos constitucionales, como ya antes se dijera, están precisamente destinados a proteger jurisdiccionalmente la estructura del régimen democrático y deben velar porque los órganos públicos limiten el ejercicio de su poder en las áreas de su competencia, y por otra parte, dar eficacia y aplicación a los derechos fundamentales.

Reiteramos que la institucionalización de la jurisdicción constitucional busca recuperar y restablecer el imperio de los valores y principios arrasados por el totalitarismo y la tragedia de las guerras, en términos que hoy un régimen democrático no es concebible sin una Constitución normativa que lo ampare, y esta no es tal sin un tribunal que la resguarde, pues carecería de eficacia al no existir órganos que resuelvan sus conflictos por medio de un debido proceso.

¿Cuál fue la situación de Chile a partir de la Constitución de 1833? Sus comentaristas, como Huneeus, Lastarria, Carrasco y Roldán, concluían que los tribunales no podían dejar de aplicar la ley. Como curiosidad podemos recordar un oficio emanado de la Corte Suprema en que dicho máximo tribunal de la República, con fecha 27 de junio de 1848, afirmaba que “ninguna magistratura goza de prerrogativas de declarar la inconstitucionalidad de leyes promulgadas después del Código Fundamental i de quitarles por este medio sus efectos i su fuerza obligatoria. Este poder, que por su naturaleza sería superior al del Legislador mismo, puesto que alcanza a anular sus resoluciones, no existe en Magistratura alguna, según nuestro sistema constitucional. El juicio supremo del Lejislador, de que la ley que dicta no es opuesta a la Constitución, disipa toda duda en el particular i no permite retardos o demoras en el cumplimiento de sus disposiciones”.

Como recuerda el profesor Enrique Navarro en su libro, de reciente publicación, *El control de constitucionalidad de las leyes en Chile (1811-2011)*, “en el mismo sentido, en nota dirigida por el Ministro de Justicia a la Corte Suprema, se señala que la misión que le correspondería, tal como a los demás tribunales ‘está reducida a la recta aplicación de las leyes a los casos particulares que ocurren en las causas sometidas a sus fallos, sin que

sea lícito evadir su cumplimiento, ya porque sean justas o injustas, ya por ser conformes o contrarias a la Constitución”. Voces aisladas como las de Manuel Egidio Ballesteros y el presidente Balmaceda planteaban la necesidad de contar con un tribunal constitucional.

Fue nuestro gran presidente Arturo Alessandri Palma quien propuso incorporar al texto de la Constitución de 1925 la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, entregando su competencia a la Corte Suprema, nuestro máximo tribunal de justicia, con lo cual se inicia el uso de la potestad jurisdiccional para dar eficacia a la supremacía constitucional.

Por lo tanto, la histórica situación de sumisión de los tribunales a la ley cambia sustancialmente, como se dijo, con la elaboración de la nueva Constitución, la que en su génesis planteó firmemente la conveniencia de establecer en la nueva Carta algún sistema de control de poderes que determinara si las leyes que se dictaban por el Congreso se ajustaban o no a la preceptiva constitucional.

En este contexto, con la dictación de esta Constitución se estableció, por primera vez en el ordenamiento jurídico chileno, la posibilidad de que la constitucionalidad de la ley generada en nombre del pueblo por el Congreso Nacional fuera controlada por un órgano jurisdiccional. Su artículo 86 incorporó al sistema el denominado recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley, un hito en el derecho público chileno, que otorga competencia de control jurisdiccional de normas a la Corte Suprema, para resolver si las leyes vigentes son o no compatibles con la Carta Fundamental. Dicho llamado “recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”, procesalmente una acción, se caracterizó por lo siguiente:

- a) La Corte Suprema, interpretando el texto constitucional, renuncia a la declaración de inconstitucionalidad por motivos de forma, con lo cual claudica a una importante área de la facultad de control que le entregó la Constitución de 1925;
- b) Indicará, correctamente, que su jurisdicción al declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad es negativa, lo que se traduce en que no puede sentenciar cuál es la ley que debe aplicar el tribunal competente para resolver el litigio, sino sólo decidir que la cuestionada ley no puede aplicarse en el caso sublite, si es afirmativa;
- c) La Corte Suprema, según consta en estudios elaborados por profesores especializados en el tema, no priorizó el ejercicio de esta atribución por sobre su competencia común. En otros términos, mantuvo la línea como controladora superior y final de la legalidad, pero no se mostró como un efectivo tribunal constitucional.

Luego de una jurisprudencia vacilante, decidió acertadamente que el control comprendía todas las leyes vigentes y no sólo las dictadas con posterioridad a la Constitución de 1925.

Cabe precisar que la inaplicabilidad constituía una acción constitucional de control represivo o a posteriori de constitucionalidad de la ley, pues se verificaba respecto de preceptos legales vigentes que se invocaran como fundamento de derecho para resol-

ver casos concretos de los que conociera directamente la Corte Suprema o se siguieren ante otros tribunales. Procedía respecto de preceptos con rango de ley y tenía efectos limitados, en la medida que la sentencia pronunciada por la Corte Suprema sólo estaba destinada a producirlos en la gestión de que se trataba y sólo respecto de las partes involucradas en ésta.

Para comprender la labor de los tribunales constitucionales, debe precisarse que a partir de la revolución francesa, se producen fenómenos importantes en las bases de los sistemas jurídicos, que tendrán relevancia en la futura organización de la denominada justicia constitucional y que posteriormente culminarán en el establecimiento de los tribunales constitucionales, destinados hoy a garantizar el cumplimiento efectivo de la preceptiva de la Carta Fundamental y su supremacía.

Reiteramos que la institucionalización de la jurisdicción constitucional busca recuperar y restablecer el imperio de los valores y principios arrasados por el totalitarismo y la tragedia de la guerra, en términos que hoy un régimen democrático no es concebible sin una Constitución normativa que lo ampare, y ésta no es tal sin un tribunal que la resguarde, pues carecería de eficacia al no existir órganos que resuelvan conflictos relacionados con ella.

### **3. El Estado de derecho custodiado por las potestades jurisdiccionales de los tribunales superiores de justicia y del tribunal constitucional**

En nuestro país el Estado de derecho se basa en la existencia de una Constitución Política, un sistema normativo que la complementa y una jurisdicción que proteja sus disposiciones, valores y principios. Hoy existe una clara trilogía en que se entrelazan los conceptos de Constitución, jurisdicción constitucional y el debido proceso constitucional. En efecto, las constituciones políticas modernas en sus textos consagran las bases del sistema jurídico normativo, al que, para ser eficiente, debe incorporarse un mecanismo jurisdiccional de protección de sus disposiciones en caso de quebrantamiento.

En este contexto, la jurisdicción y su expresión máxima la sentencia, desempeñan un papel trascendental al resguardar, a través del debido proceso, el Estado de derecho y la supremacía constitucional, previstas por la Carta Básica para regir los destinos del país y de sus habitantes y protegerlos ante cualquier tipo de quebrantamiento normativo o abuso de poder.

Es por ello que el profesor Louis Favoreu, en su trabajo sobre *Justicia y jueces constitucionales*, afirma que el desarrollo de la justicia constitucional es ciertamente el acontecimiento más destacado del derecho público del siglo xx en el Viejo Mundo y quizás en el mundo entero, y concluye que hoy no se concibe un sistema constitucional que no reserve un lugar a esta institución. Esto explica que en Europa todas las nuevas Constituciones hayan previsto, además de una corte suprema o de un tribunal de casación, la existencia de un tribunal constitucional, al igual como lo han hecho algunos países

latinoamericanos, o se han creado salas constitucionales en las cortes supremas. Esto es algo común a todo ordenamiento civilizado.

La Constitución así definitivamente hoy se plantea como una norma *decisoria litis*, de aplicación directa por el juez en la sentencia, en la solución de todo conflicto constitucional. Puede decirse que hoy presenciamos una nueva legitimidad, la legitimidad constitucional. Es por ello que necesariamente para desarrollar el tema que se me asigna debo referirme antes al proceso y a la sentencia que sustentan el principio de la supremacía constitucional.

En este entorno, el debido proceso se perfila como la culminación de la protección jurisdiccional de la Constitución, toda vez que si consideramos solamente la jurisdicción constitucional en abstracto y no al instrumento destinado a hacerla efectiva en el caso concreto, estaríamos frente a un sistema imposible, incompleto e inoperante de justicia constitucional.

Postulo que jurisdicción, proceso y sentencia son conceptos indisolublemente unidos, no pueden subsistir el uno sin el otro, y son los que sustentan al pleno ejercicio de la potestad jurisdiccional protectora y guardián de la supremacía constitucional.

La jurisdicción sin proceso es inviable y el proceso sin jurisdicción no es un proceso jurisdiccional y, por lo tanto, lo inhibe para decidir por medio de la sentencia un conflicto de intereses de relevancia constitucional con efecto de cosa juzgada. Puede decirse que en la jurisdicción constitucional la hipótesis está en la Constitución, la tesis en el proceso y la conclusión en la sentencia.

En este contexto, resulta curioso observar que la abundante doctrina escrita sobre justicia constitucional en las últimas décadas, se ha centrado en el análisis y estudio de sus bases orgánicas, destacándose entre ellas la jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales, temas desarrollados extensamente en todos los textos especializados. En cambio, es muy escaso el apoyo científico-jurídico que podemos encontrar para el análisis del proceso constitucional y de su modo natural de solución, la sentencia, y menos aún de los principios informadores que deben concurrir para que reúna las exigencias que le permitan su calificación como “debido, justo y oportuno”, presupuestos inherentes a una sentencia satisfactoria. Recordemos que Calamandrei muy bien ha dicho que todas las declaraciones constitucionales son fútiles si no existen medios jurídico-procesales que aseguren su eficacia real.

Hoy podemos afirmar que el ámbito de la jurisdicción se extiende para proteger la supremacía constitucional y al Estado de derecho a través de las sentencias constitucionales.

El mundo ha presenciado las discrepancias entre los poderes públicos y la necesidad de resolverlas por medios racionales y pacíficos. Esta confrontación entre la necesidad de instaurar un control jurisdiccional de la Constitución y conservar en su esencia el principio de separación de poderes, fue precisamente lo que motivó, como lo recordara, a partir de Kelsen, la creación de tribunales constitucionales con la atribución jurisdiccional específica de velar por la constitucionalidad de las leyes, la que no podría atribuirse al orden judicial tradicional, cuya misión, precisamente, es la de aplicar la ley, sin que le fuere lícito cuestionarla. De este enunciado surge la diferencia esencial entre

la jurisdicción común y la constitucional. La primera al dictar sentencia aplica la ley y la segunda la Constitución.

Debo destacar que en la actualidad, las constituciones consagran y garantizan por la vía jurisdiccional, el principio de la supremacía constitucional. Esta nueva perspectiva ha derivado y dado origen a la creación del derecho procesal constitucional que considera este principio como valor esencial en su establecimiento y que integra como un capítulo especial a las resoluciones jurisdiccionales.

Siendo así, al analizarlo debe incluirse, necesariamente, tanto la protección de las disposiciones escritas en la Constitución, como también y, especialmente, los valores y principios fundamentales que están en la base de la misma, los que por la vía de la decisión jurisdiccional deben cobrar plena vigencia. Son los que consagra nuestra Constitución en el capítulo I, el que denomina “Bases de la institucionalidad”.

A propósito del tema, recuerdo a Mauro Cappelletti en cuanto expresa que la Constitución no debe ser concebida como una simple pauta de carácter político, moral o filosófico, sino como una ley verdadera positiva y obligante con carácter supremo y más permanente que la legislación positiva ordinaria, y que García de Enterría concluye que hoy las constituciones son normas jurídicas efectivas, que prevalecen en el proceso político, en la vida social y económica del país y que sustentan la validez a todo el orden jurídico.

También debe destacarse que el control de constitucionalidad implica la configuración de un mecanismo de defensa jurisdiccional de un orden constitucional concreto articulado en una Constitución, y que se caracteriza por ser asumido por sujetos ajenos al proceso de producción normativa y por recaer, salvo excepciones, sobre normas perfectas y plenamente vigentes. Se articula formalmente como la garantía de la primacía de la Constitución sobre las demás normas del ordenamiento jurídico positivo.

También la experiencia interna es válida para todos, en cuanto las normas que articulan la jurisdicción constitucional deben interpretarse de manera que potencien al máximo su defensa y cumplimiento. En este orden de ideas, la jurisdicción constitucional tiene un significado esencial para el perfeccionamiento y la vigencia del Estado constitucional de derecho, la división y equilibrio de las ramas del poder público, la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, la división vertical del poder del Estado y el respeto de los derechos fundamentales.

Debe tenerse en cuenta, además, que esta ampliación de la jurisdicción permite a los tribunales constitucionales desempeñar una función esencial de adaptación de la Constitución y de los textos que la complementan a la realidad nacional, en los casos en que su rigidez provoque problemas en su aplicación de sus normas o una alteración de las garantías en su esencia.

También es un vaso comunicante el que se refiere a los límites funcionales de la jurisdicción constitucional, ya que aunque el Tribunal Constitucional, en su calidad de intérprete supremo de la Constitución, determina de modo vinculante el sentido de los preceptos constitucionales, a él también le corresponde delimitar sus propias funciones, acotando su jurisdicción del ámbito de actuación perteneciente a los tradicionales poderes del Estado.

Como afirmara Tomás y Valiente, dentro del sistema que es la Constitución, “Nadie puede decirle al Tribunal cuáles son sus límites, lo cual no significa que no los tenga, sino que éstos son los que la Constitución dice que son, en unos términos cuyo sentido establece el propio Tribunal como intérprete supremo”. Como aplicación de este principio podemos destacar lo siguiente:

- a) Que la sentencia de un tribunal que usa su competencia constitucional, al decidir, debe hacerlo en estricta congruencia con el mérito del proceso, o sea, en el ámbito de su competencia específica, y
- b) Que la sentencia no puede pronunciarse sobre el mérito del acto impugnado de inconstitucionalidad.

La suma de estos factores es la que da eficacia al principio que hemos expuesto como mérito del proceso.

#### **4. El debido, justo y oportuno proceso jurisdiccional es el instrumento procesal que establece la Carta Fundamental para el ejercicio pleno de las potestades que entrega a los tribunales de justicia**

En armonía con lo expresado, toda Constitución Política debe contemplar al debido proceso como la forma natural y racional de solución jurisdiccional de los conflictos que se produzcan por el ejercicio de las funciones públicas o por hechos o actos que provoquen el quebrantamiento de los derechos esenciales de las personas.

También debemos destacar que en los últimos años ha surgido con fuerza una nueva visión o dimensión del concepto de debido proceso jurisdiccional, atribuyéndole nuevas exigencias, las que de cumplirse, permitirían calificarlo, además, como justo, posición que ha sido extensamente desarrollada por la doctrina especializada. La sentencia es el acto procesal que incorporará al proceso los elementos que la sustentan.

En España, la jurisprudencia de su Tribunal Constitucional, en el ámbito de la tutela judicial efectiva de los derechos, consagrada por el artículo 24 de la Constitución, ha declarado en sentencias recientes y reiteradas que entre las garantías que comprende está la del “derecho a un juicio justo”, señalándose en ellas los elementos que deben concurrir para que pueda denominarse como proceso justo.

Esta nueva faceta lo exhorta a ser justo, lo que impone un evidente compromiso del Constituyente, del legislador y especialmente de los jueces a incorporarle estímulos que se traduzcan en un plus de valores filosóficos, subjetivos y mutables, los que unidos a las exigencias y principios que se le exigen para ser debido, generará como resultado final, el concepto de debido y justo proceso constitucional, a que aspiramos.

A nuestro juicio, sumar estos valores al proceso nos permite avanzar en el diseño de un medio de solución de conflictos que responda a las nuevas exigencias constitucionales.

En este sentido, el proceso constitucional lleva implícito en su desarrollo la aplicación de estos valores que se encauzan a través de las facultades de interpretación y adaptación que tienen los jueces constitucionales.

Si el proceso no es debido, estaremos frente a un proceso viciado, que podrá invalidarse por la vía de la nulidad procesal. En cambio, si es injusto su corrección dependerá de si existen o no recursos para remediar el agravio que tal situación produjo. Esto último resulta especialmente importante de tener en cuenta en los procesos constitucionales que, por regla general y por su naturaleza, no son susceptibles de recurso alguno ni de control disciplinario.

Nuestra meta, por cuyo logro luchamos y lucharemos, es que el proceso constitucional reúna ambos atributos y, como su natural consecuencia, se haga merecedor a ser finalmente calificado como debido y justo, para que sus sentencias sean respetadas en su forma y fondo. Ellos son los que le permitirán cumplir con el objetivo superior de proporcionar eficacia al anhelado principio de la supremacía constitucional, hoy universalmente aceptado como factor informador, no sólo del proceso, sino de todo el ordenamiento político.

A propósito de esta nueva dimensión del proceso concordamos plenamente con lo expresado por el profesor de la Universidad de Roma Elio Fazzalari, quien en su clásica obra *Processo e Giuridizione* manifiesta que debe lograrse la construcción dogmática e ideológica del proceso justo constitucional.

Todo proceso tiene que ser debido y, en la medida de lo posible, dependiendo de factores subjetivos y de la actuación del juez, reiteramos que, además debe llegar a ser justo.

En el proceso constitucional se enfatizan y combinan estos valores lo que conduce a incentivar y agudizar el poder creador de los jueces al aplicar directamente la Constitución a la solución de casos concretos.

Desde otro punto de vista, para diferenciar aún más estos conceptos, podemos señalar que la regulación del debido proceso es permanente y aplicable a toda situación en que un tribunal deba decidir un conflicto en ejercicio de su competencia jurisdiccional. En cambio, los principios que inspiran la formulación del proceso justo, entendido como ya se dijo, deben examinarse uno a uno y cobran especial relevancia tratándose de materias constitucionales.

Hecho este alcance, debo destacar que actualmente el debido proceso, sin lugar a dudas, constituye uno de los capítulos más relevantes de las potestades de los tribunales superiores de la nación, toda vez que se ha consolidado como el medio que la propia Constitución establece para la solución de los conflictos entregados a la competencia jurisdiccional. La jurisdicción sin proceso es sólo un ideal de justicia, una ilusión.

Estas materias se encuentran plenamente desarrolladas en mi libro *El debido proceso constitucional*, publicado por la editorial Porrúa en México en su colección de derecho procesal constitucional dirigida por Eduardo Ferrer Mac-Gregor.



## **5. Los depositarios de las potestades jurisdiccionales en la perspectiva del mandato de supremacía constitucional**

Para proporcionar antecedentes sobre este importante aspecto debemos afirmar que las potestades le corresponden a los tribunales de justicia y a los jueces que actúan en su representación, y quienes son los que en la realidad la ejercen, y que deben considerarse separadamente.

En primer lugar, debemos destacar, como lo precisa el artículo 76 constitucional, que la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley, y ni el presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o el contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos.

Esta norma debe complementarse con los demás preceptos constitucionales que otorgan competencia a los tribunales constitucionales que comparten, como ya se dijo, el ejercicio de la jurisdicción constitucional.

Para que se tenga un correcto resultado de la potestad jurisdiccional lo primero que debe hacerse es determinar la clase de tribunales que deben integrarse al sistema orgánico para dar solución a los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se produzcan en el país.

Nuestra legislación se organiza con base en un sistema que le otorga competencia a los tribunales constitucionales, ordinarios, especiales, contencioso-administrativos, económicos y arbitrales. En cada una de estas categorías debe considerarse la naturaleza de los conflictos y los procedimientos que deberán aplicar los tribunales para su solución a través del proceso.

En Chile se han generado un conjunto de nuevos tribunales, como el de libre competencia, tribunales de familia y jueces de garantía y orales para los conflictos penales. Una correcta organización de su competencia implica necesariamente que todos los tribunales del país deben estar sometidos al control de un tribunal superior cuando tengan competencias comunes, como ocurre con los tribunales ordinarios y especiales. Si existe un solo tribunal, como es el caso del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema, deben autorregularse.

Ya quedó demostrado que la naturaleza de los conflictos y su cantidad requieren una gran cantidad de tribunales lo que ha originado la aplicación de los conceptos de competencia absoluta y relativa. La primera para determinar la clase y jerarquía de tribunales que debe conocer y la segunda para dividir su competencia en el caso de que existan dos o más en el territorio de la República, como ocurre con las cortes de apelaciones, tribunales civiles, penales, laborales, de familia, policía local, entre otros.

Los principios procesales ya ampliamente establecidos por la doctrina requieren que para el ejercicio de las potestades que estamos analizando exista una correcta distribución de la jurisdicción entre todos los tribunales existentes en el territorio nacional. Para hablar

de competencia debemos también precisar y con mucha claridad que el juez debe ser él competente y tener una formación que le otorgue plena competencia para el ejercicio de su ministerio. Debe destacarse que la persona que ejerza dicho cargo en un tribunal debe reunir una serie de calidades objetivas y subjetivas como única manera de contar con personas idóneas para desempeñar la alta misión de resolver los conflictos que alteran las relaciones normales entre los representantes del Estado y del propio Estado con los habitantes y entre estos.

Hoy gran parte de la doctrina que estudia los temas procesales coincide en la necesidad de buscar a estos jueces competentes exigiéndoles en la mayor parte de los casos requisitos objetivos como tener título de abogado, haber aprobado cursos en academias judiciales y contar con algunos años en el ejercicio de la profesión. En este ámbito hay jueces que deben recorrer una carrera judicial y otros que por su naturaleza y por ser únicos deben buscar sistemas especiales para su búsqueda y asignación. Es el caso del Corte Suprema y del Tribunal Constitucional. En toda esta línea le corresponde una responsabilidad muy especial al sistema legislativo que deberá dar respaldo al texto, principio y valores que la Constitución establece para la denominada comúnmente administración de justicia.

## **6. La sentencia como forma de ejercer en plenitud las potestades jurisdiccionales**

En esta parte de mi exposición deseo expresar que la sentencia representa la culminación de toda la organización judicial establecida para obtener la solución de los conflictos constitucionales por medio del proceso jurisdiccional. Pero, ¡cuidado!, no se trata de una sentencia cualquiera, sino que se requiere contar con una resolución que se aproxime lo más posible al ideal de lograr una justa decisión de la litis, lo que tiene especial trascendencia tratándose de las sentencias constitucionales, por las materias que deciden y los efectos generalmente universales que producen y por la jurisprudencia que surge de sus consideraciones.

La sentencia nació como la decisión del *paterfamilias* para luego transformarse en un acto cercano a la divinidad en el que los jueces son considerados los instrumentos para darle eficacia terrenal. La ordalía, los combates, la Inquisición, la decisión del rey, representante de Dios, nos muestran esta faceta de las resoluciones del conflicto. En paralelo, los romanos a través de sus pretores comenzarían a perfilar el concepto del tribunal independiente. Hoy la sentencia es un acto en que el juez o los jueces que integran el tribunal manifiestan su voluntad en torno a la materia que deben decidir. Como tal, es un acto jurídico privativo e inherente al ejercicio de la función jurisdiccional del tribunal. Constituye la forma normal y habitual que tiene de manifestar su voluntad en el proceso.

Bajo el nombre de resoluciones judiciales se comprenden verdaderamente cosas que son muy distintas entre sí y que van desde lo que Chiovenda denomina resolución principal, hasta las simples providencias.

Conceptualmente, sentencia es el pronunciamiento sobre la demanda de fondo, o más precisamente, la resolución del juez que afirma existente o inexistente la voluntad concreta de la norma deducida en juicio. Desde su concepto romano, la sentencia es el acto final del proceso que contiene la absolución o la condena. Esta sentencia es conceptualmente distinta de los pronunciamientos necesarios en el curso del proceso que dio origen a las *sententiae interlocutoriae* y a las providencias.

En este siglo las resoluciones judiciales son, en síntesis, los actos jurisdiccionales que le permiten a nuestro juez conocer, resolver y hacer cumplir lo juzgado, o sea, recorren los momentos de la jurisdicción.

Pese a que las resoluciones judiciales, y en especial la sentencia definitiva, pueden ser analizadas desde diversos ángulos, a saber: como acto procesal, en su manifestación material instrumental o como una manifestación exclusiva de la función jurisdiccional, es posible intentar definir las para los efectos de este trabajo, en los siguientes términos: “resoluciones judiciales son actos procesales emanados del tribunal destinados a ordenar la sustanciación regular del proceso y a resolver las cuestiones incidentales y principal del mismo, en cumplimiento de su poder deber de conocer, juzgar y hacer cumplir lo juzgado”.

En el pensamiento de Aristóteles la sentencia, el juez y la justicia se hallan consustanciados. “Ir al juez, dice, es ir a la justicia; porque él nos representa la justicia viva y personificada”.

Esta idea, afirma Couture, no es un puro pensamiento de filosofía jurídica, sino una interpretación de lo que era la justicia en el sistema del derecho positivo griego. La ley, en el derecho griego, se hallaba dirigida hacia los jueces y no hacia los ciudadanos. La sentencia era un veredicto. Las leyes eran objeto de prueba, como cualquier otro hecho jurídico, e inclinaban la balanza de la justicia a favor de quien podía probar su existencia. El juez de Aristóteles es, pues, un árbitro que de acuerdo a las leyes, dirime el conflicto con espíritu social de pacificación. El relato que de los procesos atenienses se hace en *Las avispas*, de Aristófanes, constituye un documento precioso en este sentido.

El derecho germánico primitivo tenía del proceso un sentido análogo de pacificación social y el juez era, ante todo, el árbitro de esa pacificación. Su decisión no aplicaba el derecho anterior, sino que, ante todo, dirimía el conflicto buscándole una solución de equidad más que de derecho estricto. Durante muchos siglos, tanto en la Edad Media española, como en algunas instituciones modernas, por ejemplo, en la conciliación, esta concepción del derecho va a dar testimonio de ciertas sobrevivencias de la particular concepción de la sentencia en el derecho germánico.

Pero el derecho romano tuvo una concepción enteramente diferente. La fórmula del pretor es, en sí misma, una norma. El magistrado no tiene sino que elegir entre una u otra de las dos soluciones de la fórmula: la de absolución o la de condena. En todo caso, esa norma subordina la decisión al resultado de la prueba. La disputa simbólica de Numerio Negidio y Aulo Agerio se ha de resolver, según se pruebe o no la deuda, en una condena o en una declaración de que tal suma no se debe. La sentencia es así un pronunciamiento sobre la concordancia o no concordancia de los hechos con la fórmula. Como es no-

torio, esta solución fue y continúa siendo, en larga medida, las de los *writs* del derecho inglés.

Cuando la concepción romana del fallo llega al siglo XVIII, este carácter meramente declarativo del mismo ha adquirido ya su importancia máxima. Esa idea habría de adquirir su significación sistemática en la tantas veces evocada idea de Montesquieu que caracteriza al juez como “la boca que pronuncia las palabras de la ley”. Esta noción del magistrado, sin otra voz que aquella de la ley, forma parte de toda una concepción política del derecho que, por diversos conductos, se ha proyectado hasta nuestros días.

Pero en los últimos tiempos, esta concepción meramente declarativa del fallo ha recibido un fuerte ataque. La idea kelseniana que mira a la sentencia como una norma dentro del sistema, creativa de un derecho nuevo por obra del magistrado, se vuelve contra toda la tradición romana. “La función de la llamada jurisdicción, dice Kelsen, es absolutamente constitutiva, es producción jurídica en el sentido propio de la expresión. La sentencia judicial es una norma jurídica individual, la individualización o concreción de la norma jurídica general o abstracta, la continuación del proceso de producción jurídica desde lo general a lo individual”.

Así, la palabra sentencia admite dos significados diferentes. En un primer sentido, alude a pensamiento breve y conciso que contiene una regla general de derecho, como por ejemplo, las famosas sentencias de Paulo y las reglas de Ulpiano. Aquí el significado es más abstracto, encierra una máxima que es verdad para todos y no para un caso determinado, por oposición a opinión que es una verdad singular para el que la profesa, sujeta a discusión. Las llamadas máximas de experticia, procedentes en su mayoría del derecho romano, son principios no recogidos en códigos, de cuya prueba están exoneradas las partes, pero influyen en la orientación del fallo.

Existe otro significado de la palabra sentencia, más concreto, por ser aplicable a un caso determinado; es el más común y al cual generalmente se alude en la terminología procesal: el juicio que forma el juez de una controversia. Como el juez en los dos primeros sistemas es un particular nombrado por las partes, que carece del *imperium* por no ser magistrado, y no puede por sí mismo invocar el auxilio de la fuerza pública para hacer cumplir sus decisiones, su juicio no es sino una opinión, un parecer, un sentir que necesitaba del apoyo de la autoridad del magistrado; y de allí el origen de la palabra.

Como todo acto jurídico, la sentencia final significa una manifestación de voluntad exteriorizada. Ello requiere un proceso intelectual que lo genera, y tratándose de esta clase de sentencia, la ley exige que también se exteriorice. El juez debe formalmente exponer, luego considerar, para llegar finalmente a decidir el conflicto en la parte resolutive del fallo.

Precisado el ámbito de la sentencia, debemos referirnos a los elementos que deben concurrir para lograr una adecuada resolución constitucional.

Para ello se requieren los siguientes presupuestos: normas aplicables a la solución del conflicto, el procedimiento preestablecido, un sistema de tribunales eficiente y de jueces idóneos y un debido justo y oportuno proceso. De todo este conjunto de normas, hechos y valores emerge la decisión jurisdiccional, la sentencia que decidirá el conflicto *sub lite*.

Por la trascendencia que significaba la solución de los grandes conflictos, entre los que hoy indudablemente se incluye a los constitucionales, antes la sentencia la dictaba el propio Dios, como ocurría con las ordalías del derecho germánico; luego sería su representante, el emperador o el rey; posteriormente la Iglesia católica, que con la organización de los tribunales de la Inquisición remarcó su carácter divino, todo lo que se sustituirá solamente a partir de la Revolución Francesa en que, por la nueva estructura normativa, la facultad de juzgar se le entrega a tribunales autónomos, pero con la importante limitación de tener que dar irrestricta aplicación a la ley emanada de los parlamentos.

A partir del siglo xx, en mi opinión, con el establecimiento de la justicia constitucional se produce un cambio trascendental en su organización y atribuciones, donde resurgen los conceptos del debido proceso y del juez como el hombre destacado por el sistema para decidir conflictos de sus semejantes por medio de sus sentencias.

De paso, la justicia constitucional excluye conceptualmente al jurado, ente no letrado, establecido por algunos sistemas como tribunal ideal, símbolo de la justicia democrática. En mi opinión, el juez constitucional debe ser un profesional altamente calificado e imbuido en los principios y valores que debe proteger, requisito que es absolutamente incompatible con la sentencias dictadas por personas ajenas por completo a la especialidad judicial.

Igualmente, deseo reiterar como premisa en esta exposición que proceso y sentencia son conceptos casi inseparables, puesto que esta última representa la culminación del proceso y no puede existir sin él. Digo “casi” porque hay procesos que excepcionalmente pueden terminar con la operación de mecanismos autocompositivos, que se denominan precisamente equivalentes jurisdiccionales porque hacen las veces de sentencia.

Hoy todo país civilizado cuenta con una Constitución Política que regula en esencia la organización de los poderes públicos, establece las garantías o derechos básicos de los habitantes y contiene un sistema de solución de conflictos a través del proceso.

En su primera fase, siguiendo la tradicional concepción de las funciones públicas, existiría un Poder Constituyente, que genera la Constitución Política; un Legislativo, que crea la norma de convivencia; un Poder Ejecutivo, que la reglamenta y ejecuta, y finalmente, un sistema judicial destinado a resolver los conflictos que surjan entre los poderes del Estado, entre éstos y los particulares y entre los particulares entre sí.

Debemos agregar que con la globalización se han creado tribunales transnacionales para resolver los conflictos internacionales, los cuales han tenido cierto éxito en el área privada, pero poco o nada en los grandes conflictos entre Estados, que aún se deciden por la guerra, mecanismo autotutelador y destructivo.

En este contexto debe ubicarse a la sentencia, que constituye la expresión natural del momento jurisdiccional del juzgamiento precedido por el del conocimiento y al que le sigue el del cumplimiento.

Sin duda que hoy estas trascendentales decisiones no sólo preocupan a los litigantes, sino también a los jueces que las dictan por su alta responsabilidad en la aplicación e interpretación de las normas en que las sustentaron, y también en aquellos casos en los cuales causan impacto público en los medios de comunicación y a través de ellos a todos

los habitantes de la nación. Por algo tenemos la sensación de que hoy los grandes temas nacionales se “judicializan”.

En particular la sentencia, por definición, y la común, por su proyección, hoy han salido del ámbito de los tribunales para convertirse en temas nacionales. En esta perspectiva, lo que debemos preguntarnos es ¿qué se necesita para contar con una sentencia constitucional que produzca efectos?, y además, ¿cómo debe ser ésta para que cumpla en esencia con las funciones que de ella se esperan? Es lo que trataremos de analizar más adelante.

El Estado de derecho apoyado en la supremacía de valores, se basa en la existencia de una Constitución Política, un sistema normativo que la complemente y una jurisdicción que la proteja en sus valores y posiciones, debiendo destacarse que la sentencia constitucional debe ser necesariamente fuertemente fundada o motivada.

Existen diversas razones para concluir que, por la naturaleza de la sentencia que se dicta en un proceso constitucional, por los efectos generales que normalmente produce y por la jurisprudencia que surge de sus consideraciones, ella debe ser siempre necesaria y debidamente fundada.

El principio que estamos comentando incluye, a juicio de Ignacio Borrajo e Ignacio Sánchez, el derecho fundamental a que los órganos judiciales motiven sus decisiones, prohibiéndoles, en consecuencia, que resulten manifiestamente irrazonables, arbitrarias o fruto de un error patente, si no lo hacen.

La motivación de la sentencia legitima la función jurisdiccional y debe lograr el convencimiento de los sujetos del proceso y de los ciudadanos en general sobre la corrección y la justicia de la decisión judicial, además de mostrar el esfuerzo del tribunal constitucional para lograr una aplicación de la norma libre de toda arbitrariedad.

El Tribunal Constitucional español, aplicando este principio, ha declarado en relación con esta materia que “No vincula únicamente el fallo o parte dispositiva de la sentencia de conflicto, sino toda la doctrina que se recoge en los fundamentos. Es inevitable, dada la función de supremo intérprete de la Constitución que el Tribunal Constitucional recoge”.

El profesor Fernández González, en apoyo a la incorporación de este principio como elemento del debido proceso, opina que resulta obvio que la sentencia del Tribunal Constitucional deba ser fundada puesto que particularmente su parte considerativa sirve como doctrina privilegiada para los demás operadores jurídicos.

Puede concluirse que la exigibilidad de la sentencia fundada, es un paso más que conduce a la configuración del concepto del proceso justo, integrándose este principio, por esta vía, a los demás que informan el debido proceso constitucional.

Ahora, en este punto corresponde, vinculándolo al proceso, realzar la afirmación de que el derecho al proceso comprende el derecho a obtener una sentencia oportuna y fundada que decida el conflicto sometido a la jurisdicción, todo lo cual se debe a la correcta aplicación, con lo cual se lo eleva al carácter de principio informador.

En definitiva, y esta será una de nuestras conclusiones, es la sentencia la que resume la aplicación efectiva de los principios que hemos venido examinando, ya que nada se

saca con tener un debido proceso incompleto, entendiendo por tal aquel cuya sentencia carece de explicación o fundamento.

Este principio aplicado al proceso se puede reducir a una frase: sin proceso previo nadie puede ser condenado por una sentencia.

El proceso termina con una sentencia razonada que decide el conflicto conforme a su mérito. Así lo reconoce expresamente nuestra Constitución Política al señalar que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado, y lo estará cuando la sentencia le ponga término.

Además, por aplicación del principio que estamos comentando, debemos reiterar que la sentencia debe ser convincente y, para lograrlo, necesariamente fundada. Lo que ya quedó explicado más atrás.

Rafael de Mendizábal, gran magistrado español, bien señala que las decisiones judiciales han de imponerse a todos por convicción, y esto sólo se consigue con una sólida preparación técnica de los jueces expresada en sus sentencias. Es lo que denomina la orientación correcta que exige el interés general contemplado en su conjunto.

La decisión de un proceso constitucional cumple además un rol social de gran trascendencia. En efecto, la sentencia no se limita a decidirlo, sino que por los fundamentos que invoca en su fallo es que el resto de las instituciones, tanto las políticas como las del cuerpo de la sociedad, se ven necesariamente influenciadas y afectadas por aquellas decisiones y sus fundamentos, lo que conduce a la construcción de una nutrida jurisprudencia que sirve esencialmente a la misión de interpretar y adaptar la Constitución.

La publicidad de la jurisprudencia de sus resoluciones judiciales demuestra la importancia del contenido de sus fallos.

Ya al término de esta exposición, debemos referirnos también al principio de certeza y cosa juzgada que surge de la sentencia.

Es de la esencia de todo proceso que los efectos de la sentencia que le pone término se traduzcan en una verdad jurídica indiscutible e inamovible, o sea, que produzca cosa juzgada.

No obstante, los efectos de la cosa juzgada que generan las resoluciones constitucionales son diferentes dependiendo del conflicto sometido a la decisión del Tribunal Constitucional.

Nos enfrentamos a uno de los puntos más controvertidos y problemáticos del control de normas en los modelos de justicia constitucional y, en especial, en torno a la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la norma impugnada.

Como recuerda Luis Agier de Luque en la versión originaria de la Constitución austriaca de 1920, las sentencias de inconstitucionalidad producían la expulsión de la norma del sistema, lo que se conoce como efecto *ex nunc*. Pero agrega que, sin embargo, en los cincuenta años de experiencia de jurisdicción constitucional en los países que cuentan con mayor tradición en este tipo de instituciones, se han puesto de manifiesto las dificultades prácticas del referido planteamiento primario. El tema se centra en el eventual efecto retroactivo de la sentencia de inconstitucionalidad.

Muchos sistemas hacen retrotraer la declaración de inconstitucionalidad al nacimiento de la norma, produciéndose el efecto *ex tunc*, como ocurre en Alemania y Portugal. No obstante, se han limitado sus alcances, declarándose que como su consecuencia, no pueden revisarse procesos judiciales fenecidos o actos jurídicos que hubieren producido derechos adquiridos.

Es por ello que algunos ordenamientos como el de Austria, con la modificación del año 1975, facultan a los tribunales constitucionales para decidir en cada caso acerca de los efectos de las sentencias en cuanto al tiempo.

A propósito de este tema deben mencionarse las sentencias denominadas “intermedias”, regidas por la prudencia, llamadas así por Manuel Cardoso, y las “manipulativas” que surgen de la jurisprudencia italiana, en que se declara la constitucionalidad en el entendido de que sean aplicadas de una determinada forma.

Esta última categoría de sentencias modifica el alcance normativo de un determinado texto, particularmente, dentro de ellas, las decisiones que pretenden operar en forma, innovando el ordenamiento a través de la introducción de normas diferentes a las expresadas en un texto normativo.

La Corte italiana recurre a este tipo de sentencias cuando una disposición tiene un alcance normativo menor del que constitucionalmente debiera tener, en cuyo caso el tribunal declara inconstitucional la disposición en la parte que no prevé algo, tras lo cual la Corte mediante la interpretación, crea una norma por adición o por sustitución.

En estos casos el juez constitucional altera el ordenamiento, porque honrando el principio de interpretación conforme, adiciona algo al precepto impugnado, convirtiéndose así, según muchos, entre ellos Gustavo Zagrebelsky, en un legislador positivo. La sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el aborto es un buen ejemplo que lo explica.

En Chile el Tribunal Constitucional en innumerables ocasiones ha declarado que determinados preceptos legales son constitucionales “en el entendido que...”.

En relación con la aplicación de este importante tema podemos efectuar las siguientes distinciones:

- i) En el sistema de control difuso, los efectos de la cosa juzgada constitucional se rigen por las mismas reglas que los de la justicia común, ya que todos los tribunales que la conforman son los que tienen competencia para decidirlos.
- ii) En el sistema concentrado, hay que hacer algunas distinciones y subdistinciones.
  - iii1) En los procesos que tienen por objeto declarar la inconstitucionalidad de una ley o de un decreto, y que son de competencia de los tribunales constitucionales, las sentencias producen cosa juzgada sustancial y absoluta. Esto significa que el asunto no puede volver a debatirse y sus efectos son *erga omnes*.
  - iii2) Los tribunales con competencia constitucional, actuando en procesos que versen sobre inaplicabilidad de la ley a un caso concreto, al dictar una sentencia afirmativa, generan como efecto una declaración de inconstitucionalidad



sólo válida en ese caso específico. O sea, producen efecto *inter partes*, lo que es contradictorio con la cosa juzgada universal y sustancial que producen las sentencias constitucionales que declaran la inconstitucionalidad de la ley.

Los efectos del proceso deben salir de él para volver al conflicto y resolverlo efectivamente. El proceso solamente cumplirá su misión si se reversa la situación que provocó la actividad jurisdiccional.

La ejecución ha de llevarse a cabo en sus propios términos, con respeto absoluto a las situaciones jurídicas reconocidas así en el fallo y sin posibilidad de modificar el texto de las sentencias en cualquiera de sus componentes y menos aún en el de su parte resolutive. En otras palabras, la sentencia es inamovible para el resto del mundo y para los jueces que la dictaron, por aplicación del principio del desasimiento.

- iii) En materia de protección, amparo de garantías constitucionales, la Constitución les otorga a las sentencias el efecto de cosa juzgada formal, toda vez que el artículo 20 precisa que la Corte adoptará las medidas que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante los tribunales correspondientes.

En cuanto a la cosa juzgada, Rafael de Mendizábal nos comenta que la posibilidad de modificación conllevaría un fraude a la tutela judicial y asestaría un rudo golpe a la seguridad jurídica que ha de guiar la actuación de todos los poderes públicos, acabando con el concepto mismo de firmeza y permitiendo que el proceso pudiera resultar interminable y su resultado aleatorio. En síntesis, debe restablecerse la situación fáctica que se alteró por el conflicto, lo que se identifica con el momento jurisdiccional del cumplimiento.

Por último me referiré a los votos disidentes o de minoría en las sentencias. A este respecto debemos señalar que los especialistas en derecho procesal constitucional discuten acerca de la conveniencia o inconveniencia de agregar a las sentencias de los órganos colegiados los llamados “votos disidentes” o de minoría. Los países han optado por una u otra alternativa. Así, por ejemplo, Italia y Austria han determinado que la sentencia de sus tribunales constitucionales no puede tener opiniones de minoría, porque a juicio de quienes construyeron el sistema, ello la debilita. En cambio, los que sostienen la posición contraria, estiman que la sentencia y la doctrina que de ella emanan, se enriquecen con posiciones de minoría que muchas veces con el andar del tiempo podrían transformarse en sentencias. Es la situación en que actualmente se encuentran Alemania y Chile, entre muchos otros.

En todo caso, ésta no es una discusión cerrada, y permanentemente, tanto la doctrina como sesiones de trabajos de los mismos tribunales constitucionales siguen discutiendo sobre este importante asunto y las consecuencias que derivan de su decisión.

## 7. Reflexiones y conclusiones

1. En cuanto a la relación entre las potestades del tribunal constitucional y de los demás tribunales superiores de justicia, en la perspectiva del mandato de supremacía constitucional, debe concluirse que todos tienen una misión común y final cual es la de dar eficacia a la supremacía constitucional mediante el ejercicio de su jurisdicción.
2. La jurisdicción constitucional a través del proceso los conduce a dar plena eficacia la supremacía constitucional.
3. La organización chilena en el ejercicio de estas potestades impide que en el ejercicio de la competencia constitucional se dicten sentencias contradictorias, puesto que se ha distribuido claramente el ejercicio de la competencia constitucional entre los tribunales superiores y el Tribunal Constitucional. Para ello se cuenta con una competencia constitucional compartida.
4. El tribunal constitucional cuando acoge a tramitación una acción de inaplicabilidad puede disponer de medidas cautelares suficientes para evitar la dictación de sentencias sobre la misma materia y que pueden provocar conflictos entre dichas magistraturas, como ha ocurrido en países muy cercanos como Perú, Bolivia, Ecuador y Colombia.
5. A estos tribunales les corresponde la alta misión de hacer cumplir la Constitución en su texto, valores y principios.
6. El control de constitucionalidad de la ley surge con la sentencia del juez Marshall en el proceso *Marbury vs. Madison* de 1802; se refuerza con la Constitución austriaca de Kelsen y recién después de la Segunda Guerra Mundial se incluye en las constituciones de la nueva Europa. En Chile la Constitución de 1925 entrega a la Corte Suprema la facultad de controlar la Constitución de ley vigente. Con la creación del Tribunal Constitucional durante el gobierno de Eduardo Frei y restablecido por la Constitución de 1980 se incorpora a su competencia el control a posteriori de los proyectos de ley orgánica o interpretativa de la Constitución y se mantiene la competencia de la Corte Suprema para conocer de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley vigente aplicable a un caso *sub lite*.
7. La competencia del tribunal limita en el denominado mérito de la norma impugnada, en lo que coinciden los principales tribunales europeos, siendo un criterio interpretativo ampliamente aceptado y adoptado. El tribunal no legisla ni administra ni entra a calificar la bondad de la norma, sólo debe resolver si se ajustan a los preceptos constitucionales.
8. El efecto negativo. La sentencia que acoge la inaplicabilidad sólo decide que el precepto impugnado no puede ser aplicado por el tribunal que conoce de la causa. En cambio, si se rechaza el tribunal, cobra íntegramente su facultad de aplicarlo.
9. Un tema por dilucidar es el efecto de cosa juzgada absoluta que produce la sentencia en los controles preventivos, en el caso de que una disposición o una ley

completa sean declaradas inconstitucionales, pero que luego en una aplicación en un caso concreto pueda producir efectos inconstitucionales y dar origen a una sentencia positiva de inaplicabilidad.

Santiago, 9 de noviembre de 2012

**Kátia Patrícia de Araújo (Brasil)\***

## **Reserva do possível: Os direitos fundamentais frente à escassez de recursos**

### **RESUMO**

O presente artigo tem por objetivo analisar o tema da reserva do possível diante dos Direitos Fundamentais e sua confrontação frente à escassez de recursos alegada pelo Poder Público. Far-se-á uma introdução histórica, apresentando o nascedouro desta ideia, na Europa – precisamente na Alemanha – e seu surgimento no Brasil, de forma um pouco distorcida da mensagem original Alemã. O tema proposto encontra algumas barreiras para o cumprimento dos mais importantes ditames da Constituição Federal, para alguns autores o pilar da Carta Magna: os Direitos Fundamentais. Barreiras estas que cada vez mais encontram dificuldades para serem rompidas, devido ao argumento governamental de escassez de recursos. Embora seja um tema relativamente novo, sua importância no direito público é evidente, como demonstramos a seguir.

**Palavras-chaves:** Legislação, direito constitucional, direito comparado.

### **ZUSAMMENFASSUNG**

Dieser Artikel soll den Vorbehalt des Möglichen im Rahmen der Grundrechtsgewährleistung analysieren und einer von der öffentlichen Gewalt behaupteten Ressourcenknappheit gegenüberstellen. Zunächst wird eine historische Einführung in das Thema gegeben, in der die Entstehung dieser Idee in Europa –genauer in Deutschland– und anschließend die von der ursprünglichen deutschen Rechtsfigur abweichende Rezeption in Brasilien dargestellt wird. Ihr stehen jedoch als Schranken die wichtigsten Inhalte der Bundesverfassung entgegen, die einige Autoren für den Grundpfeiler der Carta Magna halten: die Grundrechte. Diese Schranken können angesichts des von der Regierung angeführten Arguments der Ressourcenknappheit immer leichter überwunden werden. Obwohl es sich hier um ein relativ neues Thema handelt, ist seine Bedeutung für das öffentliche Recht offensichtlich, wie wir im Folgenden zeigen werden.

---

\* Advogada. Graduada pela PUC Minas. Especialista em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia. Empresária.

**Schlagwörter:** Grundrechte - Gesetzgebung, Verfassung, Verfassungsrecht, Rechtsvergleichung.

## ABSTRACT

This paper aims to analyze the topic of the proviso of the possible ("reserva do possível") with regard to Fundamental Rights and their confrontation in light of the scarcity of resources alleged by the government. A historical introduction explains the origin of this idea in Europe, specifically in Germany, and its emergence in Brazil, although with slight distortions. The topic reveals some barriers to the achievement of Fundamental Rights, which some authors consider to be the most important mandates of the Federal Constitution and its cornerstone. These barriers are increasingly difficult to overcome since the Government contends that resources are scarce. Although this is a relatively new topic, we will show that its importance for public law is undeniable.

**Keywords:** Fundamental rights, Legislation, Constitution, Constitutional law, Comparative law.

## 1. Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil prescreve com destaque em seu texto os Direitos Fundamentais. Tal elevação de um direito à fundamental não é um fato sem consequências jurídicas. Ao revés, como se pretende demonstrar no decorrer desse estudo, a constitucionalização dos direitos implica aumento de sua força normativa, do qual surge a intensa necessidade de garantir sua eficácia no plano fático, distanciando-se o mínimo quanto possível o *dever ser* constante na norma e o *ser* visível na realidade social.

Assim, torna-se de particular relevância ter os Direitos Fundamentais como objeto de estudo sob o prisma constitucional, fazendo-se referência aos limites e possibilidades da sua implementação pelo Poder Judiciário e tendo como arrimo a teoria dos Direitos Fundamentais que vem sendo desenvolvida paulatinamente no Brasil e em todo mundo. Esta apreciação da participação do Poder Judiciário na efetivação dos Direitos Fundamentais ganha importância ainda maior quando verificamos as afrontas das ações governamentais às garantias descritas no texto constitucional.

Analisando a origem da Constituição brasileira verifica-se que o poder responsável por sua elaboração (Poder Constituinte Originário) aspirou à edificação de um Estado Democrático de Direito de cunho social – e assim a impôs –, tendo como parâmetro de conduta a redução de desigualdades sociais.

Entretanto, as políticas públicas implementadas pelo Poder Executivo, autorizadas pelo Legislativo, não têm sido suficientes para garantir e dar eficácia aos Direitos Fundamentais, pois tendem a minimizar as funções estatais, enfraquecendo a prestação de serviços públicos e transferindo esta obrigação estatal para a iniciativa privada.

Diante dessa insuficiência das atitudes executiva e legislativa, o que se pretende enfrentar é exatamente a possibilidade de o Poder Judiciário impor a implementação de políticas públicas voltadas a efetivar os direitos fundamentais – mormente, o direito à saúde.

No entanto, os óbices que se apresentam são, dentre outros: conferir exigibilidade às normas que prescrevem os Direitos Fundamentais Sociais, excluindo uma alegada programaticidade; contornar a falta de previsão orçamentária para os gastos com dinheiro público; legitimar o Poder Judiciário a conferir a tutela pleiteada através do preenchimento de certos requisitos em suas decisões, como uma peculiar fundamentação (reserva de consistência); o respeito à limitação dos recursos materiais dos quais dispõe a Administração Pública (reserva do possível) e buscar uma solução conciliatória em caso de colisão entre princípios (ponderação).

Logo, o estudo a ser realizado tem como condão vislumbrar as possibilidades e os limites à atuação do Poder Judiciário para garantir a concretização social dos direitos fundamentais diante da negligência dos Poderes Executivo e Legislativo, que, pelo constitucionalismo clássico, seriam os principais destinatários das normas constitucionais previstas, com a função de garanti-los.

Todavia, por se tratar de um tema de caráter principiológico, em que se argumenta que o sistema de freios e contrapesos se encontra afetado em elevado grau, as possíveis conclusões terão um caráter amplo, pois não é alvo do estudo indicar de forma precisa todas as possibilidades de concretização dos Direitos Fundamentais, com ênfase na saúde, pelo Poder Judiciário, mas apresentar, inclusive realizando uma análise da jurisprudência dos tribunais, como se encontra a evolução do objeto em estudo no direito brasileiro.

## **2. A eficácia dos direitos fundamentais**

A promulgação da atual Constituição da República em 1988 foi um marco divisor na história social brasileira, visto que a partir de então aconteceu um rompimento do modelo estatal imposto pelo regime militar em 1964. Instaurou-se, com isso, um Estado calcado em novos valores, construídos a partir da idéia central de dignidade da pessoa humana, denominado Estado Democrático de Direito.

Após tal ruptura, a ciência jurídica no Brasil sofreu grandes mudanças, refletidas, inclusive, na própria forma de estudo da matéria. Com efeito, o Direito Constitucional passou a tratar de novos fatores, não mais conferindo a maior relevância ao estudo da organização Estatal, e sim ao exame dos direitos fundamentais e da própria hermenêutica constitucional.

Assim, com a gênese de um novo estágio, ante o novo paradigma constitucional a doutrina jurídica pátria trouxe à tona várias teorias sobre a interpretação da novel Constituição e dos Direitos Fundamentais, os quais, até aquele momento, eram muito pouco difundidos. Logo, autores estrangeiros como Jose Joaquim Gomes Canotilho (2008 e 2010), o grande intérprete da constituição portuguesa e introdutor da temática nos

estudos constitucionais em língua portuguesa, e vários outros, tais como Robert Alexy (2008) e Luigi Ferrajoli (2001), começaram a influenciar mais decisivamente os cientistas jurídicos pátrios, como por exemplo, Ingo Sarlet (2005), George Salomão Leite (2009) e Virgílio Afonso Da Silva (2010), que apresentaram novas formas de interpretação jurídica a partir da constituição, atribuindo, portanto, aos Direitos Fundamentais o papel de “centro gravitacional” do sistema jurídico, buscando sua máxima normatividade aliada à efetividade.

Diante desse novo quadro, juristas exploraram diversos supedâneos teóricos que passaram a formar a “Nova Hermenêutica”, que tem como principal matéria de estudo os Direitos Fundamentais e sua aplicação prática. Destacou-se também o resgate da função dos princípios que estavam relegados ao segundo plano sob a nomenclatura de “princípios gerais de direito”, os quais detinham apenas a função de preencher lacunas na lei, destituídos de qualquer conteúdo normativo, conforme é vislumbrado no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Assim, a nova ciência interpretativa guindou a relevância principiológica, passando a considerar os princípios como espécies do gênero normas. Consagrando-lhes plena eficácia jurídica, cindiu-se do modelo doutrinário anterior, que obstaculizava a juridicidade dos princípios sob o fundamento de que estes não detinham densidade e determinação suficientes para garantir sua aplicação.

Assim, os princípios passaram a ser vistos não mais como meras orientações políticas para o legislador infraconstitucional e para o administrador, despidas de conteúdo jurídico. Ao contrário: sua infringência passou a ser considerada apta a gerar consequências jurídicas.

A “Nova Hermenêutica” fez surgir um sentimento de inconformismo com a realidade social que estava, e ainda está, repleta de desigualdades sociais, e com a negligência da Administração Pública perante esse quadro. Tal sensação levou a doutrina à valorização dos direitos fundamentais, sobretudo daqueles que exigem uma prestação por parte do Estado, discutindo-se os métodos para sua efetivação.

Existem duas faces a serem observadas no que tange a efetivação dos Direitos Fundamentais. Em um primeiro momento, deve-se considerar as omissões legislativas. Para estas, a Carta Magna contém alguns meios de suprimento, quais sejam: o mandado de injunção, a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Em segundo lugar, deve-se analisar a exigibilidade jurídica dos Direitos Fundamentais através de imposições de obrigações de fazer e não fazer ao Estado Administração, e assim vislumbrar a possibilidade de compeli-lo a realizar positivamente políticas públicas – como, por exemplo, fornecer um medicamento ou tratamento – ou a se abster de impedir e dificultar o exercício do direito à saúde, através de uma anulação de atos administrativos.

Contudo, a imposição ao Poder Público de realização de uma política de interesse geral é tema delicado, pois, como tais atividades exigem um gasto de verbas públicas, há o confronto entre a falta de previsão orçamentária para o dispêndio e os recursos materiais necessários para concretizar as ordens judiciais. Além disso, pode-se observar que o

princípio da separação dos poderes se encontra em tensão, porquanto o Poder Judiciário acaba por controlar a discricionariedade administrativa referente à gerência do erário.

Outro empecilho à efetivação dos Direitos Fundamentais é que sua expressão normativa, por deter um caráter axiológico, contém conceitos abstratos e pouco densos. Sendo assim, tais normas já foram classificadas como programáticas, necessitando de uma regulamentação pelo legislador infraconstitucional para dar-lhes exigibilidade.

Tal classificação, que leva em conta apenas o caráter semântico da norma, encontra-se, com a devida vênia, ultrapassada, pois, como os direitos fundamentais têm uma supremacia frente a todos os demais interesses, não se pode exigir para sua efetivação a ação do legislador ordinário sob pena de declará-los inexistentes até que isso ocorra. Do contrário, estaríamos ferindo uma regra de hermenêutica, qual seja: a de que todo direito corresponde a uma ação que o assegura, pois se estaria deixando sem resguardo os direitos fundamentais. Para entendermos melhor a extensão do afirmado, é necessária uma compreensão da eficácia dos direitos fundamentais.

### **3. A eficácia dos direitos fundamentais e a constituição federal de 1988**

Neste momento se faz necessária a observação do artigo 5º, §1º da Constituição Federal, inserindo em sua interpretação os elementos trazidos pela eficácia dos direitos fundamentais, para chegarmos a algumas conclusões acerca da aplicabilidade desses direitos. Seguindo a preocupação voltada à realização dos Direitos Fundamentais, prevê o referido artigo que “as normas definidoras de Direitos Fundamentais têm aplicação imediata”. Significa dizer, *a priori*, que tais normas não necessitam de nenhuma legislação ulterior para que sejam utilizadas.

A despeito da clareza literal desse dispositivo constitucional, não existe consenso no que se refere ao seu alcance e significado. Ao contrário, o assunto é fonte de polêmica no Direito Constitucional. O primeiro ponto a ser enfrentado é sobre a abrangência material da norma, ou seja: se ela é aplicável a todos os direitos fundamentais (inclusive os existentes fora do elenco dos artigos 5º ao 17º), ou se se destina apenas aos direitos do artigo 5º da Constituição de 1988.

A topologia do dispositivo que prevê a eficácia imediata dos Direitos e Garantias Fundamentais poderia sugerir uma interpretação restritiva, porquanto seu texto está expresso apenas no primeiro parágrafo do artigo 5º. Mas utilizando-se o recurso da interpretação literal, chega-se à conclusão, por simples observância de seu taxativo texto, de que o dispositivo é aplicado a todos os Direitos e Garantias Fundamentais, não ensejando nenhuma redução de aplicação do preceito a qualquer das categorias distintas desses direitos; ou seja: aplica-se, indistintamente, aos direitos individuais e coletivos ou direitos de liberdade e sociais, exijam ou não uma prestação Estatal.

Ante o demonstrado, entende-se a viabilidade “da aplicabilidade imediata (por força do art. 5º, § 1º, da CF) de todas as normas de direitos fundamentais constantes no Catálogo



(artigos 5º a 17º), bem como dos localizados em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais, conforme permitido pelo art. 5º, § 2º, da CF”.

As diferentes concepções encontradas acerca da amplitude da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais variam entre os que, adotando posição extremamente restrita, sustentam que os direitos fundamentais somente teriam eficácia nos termos de uma lei regulamentadora e os que, opostos a essa visão, afirmam que até mesmo normas programáticas detêm, em virtude de sua imediata aplicabilidade, a qualidade de direito subjetivo individual, independentemente de concretização legislativa.

Ressalta-se que, mesmo os defensores de uma interpretação restritiva da norma contida no art. 5º, § 1º, da CF, reconhecem que o constituinte teve a intenção de evitar um esvaziamento dos direitos fundamentais, impedindo que os mesmos fossem “letra morta”. Assim, diante das várias concepções existentes, foram formuladas diversas teorias propondo uma classificação das normas constitucionais de acordo com o critério de sua eficácia e aplicabilidade. Constata-se, com isso, que mesmo no campo das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais se encontram algumas que entre nós se convencionou denominar normas de eficácia limitada, as quais não teriam condições de gerar a plenitude de seus efeitos sem a intervenção do legislador.

Neste sentido: em consonância com o relatado no tópico anterior, os direitos fundamentais se apresentam, em nossa ordem constitucional, ora com a função de direitos de abstenção do Estado na esfera dos indivíduos, ora como direitos a prestações estatais positivas. Tal distinção conduz à existência de algumas diferenças essenciais entre ambas as categorias de direitos fundamentais, especialmente entre os direitos de defesa e os direitos sociais, que são em sua essência – mas não exclusivamente – de cunho prestacional. Estes, apesar de serem considerados habitualmente normas que necessitam de concretização legislativa, não são taxados de normas destituídas de eficácia, fato este que tem sido visto nas mais recentes decisões dos tribunais, principalmente no que se refere à implementação de políticas públicas para a garantia do direito à saúde. Partindo da constatação de que os direitos fundamentais somente serão concretizados se o disposto no artigo 5º, § 1º, da CF for levado a sério, ou seja: não se exigindo uma legislação ulterior para efetivá-los, verifica-se a necessidade de não se desconsiderar o significado e alcance desta norma.

Entretanto, não se pode estender demais a sua abrangência, pois este preceito se aplica tão-somente aos direitos fundamentais, e não a todas as normas da Constituição. Logo, conclui-se que os direitos fundamentais têm peculiar importância; sendo assim, em hipótese alguma o significado do art. 5º, § 1º, da CF poderá ser aplicado a todas as normas, como pode se depreender da própria leitura de seu texto, sob pena de igualar as normas de direitos fundamentais e as demais normas da Constituição, acarretando uma diminuição da fundamentalidade das primeiras.

Neste contexto, a doutrina sustenta que a norma contida no artigo 5º, § 1º, da CF, faz com que seja exigível do aparelho estatal a função de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais. Além disso, a norma detém um conteúdo dirigente, ou seja: demonstra como deve ser a efetivação dos direitos fundamentais, no sentido de que esta, além do

objetivo de “assegurar a força vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, tem por finalidade tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, (...) investindo os poderes públicos na atribuição constitucional de promover as condições para que os direitos e garantias fundamentais sejam reais e efetivos”.

Ante todo o argumentado, diante da necessidade de se conferir aplicação imediata aos direitos fundamentais, em contraposição à idéia de que seja imperativo regulamentar alguns deles, que mencionam na norma a necessidade de lei integradora através de legislação infra-constitucional, verifica-se que a melhor interpretação para a norma contida no art. 5º, § 1º, de nossa Constituição, é a que afirma que esta é uma norma-princípio, sendo um mandamento de otimização (maximização), isto é: que estabelece para os órgãos estatais a tarefa de reconhecerem, nos moldes do caso *sub judice*, a maior eficácia possível a todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, entendimento sustentado, entre outros, por Gomes Canotillho (2008) e Flávia Piovesan (2003).

É vislumbrado, portanto, que a norma que define a aplicabilidade imediata, em caso de conflito com as demais normas que prevêm os direitos fundamentais exigindo-se lei integradora, deverá ser ponderada guardando um grau de eficácia de acordo com o caso concreto.

Após esta breve explanação sobre o conteúdo normativo da supra referida norma constitucional e a eficácia dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, adentrar-se-á ao estudo da reserva do possível, apresentando sua origem, conceito e surgimento no Brasil, para então, fazer a delimitação do ambiente sócio-político-jurídico da reserva do possível frente à escassez de recursos alegada pelo Poder Público como justificativa ao não cumprimento dos Direitos Fundamentais, (principalmente o direito a vida, a saúde e a educação), pois este é o cerne do presente estudo.

## **4. A reserva do possível**

### **4.1. Origem**

A reserva do possível foi aplicada pela primeira vez no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, pioneiro no tema tratado, no famoso *numerus clausus*, em dois processos envolvendo o acesso de cidadãos ao curso de medicina nas Universidades de Hamburgo e Munique (momento em que as cortes administrativas solicitaram uma decisão da Corte Constitucional Federal a respeito da compatibilidade entre certas regras legais estaduais que restringiam esse acesso à educação e a Lei Fundamental).

Entre 1952 e 1967 o número de universitários na Alemanha dobrou e o desenvolvimento das universidades não acompanhou esse crescimento. Foi então que o Tribunal Constitucional Federal alemão decidiu que garantir vagas a todos os interessados sacrificaria outros serviços públicos em decorrência da onerosidade excessiva e da escassez de recursos do Poder Público, em parte decorrente do período pós-guerra (Olsen, 2008,

p. 215). O numero de vagas para o ensino superior era limitado. Faltava, todavia, a base constitucional para essa regra. E é assim que nasce A Reserva Do Possível.

Verificou-se que o Estado Alemão estava fazendo ou tinha feito tudo que estava ao seu alcance a fim de tornar o ensino superior acessível. Exigir mais para o fim da satisfação individual de cada cidadão, obrigando o estado a negligenciar outros programas sociais, ou comprometer suas políticas públicas, não se mostrava razoável, decidindo então a Corte Constitucional Federal da Alemanha, conforme BverfGE, que:

Segundo o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, esses direitos a prestações positivas (Teilhaberechte) “estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade”. Essa teoria impossibilita exigências acima de um certo limite básico social; a Corte recusou a tese de que o Estado seria obrigado a criar a quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas para atender a todos os candidatos” (Coletânea das Decisões do Tribunal Constitucional Federal, nr. 33, S. 33347) :

#### **4.2. Conceito**

A expressão “reserva do possível” tem recebido os mais variados tratamentos na doutrina. Não existe acordo em relação a sua natureza e seu significado. Seria um princípio, com natureza normativa ou uma condição da realidade, um elemento extrajurídico?

“Reserva do Possível” é uma expressão que define a limitação dos recursos econômicos disponíveis pela administração pública a fim de suprir as necessidades dos cidadãos, que, a priori, é de sua obrigação. Infelizmente os recursos materiais que deveriam ser suficientes para a sociedade, não o são, tendo, assim, o cidadão que dele necessita, que recorrer ao judiciário para ver cumpridos seus direitos. (Barcellos, 2008)

A ideia central sobre a reserva do possível é a de que os indivíduos não têm direito subjetivo frente ao Estado senão nos limites da razoabilidade.

#### **4.3. A reserva do possível no Brasil – O ambiente sócio-político-jurídico da reserva do possível**

No Brasil a doutrina da reserva do possível sofreu algumas modificações, considerando o nascedouro Alemão. A preocupação inicial com a proporcionalidade e razoabilidade deu lugar à questão da disponibilidade de recursos e do custo dos direitos. Não é o que se verifica nos julgados que tratam da reserva do possível no Brasil. Aqui, o Estado não faz tudo que está ao seu alcance para cumprir os mandamentos constitucionais, muito pelo contrário: ele cria mecanismos para burlar as exigências dos direitos fundamentais prestacionais. É certo que a economia brasileira não pode ser comparada com a economia alemã, mas isso não afasta a obrigação de dotação orçamentária.

Vale lembrar que na Alemanha os Direitos Fundamentais Sociais de cunho prestacional são uma decorrência do princípio do Estado Social e não se encontram positivados.

O contrário do que ocorre no Brasil, que previu expressamente esses direitos no texto constitucional. Para nós existe uma obrigação expressa de o Estado destinar recursos necessários à satisfação dos direitos fundamentais. Essa distinção é imprescindível para a interpretação e aplicação do chamado “princípio da reserva do possível”, em especial para evitar a tese da inviabilidade econômica da realização dos direitos fundamentais, segundo o alerta de Andreas J. Krell (2002, p. 108):

“Há um paradoxo: vários autores brasileiros tentam se valer da doutrina constitucional alemã para inviabilizar um maior controle das políticas sociais por parte dos tribunais. Invocando a autoridade dos mestres germânicos, estes autores alegam que os direitos sociais deveriam também no Brasil ser entendidos como “mandados”, “diretrizes” ou “fins do Estado”, mas não como verdadeiros Direitos Fundamentais”

Para compreender o fenômeno da reserva do possível e a análise de sua eventual aplicabilidade no Brasil, é válido buscar o contexto social, político e jurídico da discussão e aprovação da Constituição de 1988: a redemocratização do país e a convocação da Assembleia Nacional Constituinte em 1986, que implicou na possibilidade de concretizar uma série de esperanças sociais, econômicas e jurídicas que haviam sido sufocadas ao longo dos anos de Ditadura Militar.

A Constituição Federal promulgada em 05.10.1988 demonstrou o compromisso com a abertura democrática e com os direitos fundamentais. Esse aspecto “social” representa a verdadeira essência da constituição. Todavia, apesar de sua natureza social, a CF/88 surgiu em um ambiente de crise do Estado de Bem-Estar Social, em que se apontava a ineficiência da atividade estatal em virtude do excesso de gastos públicos, do excesso de intervenção nos mecanismos de mercado, a influência neoliberalista; falava-se muito em acabar com a inflação, privatizar, etc..

Todas essas mudanças colocaram o Brasil em uma posição esquizofrênica: de um lado, o objetivo de diminuir as desigualdades e promover os direitos fundamentais; de outro, estava em muitos aspectos perdendo as rédeas da economia, levando à inefetividade dos direitos fundamentais. (Olsen, 2008, p. 181). A prevalência do econômico sobre o jurídico foi se demonstrando sob a forma de incomunicabilidade dos sistemas. O sistema econômico, o sistema político e o sistema jurídico têm linguagens diferentes. É neste ambiente que a reserva do possível surgiu como argumento frequente em processos judiciais que envolviam demanda pelos cidadãos de prestações previstas na Constituição Federal e não cumpridas. Daí veio a necessidade de se adequar às prestações sociais com as reservas orçamentárias. Surge então no Brasil a Reserva Do Possível.

#### **4.4. Reserva do possível: escassez ou escolha alocativa de recursos?**

É certo que não é tarefa da Constituição Federal engessar os poderes públicos e sua capacidade de administrar seus próprios recursos. Todavia, ao elaborar um elenco de direitos fundamentais como um dos objetivos primordiais do Estado Brasileiro, a Constituição Federal determina normativamente obrigações a serem cumpridas, e destas obrigações o Estado não pode se distanciar.

Bem lembra Ana Paula Barcellos (2008) que a obtenção de receita pelo Estado foi vastamente regulamentada pela Constituição Federal, a qual estabeleceu limites ao poder de tributar, apontando o caminho a ser trilhado pelo administrador público. Os bens são escassos, eles não permitem que todos os direitos sejam realizados uniformemente para todos os cidadãos. Logo, realizar direitos implica em realizar escolhas de alocação de recursos, de modo que alguns direitos serão atendidos e outros não.

A reserva do possível diria respeito justamente à apreciação desta escassez como condição de possibilidade de reconhecimento do direito. E o direito não pode se distanciar da realidade. Os recursos econômicos se tornam escassos para um fim porque houve uma decisão política que os manejou para outro. Não existiriam recursos suficientes para promover uniformemente todos os direitos, este é um dado da realidade. Há uma imensa discricionariedade para os poderes públicos controlarem a destinação dos recursos orçamentários, o que apresenta um grande risco à exigibilidade dos Direitos Fundamentais.

Todos os direitos são sindicáveis perante o Judiciário e sua estrutura implica custos para o Governo. Todos os direitos representam custos a serem suportados pelo Estado e, em última análise, pela sociedade.

Diante da escassez dos recursos necessários a tornar os direitos efetivos, eles perdem o significado, não passam de promessas feitas em papel. Ver na reserva do possível um limite aos direitos fundamentais gera um grave enfraquecimento na proteção desses direitos, já que os poderes constituídos e legitimados para descrever o âmbito normativo de um direito, com seus limites, terão total discricionariedade para afirmar o que é possível e o que não é possível.

A reserva do possível surge como um excelente escudo contra a efetividade dos direitos fundamentais a prestações positivas, pois nada poderia ser feito, ainda que houvesse vontade política, face à escassez de recursos. É interessante que esses recursos nunca são escassos para outros fins. Se for considerado que a destinação de verbas para um determinado fim acaba por determinar a escassez para outro fim, é possível reconhecer uma escolha política, e má vontade dos poderes públicos na realização desses direitos. Não se pode comprometer a efetividade dos direitos afogando-os em dados estatísticos e em balanços orçamentários muitas vezes manipulados. Há que se diferenciar o que não é possível porque não há comprovadamente meios suficientes, e o que não é possível porque os meios suficientes foram alocados para outras prioridades. Falta ponderação entre o bem jurídico objeto do direito fundamental social e outros bens jurídicos que receberam a esperada dotação orçamentária.

A reserva do possível tem que ser exceção e não regra, e não pode agir como uma excludente de ilicitude da conduta social em face de impossibilidade de conduta diversa. Caberia ao Estado demonstrar essa escassez quando provocado a cumprir prestação de cunho social prevista na Constituição Federal. (Amaral; Melo, 2008)

#### **4.5. A aplicação da reserva do possível na jurisprudência pátria: invasão e violação da tripartição dos poderes ou meio hábil de concretização dos direitos fundamentais?**

A reserva do possível tem encontrado exemplos mais frequentes no âmbito do direito à saúde. Foi com o movimento iniciado pelas vítimas da AIDS no Brasil, ao longo dos anos 90, que a questão acabou por entrar na ordem do dia. Em um primeiro momento, as ações propostas pelos pacientes soropositivos eram para o fornecimento de medicamentos; entretanto, muitos tribunais negavam a pretensão jusfundamental com base no fundamento da programaticidade orçamentária. As associações de soropositivos em todo o Brasil exerceram uma pressão irresistível sobre os poderes públicos, o que acabou resultando na promulgação da lei nº 9.313/96, que sob o pretexto de regulamentar o art. 196 da Constituição Federal, determinou o fornecimento de medicamentos aos portadores do HIV e vítimas da AIDS. Desta forma, a posição jurisprudencial começou a tomar outros rumos e os tribunais passaram a reconhecer no direito à saúde um direito a prestações exigíveis do Estado.

Até que ponto poderia o judiciário intervir nas políticas públicas adotadas pelo Executivo, ou agir mesmo quando não houver previsão legal, atuando em comprometimento ou em substituição do legislativo para garantir a efetividade dos direitos fundamentais sociais prestacionais?

Os tribunais brasileiros têm adotado diferentes posições em relação a este dilema. Alguns desprezam a questão relativa ao custo destes direitos, determinando uma aplicação quase que absoluta da norma constitucional; outros, quando confrontados com a questão da alocação de recursos se eximem de obrigar o Estado à adoção de políticas públicas sob o fundamento de que estaria havendo uma invasão da competência discricionária do Executivo. Essa divergência de enfoques demonstra que o tema está em processo de maturação. E é neste processo que as contribuições doutrinárias se têm mostrado de relevante importância.

O Tribunal de Justiça de São Paulo deixou de deferir uma pretensão de custeio de uma terapia necessária ao tratamento de doença (TJSP – Agravo de Instrumento 48.608-5/4 - 9ª Câmara de Direito Público – Rel. Des. Rui Cascardi – j. em 11.02.1998) porque não caberia ao judiciário determinar que o Estado realizasse o direito fundamental à saúde de tão-somente uma pessoa.

O judiciário obviamente não pode tornar viável o inviável. Em todas as decisões o princípio da separação dos poderes aparece direta ou indiretamente como um empecilho à atuação jurisdicional, na medida em que não caberia ao judiciário obrigar o executivo ao cumprimento de determinadas prestações. Por outro lado, a legitimidade democrática do Executivo e legislativo merece ser analisada, pois os representantes políticos não necessariamente correspondem às expectativas de seus eleitores. Diversas normas emanadas do legislativo e mesmo do executivo, como as medidas provisórias, não gozam de representatividade, indo em direção contrária aos anseios da sociedade, como

também certos atos administrativos, que por vezes atendem um juízo de oportunidade e conveniência do próprio executivo e não da população.

O Judiciário não está também desprovido de total representatividade democrática. Os juízes têm legitimidade para interpretar criativamente o direito, impondo suas interpretações aos demais poderes. Os grupos marginalizados que não têm voz política somente terão condições de se fazer ouvir através do processo judicial. Somente em sociedades democráticas os direitos são constitucionalmente garantidos e somente em sociedades que dispõem de um corpo de juízes destinados à proteção destes direitos serão efetivamente realizados, e para essa proteção é imprescindível um poder constituído diverso do legislativo e do executivo, com força suficiente para controlar sua atuação, determinando obediência às normas jusfundamentais. É preciso agir com responsabilidade, fundamentando de forma racional as decisões judiciais, levando em consideração a questão do custo, mas não deixando-se imobilizar por ela. Quanto mais os cidadãos tiverem acesso ao judiciário e ele for capaz de atender as suas demandas, maior será a realização destes direitos, impulsionando o Estado a adotar políticas gerais que atendem a todos.

Em seguida, alguns julgados acerca do tema.

Número do processo: 1.0024.08.983692-8/001(1)

Numeração Única: 9836928-68.2008.8.13.0024

Relator: ALBERGARIA COSTA

Data do Julgamento: 04/12/2008

Data da Publicação: 27/01/2009

Ementa:

**REEXAME NECESSÁRIO. CIRURGIA DE URGÊNCIA. GARANTIA CONSTITUCIONAL À SAÚDE.** Seja pela observância das cláusulas da reserva do possível e da reserva em matéria orçamentária, seja pelos princípios da isonomia, da seletividade e da distributividade, seja ainda pela realização dos objetivos da República Federativa do Brasil, de justiça social e redução das desigualdades sociais, deve o Poder Público, comprovada a urgência e o perigo de dano, realizar a intervenção cirúrgica de que necessita o paciente. Em reexame, conhecido de ofício, confirmar a sentença e conceder a ordem de segurança. Prejudicado o recurso de apelação.

Súmula: CONFIRMARAM A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDO DE OFÍCIO, PREJUDICADO O RECURSO DE APELAÇÃO.

Número do processo: 1.0000.06.443869-0/000(1)

Numeração Única: 4438690-21.2006.8.13.0000

Relator: ALBERGARIA COSTA

Data do Julgamento: 02/05/2007

Data da Publicação: 04/07/2007

Ementa:

**MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PROVA DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER.** Dentre as condições de ação mandamental estão a liquidez e certeza do direito, que devem ser demonstradas de plano, com a inicial, pois o procedimento não admite instrução probatória. O Estado é parte legítima para figurar no pólo passivo da ação, uma vez que a ele pode ser imputada a responsabilidade pelo atendimento das necessidades básicas de saúde do impetrante. Seja pela observância das cláusulas da reserva do possível e da reserva em matéria orçamentária, seja pelos princípios da isonomia, da seletividade e da distributividade, seja ainda pela realização dos objetivos da República Federativa do Brasil, de justiça social e redução das desigualdades sociais, não há ilegalidade ou abuso por parte da autoridade coatora que não forneça medicamento prescrito ao impetrante que não esteja relacionado na lista de fármacos da rede pública. A competência para decidir sobre a alocação desses recursos cabe exclusivamente ao Poder Legislativo, sem possibilidade de ingerência do Judiciário, por respeito aos princípios constitucionais da democracia e da separação dos poderes. Preliminares rejeitadas. Denegar a segurança.

Súmula: NÃO CONHECERAM DA 1ª PRELIMINAR, VENCIDA RELATORIA, 1º E 2º VOGAIS, QUE A REJEITAVAM. REJEITARAM A 2ª PRELIMINAR, À UNANIMIDADE. NO MÉRITO, DENEGARAM A SEGURANÇA, POR MAIORIA.

Número do processo: 1.0133.05.027113-8/001(1)

Numeração Única: 0271138-25.2005.8.13.0133

Relator: MARIA ELZA

Data do Julgamento: 29/11/2007

Data da Publicação: 19/12/2007

Ementa:

**CONSTITUCIONAL. OMISSÃO DO PODER EXECUTIVO NA CONSTRUÇÃO DE ABRIGOS PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES. DETERMINAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARA CUMPRIMENTO DE DEVER CONSTITUCIONAL. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DE SEPARAÇÃO DE PODERES E À CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL.** A dignidade da pessoa humana, notadamente a da criança e do adolescente, é tutelada pela Constituição Federal e pela Lei n. 8.069/90. Assim, é dever inafastável dos Municípios de Carangola, de São Francisco Glória, de Faria Lemos e de Fervedouro emprenderem todos os esforços que efetivem o princípio fundamental de proteção integral à criança e ao adolescente, assegurando abrigo, apoio sócio-educativo, sócio-familiar e assistência material, moral, médica e psicológica, nos termos do art. 227, da CF, e 4º, 6º, 7º, 15, 70, 86, 87, 88, 90 da Lei n. 8.069/90. O Poder Judiciário, no exercício de sua alta e importante missão constitucional, deve e pode



impor ao Poder Executivo Municipal o cumprimento da disposição constitucional que garanta proteção integral à criança e ao adolescente, sob pena de compactuar e legitimar com omissões que maculam direitos fundamentais das crianças e adolescentes, o que é vedado pelo texto constitucional. O posicionamento adotado não macula o princípio constitucional da separação de poderes. O referido princípio não pode ser empregado para justificar a burla à Constituição e para contrariar o interesse público. A omissão dos Municípios de Carangola, de São Francisco Glória, de Faria Lemos e de Fervedouro para solucionar o grave problema de abandono e desabrigo dos menores em situação de risco se arrasta há anos. Falta interesse em resolver o problema. Enquanto nada é feito pelo Poder Executivo, a saúde, a vida, a dignidade, a integridade e a cidadania das crianças e adolescentes ficam ameaçadas e violadas. Tal situação gera angústia, sofrimento, perplexidade, apreensão e revolta nas crianças e adolescentes em situações de risco e na comunidade local. Maior violação à Constituição não há, pois valores constitucionais fundamentais estão sob constante e permanente lesão. A se admitir que o Poder Judiciário nada pode fazer ante tanto abuso e violação a direitos e garantias fundamentais constitucionais, estar-se-á rasgando o texto constitucional, condenando as crianças e adolescentes a situações degradantes, humilhantes, aflitivas, dolorosas que muitas vezes conduzem à marginalidade, à prostituição, e, às vezes, à morte, além de se atribuir ao Poder Judiciário papel decorativo ou de ‘mero capacho’ do Executivo.

Súmula: Deram Provimento.

## 5. Conclusão

Diante do exposto, verifica-se que os Direitos Fundamentais Sociais encontram na reserva do possível um limite a sua efetividade, principalmente no que tange os direitos prestacionais, os quais devem ter especial atenção do Poder Judiciário, para não cair no vácuo o ínfimo direito aos mais primordiais certames constitucionais. Embora tenha surgido na Corte Constitucional Alemã como um mandado de observância da proporcionalidade daquilo que se exige do Estado e da sociedade, no Brasil a reserva do possível passou a ser aplicada pelos tribunais brasileiros como um elemento a inviabilizar a realização dos direitos a prestações materiais, eximindo o Estado de suas obrigações em virtude da alegação de ausência de recursos.

Assim, a existência natural de recursos e a escassez decorrente de escolhas políticas fazem com que a reserva do possível se torne um escudo protetor a fundamentar a não efetivação dos direitos fundamentais; principalmente num país como o Brasil, onde a economia e o sistema financeiro sempre se mostraram frágeis, a teoria da reserva do possível se encaixa como uma luva para o não cumprimento por parte do Estado das garantias fundamentais dos brasileiros. O judiciário surgiu como órgão legitimado a realizar as ponderações que levarão à identificação dos direitos fundamentais e a deter-

minar aos poderes públicos a satisfação dos interesses constitucionalmente protegidos, o que nem sempre acontece.

Por outro lado, a discricionariedade administrativa, que vem sendo utilizada como “válvula de escape” para direcionar os recursos para outros fins que não aqueles prioritários pela Constituição Federal, representa um nítido desvio de poder. Esse quadro nos mostra que os direitos fundamentais sociais vêm enfrentando sérias dificuldades para sua efetivação face à mencionada escassez de recursos dos cofres públicos. Existem, contudo, meios de contorná-la, e um deles, sem dúvida, é através do Poder Judiciário, visto que ainda não utilizamos adequadamente os instrumentos processuais e extraprocessuais de defesa dos direitos transindividuais.

## 6. Referências

- ALEXY, Robert: Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AMARAL, Gustavo: Direito, Escassez & Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- AMARAL, Gustavo; Danielle MELO: Há direitos acima dos orçamentos? *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano BENETTI (Org.): Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- BARCELLOS, Ana Paula de: A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BRASIL: Lei Federal nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro.
- \_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988.
- BONAVIDES, Paulo: Curso de Direito Constitucional. 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes: Estudos sobre direitos fundamentais. 1ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes e outros (coord.): Direitos fundamentais sociais. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DINIZ, Maria Helena: Norma constitucional e seus efeitos. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006.
- DWORKIN, R.: Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi: Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madri: Editorial Trotta, 2001.
- GALDINO, Flávio: Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GRAU, Eros Roberto: A ordem econômica na Constituição de 1988. 11ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006.
- KRELL, Andréas Joachim: Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: ed. Sérgio Fabris, 2.002.

- LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang (coord.): *Direitos fundamentais e Estado constitucional: estudos em homenagem a J.J.Canotilho*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes: *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.
- PROVESAN, Flávia: *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 2<sup>a</sup> ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- PISCITELLI, Rui Magalhães: *A dignidade da pessoa e os limites a ela impostos pela reserva do possível*. *Revista do curso de direito Faculdade Projeção*, v. 5, p. 183-211, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang: *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2005.
- SILVA, José Afonso da: *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23<sup>a</sup> ed., São Paulo: Malheiros, 2004.
- SILVA, Virgílio Afonso da: *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

Enrique Navarro Beltrán (Chile)\*

## El debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile

### RESUMEN

En el presente artículo se resumen las principales decisiones del Tribunal Constitucional de Chile en relación con el debido proceso y los elementos que lo componen, especialmente lo relativo al derecho a ser juzgado por un tercero imparcial, en el marco de un procedimiento en el que las partes tengan la posibilidad de ser emplazadas y aportar pruebas y en el que la sentencia, debidamente motivada, pueda ser revisada por un tribunal superior.

**Palabras clave:** derecho constitucional, derecho procesal, tribunal constitucional, debido proceso, garantías constitucionales.

### ZUSAMMENFASSUNG

Dieser Artikel fasst die wesentlichen Entscheidungen zusammen, die das chilenische Verfassungsgericht zum Gebot eines fairen Verfahrens sowie zu den Elementen, aus denen dieses besteht, getroffen hat. Insbesondere geht es dabei um das Recht auf einen unparteiischen Richter im Rahmen eines Verfahrens, in dem die Parteien zur Anhörung geladen werden und die Möglichkeit haben, Beweismittel anzubieten, und bei dem die ordnungsgemäß begründete Entscheidung durch ein höheres Gericht überprüft werden kann.

**Schlagwörter:** Verfassungsrecht, Prozessrecht, Verfassungsgericht, faires Verfahren, Verfassungsgarantien.

---

\* Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Chile y Universidad de Finis Terrae.

## ABSTRACT

This is a summary of the main judgments by Chile's Constitutional Court with regard to due process and its elements, especially the right to be tried by an independent and impartial court, in proceedings in which the parties are entitled to be notified and to produce evidence and in which the duly reasoned judgment can be reviewed by a higher court.

**Keywords:** Constitutional law, Procedural law, Constitutional court, Due process, Constitutional guarantees.

## 1. Precepto constitucional sobre debido proceso

### 1.1. Antecedentes históricos en las Cartas Fundamentales

Curiosamente las primeras Constituciones nacionales contemplaban ciertas referencias a los elementos de un debido proceso, mientras que las posteriores se limitaron más bien al establecimiento de garantías en el ámbito penal y en cuanto a la libertad de movimiento. En efecto, el Reglamento Constitucional de 1812 indicaba que “ninguno será penado sin proceso y sentencia conforme a ley”.<sup>1</sup> A su vez, la Constitución Política de 1818 establecía que nadie “debe ser castigado o desterrado, sin que sea oído y legalmente convencido de algún delito contra el cuerpo social”.<sup>2</sup>

Por su lado, la Carta de 1822 preceptuaba que “toda sentencia civil y criminal deberá ser motivada”.<sup>3</sup> La Constitución moralista de Egaña, de 1823, aseguraba el derecho a la primera instancia y a una apelación.<sup>4</sup> Mientras que la Carta liberal de 1828 reconocía la jurisdicción sólo respecto de ataques a la sociedad o perjuicio a terceros.<sup>5</sup> Finalmente, como se ha señalado, tanto la Constitución de 1833<sup>6</sup> como la

<sup>1</sup> Reglamento Constitucional de 1812, artículo 18. Los textos en Luis Valencia Avaria: *Anales de la República*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 1951.

<sup>2</sup> Constitución Política de 1818, artículo 2.

<sup>3</sup> Constitución Política de 1822, artículo 219.

<sup>4</sup> Constitución Política de 1823, artículo 137, conforme al cual “ningún pleito tiene más recursos que primera instancia y apelación”.

<sup>5</sup> Constitución Política de 1828, artículo 12: “toda acción que no ataque directa o indirectamente a la sociedad, o perjudique a un tercero, está exenta de la jurisdicción del magistrado y reservada sólo a Dios”.

<sup>6</sup> Constitución Política de 1833, artículos 133 a 145. Así, el artículo 133 señalaba que “ninguno puede ser condenado, si no es juzgado legalmente, y en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio”. Sobre la Constitución de 1833, ver Jorge Huneeus Z.: *La Constitución ante el Congreso*, 2 vols., Santiago de Chile: Imprenta de Los Tiempos, 1879; José Lastarria V.: *La Constitución comentada*, Valparaíso: Imprenta del Comercio, 1856; y al final del período Alcibiades Roldán: *Elementos de derecho constitucional*, Santiago de Chile: Imprenta Lagunas & Co., 1924.

1925<sup>7</sup> –las que más tuvieron vigencia– enfatizaban más bien las garantías de la seguridad y libertad personal.

## 1.2. Discusión de la norma en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución

El artículo 19, n.º 3, inciso 5º de la Constitución Política de la República establece que “toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

En primer lugar, cabe recordar que en la sesión n.º 101 de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (CENC), de 9 de enero de 1975, el profesor de Derecho Procesal José Bernales P. expuso especialmente sobre la materia y se explayó acerca de los elementos que conforman lo que en la tradición anglosajona se ha denominado *due process of law*, esto es, el debido proceso legal, y que se remonta a tiempos de la Carta Magna.

Así, señaló textualmente este académico: “¿Cuáles son estos principios que vienen desde tiempos inmemoriales? [...] primero, noticia al demandado del procedimiento que lo afecta. Es decir, lo que en Chile se denomina *notificación*. Enseguida, razonable plazo para comparecer y *exponer sus derechos* por sí o por testigos. A continuación, presentación de éstos y de cuantos *medios de prueba* disponen en apoyo de su defensa. O sea, lo que en nuestro país se llama emplazamiento. Para aquellos es importante sobre todo la posibilidad de aportar la prueba, y que el tribunal la reciba en forma legal. Pero esto debe ser racional. Lo que importa a los americanos principalmente es fijar principios racionales, que se dé noticia en forma racional [...] En seguida, un tribunal constituido de tal manera que se dé una seguridad razonable de honestidad e imparcialidad [...] Después *tribunales con jurisdicción*, competencia adecuada [...] En seguida, el principio aplicado a la *prueba*. La libre aportación de prueba y que una persona tenga el derecho a aportarla. Otra conquista procesal notable que también podría consignarse en la Constitución es el de la *fundamentación de los fallos* [...] Otro principio sería el derecho a los *recursos legales* con posterioridad a la sentencia, que tiene evidentemente algunas derogaciones por el hecho de que pudieren haber tribunales de primera instancia colegiados que eliminen la necesidad de los recursos” (énfasis añadido).<sup>8</sup>

Por su parte, en la sesión n.º 103, celebrada el 16 de enero de 1975, el profesor Silva Bascuñán cuestionó la redacción flexible o abierta de la norma en comentario, señalando al efecto que “le parece más lógico que en lugar de hacer una simple mención, como

---

<sup>7</sup> Constitución Política de 1925, artículo 11 a 20. El artículo 11 era idéntico al 133 de la Carta de 1833. Por su parte, respecto de la Constitución de 1925, ver José G. Guerra V.: *La Constitución de 1925*, Santiago de Chile: Establecimientos Gráficos Balcells & Co., 1929; Mario Bernaschina G.: *Manual de derecho constitucional*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1951 y Alejandro Silva B.: *Tratado de derecho constitucional*, 3 vols., Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1963.

<sup>8</sup> CENC, sesión 101, 9 de enero de 1974, pp. 7-8.

garantía del proceso, a la *racionalidad y a la justicia*, que son términos precisamente susceptibles de ser manejados con diversos criterios, se definiera la descripción de qué se entiende sustancialmente por proceso racional o justo”. Como consecuencia de lo anterior, procuró “sintetizar lo que significa un proceso que sea respetable en el orden humano, y le pareció que ello no se satisface sólo con las menciones doctrinarias de la racionalidad y la justicia, sino que es un proceso en el cual se le permita *oportunamente a la persona afectada conocer la acción y reaccionar frente a ella realizando la defensa y produciendo la prueba*” (énfasis añadido).<sup>9</sup>

Ante lo expresado por el señor Silva Bascuñán, el señor Ortúzar argumentó que “le parece bastante delicado que la Constitución entre a señalar, como exigencia para el juzgamiento –porque así se interpretará–, el oportuno conocimiento de la acción, la adecuada defensa y, aun, la producción de la prueba”. Sobre este último aspecto precisó que “la producción de la prueba es, también, un hecho relativo, porque no siempre la hay dentro de un proceso”.<sup>10</sup>

A su turno, el señor Evans manifestó que “es muy difícil señalar en el texto constitucional cuáles son las garantías reales de un debido proceso, porque es un convencido de que ellas dependen de la naturaleza del procedimiento y de todo el contenido de los mecanismos de notificación, defensa, producción, examen y objeción de la prueba y los recursos dependen, en gran medida, de la índole del proceso, del asunto de que se trata, e insiste, de la naturaleza del procedimiento que para este último haya establecido la ley”. Del mismo modo, señaló que los recursos “en términos generales, eran siempre un elemento del debido proceso, en el sentido de que un tribunal superior debía revisar sentencias que afectaran a una persona”.<sup>11</sup>

Más adelante, en la misma sesión, el señor Díez expresó que “de la historia de las palabras ‘racional y justo’ se desprende ya una conclusión: que la Comisión Constituyente estima que el procedimiento no es racional ni es justo si no se establece entre otras cosas, y sin que ello constituya una limitación, el *oportuno conocimiento de la acción* por parte del demandado; una *defensa racional y adecuada*, y la posibilidad de producir las *pruebas* cuando sea conducente, porque puede haber un proceso de derecho puro, donde no haya ninguna prueba que rendir” (énfasis añadido). Agregó que es imposible establecer todas las garantías, como por ejemplo que “en la inmensa mayoría de los casos, la consagración de un tribunal de apelaciones, o de segunda instancia o de casación, o de queja, es indispensable como regla de un adecuado procedimiento, para que por lo menos *dos tribunales revisen* alguna cuestión en la cual haya cierto grado de importancia comprometido, ya sea monetaria, de honor, de situación de la persona en la vida de la sociedad, etcétera” (énfasis añadido), y sobre este punto concluyó: “Evidentemente que una de las ramas en las cuales se debe progresar en este país, es en el procedimiento judicial, lo que

---

<sup>9</sup> CENC, sesión 103, 16 de enero de 1975, p. 11.

<sup>10</sup> *Ibíd.*, p. 12.

<sup>11</sup> *Ibíd.*, pp. 12-13.

permitirá, además, a los tribunales ir enriqueciendo el concepto de racional y justo a través de la jurisprudencia”.<sup>12</sup>

Sin embargo, en relación con el contenido específico de la garantía, el señor Evans planteó su preferencia por “los conceptos genéricos de ‘racional y justo’ encargándole y obligándole al legislador a establecer siempre procedimientos que den garantía de racionalidad y justicia, que el de establecer normas demasiado precisas”.<sup>13</sup> A su turno, el señor Silva Bascuñán contrargumentó señalando que “se podría llegar a un acuerdo si se dispone que la sentencia debe fundarse en un procedimiento previo, racional y justo, señalado en la ley, que permita, por lo menos *oportuno conocimiento de la acción, adecuada defensa y producción de la prueba*” (énfasis añadido).<sup>14</sup>

Finalmente, como consecuencia del debate, el señor Ortúzar “declara aprobada la indicación del señor Evans, con la reserva del señor Silva Bascuñán en el sentido de que es partidario de expresar como requisitos del debido proceso los elementos que ha señalado en el curso del debate”,<sup>15</sup> ante lo cual el señor Evans “propone que junto con la aprobación de texto que ha tenido la mayoría, quede constancia en actas, a título meramente ejemplar, y sin que ello constituya limitación de ninguna especie, de que son garantías de un racional y justo proceso las señaladas por el señor Silva Bascuñán”.<sup>16</sup> A lo que el señor Díez agregó: “el plazo para dictar sentencia”.<sup>17</sup>

De lo dicho se desprende, como lo ha reconocido el propio Tribunal Constitucional,<sup>18</sup> que se estimó conveniente otorgar un mandato amplio al legislador para establecer siempre las garantías de un proceso racional y justo, en lugar de señalar con precisión en el propio texto constitucional cuáles serían los presupuestos mínimos del debido proceso, sin perjuicio de dejar constancia de que algunos de dichos elementos decían relación con el oportuno conocimiento de la acción y debido emplazamiento, bilateralidad de la audiencia, aportación de pruebas pertinentes y derecho a impugnar lo resuelto por un tribunal, imparcial e idóneo y establecido con anterioridad por el legislador.

Adicionalmente, cabe advertir que en la misma sesión 103 de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, los comisionados Ortúzar, Silva y Evans plantearon la conveniencia de exigir el sometimiento del órgano que ejerce, permanente o accidentalmente, jurisdicción, a las reglas de un racional y justo procedimiento.<sup>19</sup>

En tal sentido, el presidente de la Comisión, tantas veces citada, planteó la duda de cómo era posible ampliar los términos de esta disposición para no limitarlo sólo a las sentencias dictadas por los tribunales de justicia, “... de modo que se comprendan los

<sup>12</sup> *Ibíd.*, pp. 16.

<sup>13</sup> *Ibíd.*, p. 17.

<sup>14</sup> *Ibíd.*, p. 19.

<sup>15</sup> *Ibíd.*, p. 20.

<sup>16</sup> *Ibíd.*

<sup>17</sup> *Ibíd.*

<sup>18</sup> Rol n.º 481/2006, 4 de julio de 2006.

<sup>19</sup> CENC, sesión 103, pp. 5 y ss.



juzgamientos de tipo administrativo, sumarios o de otra clase, ya que la función jurisdiccional no sólo la ejercen los Tribunales de Justicia [...] otorgando esta garantía –que está muy bien concebida– a cualquier tipo de procesos”.<sup>20</sup>

En respuesta a lo anterior el comisionado Díez “manifiesta que le interesa establecer y asegurar [...] la garantía ante la Administración –dado que ella– está ejerciendo muchas veces una acción judicial, pues está creando derechos o condenando o aplicando sanciones que en algunos casos son tan duras como las impuestas por una sentencia judicial”,<sup>21</sup> y deja constancia en las actas que debe entenderse por “órgano que ejerce jurisdicción” a “los tribunales administrativos, fiscales, Impuestos Internos, Contraloría General de la República, tribunales arbitrales, etcétera. O sea, todo órgano que tenga la facultad para dictar una resolución o fallo, llámese como se llame, que afecte la situación de una persona”.<sup>22</sup> Finalmente, para no dejar lugar a dudas, el comisionado Evans expuso “que ello significa establecer que la norma se aplicará en toda controversia que se suscite en el orden temporal”.<sup>23</sup> Cabe tener presente que la norma se aprobó sin mayores modificaciones ni discusión en el Consejo de Estado.<sup>24</sup>

### 1.3. Reforma de 1997

En consideración al carácter no jurisdiccional de la dirección exclusiva de la investigación, el constituyente –por moción de los senadores Díez y Piñera– decidió incorporar una nueva garantía en el artículo 19, n.º 3º, de la Ley Suprema, a saber, la exigencia de que la investigación penal sea racional y justa.<sup>25</sup>

Lo expuesto consta en los antecedentes de la reforma constitucional “la indicación apunta a *exigir que la investigación que pudiera dar lugar a un proceso se deberá ceñir también a los requisitos de justicia y racionalidad. Si se tiene en cuenta que el proyecto en informe deja claramente sentado que la pesquisa que realice el Ministerio Público no tiene carácter jurisdiccional, resulta imperativo, entonces, sujetarla también, y expresamente, a las exigencias que la Carta Fundamental impone al procedimiento.* De otro punto de vista, la indicación también se justifica, en opinión de su autor, porque, dado que la Constitución no fija más límites o parámetros para lo que debe entenderse por un debido proceso que la justicia y la racionalidad, vale la pena hacer el mismo encargo al legislador en el caso de la investigación de delitos que dirigirá el Ministerio Público. Tal explicitación es

<sup>20</sup> *Ibíd.*, p. 13.

<sup>21</sup> *Ibíd.*, p. 14.

<sup>22</sup> *Ibíd.*

<sup>23</sup> *Ibíd.*

<sup>24</sup> Jaime Arancibia Mattar et ál.: *Actas del Consejo de Estado en Chile* (t. I.), Santiago de Chile: Centro de Estudios Bicentenario, 2008, p. 335.

<sup>25</sup> Ley de reforma constitucional n.º 19.519, de 16 de septiembre de 1997.

necesaria puesto que esa investigación, como no es jurisdiccional, no estaría constreñida por los principios mencionados”.<sup>26</sup>

De este modo, como afirma el actual presidente de la Corte Suprema, Milton Juica Arancibia, “al mismo tiempo que se estableció este órgano público, se debió hacer también algunas modificaciones necesarias en otras disposiciones de la misma Constitución Política. Así, por ejemplo, en el artículo 19 N° 3°, con relación a la garantía constitucional del debido proceso que se contiene en su inciso 5°, se dispone en su última parte: ‘corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos’. La modificación fue incluir la expresión ‘investigación’, que naturalmente está referida implícitamente al proceso penal, asimilando entonces la misma exigencia de racionalidad y de justicia no solamente al procedimiento sino que a la investigación”.<sup>27</sup>

## 2. Doctrina de ius publicistas

La doctrina nacional también se ha referido en términos generales al sentido y alcance de la disposición. Así, Enrique Evans ha señalado como elementos de un “racional y justo procedimiento”, entre otros: “notificación y audiencia del afectado, pudiendo procederse en su rebeldía si no comparece una vez notificado; presentación de las pruebas, recepción de ellas y su examen; sentencia dictada en un plazo razonable; y posibilidad de revisión de lo fallado por una instancia superior igualmente imparcial y objetiva”.<sup>28</sup>

En palabras de Mario Verdugo: “como estos conceptos son, ciertamente, muy genéricos y se prestan para entenderlo con variado criterio, la Comisión de Estudio que elaboró la norma prefirió referirse al ‘racional y justo procedimiento’ en vez de enumerar cuáles son las garantías reales del debido proceso, obviando así la dificultad de tipificar específicamente los elementos que lo componen y el riesgo de omitir algunos. Con todo acordó dejar constancia en actas, para la historia fidedigna de la disposición, que sus miembros coincidían en que eran garantías mínimas de un racional y justo proceso permitir oportuno conocimiento de la acción, adecuada defensa y producción de la prueba que correspondiere”.<sup>29</sup>

Del mismo modo, tratadistas extranjeros han señalado que “el derecho al ‘debido proceso legal’ (*due process of law*) que en último término, significa el derecho de toda

<sup>26</sup> Senado de Chile: *Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento*, 13 de mayo de 1997.

<sup>27</sup> Milton Juica Arancibia: “El Ministerio Público en la Constitución Política de 1980”, en Enrique Navarro Beltrán (ed.): *20 años de la Constitución chilena*, Santiago de Chile: Finis Terrae, 2001, p. 570.

<sup>28</sup> Enrique Evans de la Cuadra: *Los derechos constitucionales* (3ª ed., t. II), Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 144.

<sup>29</sup> Mario Verdugo Marinkovic et ál.: *Derecho constitucional* (t. I), Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1994, p. 217.

persona a un proceso justo y equitativo, derecho que encierra dentro de sí un amplio conjunto de garantías que se traducen en otros tantos derechos del justiciable que, en esencia, son los siguientes: el derecho a un juez imparcial; el derecho a ser informado de la acusación formulada; el derecho a la defensa y asistencia del Letrado; el derecho a un proceso público; el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas; el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa; y el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable”.<sup>30</sup>

Por su parte, el profesor y expresidente del Tribunal Constitucional, Juan Colombo, precisa respecto al debido proceso que éste puede tener dos dimensiones: “puede decirse que todos los poderes del estado deben ceñirse en el ejercicio de sus funciones, a lo que manda la Constitución. El poder jurisdiccional debe obrar de manera tal que no afecte la garantía de defensa en juicio –debido proceso adjetivo– y el poder legislativo no debe alterar la sustancia de los derechos por vía legislativa –debido proceso sustantivo–. En cuanto a la Administración, debe observar ambos”.<sup>31</sup>

En cuanto a los derechos que constitucionalmente implica el debido proceso, la doctrina procesal nacional ha señalado que: “Las garantías mínimas para que nos encontremos ante un procedimiento racional y justo para el desarrollo de un debido proceso son las siguientes: a.- El derecho a que el proceso se desarrolle ante un juez independiente e imparcial; b.- El derecho a un juez natural preconstituido por la ley; c.- El derecho de acción y de defensa; d.- El derecho a un defensor; e.- El derecho a un procedimiento que conduzca a una pronta resolución del conflicto; f.- El derecho a un procedimiento que contemple la existencia de un contradictorio; g.- El derecho a un procedimiento que permita a las partes la rendición de prueba; h.- El derecho a un procedimiento que contemple una igualdad de tratamiento de las partes dentro de él; i.- El derecho a un procedimiento que contemple la existencia de una sentencia destinada a resolver el conflicto; j.- El derecho a un recurso que permita impugnar las sentencias que no emanen de un debido proceso”.<sup>32</sup>

### 3. Pactos internacionales y derecho comparado

En primer lugar, debe recordarse que la VI Enmienda de la Constitución de Estados Unidos reconoce el derecho a un debido proceso, en los siguientes términos: “En todas las causas penales, el acusado disfrutará del derecho a un juicio público y expedito a cargo de un jurado imparcial del Estado y distrito donde el delito haya sido cometido;

---

<sup>30</sup> Francisco Fernández Segado: “El derecho a la jurisdicción y las garantías del debido proceso en el ordenamiento constitucional español”, en *Revista Ius et Praxis*, n.º 5, 1999, p. 90.

<sup>31</sup> Juan Colombo Campbell: *El debido proceso constitucional*, Santiago de Chile: Tribunal Constitucional de Chile, Cuadernos del Tribunal Constitucional, n.º 32, p. 43, 2006.

<sup>32</sup> Cristián Maturana Miquel: “Nociones sobre disposiciones comunes a todo procedimiento, apuntes de clases, Departamento de Derecho Procesal”, en *Separatum*, Facultad de Derecho de la U. de Chile, 2010.

tal distrito previamente habrá sido determinado conforme a la ley y dicho acusado será informado de la índole y el motivo de la acusación; será confrontado con los testigos que se presenten en su contra; tendrá la obligación de obtener testimonios a su favor, y contará con la asistencia jurídica apropiada para su defensa”.

En tal sentido, cabe tener presente que el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala que “toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

Por su lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicado en el Diario Oficial el 29 de abril de 1989, reconoce en su artículo 14 a toda persona el “derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un Tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la Ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”. Del mismo modo, se indica que en principio “toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública”.

A su turno, en materia penal, particularmente, se garantizan diversos derechos, como los de ser informado de la acusación, disponer de medios adecuados para la defensa, ser juzgado sin dilaciones, contar con un defensor, poder interrogar a testigos, ser asistido gratuitamente por un intérprete, no ser obligado a declarar en su contra, posibilidad de que el fallo condenatorio sea sometido a un tribunal superior, entre otros.

A lo que debe agregarse la Convención Americana sobre Derechos Humanos, publicada en el Diario Oficial de 5 de enero de 1991, que en su artículo 8° también cautela el “derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

Por su lado, al inculcado por un delito se le reconocen derechos tales como ser asistido gratuitamente por un traductor, debida comunicación de la acusación, oportunidad de preparación de su defensa, defenderse personalmente, ser asistido por un defensor, interrogar a los testigos, no ser obligado a declarar en su contra, recurrir del fallo ante un tribunal superior y a un proceso público.

En las Constituciones hispanoamericanas también se consagra expresamente este principio,<sup>33</sup> mientras que en el derecho comparado europeo así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional español.<sup>34</sup> Específicamente, en la Constitución española se encuentra lo atinente al debido proceso en su artículo 24, el que prescribe: “1. Todas las personas tiene derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio

<sup>33</sup> Ver *Revista Ius et Praxis*, n.º 1, 1999, “Libertad personal, seguridad individual y debido proceso”.

<sup>34</sup> STC 145/88, de 12 de julio; Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *Caso Piersack*, sentencia de 1º de octubre de 1982.

de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

Por su parte, si bien la doctrina alemana estudia el debido proceso a partir de diversos preceptos constitucionales, la Ley Fundamental alemana contiene disposiciones que aluden a este derecho, a saber: (a) “Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer el recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios” (Art. 19.4); (b) “No están permitidos los tribunales de excepción. Nadie podrá ser sustraído a su juez legal” (Art. 101.1); y (c) “Todos tienen el derecho de ser oídos ante los tribunales” (Art. 103.1).

En Italia, al respecto se encuentran diversas normas fundamentales relativas a las garantías que componen el debido proceso, tales como: (a) el derecho de las personas a “acudir a los tribunales para la defensa de sus derechos y de sus intereses legítimos” (Art. 24, inciso 1º); (b) el derecho a la defensa “en todas las etapas del procedimiento” (Art. 24, inciso 2º) y a los que carecen de recursos económicos (Art. 24 inciso 3º); (c) el derecho al juez natural (Art. 25); el derecho a una decisión judicial motivada (Art. 111); el derecho a impugnar lo resuelto, especialmente a una casación por infracción de ley (Art. 111, inciso 2º); y el derecho a impugnar los actos de la administración (Art. 113).

Cabe por último recordar que el Tratado Europeo de Derechos Humanos en su artículo 6º preceptúa que “toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”. A su vez, la misma normativa indica que los acusados tienen como derechos mínimos el ser informados de la acusación, disponer de tiempo y facilidades para la preparación de la defensa, ser asistidos por un defensor, interrogar a los testigos y ser asistidos gratuitamente por un intérprete. Finalmente, el artículo 13 asegura el derecho a un recurso efectivo, en términos tales que “toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones judiciales”.

## 4. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

De lo resuelto por el Tribunal Constitucional (TC) en los últimos seis años, particularmente en sede de inaplicabilidad,<sup>35</sup> es posible advertir las siguientes particularidades de un justo y racional procedimiento e investigación.

### 4.1. Mandato al legislador

El constituyente no ha definido los elementos específicos ni el desarrollo determinado de un justo y racional procedimiento, y ha delegado en el legislador la potestad para definir y establecer sus elementos.<sup>36</sup>

En relación con el mandato del debido proceso garantizado por la Constitución, el TC ha señalado que “las exigencias constitucionales en materia de justo y racional procedimiento son definiciones primarias del legislador complementadas con el desarrollo jurisprudencial de la cláusula del debido proceso”.<sup>37</sup> Lo anterior se explica, entre otras razones, “porque la Constitución no puede establecer singularmente cada una de las garantías de un debido proceso, puesto que el concepto mismo de debido proceso es dinámico y abierto”.<sup>38</sup>

De este modo, el constituyente se abstuvo de enunciar las garantías del procedimiento racional y justo, y ordenó al legislador precisarlas en cada caso, “dejándose constancia que tales atributos se concretan, entre otros elementos, en principios como el de la igualdad de las partes y el emplazamiento, materializados en el conocimiento oportuno de la acción, la posibilidad de una adecuada defensa y la aportación de la prueba, cuando ella procede”.<sup>39</sup>

En palabras de esta magistratura constitucional, de lo dicho se desprende que “se estimó conveniente otorgar un *mandato al legislador* para establecer siempre las garantías de un proceso racional y justo, en lugar de señalar con precisión en el propio texto constitucional cuáles serían los presupuestos mínimos del debido proceso, sin perjuicio de dejar constancia que algunos de dichos elementos decían relación con el oportuno conocimiento de la acción y debido emplazamiento, bilateralidad de la audiencia, aporta-

---

<sup>35</sup> Sobre la materia ver Enrique Navarro Beltrán: “Presupuestos de admisibilidad de la acción de inaplicabilidad”, *Revista de Derecho Público*, n.º 72, 2010, pp. 265-293. Una visión histórica en: *Evolución histórica del control de constitucionalidad de las leyes en Chile. Libro homenaje a Bernardino Bravo*, Revista de Historia del Derecho (t. II), 2010, pp. 1231-1255. Más recientemente: *Control de constitucionalidad de las leyes en Chile 1811-2011*, Santiago de Chile: Tribunal Constitucional de Chile, Cuadernos del TC, n.º 43, 2011.

<sup>36</sup> Rol n.º 576/2006, 24 de abril de 2007.

<sup>37</sup> Rol n.º 1838/2010, 7 de julio de 2011.

<sup>38</sup> Rol n.º 2111/2011, 31 de octubre de 2012.

<sup>39</sup> Rol n.º 478/2006, 8 de agosto de 2006.

ción de pruebas pertinentes y derecho a impugnar lo resuelto por un tribunal, imparcial e idóneo y establecido con anterioridad por el legislador” (énfasis añadido).<sup>40</sup>

De este modo, el TC ha complementado los elementos definidos por el legislador, resolviendo que “el derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que la Constitución asegura a todas las personas, debe contemplar las siguientes garantías: la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada defensa y asesoría con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores”.<sup>41</sup>

## 4.2. Aplicable a las actuaciones administrativas

Como se ha señalado, en diversos pronunciamientos el TC ha analizado el alcance del contenido del debido proceso, que se encuentra enunciado en el artículo 19 n.º 3 de la Constitución Política, inciso 5º, al señalar que le corresponde al legislador establecer siempre “las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”,<sup>42</sup> haciéndolo obviamente aplicable también al derecho administrativo sancionador,<sup>43</sup> aunque se trate de actuaciones administrativas.<sup>44</sup>

Sobre este último punto, se ha precisado que “aunque se trate de potestades que no suponen ejercicio de jurisdicción, ciertamente deben sujetarse a los parámetros propios de un debido proceso”.<sup>45</sup>

En todo caso, recientemente se ha insistido que si una autoridad, como el director regional del Servicio de Impuestos Internos, ejerce excepcionalmente jurisdicción, “está

<sup>40</sup> Rol n.º 481/2006, de 4 de julio de 2006. En el mismo sentido, roles n.º 478/2006, de 8 de agosto de 2006; 576/2006, de 24 de abril de 2006 y, 616/2006, de 6 de septiembre de 2007, entre otros. También rol n.º 1518/2009, 21 de octubre de 2010.

<sup>41</sup> Rol n.º 1448/2009, 7 de septiembre de 2010.

<sup>42</sup> Enrique Navarro Beltrán: “Debido proceso y ejercicio de facultades por parte de la Superintendencia de Servicios Sanitarios”, *Revista de Derecho Público*, n.º 66, 2004, pp. 97-119.

<sup>43</sup> Un análisis más detallado en Enrique Navarro Beltrán: “Principios que rigen en materia de derecho administrativo sancionador reconocidos por la jurisprudencia chilena”, en *Nullum crimen, nulla poena sine lege, Homenaje a grandes penalistas chilenos*, Santiago de Chile: Finis Terrae, 2010, pp. 241-265.

<sup>44</sup> El Tribunal ha señalado: “aunque se trate de potestades que no suponen ejercicio de jurisdicción, ciertamente deben sujetarse a los parámetros propios de un debido proceso” (rol n.º 766/2007, 26 de junio de 2008, c. 12). Por lo mismo, para dictar el acto administrativo sancionador se ha destacado la importancia de haber “previamente escuchado a la parte afectada” y, eventualmente, recibir “antecedentes probatorios” (rol n.º 766/2007, c. 25). Igualmente, debe existir “la posibilidad de impugnar el acto administrativo ante los tribunales” (roles n.º 766/2007 y 1223/2008). Se exige entonces que “el acto administrativo sancionador se imponga en el marco de un debido proceso” (rol n.º 1233/2008, de 13 de enero de 2009).

<sup>45</sup> Rol n.º 766/2007, 25 de junio de 2008, c. 12.

sujeto a respetar las garantías de un debido proceso que la Constitución establece y que encarga al legislador resguardar de modo particular”.<sup>46</sup>

En concordancia con lo anterior, respecto al ámbito de aplicación de la garantía se ha señalado que ella dice relación con el ejercicio de la función jurisdiccional, con independencia del órgano que la ejerza, siendo una cuestión de mérito que escapa al control de constitucionalidad la elección por parte del legislador respecto del órgano que la ejerza.<sup>47</sup>

De esta forma, para dictar el acto administrativo sancionador se ha destacado la importancia de haber “previamente escuchado a la parte afectada” y, eventualmente, recibir “antecedentes probatorios”.<sup>48</sup> Se exige entonces que “el acto administrativo sancionador se imponga en el marco de un debido proceso”.<sup>49</sup>

### 4.3. Derecho a impugnar actuaciones administrativas

El TC ha destacado que no debe establecerse trabas para acceder a la justicia impugnando las actuaciones de los diversos órganos administrativos. En tal sentido, aplicación de lo anterior es “la posibilidad de impugnar el acto administrativo ante los tribunales”, “resguardando así la observancia de un debido proceso”.<sup>50</sup>

En materia sancionatoria el derecho a un debido proceso resulta aplicable, particularmente en relación con el derecho a reclamar ante un tribunal.<sup>51</sup> El legislador no debe en tal sentido, como se ya se ha indicado, poner obstáculos que afecten la tutela efectivo de los derechos, existiendo siempre por tanto la posibilidad de impugnar los actos en sede jurisdiccional.<sup>52</sup>

Un punto en que ha planteado discusión es el relativo a la exigencia de consignación previa para reclamar judicialmente. El TC ha manifestado, con motivo de un proyecto de ley, que “la aludida exigencia de una consignación previa resulta así de carácter indeterminado, carente de un límite, pudiendo, en consecuencia, llegar a cantidades cuya cuantía, en la práctica, entraben más allá de lo razonable el derecho de acceso a la justicia, al restringir tan severamente la posibilidad de reclamar ante un tribunal de la multa impuesta por la autoridad administrativa. Ello resulta contrario a los derechos que asegura el artículo 19, n.º 3 de la Carta Fundamental, en sus incisos primero y segundo, a “la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”, y a la “defensa jurídica” pudiendo, por esta vía, sustraerse, en este caso, del control jurisdiccional actos de la

<sup>46</sup> Rol n.º 2111/2011, 31 de octubre de 2012.

<sup>47</sup> Rol n.º 616/2006, de 6 de septiembre de 2007.

<sup>48</sup> *Ibíd.*, c. 25.

<sup>49</sup> Rol n.º 1233/2008, de 13 de enero de 2009.

<sup>50</sup> Rol n.º 766/2007, c. 20. En el mismo sentido, rol n.º 1223/2008.

<sup>51</sup> Rol n.º 415/2004, 4 de agosto de 2004, cc. 13 y 14. En el mismo sentido, rol n.º 666/2006, 11 de enero de 2007, c. 26. Igualmente, con relación a la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República (rol n.º 796/2007, 6 de junio de 2007, c. 24 y 25).

<sup>52</sup> Rol n.º 1223/2008, 30 de diciembre de 2008, c. 13.



Administración, dejando a las personas a merced de la discrecionalidad de la misma, razones por las cuales se declarará su inconstitucionalidad”.<sup>53</sup>

Ello, sin embargo, no ha sido unánime, para lo cual basta remitirse a lo resuelto también por esta magistratura a mediados de la década de los noventa,<sup>54</sup> oportunidad en la cual no se estimó contrario al Texto Fundamental el establecimiento de determinadas consignaciones. En este último caso se precisó que el precepto legal que establecía la necesidad de una consignación previa no impedía el acceso a la justicia de los afectados por la multa, “sino solamente lo regula en consideración a la necesidad de asegurar el debido funcionamiento del servicio público que prestan”; de modo de “restablecer el orden previamente quebrantado en aras del bien común”. También existe un precedente en el que se presentó una división de votos.<sup>55</sup>

Los reparos de juridicidad a esta institución también los ha hecho la jurisprudencia emanada de diversos tribunales tanto en Europa como en América. Así lo precisó la Corte Constitucional italiana en 1961.<sup>56</sup> En España, a su vez, lo hizo la judicatura en sendas resoluciones de 1985 y 1986.<sup>57</sup> Sin embargo, el Tribunal Constitucional español en diversos fallos también ha aceptado la consignación en materia laboral, respetando el principio de razonabilidad y con las finalidades de asegurar la debida ejecución de la sentencia, evitar la presentación de recursos meramente dilatorios y, a su vez, afectar la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador.<sup>58</sup> A su turno, en materia tributaria es aceptada en ciertas legislaciones, como es el caso de Argentina<sup>59</sup> y Estados Unidos (bajo la fórmula *pay first, litigate later* o *full payment rule*).

La doctrina también ha sido crítica sobre la materia. Así, en España se ha indicado que el condicionamiento de la admisión de un recurso dirigido contra un acto declarativo del crédito a la efectiva satisfacción de éste “limita la posibilidad de impugnación a quienes tengan disponibilidades para ese pago, imponiendo una indefensión absoluta a quienes no se encuentren en esa situación”,<sup>60</sup> todo lo cual contravendría el derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales. Llega incluso a sostenerse que “es asombroso que una técnica tan tosca, que hace que sólo los ricos puedan recurrir, haya podido subsistir hasta recientemente”.<sup>61</sup>

<sup>53</sup> Rol n.º 536/2006, 30 de agosto de 2006.

<sup>54</sup> Roles n.º 185/1995 y 287/1999.

<sup>55</sup> En el rol n.º 546/2006 se produjo un empate entre los ministros del TC respecto de la procedencia del pago previo en relación con las sanciones impuestas por la Superintendencia de Valores y Seguros.

<sup>56</sup> 31 de marzo de 1961.

<sup>57</sup> Resoluciones de fecha 26 de noviembre de 1985 y 17 de enero de 1986.

<sup>58</sup> Véase al efecto sentencias de 28 de febrero y 14 de marzo, ambos de 1983.

<sup>59</sup> Roberto Dromi: *Instituciones de derecho administrativo*, Buenos Aires: Astrea, 1973, p. 256.

<sup>60</sup> Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández: *Curso de derecho administrativo* (t. I), Madrid: Civitas, 1981, p. 434.

<sup>61</sup> *Ibíd.*, t. II, 2002, p. 204.

A su turno, en Chile se ha afirmado “la notoria inconstitucionalidad de la exigencia de la previa consignación de una suma de dinero equivalente a un porcentaje de la sanción de multa impuesta por una autoridad administrativa, por cuanto ella vulnera de manera flagrante el derecho fundamental del afectado a la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos (Art. 19, n.º 3 de la Constitución), derecho que implica en sí mismo el derecho fundamental de acceso a la justicia y el derecho fundamental a una efectiva tutela judicial por parte de los tribunales en un debido proceso, racional y justo.”<sup>62</sup>

Cabe señalar que –en relación con un precepto legal del Código Sanitario– el TC ha precisado que “la obligación de pagar toda la multa antes de impugnarla hace que la tutela judicial sea tardía e inoportuna, pues la lesión jurídica al interés del administrado por causa de una ilegalidad se produjo, ya generó sus efectos, y la sanción que de dicha lesión derivó fue cumplida, lo que transforma a la acción judicial de reclamo en un mero proceso de reembolso condicionado a la juridicidad de la multa ya pagada.”<sup>63</sup> La situación motivó incluso una declaración de inconstitucionalidad con efectos generales del artículo 171 del Código Sanitario, que hacía imperativa la consignación respecto de actos sancionatorios de la autoridad sanitaria.<sup>64</sup>

#### **4.4. Las investigaciones del Ministerio Público también deben someterse a exigencias de un debido proceso**

Como consecuencia de la reforma constitucional de 1997, las exigencias de un debido proceso también resultan exigible respecto de la investigación que debe efectuar el Ministerio Público.

Así, se ha sentenciado que “atendido que la Constitución Política exige que la investigación efectuada por el Ministerio Público sea racional y justa y que se ha convocado al legislador a garantizarla, es comprensible que la exclusividad con que este organismo dirige la investigación penal, no impida el control de sus actuaciones, sino que, por el contrario, requiera de mecanismos legales de control que aseguren que la actividad persecutoria se someta a aquella exigencia.”<sup>65</sup>

Por su lado, en la primera sentencia que se pronunció sobre el alcance de la atribución del Ministerio Público de formalizar se hizo presente que no puede ejercerse discrecionalmente por importar ello una negación al derecho a la tutela judicial efectiva, acogiéndose la acción sólo en cuanto “se decide que una aplicación de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 230 del Código Procesal Penal en el sentido que haga equivalente el poder de los fiscales para formalizar la investigación a ejercer dicha facultad de manera

---

<sup>62</sup> Eduardo Soto Kloss: “La impugnación de sanciones administrativas y el derecho fundamental de acceso a la justicia: el ‘solve et repete’ y el Estado de derecho”, conferencias Santo Tomás de Aquino, Santiago de Chile, 2005, p. 104.

<sup>63</sup> Rol n.º 792/2007, 3 de enero de 2008.

<sup>64</sup> Rol n.º 1345/2009, 25 de mayo de 2009.

<sup>65</sup> Rol n.º 1445/2009, 27 de enero de 2010, c. 14.

discrecional en términos de no practicarla y, por otra parte, no ponerle término por alguno de los medios legales, hasta la fecha de prescripción del delito, existiendo ejercicio de la acción penal por parte del querellante, produce efectos contrarios a la Constitución”.<sup>66</sup>

Del mismo modo, se ha puntualizado que existe un derecho por parte del querellante particular en cuanto a obtener a través del juez de garantía que el fiscal que ha decidido no formalizar justifique su proceder.<sup>67</sup>

A su turno, se ha precisado que el querellante particular también se encuentra comprendido dentro de los afectados por una investigación no formalizada –a que alude el artículo 186 del Código Procesal Penal– para solicitarle al juez que ordene al fiscal informar acerca de los hechos.

En armonía con todo lo expuesto, cabe tener presente que la facultad de no perseverar de que es titular el Ministerio Público está sujeta al cumplimiento de diversos presupuestos que aseguren también una actuación racional y justa.<sup>68</sup>

De esta manera, como se ha sentenciado más recientemente, las facultades investigativas privativas del Ministerio Público, “si bien son discrecionales, incluyen elementos reglados y, además, deben entenderse en armonía con los derechos del afectado, quien puede ejercer un conjunto de prerrogativas tendientes a obtener la tutela jurisdiccional efectiva de sus intereses”. Por consiguiente, no puede estimarse que la “facultad de comunicar la decisión de no perseverar en el procedimiento constituya una prerrogativa que vulnere por sí misma el derecho a un procedimiento e investigación racionales y justos o impida la tutela judicial efectiva de los intereses del querellante, a lo que debe agregarse que se trata de una actuación administrativa que no se encuentra exenta del todo de control procesal”.<sup>69</sup>

#### 4.5. Las garantías dependen de la naturaleza del asunto

Ahora bien, en todo caso, se ha expresado que las garantías dependen ciertamente de la naturaleza del asunto y, por cierto, del propio procedimiento.<sup>70</sup> En efecto, si bien el debido proceso es una garantía esencial de respeto al orden jurídico, no es posible identificar en la Constitución un único y acotado concepto de aquél, válido para todo tipo de procedimientos judiciales.<sup>71</sup> Desde luego, ha señalado el TC, no son las mismas garantías las exigidas para un proceso civil que para uno penal.<sup>72</sup>

---

<sup>66</sup> Rol n.º 815/2008, 19 de agosto de 2008.

<sup>67</sup> Rol n.º 1337/2009, 20 de agosto de 2009.

<sup>68</sup> Roles n.º 1341/2009, 15 de abril de 2010 y 1394/2009, 13 de julio de 2010.

<sup>69</sup> Rol n.º 2026/2011, 14 de agosto de 2012.

<sup>70</sup> Rol n.º 481/2006, 4 de julio de 2006.

<sup>71</sup> Roles n.º 576/2007, 821/2007, 1130/2008, 1557/2011, 1876/2011 y 907/2007.

<sup>72</sup> Rol n.º 2053/2011, 14 de junio de 2012.

#### 4.6. Bilateralidad de la audiencia

El derecho a defensa se expresa en el principio de bilateralidad de la audiencia, conforme al cual nadie puede ser condenado sin ser oído, ya sea en juicios penales, o ya sea en juicios civiles. De esta manera, “el demandado debe contar con los medios necesarios para presentar adecuada y eficazmente sus alegaciones, lo que presupone el conocimiento oportuno de la acción”.<sup>73</sup>

Sobre la base de las consideraciones anteriores, se ha estimado que contraviene la exigencia de racionalidad y justicia la tramitación establecida para el proceso de desafuero tratándose de los delitos de acción privada, en la medida que ello podría decretarse con el solo mérito de la querrela y sin escuchar a la parte y recibir las pruebas que fueren procedentes.<sup>74</sup>

Del mismo modo, se ha dictaminado que un parlamentario “no puede ser constreñido a comparecer a la audiencia de formalización mediante el empleo de un medio coercitivo como el que contemplan los incisos segundo y tercero del artículo 33 del mencionado Código, desde que en tal supuesto efectivamente se estaría afectando su libertad personal, lo que no puede hacerse sin previo desafuero del imputado”.<sup>75</sup>

También se ha fallado que el conocimiento –en primera instancia– en cuenta o de plano, esto es, sin escuchar a las partes, puede importar una vulneración al debido proceso.<sup>76</sup> De igual forma, se ha resuelto que la solicitud de quiebra de un comerciante, que se resuelve “con audiencia del deudor”, cumple con el principio de bilateralidad, desde que debe precisamente escucharse al afectado.<sup>77</sup> En todo caso, si bien la bilateralidad es la regla general, admite gradaciones y excepciones, según la naturaleza de la acción ejercitada. Sobre este punto, por ejemplo, el TC ha señalado que “su intensidad no es la misma en un juicio de lato conocimiento que en uno ejecutivo y su expresión aparece postergada en las acciones propiamente cautelares”.<sup>78</sup>

Por lo mismo, se ha puntualizado que “las excepciones se justifican por la urgente necesidad de adoptar ciertas providencias cuya dilación acarrearía grave perjuicio, como ocurre con la paralización de los procedimientos de constitución de la propiedad minera”.<sup>79</sup> De este modo, así como el legislador puede fijar distintas formas de notificación atendiendo a la naturaleza del proceso, también “puede prescindir de ella en casos calificados, procurando un bien superior, cuando es posible presumir que el actor tiene conocimiento regular del proceso porque existe una carga procesal que lo impele a ello,

<sup>73</sup> Rol n.º 20537/2011, 14 de junio de 2012.

<sup>74</sup> Rol n.º 478/2006, 8 de agosto de 2006.

<sup>75</sup> Rol n.º 736/2007, 29 de noviembre de 2007.

<sup>76</sup> Rol n.º 747/2007, 31 de agosto de 2007.

<sup>77</sup> Rol n.º 1202/2008, 10 de marzo de 2009.

<sup>78</sup> Roles n.º 1200/2008, c. 5º; 1235/2008, c. 5º; y n.º 1414/2009, c. 19º.

<sup>79</sup> Rol n.º 2053/2011, 14 de junio de 2012.

como es la de dar curso progresivo a los autos en los procedimientos de constitución de concesiones mineras”.<sup>80</sup>

Como ha sostenido el profesor Juan Colombo, en términos generales, en todo proceso debe operar el principio de la bilateralidad, “no obstante, en casos excepcionales y por razones de conveniencia procesal, el legislador puede aplicar el principio de unilateralidad, lo que realiza con frecuencia en los procedimientos monitorios cautelares”, concluyendo que “en tal caso la unilateralidad queda compensada por la racionalidad que debe tener el procedimiento y con la preparación del juez ante el cual se tramita el proceso”.<sup>81</sup>

#### 4.7. Derecho a aportar pruebas

Sobre este punto cabe resaltar que en diversas sentencias se ha considerado como contraria a la Carta Fundamental una disposición en virtud de la cual la Tesorería General de la República retiene la devolución de tributos de deudores de crédito universitario con la sola información que le proporciona el Administrador del Fondo Solidario, sin darle oportunidad de presentar otro descargo que no sea el certificado de pago emitido por dicho órgano, todo lo cual “no satisface, indudablemente, las exigencias mínimas de un racional y justo procedimiento, porque no permite a quien aparece como deudor de acuerdo con la información proporcionada por el Administrador del Fondo Solidario Universitario, ejercitar ni ante la Tesorería ni ante un tribunal de justicia otro medio de defensa que no sea la prueba del pago de la obligación”. Una restricción “tan drástica de los medios de defensa de una persona no tiene sustento racional”, habida consideración que “puede llegar hasta privar, en la práctica, de una defensa oportuna, sea ante el órgano administrativo que decide la retención o ante algún tribunal al que pudiere reclamarse, que en el caso de autos no existe”.<sup>82</sup>

A su vez, se ha considerado que importa una infracción a la igualdad de armas y a la tutela judicial efectiva la circunstancia de que la denegación de prueba sólo pueda ser apelada por el Ministerio Público y no por la parte querellante.<sup>83</sup>

Por su lado, en materia laboral, respecto de la sentencia pronunciada en el procedimiento monitorio, se ha puntualizado que no existe infracción a la Carta Fundamental si se han ponderado los hechos, las alegaciones de las partes y la prueba rendida.<sup>84</sup>

Tratándose a su turno del procedimiento de cobro de facturas, se ha considerado que el ordenamiento jurídico establece suficientes resguardos procesales y legales.<sup>85</sup> Igualmente, en cuanto al procedimiento de exclusión de síndico de quiebra, se ha afirmado

<sup>80</sup> *Ibíd.*

<sup>81</sup> Juan Colombo Campbell: *El debido proceso constitucional*, op. cit., p. 92.

<sup>82</sup> Rol n.º 808/2007, 12 de agosto de 2008. En el mismo sentido, roles n.º 1393/2009 (28 de octubre de 2010) 1411/2009 (7 de septiembre de 2009), 1429/2009 (2 de noviembre de 2010), 1473/2009 (28 de octubre de 2010) y 1449/2009 (9 de diciembre de 2010).

<sup>83</sup> Rol n.º 1535/2009, 28 de enero de 2010.

<sup>84</sup> Rol n.º 1514/2009, 12 de octubre de 2010.

<sup>85</sup> Rol n.º 1564/2009, 7 de diciembre de 2010.

que es adecuado desde que puede ejercerse el derecho a la defensa, entregar pruebas y ejercer mecanismos impugnatorios administrativos y jurisdiccionales.<sup>86</sup>

Por el contrario, se ha precisado que no se vulnera la Constitución cuando el procedimiento faculta al juez de la causa para determinar si se abre o no un término probatorio, puesto que el derecho a la prueba no importa una facultad incondicional, la que sólo procederá en la medida en que sea pertinente, esto es, en el evento de existir hechos pertinentes, controvertidos y sustanciales, correspondiendo al juez efectuar dicho juicio.<sup>87</sup> Del mismo modo, se ha sentenciado que la procedencia de la prueba se encuentra condicionada a la naturaleza del asunto.<sup>88</sup> Así, no se declaran inconstitucionales los mecanismos de defensa en los procedimientos ejecutivos que limitan las excepciones oponibles a la demanda.<sup>89</sup>

#### 4.8. Derecho a ser juzgado por un tercero imparcial

Tal como lo ha dicho el Tribunal Constitucional: “todo juzgamiento debe emanar de un órgano objetivamente independiente y subjetivamente imparcial, elementos esenciales del debido proceso que consagra toda la doctrina procesal contemporánea. Es más [...] la independencia e imparcialidad del juez no sólo son componentes de todo proceso justo y racional, sino que, además, son elementos consustanciales al concepto mismo de tal”.<sup>90</sup>

En otro asunto se afirma que cierta disposición contenida en el Código Sanitario infringe el debido proceso, por cuanto establece una pena que, aunque dispuesta como apremio, supone la privación de libertad, “sin que exista un proceso jurisdiccional en el que tenga lugar el principio de bilateralidad de la audiencia ante un tercero imparcial y, por consiguiente, en que se haya respetado el derecho de defensa de quien será objeto de una limitación a su libertad”. Por lo mismo, dicha coactividad estatal “exige que la respuesta del Estado emane de una sentencia judicial que cause ejecutoria, dictada de conformidad al mérito de un justo y racional procedimiento”.<sup>91</sup>

Del mismo modo, debe señalarse que el TC ha afirmado que el derecho de las personas a acceder libremente a un tribunal de justicia para la protección de sus derechos, también conocido en la doctrina moderna como derecho a la tutela judicial efectiva, “es uno de los derechos asegurados por el N° 3° del artículo 19 de la Constitución, pues, aunque no esté designado expresamente en su texto escrito, carecería de sentido que la Carta Fundamental se hubiere esmerado en asegurar la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, el derecho a la defensa jurídica, el derecho a ser juzgado por

<sup>86</sup> Rol n.º 1413/2009, 16 de noviembre de 2010.

<sup>87</sup> Rol n.º 481/2006, 4 de julio de 2006.

<sup>88</sup> Rol n.º 699/2006, 13 de septiembre de 2007.

<sup>89</sup> Roles n.º 977/2007, 8 de enero 2008, 811/2007, 31 de enero de 2008 y 1217/2008, 31 de enero de 2009.

<sup>90</sup> Rol n.º 46/1987, c. 18.

<sup>91</sup> Rol n.º 1518/2009, 21 de octubre de 2010, c. 25.

el juez natural, el derecho a un justo y racional procedimiento, si no partiera de la base de la existencia de un derecho anterior a todos los demás y que es presupuesto básico para su vigencia, esto es, el derecho de toda persona a ser juzgada, a presentarse ante el juez, a ocurrir al juez sin estorbos, gabelas o condiciones que se lo dificulten, retarden o impidan arbitraria o ilegítimamente”.<sup>92</sup>

Incluso, en una decisión pronunciada hace pocas semanas, el TC, acogiendo una acción de inaplicabilidad, nuevamente invoca el debido proceso, recordando que “tales garantías no se restringen a la observancia de la ritualidad formal de un proceso, sino que alcanzan a los elementos materiales o sustanciales del trato que surge de la aplicación de la norma procesal, en orden a asegurar la justicia de la decisión jurisdiccional”, puntualizándose que –en el caso de autos– “el procedimiento que permite juzgar y sancionar más de una vez por el mismo hecho desafía toda noción de justicia”.<sup>93</sup>

#### 4.9. Motivación de la sentencia

A su vez, se ha sentenciado que la motivación de la sentencia es “connatural a la jurisdicción y fundamento indispensable para su ejercicio”. Constituye, “a la vez que un deber del juzgador, un derecho para el justiciable. Es inherente al derecho a la acción y, por ende, a la concreción de la tutela judicial efectiva; elementos propios de las garantías de un procedimiento racional y justo, cuya ausencia o limitación vulnera la exigencia constitucional y autoriza declarar la inaplicabilidad del precepto objetado”.<sup>94</sup>

De esta forma, todo acto emanado de un órgano del Estado debe ser fundado, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 8° de la Carta Fundamental. Se trata, por lo demás, como recordara sabiamente don Andrés Bello, de una “práctica tan conforme al principio de responsabilidad general, que es el alma del gobierno republicano, o mejor decir, de todo gobierno”.<sup>95</sup>

Por lo mismo, existen Constituciones Políticas que consagran expresamente la fundamentación de las sentencias. Así, la Carta Fundamental italiana –ya citada– indica que “todas las decisiones judiciales deberán ser motivadas” (Art. 111). Del mismo modo, la Constitución española establece que “las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública” (Art. 120.3).

En tal sentido, el Tribunal Constitucional español ha dictaminado que la motivación de las sentencias como exigencia constitucional ofrece una doble función: “por una parte, da a conocer las reflexiones que conducen al fallo, como factor de racionalidad en el ejercicio del poder y a la vez facilita su control mediante los recursos que proceden”; de

<sup>92</sup> Roles n.º 792/2007, 815/2007, 946/2007, 1382/2009, 1356/2009, 139172009 y 1418/2009.

<sup>93</sup> Rol n.º 2045/2011, 7 de junio de 2012.

<sup>94</sup> Rol n.º 1373/2009, 22 de junio de 2010, c. 15.

<sup>95</sup> “Necesidad de fundar las sentencias”, artículo publicado en *El Araucano*, 1834, en Andrés Bello: *Escritos jurídicos, políticos y universitarios*, selección de A. Squella, Edeval, 1979, p. 112.

modo que actúa en suma “para favorecer un más completo derecho a la defensa y como un elemento preventivo de la arbitrariedad”.<sup>96</sup>

Como recuerda el jurista Couture, la obligación de motivar la sentencia se le impone por tanto al juez “como una manera de fiscalizar su actividad intelectual frente al caso, a los efectos de poder comprobar que su decisión es un acto reflexivo, emanado de un estudio de las circunstancias particulares, y no un acto discrecional de su voluntad autoritaria”.<sup>97</sup> Como ha dicho la doctrina francesa, motivar una decisión “es expresar sus razones [...] es alejar todo arbitrio”; de modo que “los motivos le ayudan a decidir si debe o no apelar o, en su caso, ir a la casación”.<sup>98</sup> Alejandro Nieto, por su parte, ha puntualizado que la motivación de las sentencias tiene por finalidades: (a) justificar la racionalidad de la decisión; (b) proporcionar al tribunal superior criterios útiles para el juicio de revisión; (c) legitimar la decisión judicial en términos tales que la decisión sea la más correcta; (d) posibilitar un control generalizado y difuso de las decisiones judiciales; y (e) servir de instrumento para precisar el contenido enunciativo del fallo.<sup>99</sup>

#### 4.10. Derecho a un recurso o medio impugnatorio

Finalmente, uno de los puntos en que ha existido debate es aquel referido a la posibilidad de impugnar lo resuelto en primera instancia por un órgano jurisdiccional ante un tribunal superior jerárquico. Sobre esta materia se ha decidido que resolver en “única instancia” o “sin forma de juicio”, no importa una infracción al debido proceso, desde que se contempla una etapa administrativa previa, en la cual es escuchada la parte, y luego se abre una instancia jurisdiccional ante la cual existe la posibilidad de aportar pruebas.<sup>100</sup>

En materia de recursos procesales, el Tribunal Constitucional ha afirmado que ellos deben otorgarse tomando siempre en consideración la naturaleza y fin del procedimiento, teniendo en tal sentido presente que la Corte Suprema es el tribunal superior jerárquico, a quien por tanto se le ha conferido la superintendencia directiva y correccional respecto de los demás tribunales del país.<sup>101</sup>

De esta forma, como también lo ha precisado dicha magistratura, “aunque nuestra Constitución exige un debido proceso que consagre la revisión de las sentencias, ello no significa que consagre el derecho a la doble instancia. En otras palabras, el derecho al recurso no es equivalente al recurso de apelación”.<sup>102</sup> Lo anterior, atendido que el fin que la ley busca satisfacer a través de cada procedimiento varía según el objeto que hace

<sup>96</sup> STC 54/1997, 17 de marzo de 1997.

<sup>97</sup> Eduardo Couture: *Fundamentos de derecho procesal civil*, p. 286.

<sup>98</sup> T. Sawel: *Historia del juicio motivado*, Francia: Revista de Derecho Público, 1955, p. 5.

<sup>99</sup> Alejandro Nieto: *El arbitrio judicial*, Barcelona: Ariel, 2000, pp. 163 y ss.

<sup>100</sup> Rol n.º 1252/2008, de 28 de abril de 2009.

<sup>101</sup> Rol n.º 986/2007, de 30 de enero de 2008. En el mismo sentido, rol n.º 1130/2008, de 7 de octubre de 2008, y rol n.º 1443/2009, de 26 de agosto de 2010.

<sup>102</sup> Rol n.º 1.432/2009, 5 de agosto de 2010.



necesaria su existencia, por lo que la determinación de los actos procesales que deberán componerlo y, específicamente, las características del medio de impugnación, en orden a lograr por el órgano jurisdiccional un adecuado conocimiento del conflicto jurídico, dependerán siempre de esta circunstancia.<sup>103</sup>

De allí que se haya estimado que no contraviene el debido proceso la inexistencia de segunda instancia respecto de la resolución que decreta la medida de apremio de arresto en materia previsional, ya que es la naturaleza del conflicto la que determina la inclusión de la apelación en un procedimiento, sin perjuicio de que siempre la medida sea recurrible por medio del amparo constitucional y del recurso de queja.<sup>104</sup>

Por lo mismo, el TC desecha una presentación dirigida contra un precepto legal que configura el procedimiento aplicable a las controversias jurídicas derivadas de la ejecución de un contrato de arrendamiento de bienes inmuebles sobre la base de una mayor protección del arrendador, propietario del bien dado en arrendamiento, y de establecer para dichos efectos un procedimiento rápido y concentrado, en el que se excluye la posibilidad de solicitar una orden de no innovar que suspenda o paralice el cumplimiento de la sentencia definitiva dictada en primera instancia mientras se tramita la apelación que pudiera haberse interpuesto en su contra.<sup>105</sup>

En cambio, se ha sentenciado que al exigirse presentar reclamaciones directamente ante el tribunal superior electoral, se infringe “el principio de la doble instancia que se encuentra constitucionalmente garantizado en materia electoral y, de paso, el derecho al juez natural, que constituye uno de los elementos configuradores de un justo y racional procedimiento”.<sup>106</sup> Ahora bien, respecto del conocimiento en única instancia, el TC ha entendido que dicha limitación lo es sin perjuicio de la procedencia de las demás acciones y vías de impugnación que tienen su fuente en la Carta Fundamental.<sup>107</sup>

Finalmente, con relación a las facultades informativas que son propias del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, se ha estimado que el ordenamiento jurídico ha previsto diversos mecanismos impugnatorios (como es la reconsideración), además de las acciones constitucionales.<sup>108</sup>

De lo dicho se puede concluir que ciertamente uno de los elementos fundamentales propios de un justo y racional procedimiento es la circunstancia de que exista la posibilidad de que las partes puedan impugnar lo resuelto ante un tribunal superior jerárquico. Si bien es cierto, como lo ha sentenciado el TC, que la Constitución Política de la República no establece propiamente el derecho a una apelación, sí se ha entendido como constitutiva de un debido proceso la existencia de una vía de impugnación adecuada,

---

<sup>103</sup> Rol n.º 1448/2009, de 7 de septiembre de 2010.

<sup>104</sup> Rol n.º 576/2006, 24 de abril de 2007.

<sup>105</sup> Rol n.º 1907/2011, 20 de diciembre de 2011.

<sup>106</sup> Rol n.º 2152/2011, 19 de enero de 2012.

<sup>107</sup> Roles n.º 1.509/2009, 27 de octubre de 2009, y 2074/2011, 22 de septiembre de 2011.

<sup>108</sup> Rol n.º 1448/2009, 7 de septiembre de 2010.

lo que también se ha reconocido en diversos tratados internacionales, especialmente en procesos penales.<sup>109</sup>

De esta forma, si bien la Carta Fundamental no indica cuáles son las formalidades esenciales de un proceso, ello no implica que el legislador pueda mutilar la garantía de que se trata en punto a poder eliminar arbitrariamente el recurso a un tribunal superior, a cuyo alrededor se estructura nada menos que la organización y las atribuciones de los tribunales del Poder Judicial, desde la Constitución de 1823 hasta la actualidad.<sup>110</sup> Por lo mismo, ya en los inicios de la doctrina ius publicista nacional se menciona la apelación como “necesaria para reformar las decisiones injustas”.<sup>111</sup>

## 5. Conclusiones

De lo señalado es posible concluir lo siguiente:

1. El debido proceso encuentra sus antecedentes en el derecho anglosajón y, particularmente, en la VI Enmienda de la Carta Fundamental norteamericana.
2. En nuestra historia constitucional es posible advertir que las primeras constituciones dictadas durante el siglo XIX ya hacían referencia a ciertos elementos de un proceso justo, como es la circunstancia de que el mismo fuera ajustado a la ley, se escuchara a los afectados, se dictaran sentencias fundadas y que pudiera impugnarse lo resuelto.
3. Sin embargo, las Cartas de 1833 y de 1925 se limitaron más bien a establecer un conjunto de garantías y seguridades en materia penal y principalmente referidos a la libertad de movimiento.
4. En el derecho comparado, particularmente el europeo, se consagran diversos elementos como el derecho a la tutela judicial efectiva y a la motivación de las sentencias. Las Cartas de Derechos americanas y europeas también lo resguardan, especialmente en el ámbito penal.
5. Nuestra Carta Fundamental otorga un mandato al legislador para establecer siempre las garantías de una investigación y de un procedimiento racional y justo. Se dejó expresamente constancia en la historia fidedigna de la norma que debían ser los tribunales, particularmente a través de la acción de inaplicabilidad, los que debían ir configurando los elementos de dicho proceso debido.

---

<sup>109</sup> Como es el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 14.5, que alude al derecho a un tribunal superior), la Convención Americana de Derechos Humanos (Art. 8.2.h, que consagra el derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior) o el Tratado Europeo de Derechos Humanos (Art.13).

<sup>110</sup> Enrique Navarro Beltrán: *180 años de la Corte Suprema*, Santiago de Chile: Corte Suprema de Justicia, 2003.

<sup>111</sup> José V. Lastarria: *Elementos de derecho público constitucional*, Santiago de Chile: Imprenta Chilena. 1848, p. 136.

6. En tal sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado que las características dependen de la naturaleza del proceso, siendo ello aplicable a las actuaciones de la administración y, por cierto, al Ministerio Público en su investigación luego de la reforma de 1997.
7. De acuerdo a la doctrina sustentada por el Tribunal Constitucional, el debido proceso supone –entre otros elementos– el derecho del afectado a ser escuchado y a aportar pruebas, dictándose una sentencia motivada por un tercero imparcial e independiente, pudiendo impugnarse lo resuelto ante un tribunal superior jerárquico, de acuerdo a la naturaleza del asunto.

## Bibliografía

- ARANCIBIA MATTAR, Jaime et ál.: *Actas del Consejo de Estado en Chile* (t. I), Santiago de Chile: Centro de Estudios Bicentenario, 2008.
- BERNASCHINA G., Mario: *Manual de derecho constitucional*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1951.
- COLOMBO CAMPBELL, Juan: *El debido proceso constitucional*, Santiago de Chile: Tribunal Constitucional de Chile, Cuadernos del Tribunal Constitucional, n.º 32, 2006.
- COUTURE, Eduardo: *Fundamentos de derecho procesal civil*.
- DROMI, Roberto: *Instituciones de derecho administrativo*, Buenos Aires: Astrea, 1973.
- ESTEVA GALLICHIO, Eduardo: “Libertad personal, seguridad individual y debido proceso en Uruguay”, en *Revista Ius et Praxis*, vol. 5, n.º 1, 1999.
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique: *Los derechos constitucionales* (3ª ed., t. II), Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- \_\_\_\_\_ “Evolución histórica del control de constitucionalidad de las leyes en Chile. Libro homenaje a Bernardino Bravo”, *Revista de Historia del Derecho* (t. II), 2010.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: “El derecho a la jurisdicción y las garantías del debido proceso en el ordenamiento constitucional español”, en *Revista Ius et Praxis*, n.º 5, 1999.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ: *Curso de derecho administrativo* (t. I), Madrid: Civitas, 1981.
- GUERRA V., José G.: *La Constitución de 1925*, Santiago de Chile: Establecimientos Gráficos Balcells & Co., 1929.
- HUNEEUS Z., Jorge: *La Constitución ante el Congreso*, 2 vols., Santiago de Chile: Imprenta de Los Tiempos, 1879.
- JUICA ARANCIBIA, Milton: “El Ministerio Público en la Constitución Política de 1980”, en Enrique NAVARRO BELTRÁN (ed.): *20 años de la Constitución Chilena*, Santiago de Chile: Finis Terrae, 2001.
- LASTARRIA, José V.: *Elementos de derecho público constitucional*, Santiago de Chile: Imprenta Chilena, 1848.
- \_\_\_\_\_ *La Constitución comentada*, Valparaíso: Imprenta del Comercio, 1856.

- MATURANA MIQUEL, Cristián: “Nociones sobre disposiciones comunes a todo procedimiento, apuntes de clases”, en *Separatum*, Facultad de Derecho de la U. de Chile, 2010.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique: *Control de constitucionalidad de las leyes en Chile 1811-2011*, Santiago de Chile: Tribunal Constitucional de Chile, Cuadernos del TC, n.º 43.
- \_\_\_\_\_. *180 años de la Corte Suprema*, Santiago de Chile: Corte Suprema de Justicia, 2003.
- \_\_\_\_\_. “Debido proceso y ejercicio de facultades por parte de la Superintendencia de Servicios Sanitarios”, en *Revista de Derecho Público*, n.º 66, 2004, pp. 97-119.
- \_\_\_\_\_. “Presupuestos de admisibilidad de la acción de inaplicabilidad”, en *Revista de Derecho Público*, n.º 72, 2010, pp. 265-293.
- \_\_\_\_\_. *Principios que rigen en materia de derecho administrativo sancionador reconocidos por la jurisprudencia chilena, en obra colectiva: Nullum crimen, nulla poena sine lege, Homenaje a grandes penalistas chilenos*, Santiago de Chile: Universidad Finis Terrae, 2010, pp. 241-265.
- NECESIDAD DE FUNDAR LAS SENTENCIAS: Artículo publicado en *El Araucano*, 1834, en Andrés Bello: *Escritos jurídicos, políticos y universitarios*, selección de A. Squella, Edeval, 1979.
- NIETO, Alejandro: *El arbitrio judicial*, Barcelona: Ariel, 2000.
- ROLDÁN, Alcibíades: *Elementos de derecho constitucional*, Santiago de Chile: Imprenta Lagunas & Co., 1924.
- SAWEL, T.: *Historia del juicio motivado*, *Revista de Derecho Público*, 1955.
- SENADO DE CHILE: *Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento*, 13 de mayo de 1997.
- SILVA B., Alejandro: *Tratado de Derecho Constitucional*, 3 vols., Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1963.
- SOTO KLOSS, Eduardo: “La impugnación de sanciones administrativas y el derecho fundamental de acceso a la justicia: el ‘solve et repete’ y el Estado de Derecho”, Conferencias Santo Tomás de Aquino, Chile, 2005.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: *Caso Piersack*, sentencia de 1º de octubre de 1982.
- VALENCIA AVARIA, Luis: *Anales de la República*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 1951.
- VERDUGO MARINKOVIC, Mario et ál.: *Derecho constitucional* (t. I), Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1994.

## II. Derecho procesal constitucional

- Alexander Aizenstatd L., Guatemala  
El derecho a la norma ausente: el surgimiento de la inconstitucionalidad por omisión en Guatemala
- Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Rubén Sánchez Gil, México  
El amparo mexicano del siglo XXI. Notas sobre su nuevo régimen constitucional y legal
- Laura Rangel Hernández, México  
La sentencia que resuelve la inconstitucionalidad por omisión legislativa: Modalidades y efectos. Estudio preliminar
- Alan E. Vargas Lima, Bolivia  
El nuevo régimen codificado de los procesos constitucionales en Bolivia

**Alexander Aizenstatd L. (Guatemala)\***

## **El derecho a la norma ausente: el surgimiento de la inconstitucionalidad por omisión en Guatemala**

### **RESUMEN**

El reconocimiento del control constitucional de la conducta regulatoria pasiva es producto reciente de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en Guatemala. Es hasta el año 2012 que se declara favorablemente la primera inconstitucionalidad por omisión. Este trabajo analiza la jurisprudencia existente sobre el tema, que surge a partir de reclamaciones sobre la ausencia de legislación sobre derechos de las comunidades indígenas e inadecuada tipificación de los delitos de genocidio y tortura. De esto se desprende el reconocimiento de la competencia del tribunal en omisiones de naturaleza relativa. Se defiende que ese criterio resultará en una "relativización" de las omisiones absolutas. Partiendo de la jurisprudencia actual, se ofrecen pautas para evitar posibles inconsistencias en el futuro y garantizar su eficacia. Entre estas pautas se destacan la necesidad de especificar el grado de exigibilidad que conllevan y el plazo para su cumplimiento.

**Palabras clave:** inconstitucionalidad por omisión, Guatemala, control de constitucionalidad, acción de inconstitucionalidad, derecho constitucional.

### **ZUSAMMENFASSUNG**

Die jüngste Rechtsprechung des Verfassungsgerichts von Guatemala hat zur Anerkennung der verfassungsrechtlichen Überprüfung der Nichtvornahme von gebotenen Regelungen geführt. Eine Erklärung der Verfassungswidrigkeit durch Unterlassung erfolgte 2012 zum ersten Mal. Dieser Aufsatz analysiert die zu diesem Thema existierende Rechtsprechung, die als Folge von Klagen wegen der fehlenden Gesetzgebung zu den Rechten der indigenen Gruppen sowie die unsachgemäße Typifizierung der Verbrechenstatbestände des

---

\* Profesor de la Universidad Rafael Landívar, candidato doctoral y máster en Derecho (LL.M) por la Universidad de Yale. Autorizado para el ejercicio profesional en Guatemala y Nueva York. Agradezco a Jary Méndez y Marjorie Bosque por sus comentarios y a los correctores de estilo del Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano por sus valiosas observaciones. <alexander@aizenstatd.com>.

Völkermords und der Folter ergangen ist. Daraus lässt sich entnehmen, dass das Gericht sich für zuständig hält, über „relative“ Unterlassungen zu entscheiden. Es wird dargelegt, dass dieses Kriterium zu einer „Relativierung“ der absoluten Unterlassungen führen wird. Ausgehend von der aktuellen Rechtsprechung werden Richtlinien entwickelt, die mögliche Inkonsistenzen in der Zukunft verhindern und ihre Wirksamkeit garantieren sollen. Dazu zählt insbesondere die Notwendigkeit, die Durchsetzbarkeit solcher Entscheidungen und die Frist zu ihrer Erfüllung näher zu bestimmen.

**Schlagwörter:** Verfassungswidriges Unterlassen, Guatemala, Prüfung der Verfassungsmäßigkeit, Nichtigkeitsklage, Verfassungsrecht.

## ABSTRACT

Recent case law of Guatemala's Constitutional Court admits the constitutional control of passive regulatory practice. It was only in 2012 that unconstitutionality by omission was declared for the first time. This paper analyzes the case law on the topic, which arises from claims based on the absence of legislation on the rights of indigenous communities and the inadequate legal definition of the crimes of genocide and torture. A consequence is the acknowledgement of the tribunal's competence in cases of relative omissions. It is argued that this will lead to the "relativization" of absolute omissions. Based on current case law, we offer guidelines to avoid possible inconsistencies in the future and to ensure the effectiveness of judicial decisions. Among these guidelines, we underline the need to specify their degree of enforceability and the deadline for compliance.

**Keywords:** Unconstitutionality by omission, Guatemala, Constitutionality control, Petition for the declaration of unconstitutionality, Constitutional law.

## 1. Introducción

La supremacía constitucional lleva consigo, en primer término, la eliminación o inaplicación de normas incongruentes con la Carta Fundamental. En consecuencia, en Guatemala toda norma que viole, disminuya, restrinja o tergiverse una disposición constitucional se considerará nula "de pleno derecho".<sup>1</sup> Según el artículo 268 de la Carta Magna guatemalteca, la defensa del orden constitucional es la "función esencial" de la Corte de Constitucionalidad. Por tanto, los afectados han acudido a ese tribunal para requerir la expulsión de una norma cuya existencia les causa un agravio constitucional. Este proceso puede requerir la expulsión con efectos generales (inconstitucionalidad general) o la declaración de su inaplicabilidad en un caso específico (inconstitucionalidad en caso concreto).

Tradicionalmente, en Guatemala los procesos de control abstracto de constitucionalidad se han dirigido en contra de normas cuyo contenido causa un agravio constitucional.

---

<sup>1</sup> Constitución, artículo 44, y Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad [Ley de Amparo], artículo 115.

Pero la ausencia de una norma o su insuficiencia también pueden causar un agravio de relevancia constitucional. La doctrina comparada ha reconocido ampliamente que las contravenciones constitucionales “naturalmente— pueden llegar por vía de acción o de omisión”.<sup>2</sup> Ambas tienen igual importancia. Cuando esta ausencia contraviene un deber jurídico, quebranta el orden constitucional.

De modo que las omisiones son también constitucionalmente relevantes. Si una autoridad tiene el deber jurídico de emitir una norma, lo incumple cuando no lo hace. Esto se conoce como una inconstitucionalidad por omisión absoluta. Incumple también de manera relativa cuando emite la norma, pero lo hace de manera insuficiente o discriminatoria. Esto es vital si consideramos que la pasividad del Estado es una de las causas principales de la falta de operatividad de muchas disposiciones constitucionales. La Constitución requiere la acción regulatoria estatal para su efectividad. Esto es más evidente cuando ella misma ordena la emisión de alguna norma.

La Carta Magna contiene una amplia referencia a las normas de carácter ordinario. Emplea el término “ley” o “leyes” en más de 278 ocasiones. Es uno de los términos más recurrentes y ordena la emisión de por lo menos sesenta distintas normas legales.<sup>3</sup>

El cumplimiento de un mandato constitucional no es una facultad discrecional. Si el silencio normativo contraviene un deber jurídico de legislar, esa inactividad resulta incompatible con el texto constitucional. En consecuencia, debe existir un derecho constitucional a compeler la emisión de esa norma ausente o corregir su insuficiencia para restaurar el orden constitucional. En caso contrario, el cumplimiento de la Constitución sería facultativo para el ente violador. Esto implicaría reconocer un espacio dentro de la función legislativa que no estaría sujeto a la norma suprema. Es en estos casos que la doctrina y la jurisprudencia comparada han reconocido la inconstitucionalidad por omisión como mecanismo para remediar las transgresiones provenientes de la pasividad regulatoria.<sup>4</sup>

La necesidad de adoptar mecanismos en la práctica para reparar las agresiones omisivas tiene orígenes históricos que se remontan a mediados del siglo xx.<sup>5</sup> Incluso fueron

<sup>2</sup> Víctor Bazán: “La inconstitucionalidad por omisión en el derecho comparado, con particular referencia al sistema venezolano”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2006, p. 477.

<sup>3</sup> Mynor Pinto Acevedo: *La jurisdicción constitucional en Guatemala*, Guatemala: Corte de Constitucionalidad, 1995, p. 63.

<sup>4</sup> Véase Víctor Bazán: “La inconstitucionalidad por omisión en el derecho comparado, con particular referencia al sistema venezolano”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2006, pp. 475-506; Martín J. Risso Ferrand: “Declaración de inconstitucionalidad por omisión en el dictado de actos ordenados por la Constitución”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2001, pp. 11-36; Luz Bulnes Aldunate: “La inconstitucionalidad por omisión”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 4, n.º 1, 2006, pp. 251-264; y Néstor Pedro Sagüés: *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires: Editorial Astrea, 2001, pp. 264-266 y 484.

<sup>5</sup> Víctor Bazán: “La inconstitucionalidad por omisión en el derecho comparado, con particular referencia al sistema venezolano”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2006, p. 478 (en referencia al tratadista alemán Wessel).



consideradas por el mismo Kelsen.<sup>6</sup> En Guatemala han surgido de una innovación jurisprudencial muy reciente. Es hasta el año 2011 que se resuelven las primeras acciones identificadas como inconstitucionalidades por omisión.<sup>7</sup> El año siguiente, el 17 julio del 2012, la Corte de Constitucionalidad resolvió por primera vez favorablemente una inconstitucionalidad por omisión.<sup>8</sup>

Este texto constituye el primer estudio académico sobre el tema a partir de la reciente jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Para abordar este tema, el trabajo se ha estructurado en tres partes. La primera sección (La inconstitucionalidad por omisión en Guatemala) presenta los fundamentos normativos y jurisprudenciales de este nuevo campo de acción respecto a las agresiones omisivas en Guatemala. Describe además las primeras tres inconstitucionalidades por omisión, las cuales trataron sobre omisiones legislativas en materia de comunidades indígenas, genocidio y tortura. En la segunda parte (Modalidad y efectos) se estudian las limitaciones, modalidades y efectos de estos procesos en Guatemala. En particular se analiza el reconocimiento de las inconstitucionalidades omisivas relativas y se describen los efectos de una sentencia favorable. Finalmente, la tercera parte (Conclusión: el futuro de la inconstitucionalidad por omisión) analiza el futuro de la inconstitucionalidad por omisión en ese país centroamericano y presenta algunas pautas para evitar conflictos que pueden resultar de los criterios establecidos en las primeras tres resoluciones sobre la materia.

## **2. Comunidades indígenas, genocidio y tortura: la inconstitucionalidad por omisión en Guatemala**

Esta sección estudiará el surgimiento de la inconstitucionalidad por omisión a partir del texto constitucional y la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad.

---

<sup>6</sup> Hans Kelsen: *Teoría general del derecho y del Estado*, México: Imprenta Universitaria, 1949, p. 275.

<sup>7</sup> Anteriormente pueden encontrarse algunos indicios sobre el tema en la jurisprudencia constitucional, pero estos sólo se pronuncian sobre la materia de manera incidental. Como antecedentes véase: Corte de Constitucionalidad: Inconstitucionalidad General, exp. n.º 179-94, Gaceta n.º 33, sentencia del 19 de julio de 1994 (rechaza la gestión presentada); Inconstitucionalidad general parcial, exp. n.º 3722-2007, Gaceta n.º 91, sentencia del 5 de febrero del 2009 (en *obiter dicta* indica que una omisión legislativa puede constituir agravio) y Pablo Andrés Bonilla Hernández: “La inconstitucionalidad por omisión: un proceso que clama por su institucionalización”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2009, pp. 45-65 (proponiendo la necesidad de adoptar este mecanismo de control constitucional).

<sup>8</sup> Corte de Constitucionalidad: Inconstitucionalidad por omisión, exp. n.º 1822-2011, sentencia del 17 de julio del 2011.

## 2.1. Desde el marco normativo constitucional

La inconstitucionalidad por omisión tiene su fundamento teórico en el principio de supremacía constitucional.<sup>9</sup> Este principio establece que la Constitución es la cúspide del ordenamiento jurídico guatemalteco. Ninguna norma inferior puede contrariarla y todos los poderes del Estado están sujetos a su control. Considerando que las omisiones pueden violentar el orden constitucional, deben estar sujetas también al control constitucional. La supremacía constitucional, además de evitar que se contraríen las disposiciones constitucionales, debe protegerlas con eficacia. Para esto se requiere sancionar todas las violaciones constitucionales, ya sean por acción, o ya sean por omisión.

A pesar de que el control de la inconstitucionalidad por omisión surge teóricamente de la supremacía constitucional, es necesario además explicar su fundamento normativo. Aunque no se encuentra expresamente regulada como tal en el ordenamiento constitucional guatemalteco, surge de la regulación general de la inconstitucionalidad por omisión contenida en el capítulo III del título VI de la Constitución y en el título IV de la Ley de Amparo. Además, en las facultades propias de la Corte de Constitucionalidad.

Las disposiciones constitucionales que regulan la acción de la inconstitucionalidad son amplias y aplican a toda regulación que contenga un “vicio total o parcial de inconstitucionalidad”.<sup>10</sup> No se limitan a planteamientos relacionados con acciones, abarcan toda conducta constitucionalmente relevante. Si bien debe reconocerse que las normas no señalan en forma específica su aplicación en el caso de omisiones, tampoco lo hacen para las acciones. Considerando que los vicios pueden provenir tanto de acciones como de omisiones, debe entenderse que aplican en ambos casos.

Una interpretación restrictiva que excluya a las omisiones restringiría la aplicación de la normativa más allá de su contenido textual. Además, contravendría la obligación de interpretar dichas normas de forma extensiva.<sup>11</sup> Los vicios constitucionales de naturaleza activa o de naturaleza pasiva constituyen un obstáculo al disfrute de los derechos constitucionales. Por tanto, debe concluirse que los mecanismos de control constitucional que permiten su reparación aplican también en situaciones que causen vicios por omisión.

La competencia de la Corte de Constitucionalidad para resolver inconstitucionalidades por omisión deviene también de las facultades que le otorga la Constitución. Ese tribunal tiene como función esencial la “defensa del orden constitucional”.<sup>12</sup> Si se le ha encomendado esta actividad, deben entenderse por conferidas todas las facultades

---

<sup>9</sup> Reconocido en Guatemala por los artículos 44 y 204 de la Constitución y 3, 114 y 115 de la Ley de Amparo.

<sup>10</sup> Constitución, artículo 267; Ley de Amparo, artículo 133.

<sup>11</sup> De conformidad con el artículo 2º de la Ley de Amparo estas disposiciones deben interpretarse “siempre en forma extensiva, a manera de procurar la adecuada protección de los derechos humanos y el funcionamiento eficaz de las garantías y defensas del orden constitucional”.

<sup>12</sup> Constitución, artículo 268; Ley de Amparo, artículo 149.

necesarias para llevar a cabo tal función. Esto incluye la resolución de colisiones con la norma suprema derivadas de la pasividad legislativa.

## 2.2. Desde la jurisprudencia constitucional

El desarrollo de la inconstitucionalidad por omisión en Guatemala fue impulsado principalmente por novedosas acciones presentadas ante la Corte de Constitucionalidad. En gran parte estos esfuerzos, y también las sentencias del tribunal, fueron motivados por el reconocimiento de esta figura en la doctrina y en el derecho comparado.<sup>13</sup> En el momento en que se preparó este trabajo la Corte de Constitucionalidad había resuelto tres inconstitucionalidades por omisión. Las sentencias se pronunciaron dentro de los expedientes: 2229-2010, 2242-2010 y 1822-2011.<sup>14</sup>

En el primero de estos casos se argumentó la ausencia absoluta de una ley que regule lo relativo a las comunidades indígenas, según lo ordena el artículo 70 de la Constitución. En las otras dos se reclamó la deficiente regulación penal de los delitos de genocidio y tortura, de conformidad con los parámetros establecidos por el derecho internacional. Los tres casos fueron resueltos por la Corte de Constitucionalidad. Aunque en todos reconoció la legitimidad de este tipo de procesos, únicamente el caso relacionado con la tortura se resolvió favorablemente. A continuación, y por orden cronológico, se describen los primeros tres antecedentes jurisprudenciales de la inconstitucionalidad por omisión en Guatemala.

### 2.2.1. Comunidades indígenas: expediente 2229-2010

La primera sentencia que se analizará fue dictada por la Corte de Constitucionalidad el 8 de febrero del 2011 dentro del expediente n.º 2229-2010. La acción fue presentada por Carlos Abraham Calderón Paz, alegando una inconstitucionalidad absoluta por omisión del Congreso por no haber emitido una ley que regule las materias relativas a las comunidades indígenas. Se argumentó que la Constitución requería la emisión de esa norma. La acción se fundó principalmente en el artículo 70 de la Constitución que señala: “Una ley regulará lo relativo a las materias de esta sección”. Esa sección regula el reconocimiento y las medidas especiales de protección a las comunidades indígenas. A pesar de que la Constitución está vigente desde 1986, no se ha emitido la regulación requerida por el artículo 70. La acción argumentó que la emisión de la norma era un

---

<sup>13</sup> En las sentencias es usual la cita a las obras del jurista argentino Victor Bazán.

<sup>14</sup> Corte de Constitucionalidad: Inconstitucionalidad por omisión, exp. n.º 2229-2010, Gaceta n.º 99, sentencia del 8 de febrero del 2011; Inconstitucionalidad general por omisión, exp. n.º 2242-2010, Gaceta n.º 99, sentencia del 22 de febrero del 2011, e Inconstitucionalidad general por omisión, exp. n.º 1822-2011, sentencia del 17 de julio del 2012. De existir otras sentencias, no se encuentran publicadas ni están disponibles al momento de redactar este trabajo. El autor participó en una acción por omisión adicional, identificada con el número de expediente 266-2012, pero al momento de redactar este texto aún no ha sido resuelta.

imperativo constitucional y no una facultad legislativa. Por tanto, la inactividad del Congreso causaba una agresión constitucional.

Se dio intervención al Congreso de la República y al Ministerio Público. Ambas instituciones se opusieron. El Congreso manifestó que la inconstitucionalidad omisiva era un mecanismo de control impermisible. Resaltó que constituiría una intromisión del tribunal en las funciones del organismo legislativo. Señaló que la Corte de Constitucionalidad únicamente podría actuar como legislador negativo y, por consiguiente, no estaba facultada para resolver vicios por omisión. Aunque reconoció la omisión constitucional señalando que era necesario emitir la norma, argumentó que no podía ser compelido a ello. El Ministerio Público señaló que la inconstitucionalidad por omisión no era un proceso viable ya que no existía norma constitucional expresa que la regulara. Además, manifestó que las normas que tratan la inconstitucionalidad en general requieren la identificación de una norma infraconstitucional que contravenga la norma suprema. Argumentó que debido a que en este caso se argumentaba una omisión absoluta, se había incumplido con un requisito procesal indispensable del proceso al no señalarse una norma legal que colisionara con la Carta Magna. Eventualmente, el tribunal le daría la razón al Ministerio Público sobre este último punto.

La Corte sostuvo que era competente para pronunciarse sobre todo planteamiento que cuestionara vicios de constitucionalidad y que proviniera tanto de acciones como de omisiones. Este tribunal destacó que ello se desprendía del principio de supremacía constitucional. Resaltó que el artículo 70 de la Constitución contenía un mandato constitucional que no había sido cumplido por el legislador. Sin embargo, la acción no podía prosperar sin la “cita puntual de la norma jurídica que se acusa de contravención constitucional”. Concluyó que era un requisito indispensable del proceso. Sin la identificación de una norma infraconstitucional cuyo análisis le permitiera determinar si había colisión con la norma suprema, no podía prosperar la acción. Debido a que este caso argumentaba una omisión absoluta y naturalmente no se había señalado una norma de jerarquía legal que contuviera una deficiencia, declaró que no le era posible resolverla favorablemente. La acción se declaró sin lugar. La Corte concluyó que no era competente para conocer de omisiones absolutas. Sin embargo, sí lo sería en casos relativos cuando se impugnara una norma “insuficiente o discriminatoria”.

### **2.2.2. Genocidio: expediente 2242-2010**

Apenas dos semanas después, el 22 de febrero del 2011 se resolvería la segunda inconstitucionalidad por omisión. Esta acción, presentada por el autor de este trabajo, argumentaba que la regulación del delito de genocidio contenida en el artículo 376 del Código Penal era deficiente a la luz de las cláusulas constitucionales y del derecho internacional. Específicamente porque no incluía a los grupos raciales como categorías protegidas contra el genocidio. Ésta sería la primera inconstitucionalidad por omisión relativa y parte de un interesante desarrollo del uso de inconstitucionalidades por omisión en aras de garantizar la aplicación del derecho internacional.

La acción argumentaba que la ausencia de la categoría racial como grupo protegido contravenía la definición de genocidio contenida en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Esto a su vez era contrario a varias disposiciones constitucionales que garantizaban la preeminencia del derecho internacional, la vida, la seguridad y otras. En estos casos la inconstitucionalidad por omisión era el mecanismo más idóneo puesto que el remedio consistía en perseguir la inclusión del texto omitido. Una inconstitucionalidad tradicional podría resultar en la expulsión de la norma completa, lo que conllevaría una inaceptable desaparición absoluta de la prohibición del genocidio en el Código Penal.

La Corte de Constitucionalidad dio audiencia al Congreso y al Ministerio Público. Ambos se opusieron. El Congreso argumentó que la Corte no tenía facultad para conminar al legislativo a emitir una ley. No se pronunció sobre la exclusión de los grupos raciales en la norma impugnada. El Ministerio Público reconoció que existía una divergencia ilegítima entre la norma señalada y el concepto de genocidio bajo el derecho internacional. Sin embargo, señaló que no era posible corregirlo por medio de la inconstitucionalidad por omisión. Las posiciones del Congreso y del Ministerio Público en este caso son muy similares a la acción discutida en el apartado anterior. Esto se debe a que ambas acciones fueron conocidas simultáneamente.

La Corte de Constitucionalidad declaró que, de conformidad con el principio de supremacía constitucional, era competente para conocer de cualquier infracción a la Constitución. Reiteró que éstas “pueden originarse tanto en acciones que violenten la ley fundamental como en omisiones que contraríen los preceptos que ella consagra.” Señaló además que en este caso no consideraba que existiera una colisión entre la norma y la Constitución. Explicó que si bien la norma impugnada no contenía una protección expresa a los grupos raciales, ésta podía inferirse de la protección a los grupos étnicos que sí estaba contenida en su texto. Este grupo protegido debía entenderse que abarcaba a todo grupo con características “físicas, culturales e históricas” y, por tanto, no era necesaria una regulación adicional incluyendo el término racial. Por consiguiente, esta interpretación en el marco nacional satisfacía los parámetros internacionalmente requeridos sobre tipificación del genocidio. Aunque la acción finalmente se resolvió desfavorablemente, constituye el primer antecedente jurisprudencial en el cual se reconocen las inconstitucionalidades por omisión relativas.

### **2.2.3. Tortura: expediente 1822-2011**

La sentencia emitida el 17 de julio del 2012 dentro del expediente n.º 1822-2011 constituye la primera inconstitucionalidad por omisión resuelta favorablemente en la jurisprudencia guatemalteca. La acción fue presentada por el autor de este trabajo. En ella se argumentó que la definición del delito de tortura contenida en el artículo 201 bis del Código Penal era deficiente a la luz del derecho internacional. Esto ya que omitía la discriminación, el castigo y otros supuestos como posibles objetivos del delito y lo limitaba únicamente a la obtención de información o intimidación. Según el accionante, esto contravenía la

preeminencia del derecho internacional, el derecho a la seguridad y el derecho a la integridad, entre otros derechos constitucionales.

La Corte de Constitucionalidad dio audiencia al Congreso de la República, la Procuraduría de Derechos Humanos, el Ministerio Público y la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. El Congreso de la República y la Procuraduría de los Derechos Humanos no formularon pronunciamientos sobre los temas en discusión. El Ministerio Público cambió radicalmente su postura anterior sobre el tema y solicitó que la acción fuese resuelta favorablemente. Señaló que existía una omisión legislativa que debía de ser reparada por la Corte de Constitucionalidad. La Procuraduría General se opuso, con los mismos argumentos que habían sido esgrimidos por el Congreso en los dos casos anteriores. Manifestó que la Corte no tenía competencia para conocer inconstitucionalidades omisivas y que hacerlo era una intromisión en las facultades del Congreso. Esto sería contrario al principio de separación de poderes. La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos expuso los parámetros requeridos para la tipificación del delito de tortura de conformidad con el derecho internacional. De estos se podía deducir que la norma nacional era deficiente.

La Corte de Constitucionalidad reiteró su competencia para conocer de colisiones con la Carta Magna, tanto si provienen de acciones como si provienen de omisiones. Declaró que podía conocer de inconstitucionalidades por omisión cuando existiera regulación discriminatoria o insuficiente a la luz de los parámetros constitucionales. Indicó además que la violación de un tratado internacional en materia de derechos humanos, de conformidad con los artículos 44 y 46 de la Carta Magna, debía ser considerada una contravención constitucional. Explicó que en el pasado sus decisiones sobre este tema habían sido inconsistentes. En consecuencia, en esta sentencia adoptó una posición uniforme que incluía a los tratados sobre derechos humanos con rango constitucional como parte de un bloque de constitucionalidad. Tomando en cuenta que la definición de tortura en el derecho nacional era inconsistente por omisión con los requisitos internacionales, procedió a declarar su inconstitucionalidad.

Debido a que era la primera vez que se resolvía una inconstitucionalidad por omisión favorablemente, el Tribunal Constitucional debía decidir sobre las medidas de reparación. El accionante había solicitado que se ordenara al Congreso la corrección normativa y que se le otorgara un plazo razonable para hacerlo. La Corte decidió que la única forma de reparar la norma deficiente era por medio de una acción legislativa. Pero en los casos en que la norma vulnerada no señalara un plazo específico, no podía ella establecer uno de obligatorio cumplimiento para el Congreso. Concluyó además que lo procedente era notificar a los principales sujetos de derecho público con facultad para presentar iniciativas de ley (congresistas, poder ejecutivo y Corte Suprema de Justicia) y urgirlos a que asumieran su "responsabilidad institucional" y tomaran las medidas necesarias para la corrección de la norma inconstitucional. Con esta sentencia se fortificó la facultad del Tribunal Constitucional para pronunciarse sobre vicios constitucionales omisivos.

### 3. Modalidad y efectos

El surgimiento de la inconstitucionalidad por omisión requiere el establecimiento de condiciones para su interposición y consecuencias de su declaración favorable. A continuación se analizarán las más importantes.

#### 3.1. Reconocimiento de la inconstitucionalidad por omisión relativa

Como hemos visto antes, la Corte de Constitucionalidad guatemalteca se reconoce competente para analizar contravenciones a la norma fundamental que provengan de omisiones legislativas. Sin embargo, dicho reconocimiento se limita únicamente a las omisiones relativas. Ha rechazado la posibilidad de pronunciarse sobre inconstitucionalidades por omisión absolutas.

En los casos en que se demande la corrección de un vicio por inexistencia absoluta, la jurisprudencia constitucional no otorga a los afectados un proceso jurisdiccional para su corrección. En esos casos la Corte de Constitucionalidad ha estimado hasta ahora que si bien el legislativo tiene un deber jurídico de emitir la norma, ella no está facultada para compelerlo a tomar esa decisión. Esto deja en manos de la autoridad que ha incumplido con el mandato constitucional la discreción de repararlo. Bajo esa perspectiva, para interponer la acción es un requisito indispensable identificar la norma infraconstitucional que causa el agravio. En la inconstitucionalidad por omisión absoluta, por su propia naturaleza, esto es imposible. Ante una omisión absoluta pareciera entonces que el único remedio que la jurisprudencia actual otorga a los afectados es acudir al legislativo e intentar la promoción de la norma a través del mecanismo político. Esto pone a la Corte en una posición incómoda. Comprueba la contravención a una disposición constitucional, pero estima que no existe forma compulsoria de hacer cumplir.

Es importante admitir que existe un campo de discreción legislativa. Esto resulta inevitablemente del proceso democrático. Las asambleas legislativas están mejor preparadas que los tribunales para buscar los consensos políticos que requiere la emisión de una norma. Los tribunales deben entonces reconocer este campo de acción con sensibilidad, principalmente en las inconstitucionalidades omisivas absolutas. Sin embargo, cuando la omisión contraviene un mandato constitucional expreso, que claramente ordene la emisión de una norma, no puede dejarse a la total discreción del legislativo cumplirlo, sin condonar una contravención al orden constitucional. Esto no significa que la Corte no se encuentre limitada por las normas procesales que la rigen, pero tampoco puede permitir tales violaciones sin afectar su legitimidad. Para ello podría hacer una interpretación extensiva de ellas o promover una reforma de estos requisitos. Hasta el momento no ha hecho ninguna.

### 3.1.1. “Relativización” de la inconstitucionalidad por omisión absoluta

El resultado del rechazo a la inconstitucionalidad por omisión absoluta por el tribunal no debe ser una desprotección total a los afectados. Estimo que, como consecuencia, se adoptará una estrategia procesal ante el tribunal en donde se presenten acciones que identifican una norma jurídica suficientemente amplia para cumplir el requisito procesal. En muchos casos la materia cuya omisión se alega, puede encontrar alguna regulación más amplia en normas de contenido general. Son estas otras las que pueden señalarse como insuficientes. De ahí que en vez de argumentar una omisión absoluta, esto permite presentar una acción relativa. De esta forma, acciones que usualmente se podrían considerar omisiones absolutas, se convierten en omisiones relativas. A esto le llamo una “relativización” de la inconstitucionalidad absoluta. Esto permite identificar una norma ordinaria con la cual se subsana el requisito procesal exigido por el tribunal. Al momento, se ha presentado un caso basado en esta premisa, pero aún no ha sido resuelto por el tribunal.

### 3.2. Efectos de una declaración favorable

La verificación de un vicio inconstitucional por omisión tiene que aparejar consecuencias para los sujetos obligados. Estas son distintas a las que usualmente provienen de un incumplimiento activo. La reparación únicamente se logra a través de la emisión del contenido normativo ausente.

Hasta ahora sólo un caso se ha resuelto favorablemente. De ahí que sea el único que nos permita analizar sus efectos. En esa oportunidad la Corte declaró la inconstitucionalidad y decidió “urgir” a los congresistas, Organismo Ejecutivo y Corte Suprema de Justicia para que tomaran las acciones respectivas para la reparación del vicio constitucional.<sup>15</sup> Apeló este cumplimiento al sentido de “responsabilidad institucional” de estas entidades. Pero hasta ahora no queda claro si de esto resulta un mandamiento coercitivo o una invitación.

Es de interés señalar que no se fijó un plazo en la sentencia para la reparación de la omisión. La Corte estimó que no podía fijar un plazo porque no se había establecido uno en la norma contravenida. En ese caso el artículo 2º de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, vigente en Guatemala desde 1989. Esta conclusión no es razonable. La inexistencia de un plazo expreso para la adopción de regulación no debiera entenderse como la ausencia total de un plazo. De lo contrario nunca se habría contravenido la obligación de legislar en primer lugar. Es decir, si no hubiera plazo, jamás se habría configurado la mora legislativa. En esos casos la Corte debería presumir

---

<sup>15</sup> Esas entidades, junto con la Universidad de San Carlos y el Tribunal Supremo Electoral, tienen derecho a presentar iniciativas de ley.



la existencia de uno “razonable”.<sup>16</sup> Éste sin duda se cumple cuando ha transcurrido un periodo “excesivo”.<sup>17</sup> Esto dependerá de los requerimientos en cada caso, pero algunos autores han indicado que consiste cuando transcurre más de lo que dura una legislatura.<sup>18</sup> En Costa Rica, por lo menos un fallo de la Corte Suprema de Justicia fijó el plazo de seis meses para la emisión de una norma omitida.<sup>19</sup>

Para garantizar la efectividad de sus resoluciones en el futuro, la Corte de Constitucionalidad debiera de fijar un plazo máximo para la reparación de la agresión omisiva. Este deberá de tomar en cuenta el balance de los intereses en juego, la complejidad del asunto a tratar y las consideraciones prácticas y económicas de la función legislativa.<sup>20</sup>

Pero además debe tenerse presente que incluso en los casos en que el tribunal no haya fijado un plazo, esto no significa que no haya consecuencias para el legislador por su pasividad. Las decisiones del tribunal “vinculan al poder público [...], y tienen plenos efectos frente a todos”.<sup>21</sup> La indicación de que una conducta es inconstitucional, por tanto, no debe ser tomada simplemente como una recomendación para actuar. Aunque existen dudas sobre los efectos del incumplimiento de ser “urgido” a corregir el actuar pasivo, es claro que una conducta contraria, como modificar la norma en términos distintos a los señalados por la sentencia, sí constituye un incumplimiento. Esto haría al ente incurrir en responsabilidad. De ahí que un efecto de la sentencia sea impedir futuras modificaciones que aumenten la desprotección en la materia insuficientemente regulada.

Otra consecuencia más de la omisión es la responsabilidad pecuniaria ante los afectados. Mientras no legisle, la autoridad es económicamente responsable ante los afectados por su conducta inconstitucional. Las personas pueden sufrir daños cuantificables a raíz de esta pasividad y no tienen “obligación legal alguna de soportar las consecuencias perjudiciales que conlleva ese silencio”.<sup>22</sup> Por tanto, pueden obtener la reparación de esos daños pecuniarios causados por la imposibilidad de aplicar la norma ausente demandando al obligado a legislar. Esto no se limita a los sujetos que hayan participado en la inconstitucionalidad, sino a cualquier afectado por la pasividad estatal. Cuando ésta ya ha sido reconocida por una sentencia del tribunal constitucional, no habrá nece-

<sup>16</sup> Jesús M. Casal: “La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2003, p. 57.

<sup>17</sup> León Javier Martínez Sánchez: *La inconstitucionalidad por omisión legislativa*, México: Porrúa, 2007, pp. 38-39.

<sup>18</sup> Op. cit., pp. 40-41 (en referencia a Edgar Carpio Marcos y Gerardo Eto Cruz).

<sup>19</sup> Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Cuarta, exp. n.º 04-008653-0007-CO del 11 de mayo de 2005.

<sup>20</sup> Víctor Bazán: “La inconstitucionalidad por omisión en el derecho comparado, con particular referencia al sistema venezolano”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2006, p. 477.

<sup>21</sup> Ley de Amparo, artículo 185.

<sup>22</sup> Véase: Ignacio Villaverde: “La inconstitucionalidad por omisión un nuevo reto para la justicia constitucional”, en Miguel Carbonell (coord.): *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2003, p. 70.

sidad de comprobar la ilegitimidad de la conducta estatal ante un tribunal civil en una reclamación patrimonial.

Finalmente, mientras no sea corregida la omisión, se afecta la legitimidad de la norma. La vigencia y la aplicabilidad de una norma cuyos vicios por omisión se estiman inconstitucionales afectan la credibilidad de todo el ordenamiento jurídico. Para el prestigio de las instituciones encargadas de emitir las normas, interpretarlas y hacerlas cumplir esto no debe ser menor cosa.

#### **4. Conclusión: el futuro de la inconstitucionalidad por omisión**

La plena garantía de los derechos constitucionales requiere que las autoridades eviten vulnerarlos por medio de sus acciones. Pero también les obliga a tomar medidas efectivas de protección. La falta de adopción de estas medidas constituye una amenaza a la Constitución. El respeto a ésta no depende del consenso del poder legislativo, tanto en su actividad como en su inacción. Por consiguiente, el reconocimiento de la inconstitucionalidad por omisión en Guatemala proporciona una nueva herramienta para garantizar la efectividad de los derechos constitucionales y el control de la pasividad de las instituciones públicas.

Los tres casos sobre la materia resueltos hasta ahora demuestran una interesante interacción entre el derecho constitucional y el derecho internacional en busca de garantizar la eficacia de los derechos fundamentales. En ellos, los derechos reclamados pertenecen tanto al espacio constitucional nacional como al internacional de los derechos humanos. Por ejemplo, la adecuación de los delitos contra el orden internacional a nivel local ya ha sido objeto de pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>23</sup> También lo han sido los derechos de los pueblos indígenas.<sup>24</sup> En estas materias se evidencia una coincidencia entre los requerimientos constitucionales y los internacionales. Desde la óptica del tribunal interamericano, la inactividad y la discreción legislativa han sido un impedimento para el efectivo cumplimiento de sus sentencias cuando requieren la emisión de normas nacionales. El control de constitucionalidad omisivo en estos casos permite un acercamiento entre ambos sistemas. De esta forma, se promueve un importante espacio de colaboración entre el control de “constitucionalidad” y el control de “convencionalidad”.

A pesar de que el reconocimiento del control omisivo es un importante avance en Guatemala, con miras al futuro aún hay varios aspectos que pueden mejorarse. Debe establecerse en la sentencia, claramente, el nivel de exigencia requerido de la autoridad pasiva. Por el momento, no queda claro si es una exhortación, una recomendación o un

---

<sup>23</sup> Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 23 de noviembre de 2010, serie C, n.º 218.

<sup>24</sup> Véase: Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awá Tingni vs. Nicaragua*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de agosto de 2001, serie C, n.º 79.

mandato coercible. Si las omisiones legislativas se consideran una agresión constitucional, las sentencias deben entenderse como un mandato y no una simple invitación del tribunal. Por eso el establecimiento de un plazo máximo para su reparación es necesario. La Corte además debe formular una teoría jurídica más sólida para tratar con las omisiones absolutas cuando vulneren deberes expresos de regulación contenidos en la Constitución. Hasta ahora se ha fundamentado en un requisito procesal para desecharlas, pero esto no es suficiente, ya que resulta en que el tribunal determina que se ha vulnerado una norma suprema, pero interpreta que el constituyente no ha previsto un remedio procesal para hacerlo valer. Esto es insostenible bajo el concepto de supremacía constitucional. Referir a los afectados al Congreso para perseguir la corrección por medio del mecanismo político no resuelve el problema. Especialmente cuando los afectados pertenecen a un grupo desprotegido o con poco capital político. Es en esos casos que la inconstitucionalidad por omisión como parte de la defensa del orden constitucional requiere otorgar a los afectados por derecho lo que no han podido obtener políticamente: la norma ausente.

## Bibliografía

- BAZÁN, Víctor: “La inconstitucionalidad por omisión en el derecho comparado, con particular referencia al sistema venezolano”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2006.
- BONILLA HERNÁNDEZ, Pablo Andrés: “La inconstitucionalidad por omisión: un proceso que clama por su institucionalización”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2009.
- BULNES ALDUNATE, Luz: “La inconstitucionalidad por omisión”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 4, n.º 1, 2006, pp. 251-264.
- CASAL, Jesús M.: “La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2003.
- CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD: Inconstitucionalidad general, exp. n.º 179-94, Gaceta n.º 33, sentencia del 19 de julio de 1994.
- \_\_\_\_\_ Inconstitucionalidad general parcial, exp. n.º 3722-2007, Gaceta n.º 91, sentencia del 5 de febrero del 2009.
- \_\_\_\_\_ Inconstitucionalidad por omisión, exp. n.º 2229-2010, Gaceta n.º 99, sentencia del 8 de febrero del 2011.
- \_\_\_\_\_ Inconstitucionalidad general por omisión, exp. n.º 2242-2010, Gaceta n.º 99, sentencia del 22 de febrero del 2011.
- \_\_\_\_\_ Inconstitucionalidad por omisión, exp. n.º 1822-2011, sentencia del 17 de julio del 2011.
- \_\_\_\_\_ Inconstitucionalidad general por omisión, exp. n.º 1822-2011, sentencia del 17 de julio del 2012.

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de agosto de 2001, serie C, n.º 79.
- \_\_\_\_\_. *Caso Vélez Loo vs. Panamá*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 23 de noviembre de 2010, serie C, n.º 218.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA: Sala Cuarta: Exp. n.º 04-008653-0007-CO del 11 de mayo de 2005.
- KELSEN, Hans: *Teoría general del derecho y del Estado*, México: Imprenta Universitaria, 1949.
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, León Javier: *La inconstitucionalidad por omisión legislativa*, México: Porrúa, 2007.
- PINTO ACEVEDO, Mynor: *La jurisdicción constitucional en Guatemala*, Guatemala: Corte de Constitucionalidad, 1995.
- RISSE FERRAND, Martín J.: “Declaración de inconstitucionalidad por omisión en el dictado de actos ordenados por la Constitución”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2001, pp. 11-36.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro: *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires: Astrea, 2001.
- VILLAVERDE, Ignacio: “La inconstitucionalidad por omisión un nuevo reto para la justicia constitucional”, en Miguel Carbonell (coord.): *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2003.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México)\*  
Rubén Sánchez Gil (México)\*\*

## El amparo mexicano del siglo XXI. Notas sobre su nuevo régimen constitucional y legal\*\*\*

### RESUMEN

Este ensayo es una presentación del nuevo régimen constitucional y legal del juicio de amparo en México. El 6 de junio de 2011 este proceso constitucional sufrió una muy importante reforma de sus fundamentos constitucionales, y el 2 de abril de 2013 apareció la ley que los desarrolla. Presentamos a la comunidad jurídica latinoamericana un breve resumen de los aspectos más importantes de esta nueva etapa histórica del amparo mexicano, el cual busca proteger de manera más efectiva los derechos fundamentales en el siglo XXI.

**Palabras clave:** Amparo, México, reforma constitucional, derechos humanos, derechos fundamentales.

### ZUSAMMENFASSUNG

Dieser Aufsatz enthält eine Beschreibung des neuen verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Rahmens für Entscheidungen über Verfassungsbeschwerden in Mexiko. Am 6. Juni 2011 erfolgte eine grundlegende Reform der verfassungsrechtlichen Grundlagen dieses Rechtsbehelfs, und am 2. April 2013 wurde das dazugehörige Ausführungsgesetz erlassen. Für das juristische Fachpublikum in Lateinamerika fassen wir im Folgenden die wichtigsten Aspekte dieser neuen Etappe in der Entwicklung der mexikanischen Verfassungsbeschwerden zusammen, deren Zweck der effektive Schutz der Grundrechte im 21. Jahrhundert ist.

**Schlagwörter:** Verfassungsbeschwerde, Mexiko, Verfassungsreform, Menschenrechte, Grundrechte.

---

\* Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <ferrermac@prodigy.net.mx>.

\*\* Doctor en Derecho por la UNAM. <rasg75@hotmail.com>.

\*\*\* El presente trabajo se compone de extractos y un resumen elemental de diversos conceptos de nuestra obra titulada *El nuevo juicio de amparo. Guía de la reforma constitucional y la nueva Ley de Amparo* (prólogo de Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, México: Porrúa-UNAM-IMDPC [Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, n.º 80], 2013).

## ABSTRACT

This essay presents the new constitutional and legal system of the *amparo* proceeding in Mexico. On June 6, 2011, this constitutional proceeding suffered an important amendment to its constitutional basis, and the law which implements these reforms was published on April 2, 2013. We present a brief summary of the most important aspects of this new historical phase of Mexican *amparo*, which seeks to offer the most effective protection for fundamental rights in the 21st century.

**Key Words:** Amparo, Mexico, Constitutional reform, Human Rights, Fundamental rights.

## 1. De la convocatoria de la Corte a la nueva legislación

Cuando el 17 de noviembre de 1999 el entonces presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el ministro Genaro David Góngora Pimentel, invitó a la comunidad jurídica nacional y a la sociedad civil en general a la elaboración de una nueva Ley de Amparo, nadie permaneció impasible.<sup>1</sup> Ése fue el momento en que se pusieron de manifiesto todas las inquietudes sobre la necesidad de que el juicio de amparo evolucionara en distintos derroteros, muchas de ellas gestadas durante décadas.<sup>2</sup>

Recibidas a nivel nacional las propuestas respectivas, se elaboró un “anteproyecto” elaborado por una comisión integrada por el hoy ministro presidente Juan Silva Meza, el fallecido ministro Humberto Román Palacios –quien fue su coordinador general–, el maestro Héctor Fix-Zamudio, los actuales ministros José Ramón Cossío Díaz y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, los magistrados César Esquinca Muñoz y Manuel Ernesto Saloma Vera, y el abogado Javier Quijano Baz. Dicho anteproyecto se discutió en el Congreso Nacional de Juristas que se celebró del 6 al 8 de noviembre de 2000 en Mérida, Yucatán, cuna del juicio de amparo. En dicho congreso se presentaron las más diversas propuestas sobre aspectos de este proceso que se pensó habían de ser reformados. La mencionada comisión analizó dichas propuestas, y a partir de ellas y su proyecto inicial se elaboró uno final que se entregó al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Una vez revisado por el propio Pleno del Máximo Tribunal, su última versión<sup>3</sup> se puso en ma-

<sup>1</sup> Dicha convocatoria, publicada en la prensa a nivel nacional, se reprodujo en la edición del proyecto inicial que formuló el Máximo Tribunal: Suprema Corte de Justicia de la Nación: *Proyecto de Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, 2000, pp. 11-12. Véase también Suprema Corte de Justicia de la Nación: Comunicado SNC/1999, 17 de noviembre de 1999, <<http://bit.ly/14w5bvI>>.

<sup>2</sup> Como referencia general, véase Arturo Zaldívar Lelo de Larrea: *Hacia una nueva Ley de Amparo*, México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002. Asimismo, con información sobre la convocatoria de la Suprema Corte, véase también la reseña de Eduardo Ferrer Mac-Gregor sobre esta obra, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n.º 8, enero-junio de 2003, pp. 273-278, México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

<sup>3</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación: *Proyecto de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de la Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Esta-*

nos de las instancias que cuentan facultad de iniciativa legislativa según el artículo 71 constitucional, ante la carencia de dicha atribución de la que adolece la Suprema Corte.

Como es natural en una sociedad democrática, hubo voces contrarias al proyecto de nueva Ley de Amparo que impulsó el Tribunal Constitucional.<sup>4</sup> Sin embargo, lo que incluso de la polémica pudo sacarse en claro, fue la coincidencia esencial sobre la necesidad urgente de que el juicio de amparo requiera superar diversos problemas y sufrir cambios que permitieran una mejor defensa de los derechos de las personas en la actualidad. Entre los temas en que hubo una convergencia esencial de opiniones, por mencionar sólo algunos de importancia, estuvieron: la fórmula Otero y sus implicaciones, la protección de intereses difusos, el cambio al “tercero interesado” y el amparo directo y su extenuante prolongación de controversias.

Sucesivamente, en agosto de 2003, la Suprema Corte de Justicia de la Nación convocó a una consulta nacional para una reforma integral y coherente del sistema de impartición de justicia en el Estado mexicano. El resultado fue el denominado y muy conocido *Libro blanco de la reforma judicial*, en el cual se propuso como primer eje temático la reforma del juicio de amparo, a través de siete objetivos básicos: (1) consolidar al amparo como un instrumento fundamental del sistema mexicano de defensa de la Constitución; (2) promover y enfatizar su uso como instrumento de protección de los derechos fundamentales garantizados tanto en la Constitución como en los instrumentos internacionales de derechos humanos; (3) ampliar la base de usuarios mediante la adopción del concepto de interés legítimo; (4) lograr un procedimiento menos formalista y más eficaz; (5) modificar los efectos limitados de las sentencias de amparo para darles, bajo ciertas condiciones, efectos generales y lograr una tutela más eficaz de los derechos fundamentales; (6) precisar el alcance y la procedencia de la suspensión para que, al mismo tiempo ofrezca una protección oportuna y se evite su empleo ilegítimo; y (7) asegurar un cumplimiento más eficaz de las sentencias de amparo.<sup>5</sup>

En el *Libro blanco* se establecieron cuatro acciones concretas para lograr dichos objetivos: (1) reformar el amparo mediante modificaciones legislativas, retomando el proyecto de nueva Ley de Amparo elaborado por la Suprema Corte, o incluso elaborando un Código Procesal Constitucional; (2) reformar al amparo a través de la jurisprudencia; (3) mejorar la sistematización de la jurisprudencia, simplificando su consulta y mejorando la

---

*dos Unidos Mexicanos*, México, 2001. Sobre el contenido de dicho proyecto y otros datos sobre su realización, véase Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor: “El derecho de amparo en México”, en Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coords.): *El derecho de amparo en el mundo*, México: Porrúa-UNAM-Fundación Konrad Adenauer, 2006, pp. 508-521.

<sup>4</sup> Ignacio Burgoa Orihuela: *¿Una nueva Ley de Amparo o renovación de la vigente?*, México: Porrúa, 2001. Este jurista no fue el único que se opuso a la creación de una nueva Ley de Amparo, pero sí el más significativo.

<sup>5</sup> José Antonio Caballero Juárez et ál.: *Libro blanco de la reforma judicial. Una agenda para la justicia en México*, México: SCJN, 2006, p. 392.

comprensión de sus alcances y efectos; y (4) adoptar medidas de gobierno judicial para la reforma del amparo (por ejemplo, a través de acuerdos generales).<sup>6</sup>

El proyecto original de nueva Ley de Amparo de la Suprema Corte fue formalmente convertido en iniciativa de ley en 2004 en el Senado de la República, sin que nada significativo pasara hasta que en 2009 se retomara como iniciativa de reforma constitucional en dicha cámara parlamentaria. Después del debate legislativo en ambas cámaras del Congreso de la Unión, fue aprobado y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de junio de 2011, el Decreto por el que se modifican los artículos 94, 103, 104 y 107 constitucionales, que implica un cambio sustancial al juicio de amparo; y el 2 de abril de 2013 se publicó en el mismo medio oficial, la nueva Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales. En ambos decretos se recogió una muy buena parte del proyecto original del Máximo Tribunal.<sup>7</sup>

Es evidente que este nuevo régimen jurídico intenta modernizar el juicio de amparo, y colocarlo al nivel de los procedimientos de defensa de los derechos fundamentales y humanos que existen en otros ordenamientos a nivel mundial, incluso con los avances del derecho internacional de los derechos humanos.<sup>8</sup> Asimismo, la ocasión fue propicia para acoger en la legislación de amparo importantes conceptos elaborados por la jurisprudencia desde la tercera década del siglo pasado.

En este trabajo analizaremos los aspectos más significativos de ambos cambios constitucional y legal. Dada la extensión de la reforma al juicio de amparo, nuestros comentarios sólo serán notas realizadas al vuelo sobre dichos temas, y no un análisis que contemple todas sus implicaciones y consecuencias –algo por cierto imposible hasta para la imaginación más ingeniosa–. Nuestro propósito es simplemente que este trabajo sirva como presentación de estas novedades, y hasta quizá que funja como una “guía básica” para quienes, como todos, se aproximan a esta nueva configuración del juicio para la protección de los derechos humanos en México. Quedará a posteriores empeños, que todos realizaremos en mayor o menor medida y en nuestras respectivas trincheras, descubrir la manera en que estas importantes reformas podrán garantizar mejor nuestros más fundamentales derechos.

## 2. La reforma constitucional de 2011

La reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de junio de 2011, y que inició su vigencia el 4 de octubre del mencionado año, es la piedra angular de este nuevo impulso al juicio de amparo. Todo medio de control constitucional, por esta

---

<sup>6</sup> *Ibíd.*, pp. 391-392.

<sup>7</sup> Véase Jesús Aranda: “La nueva Ley de Amparo incluye 80% de propuestas de la Suprema Corte”, en *La Jornada*, México, 14 de febrero de 2013, sección “Política”, p. 15, <<http://bit.ly/YtXqif>>.

<sup>8</sup> Véanse los distintos trabajos compilados en Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coords.): *El derecho de amparo en el mundo*, op. cit.



misma calidad, ha de establecerse por la propia ley suprema, y sus restricciones también deberán fundarse claramente en razones de índole constitucional.<sup>9</sup> Los artículos 103 y 107 constitucionales en su actual redacción –sin dejar de atender otros accesorios o eventualmente relacionados con ellos– no sólo son fundamento del régimen jurídico, sino sobre todo principios reguladores que deben observarse en la creación, interpretación y aplicación de las normas –legales, jurisprudenciales e individualizadas– que constituyen el entramado del juicio de derechos fundamentales.

No obstante su trascendencia, esta reforma constitucional no puede verse sin su “gemela”: la correspondiente a derechos humanos publicada el 10 de junio de 2011.<sup>10</sup> Esta trascendental reforma que fuera impulsada en gran medida por la sociedad civil desde la década de los años noventa del siglo pasado, le *impone una determinada manera de concebir y garantizar esos derechos*.<sup>11</sup> Ambas reformas constitucionales “sientan las bases para una transformación de la justicia mexicana en su totalidad” y “representan, en el fondo, un cambio cultural”.<sup>12</sup>

La sociedad civil, la Academia y la jurisprudencia ya habían acogido esta visión de muchas maneras, pero careció hasta estas reformas de un asidero textual que ineludiblemente nos inclinara a *todos* por ellas. Debe observarse asimismo que pese a su posterior publicación, la reforma constitucional en materia de derechos humanos inició su vigencia *antes* que la reforma constitucional de amparo del 6 de junio del mismo año.

La reforma del 10 de junio de 2011 tiene gran importancia para el juicio de amparo. Este proceso debe verse ahora inmerso en un “nuevo paradigma constitucional”<sup>13</sup> que

<sup>9</sup> Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación: “Control de constitucionalidad por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Conforme al principio de supremacía constitucional los medios relativos deben establecerse en la propia Constitución federal y no en un ordenamiento inferior”, Pleno, en *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011*, t. I, tesis 18, p. 27; e “Improcedencia. Interpretación de la fracción xviii del artículo 73 de la Ley de Amparo”, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9ª. época, t. IX, junio de 1999, tesis 2ª. LXXXVI/99, p. 373.

<sup>10</sup> Obras esenciales para comprender esta reforma constitucional son: Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia Carmona: *Las reformas en derechos humanos, procesos colectivos y amparo, como nuevo paradigma constitucional*, México: Porrúa-UNAM, 2013; Miguel Carbonell y Pedro Salazar (coords.): *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011; y Sergio García Ramírez y Julieta Morales Sánchez: *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, México: Porrúa-UNAM, 2011. También resulta de interés Ariel Alberto Rojas Caballero: *Los derechos humanos en México. Análisis y comentarios a la reforma constitucional del 10 de junio de 2011*, México: Porrúa, 2012.

<sup>11</sup> Véanse Jorge Ulises Carmona Tinoco: “La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (coords.): *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, op. cit., p. 41; y José Ramón Cossío Díaz: “A la búsqueda del año perdido”, en *El Universal*, México, 10 de julio de 2012, <<http://bit.ly/Milj8B>>.

<sup>12</sup> Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Pedro Salazar: “Conclusiones” para los trabajos de la Mesa “Justicia” del V Congreso Nacional de Derecho Constitucional, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 7-13 de octubre de 2012, Antigua Escuela de Medicina, Centro Histórico de la Ciudad de México.

<sup>13</sup> Cfr. Arturo Zaldívar Lelo de Larrea: “Comentario al artículo 103 constitucional”, en Cámara de Diputados, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones* (8ª ed.), México:

promueve una cultura jurídica tendiente a la máxima eficacia de los derechos fundamentales. Éstos y otros principios constitucionales sin duda deben determinar e impregnar el contenido del derecho procesal y la actuación cotidiana de los tribunales; pero a esta influencia corresponde un grado máximo en el juicio de amparo que es precisamente el defensor de esos derechos, como ahora refuerzan las indicadas reformas;<sup>14</sup> pues

Al positivarse tales principios interpretativos en la Constitución, trascienden al juicio de amparo y por virtud de ellos los tribunales han de resolver con una tendencia interpretativa más favorable al derecho humano que se advierta conflagrado y con una imposición constitucional de proceder a su restauración y protección en el futuro.<sup>15</sup>

Los preceptos que rigen el juicio de amparo se hallan íntimamente vinculados con los derechos fundamentales en los que tienen razón de ser. Más que cualquier otro integrante del ordenamiento, estas disposiciones deben ser *creadas, interpretadas y aplicadas “desde la Constitución”*,<sup>16</sup> en particular los derechos humanos que dispone y los previstos en los tratados internacionales a que remite. De esta suerte, en este proceso constitucional adquieren una relevancia incomparable las obligaciones de “promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos”,<sup>17</sup> que tienen todos los juzgadores de amparo.

Protagonista indudable de esta reforma sobre derechos humanos es la apertura del ordenamiento mexicano al derecho internacional de la materia. En este momento sólo es pertinente destacar la consagración en los más importantes tratados del deber estatal de establecer un “recurso efectivo” que “ampare” a las personas contra actos que violen esos derechos.<sup>18</sup> Sin duda, aunque no sea la única especie, el modelo de dicho “recurso” es el juicio de amparo, lo que afirmamos no sólo porque algunos instrumentos interna-

---

Miguel Ángel Porrúa-Congreso de la Unión-SCJN-TEPJF-IFE, 2012, t. V, p. 242.

<sup>14</sup> Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Octava Región: “Suplencia de la queja en el juicio de amparo. Procede cuando el juzgador advierta la violación de derechos humanos”, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª época, lib. XVIII, marzo de 2013, t. 3, tesis XXVII.1º (VIII Región) J/3 (10ª), p. 1830. La jurisprudencia de los tribunales federales mexicanos puede consultarse en <<http://ius.scjn.gob.mx>>.

<sup>15</sup> Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito: “Suplencia de la queja deficiente en el juicio de amparo. Sus alcances a raíz de las reformas constitucionales de 10 de junio de 2011”, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª época, lib. XII, septiembre de 2012, t. 3, tesis IV.2º A.13 K (10ª), p. 2072.

<sup>16</sup> Véase Rodolfo Luis Vigo: *Interpretación constitucional* (2ª. ed.), Buenos Aires: LexisNexis-Abeledo Perrot, 2004, pp. 126-129. Cfr. José Garberí Llobregat: *Constitución y derecho procesal. Los fundamentos constitucionales del derecho procesal*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Civitas-Thomson Reuters, 2009, p. 35.

<sup>17</sup> Artículo 1º, párrafo tercero, constitucional.

<sup>18</sup> Artículos 8º de la Declaración Internacional de Derechos Humanos, 2.3.a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

cionales usan el verbo “amparar” en su versión española, sino más porque justamente el proceso de garantías mexicano inspiró esas disposiciones internacionales.<sup>19</sup>

Es fácil intuir la relevancia de la garantía internacional de nuestro juicio de amparo, y en particular lo que le significa el artículo 25.1 del Pacto de San José. El proceso mexicano de derechos fundamentales está sujeto a las condiciones que prevé esa disposición y su interpretación por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esto tiene, para comenzar, dos grandes consecuencias: (1) el Estado mexicano debe velar, en términos generales, por que el juicio de amparo sea *efectivo*, entendiendo por ello que represente una “posibilidad real” de defensa al gobernado y que sea “capaz de conducir a un análisis por parte de un tribunal competente a efectos de establecer si ha habido o no una violación [...] y, en su caso, proporcionar una reparación”; y (2) la obligación de adecuar el régimen interno del juicio de amparo al *corpus iuris* interamericano, lo que comporta ajustar los preceptos domésticos a ese tratado y la jurisprudencia de su tribunal,<sup>20</sup> o interpretarlos conforme a tales elementos normativos, y asimismo suprimir prácticas que entorpezcan su cumplimiento e incentivar las que contribuyan a él.<sup>21</sup>

Otra repercusión de la indicada reforma sobre derechos humanos fue la inclusión en nuestro sistema del *control difuso* de constitucionalidad y convencionalidad.<sup>22</sup> Al resolver

<sup>19</sup> Cfr. Mauro Cappelletti: *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milán: Giuffrè, 1955, p. 2, n. 2 (traducción de ede Héctor Fix-Zamudio: *La jurisdicción constitucional de la libertad*, México: UNAM, Instituto de Derecho Comparado, 1961); Ignacio Burgoa Orihuela: *El juicio de amparo* (33ª ed.), México: Porrúa, 1997, pp. 29-30; y Héctor Fix-Zamudio: “El amparo mexicano como instrumento protector de los derechos humanos”, en *Ensayos sobre el derecho de amparo* (2ª ed.), México: Porrúa-UNAM, 1999, pp. 632-635; y Suprema Corte de Justicia de la Nación: “Derecho humano a un recurso judicial efectivo. El hecho de que en el orden jurídico interno se prevean requisitos formales o presupuestos necesarios para que las autoridades de amparo analicen el fondo de los argumentos propuestos por las partes, no constituye, en sí mismo, una violación de aquél”, Primera Sala, en , 10ª época, lib. XV, diciembre de 2012, t. 1, tesis 1ª CCLXXV/2012 (10ª), p. 525.

<sup>20</sup> Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación: Pleno, varios 912/2010, en *Diario Oficial de la Federación*, 4 de octubre de 2011, 2ª sección, p. 67, párrafos 19-21. Además, la jurisprudencia internacional no se reduce a la interamericana, y también hay que prestar atención a otros órganos como la Corte Internacional de Justicia; véase Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito: “Cosa juzgada. La resolución interlocutoria que la desestima puede ser combatida en amparo indirecto o en el directo promovido contra la sentencia definitiva”, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª época, lib. XIV, noviembre de 2012, t. 3, tesis I.3º eC.14 K (10ª), p. 1852.

<sup>21</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso Castañeda Gutman vs. México*, sentencia del 6 de agosto de 2008, párrafos 78-79 y 118. Cfr. Rubén Sánchez Gil: “El derecho de acceso a la justicia y el amparo mexicano”, en *Escritos procesales constitucionales*, México: Porrúa-IMDPC, 2012, pp. 164-174.

<sup>22</sup> Entre la hoy creciente literatura sobre el tema se incluyen: Rafael Coello Cetina: “El control jurisdiccional del control difuso”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 18, julio-diciembre de 2012, pp. 65-131, México: Porrúa-IIDPC; Eduardo Ferrer Mac-Gregor: “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (coords.): *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, op. cit., pp. 339-429; Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.): *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces*

el 14 de julio de 2011 sobre las implicaciones y consecuencias para el Poder Judicial de la condena de la Corte Interamericana en el célebre caso *Radilla*,<sup>23</sup> la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció –a muy grandes rasgos– que el vigente artículo 1º constitucional y el deber de tutelar los derechos humanos que impone a todas las autoridades en su esfera de atribuciones, entraña que los jueces puedan inaplicar normas generales contrarias a la Constitución o al derecho internacional de los derechos humanos.<sup>24</sup> La trascendencia de esta decisión permite afirmar que se trata de un claro ejemplo de mutación constitucional.<sup>25</sup>

La primera consecuencia importante de *Radilla* para el juicio de amparo es la posibilidad de que sus órganos jurisdiccionales, aun oficiosamente, puedan estudiar la regularidad de las disposiciones que lo regulan y omitir su aplicación cuando no se ajusten a las normas fundamentales que los rigen. Pero de ello nos ocuparemos en un momento posterior.

La segunda es la imperiosa necesidad de compaginar adecuadamente dicho proceso con el control difuso. Este solo tema daría lugar a un estudio muy amplio que no es pertinente desarrollar aquí; sólo hablaremos de dos de los problemas de mayor importancia al respecto.

El primero de dichos problemas es la reflexión en torno a la manera en que las autoridades a quienes resulte desfavorable una sentencia en que se ejerció dicho control,

*nacionales*, Querétaro: Fundap, 2012; y Rubén Sánchez Gil: “El control difuso de la constitucionalidad en México”, en *Escritos procesales constitucionales*, México: Porrúa-IMDPC, 2012, pp. 51-90.

<sup>23</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso Radilla Pacheco vs. México*, sentencia del 23 de noviembre de 2009. Véase Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Fernando Silva García: *Jurisdicción militar y derechos humanos. El caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México: Porrúa-UNAM, 2011.

<sup>24</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación: Pleno, varios 912/2010, op. cit., pp. 67-71, párrafos 23-37. Por ser la primera tesis jurisprudencial de la Suprema Corte acerca del tema, véase: “Control de constitucionalidad y de convencionalidad (reforma constitucional de 10 de junio de 2011)”, Primera Sala, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª época, lib. XV, diciembre de 2012, t. 1, tesis 1ª/JJ. 18/2012 (10ª), p. 420. Con relación a aquella resolución véanse José Ramón Cossío Díaz et ál.: *El caso Radilla. Estudio y documentos*, México: Porrúa, 2012; Juan Carlos Gutiérrez Contreras y Silvano Cantú Martínez (coords.), *El caso Rosendo Radilla Pacheco. Impacto e implicaciones en el nuevo modelo constitucional en derechos humanos*, México: Ubijus-CMDPDH, 2012; y otros trabajos listados en Alfonso Herrera García: “La jurisprudencia constitucional de la Suprema Corte de Justicia de México en 2011”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 18, julio-diciembre de 2012, p. 348, México: Porrúa-IIDPC, n.º 15. Este último autor destaca atinadamente que el expediente varios 912/2010 fue con exactitud la “recepción” de la sentencia de la jurisdicción interamericana, y también pone de relieve su trascendencia frente a su índole (ibid., pp. 346-348); véase también “Suprema Corte de Justicia de la Nación: Expediente Varios. Casos en que son admisibles los pronunciamientos de fondo por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al conocer de este tipo de asuntos”, Primera Sala, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª época, lib. XVI, enero de 2013, t. 1, tesis 1ª II/2013 [10ª], p. 635).

<sup>25</sup> Véase José Afonso Da Silva: “Mutaciones constitucionales” (María del Pilar Hernández, trad.), en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n.º 1, julio-diciembre de 1999, pp. 3-24, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

puedan defenderse de la incorrección del respectivo juicio. Esta cuestión requiere una respuesta pronta, y mejor si fuera de índole legislativa.<sup>26</sup>

El otro problema son los efectos de la impugnación en amparo u otro proceso constitucional –como el juicio de revisión electoral– de la omisión de la jurisdicción ordinaria de ejercer control difuso. La resolución correspondiente no debería tener el efecto de devolver el asunto a la autoridad ordinaria para que subsane esa deficiencia, pues ello iría contra la *economía procesal* garantizada por el artículo 17 de la Constitución. La consecuencia que debería tener esa impugnación es que la jurisdicción *especializada* se avoque a resolver la cuestión constitucional sustantiva que efectivamente se haya planteado, en la cual consiste toda interrogante sobre los derechos humanos *lato sensu*.<sup>27</sup> Esto con base en su “deber de hacer prevalecer la Constitución” y sus *naturales* “facultades propias y autónomas para decidir si un acto o una ley viola alguna norma constitucional, con el efecto de inaplicarlo en el caso concreto”,<sup>28</sup> pues *más que a cualquier otra* le corresponde hacerlo; máxime si se considera que el *fin último* de la reforma del 10 de junio de 2011 es *que los derechos humanos se tutelen de la manera más eficaz*, sea ante la jurisdicción constitucional o ante la ordinaria.<sup>29</sup>

<sup>26</sup> Véase Rafael Coello Cetina: “El control jurisdiccional del control difuso”, op. cit., p. 130.

<sup>27</sup> En contra por lo que respecta al control de convencionalidad: Suprema Corte de Justicia de la Nación: “Revisión en amparo directo. Es improcedente dicho recurso cuando en la sentencia recurrida se realizó control de convencionalidad ex officio o se atribuye al Tribunal Colegiado de Circuito la omisión de realizarlo”, Segunda Sala, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª época, lib. XII, septiembre de 2012, t. 2, tesis 2ª LXXII/2012 (10ª), p. 1220.

<sup>28</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación: “Suplencia de la queja deficiente cuando existe jurisprudencia temática sobre inconstitucionalidad de leyes. Es obligatoria en el amparo, a fin de hacer prevalecer la supremacía de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, Pleno, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9ª época, t. XXVI, diciembre de 2007, tesis P/J. 104/2007, p. 14.

<sup>29</sup> Cfr. Marcos del Rosario Rodríguez: “El juicio de amparo y su aparente incompatibilidad con el control difuso”, en Manuel González Oropeza y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coords.): *El juicio de amparo a 160 años de la primera sentencia*, México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, t. I, p. 375. En diversos grados contra la opinión que expresamos: Primer Tribunal Colegiado del Trigésimo Circuito: “Control de convencionalidad. Hipótesis que pueden suscitarse en su aplicación ex officio por las autoridades jurisdiccionales y forma en que el Tribunal Colegiado de Circuito debe proceder en cada una de ellas”, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª época, lib. XI, agosto de 2012, t. 2, tesis XXX.10.2 K (10ª), p. 1732; “Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. Si omite pronunciarse sobre los argumentos en los que se pida la inaplicación de preceptos legales considerados contrarios a la Constitución federal, en el amparo directo promovido contra la determinación relativa el Tribunal Colegiado de Circuito debe ordenarle atenderlos, aun cuando el quejoso plantee también la inconstitucionalidad de las normas impugnadas”, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª época, lib. XI, agosto de 2012, t. 2, tesis XXX.10.3 A (10ª.), p. 2017; y Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Octava Región: “Control de convencionalidad ex officio en un modelo de control difuso de constitucionalidad. En el juicio de amparo es innecesario conceder la protección solicitada para que la autoridad jurisdiccional responsable lo efectúe, pues el órgano de amparo puede asumir tal análisis”, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª época, lib. XVI, enero de 2013, t. 3, XXVII.1º (VIII Región) 9 K (10ª), p. 2001.

La nueva fisonomía del juicio de amparo no se debe sólo al respectivo decreto publicado el 6 de junio de 2011, sino también a los demás elementos señalados. Con ánimo comprensivo podemos decir que el juicio de amparo tuvo en ese año una muy amplia “reforma”, integrada por: (1) el nuevo texto constitucional que se promulgó en la fecha indicada; (2) los cambios en materia de derechos humanos que operó el publicado el 10 de junio de 2011; y (3) lo resuelto por la Suprema Corte en *Radilla* (varios 912/2010), en cumplimiento de la sentencia condenatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De acuerdo con lo expuesto, no cabrá duda de que es imposible vislumbrar todas las consecuencias de esta “reforma” ampliamente entendida y la construcción futura del juicio de amparo a que dé lugar; pero sí podemos intentar elaborar puntos de vista preliminares sobre sus implicaciones más inmediatas. En este tenor, a continuación expondremos algunas ideas básicas sobre las modificaciones al juicio de amparo que nos parecen más importantes con relación al sentido particular que tiene este trabajo, derivadas de la reforma constitucional publicada el 6 de junio de 2011, como dijimos la “piedra angular” de nuestro renovado proceso de derechos fundamentales:

1. Tratados internacionales:<sup>30</sup> la reforma del 10 de junio de 2011 importa “reconocer a [dichos] tratados [...] un carácter particular, *equiparable a las normas constitucionales*, conformando un nuevo *bloque de constitucionalidad*”, pues por remisión expresa de la Constitución “pasan a formar parte [de su] contenido [...], integrando una unidad exigible o imponible a todos los actos u omisiones que puedan ser lesivos de derechos fundamentales”.<sup>31</sup> Por consiguiente y a nuestro parecer, sí hay un *bloque de constitucionalidad en el ordenamiento mexicano* en el que, luego de la propia Constitución, aparecen los tratados internacionales sobre derechos humanos.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> Artículo 103, fracción I, constitucional.

<sup>31</sup> Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito: “Personas jurídicas. Son titulares de los derechos humanos compatibles con su naturaleza”, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª época, lib. XI, agosto de 2012, t. 2, I.40.A.2 K (10ª), 1875 (énfasis añadido. El ponente fue Guillermo Guzmán Orozco). Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación: “Principio pro persona. Criterio de selección de la norma de derecho fundamental aplicable”, Primera Sala, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª época, t. lib. IV, enero de 2012, t. 3, tesis 1ª XIX/2011 (10ª), p. 2918.

<sup>32</sup> Cfr. José Luis Caballero Ochoa: “La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (artículo 10., segundo párrafo, de la Constitución)”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (coords.): *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, op. cit., pp. 114-117; Jorge Ulises Carmona Tinoco: “La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales”, op. cit., pp. 44-46 y 49; Eduardo Ferrer Mac-Gregor: “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, op. cit., pp. 356-357; Rubén Sánchez Gil: “Bloque de constitucionalidad”, en Miguel Carbonell (coord.): *Diccionario de Derecho Constitucional* (3ª. ed.), México: Porrúa-UNAM, 2009, t. I, pp. 71-77; y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea: Comentario al artículo 103 constitucional, en Cámara de Diputados”, op. cit., p. 251; y Suprema Corte de Justicia de la Nación: “Conceptos de violación inoperantes en el amparo

2. Interés legítimo:<sup>33</sup> el interés para obrar en el juicio de amparo ya está definido en la Constitución, la cual antes sólo decía que este proceso comenzaría “a instancia de parte agraviada”. La anterior Ley de Amparo interpretó estos términos restringiendo dicho agravio a la afectación del “interés jurídico” que equivale al “derecho subjetivo”, lo que se conoció como el principio de “*agravio personal y directo*”.<sup>34</sup> La reforma de 2011 amplió la legitimación activa y extendió dicho agravio al “interés legítimo individual” o colectivo,<sup>35</sup> parafraseando la definición de la Suprema Corte, para señalarlo como el relativo a la afectación a la esfera jurídica del gobernado “en virtud de su especial situación frente al orden jurídico”.<sup>36</sup> Los artículos 5º, fracción I, 6º y 61, fracción XII, de la nueva Ley de Amparo prevén esta amplia legitimación,<sup>37</sup> y dan lugar a un principio de “*agravio (meramente) personal*”, como podríamos llamar a este aspecto del juicio de derechos fundamentales para distinguirlo de su situación precedente.<sup>38</sup> A nuestro parecer, la expresión “agravio

---

directo. Son los que plantean la inconventionalidad de un precepto constitucional”, Segunda Sala, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9ª época, lib. XIII, octubre de 2012, t. 3, tesis 2ª LXXIV/2012 (10ª), p. 2034.

<sup>33</sup> Artículo 107, fracción I, constitucional.

<sup>34</sup> Los precedentes que el Pleno de la Suprema Corte estableció en el amparo en revisión 2747/69, fueron clásicos para distinguir entre los intereses “jurídico”, “legítimo” y “simple”. Véase Ignacio Burgoa Orihuela: *El juicio de amparo* (33ª ed.), op. cit., pp. 271-275 y 459-464.

<sup>35</sup> Nos parece clara la supletoriedad que respecto de este tema adquieren los artículos 578 a 626 del Código Federal de Procedimientos Civiles, que regulan las acciones colectivas.

<sup>36</sup> Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación: “Interés legítimo e interés jurídico. Ambos términos tienen diferente connotación en el juicio contencioso administrativo”, Segunda Sala, en *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011*, t. IV, tesis 119, p. 143; “Interés legítimo en el amparo. Su diferencia con el interés simple”, Primera Sala, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª época, lib. XVII, febrero de 2013, t. 1, tesis 1ª XLIII/2013 (10ª), p. 822; “Interés legítimo. Alcance de este concepto en el juicio de amparo”, Segunda Sala, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª época, lib. XVIII, marzo de 2013, t. 2, tesis 2ª XVIII/2013 (10ª), p. 1736; y Segundo Tribunal Colegiado del Noveno Circuito: “Interés legítimo en el juicio de amparo. Carece de él quien ostentándose únicamente como ciudadano del Estado de San Luis Potosí, reclama la determinación que aprueba la reincorporación de un magistrado del Supremo Tribunal de Justicia a sus labores después de que, con motivo de una licencia, ocupó el cargo de Secretario de Despacho en el gobierno local, porque aduce que debido a este nombramiento dejó de cumplir con el requisito previsto en el artículo 99, fracción vi, de la Constitución política de la entidad”, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª época, lib. XI, agosto de 2012, t. 2, tesis IX.20.2 A (10ª), p. 1793.

<sup>37</sup> Pese a que hasta el 2 de abril de 2013 se mantuvo el concepto de “interés jurídico” en el plano legal, los tribunales *ejemplarmente* aplicaron de manera directa la Constitución y admitieron reclamaciones basadas en la referida porción de la ley fundamental. Véase Primer Tribunal Colegiado del Trigésimo Circuito: “Interés legítimo. En observancia del principio de supremacía constitucional debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 107, fracción i, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (vigente a partir del 4 de octubre de 2011), no obstante que la Ley de Amparo no haya sido reformada para reglamentar su aplicación”, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª época, lib. XI, agosto de 2012, t. 2, tesis XXX.10.1 K (10ª), p. 1797.

<sup>38</sup> No obstante, deben considerarse las excepciones a esta amplia legitimación respecto de los actos judiciales y la legitimación activa de personas morales públicas en los términos del artículo 7º de la nueva Ley de Amparo, para los cuales se exige un “interés jurídico” tradicional. Véase Primer

- personal” comprende tanto al interés “jurídico” como al “legítimo”, y así denota *a grandes rasgos* la naturaleza del perjuicio que legitima al promovente del amparo.
3. Declaratoria general de inconstitucionalidad:<sup>39</sup> reuniendo las características y siguiendo el procedimiento establecido por la Constitución, a través de la jurisprudencia dictada en amparo sobre la inconstitucionalidad de normas generales, podrá obtenerse la invalidez *erga omnes* de éstas, mediante la indicada declaratoria. El presente es uno de los cambios fundamentales que trajo consigo la reforma constitucional de 2011 al juicio de amparo.
  4. Suspensión ponderativa:<sup>40</sup> el nuevo texto de la correspondiente fracción constitucional impone una nueva manera de percibir la suspensión del acto reclamado. Al resolverse sobre ella deberá ponderarse la “apariencia del buen derecho”, lo que lleva a un examen de proporcionalidad sobre los beneficios que obtendría el quejoso, no sólo con dicha medida cautelar, sino también los que podría suministrarle la sentencia definitiva del juicio de amparo en relación con los perjuicios que tendría el interés social y el orden público de otorgársele dicha medida; esto importa una amplísima discrecionalidad para el juzgador. Sin embargo, sólo los artículos 129, último párrafo, y 138 de la nueva Ley de Amparo hacen alusión a este procedimiento que, por estar mandado por la Constitución, deberá observar todo juzgador.
  5. Amparo directo adhesivo:<sup>41</sup> uno de los más grandes problemas que tuvo el sistema procesal mexicano fue la constante remisión mutua de las controversias entre el amparo directo y la jurisdicción ordinaria, que prolongaba por años su resolución. Con miras a atender este problema se introdujo el “amparo directo adhesivo”,<sup>42</sup> por el cual la contraparte del quejoso principal deberá hacer valer las violaciones procesales que la hayan agraviado, para evitar que el asunto curse una nueva instancia para corregirlas, lo que abona a la economía procesal.
  6. Plenos de Circuito:<sup>43</sup> la función de los plenos de circuito consiste en resolver las contradicciones de tesis entre los tribunales colegiados de un mismo circuito.

---

Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Octava Región: “Interés jurídico o interés legítimo para efectos de la procedencia del juicio de amparo. Requisitos para acreditarlo a partir de la reforma al artículo 107, fracción i, constitucional de 6 de junio de 2011”, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª época, lib. XIX, abril de 2013, t. 3, tesis XXVII.10.(VIII Región) J/4 (10ª), p. 1807.

<sup>39</sup> Artículo 107, fracción II, constitucional.

<sup>40</sup> Artículo 107, fracción X, constitucional. Véase Rubén Sánchez Gil: “La suspensión ponderativa en el juicio de amparo”, en *Escritos procesales constitucionales*, México: Porrúa-IMDPC, 2012, pp. 587-604.

<sup>41</sup> Artículo 107, fracción III, inciso a), constitucional.

<sup>42</sup> La misma finalidad tiene el segundo párrafo del referido inciso constitucional, que hace inoperantes los conceptos de violación e improcedente la suplencia de la queja en relación con “las violaciones procesales [que] no se invocaron en un primer amparo, ni [...] hechas] valer de oficio en [...] suplencia de la queja”.

<sup>43</sup> Artículos 94, párrafo 7º y 107, fracción XIII, párrafos 1º y 2º de la Constitución.



Con ello se descarga a la Suprema Corte de Justicia de la Nación de esa labor, y se permite a ésta dedicarse más a cuestiones propiamente constitucionales.

### 3. La nueva Ley de Amparo

Ya señalamos que, a muy grandes rasgos, se aceptó sin discrepancia la necesidad de que las disposiciones constitucionales y legales que rigen el juicio de amparo debían actualizarse, a fin de que este proceso constitucional satisficiera los requerimientos de la sociedad mexicana contemporánea. Mencionamos también que hubo algunas coincidencias en las posturas relativas a esta actualización, pero fueron tan sencillas –como transformar el tercero de “perjudicado” a “interesado”– o tan esenciales –los problemas de la fórmula Otero, los intereses difusos, el amparo directo–, que en realidad no comportaron avenencia alguna entre las posturas que se manifestaron sobre esta cuestión.

El desacuerdo fue profundo, se presentó sobre cómo y en qué medida debía llevarse a cabo esta actualización, o sea en casi todo, y se basó en muy diferentes maneras de ver el juicio de amparo y su trasfondo. Nos parece que el mejor ejemplo de esta confrontación de visiones, no sólo a partir de la convocatoria de la Suprema Corte para actualizar el juicio de amparo en 1999, sino muy anteriormente, ha sido la discusión en torno a la suspensión del acto reclamado. Desde luego, no entraremos a analizar estas divergencias particulares, sino que sólo opinaremos brevemente sobre el tema que ambas llevaron por bandera: si se debía expedir una nueva Ley de Amparo o, por el contrario, renovar la vigente desde el 10 de enero de 1936.<sup>44</sup>

El artículo transitorio segundo de la reforma constitucional del 6 de junio de 2011 obligó sólo a la expedición de “las reformas legales correspondientes” en un plazo que feneció el 4 de octubre de ese mismo año, pero no determinó elaborar un nuevo régimen legal para el juicio de amparo o modificar del entonces vigente. Al final, como sabemos, el legislador se decantó por la primera opción.

A la luz de la nueva regulación constitucional del juicio de amparo y el contexto jurídico en que se produjo, expuestos en la sección anterior, además de los casi catorce años que pasaron desde que comenzó a discutirse la reforma integral al juicio de amparo; hoy consideramos que la expedición de una nueva Ley de Amparo encuentra sustento en razones de índole práctica y simbólica.

La primera razón es que el número de modificaciones legales a que lleva esa reforma constitucional y otras, ocasionaría una lectura complicada del decreto correspondiente, al suponer constantes remisiones a la anterior versión consolidada de la Ley de Amparo. Un sano pragmatismo sobre esta cuestión nos lleva entonces a preferir una redacción unitaria e inédita de la legislación del juicio de derechos fundamentales.

Las razones simbólicas son más determinantes. La mencionada reforma del 6 de junio de 2011 es un hito en la historia del juicio de amparo por su amplitud y por variar

---

<sup>44</sup> Véase *supra*, nota 4.

esencialmente figuras de este proceso constitucional que se pensaban inamovibles; con ella se dio cabida a instituciones y normas que amplían la protección que brinda este proceso, y se prevé una más eficaz tutela de los derechos. Por su parte, quizá de modo más trascendente, la reforma en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011 impone, según vimos, una *especial manera de concebir y garantizar esos derechos, que representa todo un cambio cultural*,<sup>45</sup> sobre la que hoy se asienta el juicio de derechos fundamentales y a cuyas normas debe permear. Ante todo esto, una nueva Ley de Amparo contribuye a dar relieve al compromiso del Estado mexicano con los derechos humanos, como hizo el inicio de la décima época jurisprudencial del Poder Judicial de la Federación.<sup>46</sup>

Con una estructura muy similar a la anterior, que permite orientarse con cierta facilidad en su contenido, la nueva Ley de Amparo publicada el 2 de abril de 2011 y vigente desde el día siguiente, mantiene y aun refuerza en distintos aspectos lo más esencial del juicio de derechos fundamentales: que se trata de un *proceso* desarrollado ante la jurisdicción especializada, que tiene por objeto resolver un litigio de índole constitucional sobre la violación por una autoridad pública de los derechos fundamentales de una persona particular, invalidando el acto reclamado si tuviera mérito la pretensión del quejoso.<sup>47</sup> Sin embargo, este ordenamiento incluye cambios y novedades con los que se superan conceptos tradicionales e imperantes por largo tiempo sobre el juicio de amparo.

Con independencia de las determinadas específicamente por la reforma constitucional del 6 de junio de 2011, las innovaciones de la nueva Ley de Amparo que en un primer vistazo nos parecen más notables, son las siguientes:

1. Principios generales del derecho:<sup>48</sup> se adicionan los principios generales del derecho a las fuentes supletorias del régimen del juicio de amparo. Este cambio, en apariencia anodino –era innecesario mencionar dichos principios para aplicarlos–, tiene una gran importancia, sobre todo a partir de la constitucionalización e internacionalización de muchos principios aplicables en concreto al ámbito procesal.<sup>49</sup> En un reciente precedente, se subrayó “la necesidad de que *en todo procedimiento*,

<sup>45</sup> Véanse *supra* notas 10 y 11.

<sup>46</sup> Véase el Acuerdo General 12/2011 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en *Diario Oficial de la Federación*, 18 de octubre de 2011.

<sup>47</sup> Cfr. Cipriano Gómez Lara: *Teoría general del proceso* (8ª ed.), México: Harla, pp. 122 y 290. Sobre la hoy indiscutida naturaleza procesal del juicio de amparo, véanse Ignacio Burgoa Orihuela: *El juicio de amparo* (33ª ed.), op. cit., pp. 179-180 y 275-276; Héctor Fix-Zamudio: *El juicio de amparo*, México: Porrúa, 1964, pp. 91, 94-96 y 137-138.

<sup>48</sup> Artículo 2º, párrafo 2º, de la nueva Ley de Amparo.

<sup>49</sup> Véanse José Garberí Llobregat: *Constitución y derecho procesal. Los fundamentos constitucionales del derecho procesal*, op. cit., p. 38; y Florentín Meléndez: *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia. Estudio constitucional comparado*, México: Miguel Ángel Porrúa, Cámara de Diputados, Fundación Konrad Adenauer, 2004, pp. 44-45.

- como el del juicio de amparo, rijan diversos principios establecidos en la ley, la jurisprudencia, la doctrina y el derecho internacional de los derechos humanos”.<sup>50</sup>
2. Autoridad responsable:<sup>51</sup> en este rubro también se dio una de las más significativas modificaciones al régimen del juicio de amparo. La nueva Ley de Amparo ya contiene una definición de este concepto, por lo que la misma ya no se abandona a la jurisprudencia. Pero sobre todo, ella admite la procedencia del amparo contra ciertos actos de particulares: los “equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos [...unilateral y obligatoriamente], y cuyas funciones estén determinadas por una *norma general*”. La jurisprudencia futura tendrá a su cargo desarrollar esta definición: son diferentes la ejecución de un pacto comisorio, el despido de un trabajador, la negativa discriminatoria de un servicio, la expulsión de una agrupación privada a raíz de un procedimiento ad hoc, y la retención tributaria que efectúa un fedatario público; y cada caso requerirá atender su naturaleza especial. Estamos ante un concepto que poco a poco perfilarán nuestros juzgadores constitucionales, y en última instancia los ministros integrantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
  3. Tercero interesado:<sup>52</sup> la denominación “tercero perjudicado” ya había sido tildada de incorrecta y anacrónica. Para corregir esta deficiente nomenclatura, al menos por lo que respecta al último aspecto señalado, la nueva Ley de Amparo denomina “tercero interesado” a quien antes era “tercero perjudicado”;<sup>53</sup> con lo que asimismo se pone a tono el juicio de derechos fundamentales con la controversia constitucional –sistematizando el ámbito procesal constitucional– y el contencioso-administrativo que le son análogos.
  4. “Nuevas” tecnologías:<sup>54</sup> otra de las novedades de la Ley de Amparo de 2013 es su previsión del uso de nuevas tecnologías en el juicio de derechos fundamentales, cuyo empleo en realidad no era inédito salvo en cuanto al “expediente electrónico” como formal duplicado oficial de autos. Las modernas tecnologías informáticas y de telecomunicaciones ocupan cada rincón de nuestras vidas, y la función jurisdiccional no habría de ser la excepción.
  5. Desaparición forzada de personas:<sup>55</sup> resulta muy plausible que entre los casos de extrema gravedad enunciados por el artículo 15 de la nueva legislación de amparo,

<sup>50</sup> Décimo Quinto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito: “Principios de contradicción e igualdad de armas previstos en el derecho internacional de los derechos humanos. Rigen el procedimiento del juicio de amparo indirecto”, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª época, lib. X, julio de 2012, t. 3, tesis I.150.A.2 K (10ª), p. 2035 (énfasis añadido).

<sup>51</sup> Artículo 5º, fracción II, de la nueva Ley de Amparo.

<sup>52</sup> Artículo 5º, fracción III, de la nueva Ley de Amparo.

<sup>53</sup> Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación: *Proyecto de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de la Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, op. cit., p. 30.

<sup>54</sup> Artículos 3º, 26, fracción IV, 29, 30, 70, 117, párrafos 1º y 176 de la nueva Ley de Amparo.

<sup>55</sup> Artículo 15, último párrafo, de la nueva Ley de Amparo.

se incluya la desaparición forzada de personas a la que caracteriza una “pluriofensividad de los derechos afectados” proscrita en el ámbito internacional con carácter de *ius cogens*.<sup>56</sup> México está comprometido a no practicar, permitir ni tolerar este gravísimo delito, y a tomar todas las medidas adecuadas para prevenirlo y sancionarlo, de acuerdo con las convenciones internacional e interamericana contra la desaparición forzada de personas. Particularmente, resulta importante para el juicio de amparo el artículo 12 del primero de los mencionados instrumentos internacionales, según el cual las autoridades “procederán *sin demora* a realizar una investigación exhaustiva e imparcial”, inclusive con “acceso, previa autorización judicial [...] emitida a la mayor brevedad posible, a cualquier lugar [...] donde existan motivos razonables para creer que pueda encontrarse la persona desaparecida”. El artículo 15, último párrafo, de la nueva Ley de Amparo, acogió un reciente precedente basado en la anterior disposición.<sup>57</sup>

6. Jurisprudencia:<sup>58</sup> el artículo 222 de la nueva Ley de Amparo dispone que la jurisprudencia por reiteración quedará establecida “cuando se sustente un mismo criterio en *cinco* sentencias no interrumpidas por otra en contrario, resueltas en *diferentes sesiones*, por una mayoría de cuando menos ocho votos”. La indicada prescripción de la Ley de Amparo dificulta que se sienta jurisprudencia que sirva de orientación a los demás órganos jurisdiccionales de todo el Estado mexicano. Con ello se menoscaba la autoridad de la Suprema Corte como tribunal constitucional, pues se obstaculiza que cumpla esa función; y además, lo anterior trasciende a la posibilidad de emitir una declaratoria general de inconstitucional, y al otorgamiento de los privilegios correspondientes a la declaración jurisprudencial de inconstitucionalidad de una norma general.

Diversas disposiciones atañen a los plenos de circuito. De dichos preceptos llama la atención el párrafo segundo del artículo 217 por limitar la obligatoriedad de la jurisprudencia de dichos plenos y la de los tribunales colegiados en general a órganos jurisdiccionales “que se ubiquen dentro del circuito correspondiente”, un cambio aparentemente significativo al sistema jurisprudencial mexicano,<sup>59</sup> pero que en realidad tiene una relevancia menor. Esta disposición “degrada” en la escala de eficacia del precedente judicial la

<sup>56</sup> Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso García y familiares vs. Guatemala*, sentencia del 29 de noviembre de 2012, párrafos 95-97.

<sup>57</sup> Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Octavo Circuito: “Desaparición forzada de personas. Ante la posible comisión del delito relativo, ninguna autoridad puede establecer que transcurrió un determinado plazo para lograr la comparecencia del agraviado ni para practicar las diligencias necesarias al efecto”, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª época, lib. XII, septiembre de 2012, t. 3, tesis VIII.20.P.A.3 P (10ª), p. 1727.

<sup>58</sup> Artículos 217, párrafo 2º y 222 de la nueva Ley de Amparo.

<sup>59</sup> Véase Primer Tribunal Colegiado del Décimo Circuito: “Tesis de los Tribunales Colegiados que no constituyen jurisprudencia pueden ser aplicadas por los jueces de distrito aun cuando no pertenezcan al circuito del Tribunal Colegiado que las sustentó”, en *Semanario Judicial de la Federación*, 8ª época, t. XV-I, febrero de 1995, tesis X.10. 34 K, p. 278.

jurisprudencia de los colegiados y los plenos de circuito frente a sus pares, otorgándoles su grado ínfimo; pero la indicada restricción legal no debe hacer que tengamos como indebido que un órgano jurisdiccional aplique, haciéndolo suyo, el criterio de uno de estos plenos o un colegiado pertenecientes a otro circuito, o que lo utilice como “ejemplo”.

#### 4. Nota final

La reforma constitucional del pasado 6 de junio de 2011 buscó actualizar el juicio de amparo y ponerlo a la altura de los tiempos jurídicos. En esa misma tesitura se halla la nueva Ley de Amparo que precisa los mandatos de esa reforma.

Resulta evidente que con estos recursos normativos se intenta colocar al juicio de amparo al nivel de los procedimientos de defensa de los derechos fundamentales y humanos que existen en otros ordenamientos, considerando especialmente las posiciones académicas que se han vertido para su mejora, algunas desde muchas décadas atrás. Asimismo, la ocasión fue propicia para ajustar las bases constitucionales del juicio de amparo a los no pocos conceptos elaborados por la jurisprudencia desde la tercera década del siglo pasado, en la cual se expidió la Ley de Amparo anterior.

#### Bibliografía

- ARANDA, Jesús: “La nueva Ley de Amparo incluye 80% de propuestas de la Suprema Corte”, en *La Jornada*, México, 14 de febrero de 2013, sección “Política”, p. 15, <<http://bit.ly/YtXqif>>.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio: *¿Una nueva Ley de Amparo o renovación de la vigente?*, México: Porrúa, 2001.
- \_\_\_\_\_. *El juicio de amparo* (33<sup>a</sup>. ed.), México: Porrúa, 1997.
- CABALLERO JUÁREZ, José Antonio et ál.: *Libro blanco de la reforma judicial. Una agenda para la justicia en México*, México: SCJN, 2006.
- CABALLERO OCHOA, José Luis: “La cláusula de interpretación conforme y el principio (artículo 10., segundo párrafo, de la Constitución)”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (coords.): *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 114-117.
- CAPPELLETTI, Mauro: *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milán: Giuffrè, 1955 (traducción de Héctor Fix-Zamudio: *La jurisdicción constitucional de la libertad*, México: UNAM, Instituto de Derecho Comparado, 1961).
- CARBONELL, Miguel y Pedro SALAZAR (coords.): *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- CARMONA TINOCO, Jorge Ulises: “La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (coords.): *La*

- reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- COELLO CETINA, Rafael: “El control jurisdiccional del control difuso”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 18, julio-diciembre de 2012, pp. 65-131, México: Porrúa-IIDPC. núm. 18, julio-diciembre de 2012, pp. 65-131.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Caso García y familiares vs. Guatemala*, sentencia del 29 de noviembre de 2012.
- \_\_\_\_\_*Caso Radilla Pacheco vs.*, sentencia del 23 de noviembre de 2009.
- \_\_\_\_\_*Caso Castañeda Gutman vs. México*, sentencia del 6 de agosto de 2008.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón: “A la búsqueda del año perdido”, en *El Universal*, México, 10 de julio de 2012, <<http://bit.ly/Milj8B>>.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón et ál.: *El caso Radilla. Estudio y documentos*, México: Porrúa, 2012.
- DA SILVA, José Afonso: “Mutaciones constitucionales” (María del Pilar Hernández, trad.), en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n.º 1, julio-diciembre de 1999, pp. 3-24, México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo: “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (coords.): *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 339-429.
- \_\_\_\_\_*Reseña de la obra Hacia una nueva Ley de Amparo*, de Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n.º 8, enero-junio de 2003, pp. 273-278, México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.): *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Querétaro: Fundap, 2012.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Pedro SALAZAR: “Conclusiones” para los trabajos de la Mesa “Justicia” del V Congreso Nacional de Derecho Constitucional, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 7-13 de octubre de 2012, Antigua Escuela de Medicina, Centro Histórico de la Ciudad de México.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Fernando SILVA GARCÍA: *Jurisdicción militar y derechos humanos. El caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México: Porrúa-UNAM, 2011.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor: “El amparo mexicano como instrumento protector de los derechos humanos”, en *Ensayos sobre el derecho de amparo* (2ª ed.), México: Porrúa-UNAM, 1999.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor y Eduardo FERRER MAC-GREGOR: “El derecho de amparo en México”, en Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coords.): *El derecho de amparo en el mundo*, México: Porrúa-UNAM-Fundación Konrad Adenauer, 2006, pp. 508-521.

- FIX-ZAMUDIO, Héctor y Salvador VALENCIA CARMONA: *Las reformas en derechos humanos, procesos colectivos y amparo, como nuevo paradigma constitucional*, México: Porrúa-UNAM, 2013.
- GARBERÍ LLOBREGAT, José: *Constitución y derecho procesal. Los fundamentos constitucionales del derecho procesal*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Civitas-Thomson Reuters, 2009.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y Julieta MORALES SÁNCHEZ: *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, México: Porrúa-UNAM, 2011.
- GÓMEZ LARA, Cipriano: *Teoría general del proceso* (8ª ed.), México: Harla.
- GUTIÉRREZ CONTRERAS, Juan Carlos y Silvano CANTÚ MARTÍNEZ (coords.): *El caso Rosendo Radilla Pacheco. Impacto e implicaciones en el nuevo modelo constitucional en derechos humanos*, México: Ubijus-CMDPDH, 2012.
- HERRERA GARCÍA, Alfonso: “La jurisprudencia constitucional de la Suprema Corte de Justicia de México en 2011”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 18, julio-diciembre de 2012, México: Porrúa-IIDPC.
- MELÉNDEZ, FLORENTÍN: *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia. Estudio constitucional comparado*, México: Miguel Ángel Porrúa, Cámara de Diputados, Fundación Konrad Adenauer, 2004.
- ROJAS CABALLERO, Ariel Alberto: *Los derechos humanos en México. Análisis y comentarios a la reforma constitucional del 10 de junio de 2011*, México: Porrúa, 2012.
- ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos del: “El juicio de amparo y su aparente incompatibilidad con el control difuso”, en Manuel González Oropeza y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, (coords.): *El juicio de amparo a 160 años de la primera sentencia*, México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- SÁNCHEZ GIL, Rubén: “El control difuso de la constitucionalidad en México”, en *Escritos procesales constitucionales*, México: Porrúa-IMDPC, 2012, pp. 51-90.
- \_\_\_\_\_ “El derecho de acceso a la justicia y el amparo mexicano”, en *Escritos procesales constitucionales*, México: Porrúa-IMDPC, 2012.
- \_\_\_\_\_ “La suspensión ponderativa en el juicio de amparo”, en *Escritos procesales constitucionales*, México: Porrúa-IMDPC, 2012.
- \_\_\_\_\_ “Bloque de constitucionalidad”, en Miguel Carbonell (coord.): *Diccionario de Derecho Constitucional* (3ª ed.), México: Porrúa-UNAM, 2009, t. I, pp. 71-77.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN: *Proyecto de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de la Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, 2001.
- \_\_\_\_\_ *Proyecto de Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, 2000, pp. 11-12.
- \_\_\_\_\_ Acuerdo General 12/2011 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en *Diario Oficial de la Federación*, 18 de octubre de 2011.
- \_\_\_\_\_ Comunicado SNC/1999, 17 de noviembre de 1999, <<http://bit.ly/14w5bvI>>.
- \_\_\_\_\_ *Jurisprudencia y Tesis Aisladas*, <<http://ius.scjn.gob.mx>>.

VIGO, Rodolfo Luis: *Interpretación constitucional* (2ª ed.), Buenos Aires: LexisNexis-Abeledo Perrot, 2004.

ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo: “Comentario al artículo 103 constitucional, en Cámara de Diputados”, en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones* (8ª ed.), México: Miguel Ángel Porrúa, Congreso de la Unión-SCJN-TEPJF-IFE, 2012, t. V.

\_\_\_\_\_*Hacia una nueva Ley de Amparo*, México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.



Laura Rangel Hernández (México)\*

## La sentencia que resuelve la inconstitucionalidad por omisión legislativa: Modalidades y efectos. Estudio preliminar

### RESUMEN

Constituye parte sustancial de la labor de los jueces constitucionales la resolución de conflictos de esta naturaleza, siendo las sentencias las que materializan su labor. En el marco del derecho procesal constitucional se presenta un estudio preliminar sobre las tipologías y efectos de las sentencias que versan sobre la inconstitucionalidad por omisión legislativa, con ejemplos internacionales, aunque con énfasis en México. La inconstitucionalidad por omisión legislativa presenta enormes retos en su comprensión, tratamiento, positivización y sobre todo en su solución; especialmente considerando que no se encuentra específicamente prevista en todos los sistemas jurídicos, por lo que los jueces tienen diversas alternativas, que van desde el ejercicio de competencias expresamente señaladas, hasta el uso de técnicas de interpretación, así como la utilización de sentencias atípicas.

**Palabras clave:** inconstitucionalidad por omisión, Recurso de inconstitucionalidad, omisión legislativa, derecho constitucional, derecho procesal constitucional, derecho comparado.

---

\* Maestra en Derecho (UEPED), maestra en Derecho Procesal Constitucional (U. Panamericana), abogada postulante y consultora, docente, tutora y ponente en eventos académicos, autora de artículos y crónicas publicadas en libros y revistas especializadas. <laurarangelhernandez@yahoo.com> Una versión reducida de este artículo fue presentada como ponencia en el II Congreso Internacional Proceso y Constitución: “Eficacia de la sentencia constitucional”, celebrado en la Universidad Panamericana, Guadalajara, Jalisco, México, 24-26 de noviembre de 2010. Dicha versión fue revisada, ampliada y actualizada para esta publicación.

## ZUSAMMENFASSUNG

Konflikte dieser Art zu lösen und dies in Entscheidungen zum Ausdruck zu bringen, stellt einen wesentlichen Teil der Arbeit der Verfassungsrichter dar. Der vorliegende Aufsatz ist eine verfassungsprozessrechtliche Vorstudie zu Typen und Rechtswirkungen von Entscheidungen über die Verfassungswidrigkeit gesetzgeberischer Untätigkeit, die sich auf Beispiele aus der internationalen Praxis, vor allem aber aus Mexiko stützt. Die Verfassungswidrigkeit gesetzgeberischer Untätigkeit stellt enorme Herausforderungen an die Auslegung, Handhabung, Positivierung und vor allem praktische Umsetzung dieser Rechtsfigur, insbesondere deswegen, weil sie nicht in allen Rechtssystemen vorgesehen ist. Daher müssen die Richter verschiedene Alternativen entwickeln, die von der Ausschöpfung der ihnen ausdrücklich zugewiesenen Kompetenzen über den Einsatz von Auslegungsmethoden bis zu atypischen Entscheidungen reichen.

**Schlagwörter:** Verfassungswidriges Unterlassen, Nichtigkeitsklage, Gesetzgeberisches Unterlassen, Verfassungsrecht/Verfassungsprozessrecht, Rechtsvergleichung.

## ABSTRACTS

A substantial part of the task of constitutional judges is to decide disputes of in the area of constitutional law by means of judgments. In the framework of procedural constitutional law, we offer a preliminary study of the types of judgments and their effects with regard to unconstitutionality by legislative omission, using examples from different countries but mainly from Mexico. It is not easy to understand unconstitutionality by legislative omission, nor to deal with it, incorporate it into the law or, especially, to find a solution. This is particularly true because not all legal systems have applicable provisions, so judges have different options, which range from exercising the competencies that are expressly established to using interpretation techniques, as well as resorting to atypical judgments.

**Keywords:** Unconstitutionality by omission, Appeal on the grounds of unconstitutionality, Legislative omission, Constitutional law, Procedural constitutional law, Comparative law.

En el universo de sentencias constitucionales, nos centraremos en las que resuelven un tipo de vicio particular, consistente en la omisión legislativa inconstitucional, dada su complejidad y la variedad de efectos que generan.

## 1. Breve referencia a la inconstitucionalidad por omisión legislativa

Hemos definido a esta compleja y controvertida institución jurídica<sup>1</sup> como: “la violación constitucional que se presenta por la falta de emisión, total o parcial, de normas secundarias de desarrollo constitucional, que son necesarias para que las normas constitucionales sean eficaces; o bien de aquellas que se requieren para la adecuación de la legislación secundaria a nuevos contenidos constitucionales, cuya expedición es ordenada por la propia norma fundamental y cuya omisión igualmente impide su eficacia plena”.<sup>2</sup>

Sus elementos son el mandato de legislar, la violación constitucional y el plazo. El primero de ellos es esencial, dado que se requiere que la norma fundamental contenga un encargo al legislador, ya sea federal, o ya sea local, respecto de la emisión de normas secundarias; éste puede encontrarse expresamente consignado en el cuerpo principal de la norma constitucional o en los artículos transitorios de una nueva Constitución o de un decreto de reformas o adiciones constitucionales; o bien puede encontrarse implícito en el contexto de los dispositivos constitucionales.

La violación constitucional es un componente objetivo que está relacionado con el mandato antes comentado, ya que el incumplimiento de una obligación constitucional implica por sí mismo una violación a la norma suprema,<sup>3</sup> genera su ineficacia y además provoca otro tipo de consecuencias derivadas de la propia ausencia legislativa, tales como la imposibilidad del ejercicio efectivo, ya sea de derechos fundamentales, de garantías institucionales o de competencias de los órdenes u órganos del Estado mexicano.

El último elemento es el plazo, el cual es discutible, ya que si bien no puede aceptarse que de forma inmediata a la expedición del mandato constitucional se configure la omisión legislativa, tampoco se admite, como hacen algunos autores, que deba transcurrir uno “excesivamente largo” para poder hablar de la existencia de este vicio. Por lo regular la norma constitucional no estipula la duración de dicho plazo, de tal suerte que ponderada y prudencialmente el juez deberá determinar cuándo se configura éste, siendo que para nuestro juicio es suficiente con uno prudencial, no necesariamente muy largo. Por su parte, de forma excepcional algunos constituyentes, ya sea originarios o reformadores,

---

<sup>1</sup> Véase Laura Rangel Hernández: “El control de las omisiones legislativas en México. Una invitación a la reflexión”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar (coords.): *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho* (t. VIII), México: UNAM-Marcial Pons, 2008.

<sup>2</sup> Laura Rangel Hernández: *Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Teoría general y su control jurisdiccional en México*, México, Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, n.º 33, 2009.

<sup>3</sup> Véase: Predial municipal. La omisión legislativa absoluta de los congresos locales respecto del cumplimiento de la obligación impuesta en el artículo quinto transitorio de la reforma de 1999, al artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vulnera tanto al citado dispositivo transitorio como al propio precepto constitucional. 9ª época, Pleno, SJF, XXIII, febrero de 2006, 12/2006, p. 1532.

cuando se sanciona una nueva constitución o cuando se reforma la norma fundamental, deciden establecer dicho plazo en los artículos transitorios. En nuestro país es sumamente frecuente que al reformarse la Constitución se señale plazo a las legislaturas federales o locales para hacer las adecuaciones pertinentes o para emitir alguna nueva legislación.

En México, a nivel federal no contamos con un medio procesal constitucional que específicamente admita el vicio de omisión legislativa, a pesar de lo cual se presenta con frecuencia y, por tanto, ha sido llevado ante la justicia federal a través del juicio de amparo, la acción de inconstitucionalidad (AI) y la controversia constitucional (CC).<sup>4</sup> Por su parte, a nivel local, Veracruz, Chiapas, Tlaxcala, Quintana Roo, Coahuila, Querétaro y Nayarit han positivizado su control, teniendo como parámetro la Constitución local y otorgándole características particulares.

## 2. Tratamiento procesal de la inconstitucionalidad por omisión legislativa

El tratamiento que se ha dado en el mundo no ha sido uniforme. En algunos países se ha previsto en derecho positivo alguna garantía constitucional para su solución,<sup>5</sup> en tanto que otros han construido las soluciones a través de su jurisprudencia.<sup>6</sup> En el primer caso, las propias constituciones son las que implementan algún tipo de solución para el vicio, dentro de las cuales se encuentra desde la simple declaración de la existencia de la omisión inconstitucional, hasta la expedición de la norma omitida por parte del tribunal de constitucionalidad, pasando por la exhortación a que se subsane la omisión, el otorgamiento de plazo e incluso el señalamiento de las directivas que seguir; en tanto que, cuando no se tiene previsión constitucional, los órganos jurisdiccionales hacen uso de las llamadas “sentencias atípicas” para dar solución a la problemática respectiva. Cabe mencionar que en éste último caso es donde se presenta un mayor reto para la justicia constitucional, en la medida en que debe encontrarse el justo medio que permita la corrección del vicio, pero sin excederse al punto de violentar alguna otra norma o principio constitucional; ésta es sin duda alguna una tarea que exige prudencia, sensibilidad, criterio y *self restraint* de parte de todo juez constitucional.

---

<sup>4</sup> Sobre los procesos constitucionales en los que se ha analizado este fenómeno a nivel federal, consultar Laura Rangel Hernández: *Inconstitucionalidad por omisión legislativa*, op. cit.; “La controversia constitucional como medio de control de las omisiones legislativas inconstitucionales. En busca de una teoría jurisprudencial en la materia”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Edgar Danés Rojas (coords.): *La protección orgánica de la Constitución*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2011.

<sup>5</sup> Ya sea ampliando la procedencia de cualquiera de los medios de control constitucional, o bien a través de la acción específica, como en Venezuela, Costa Rica, Portugal, Ecuador.

<sup>6</sup> Alemania, España, Italia, Argentina, Colombia, entre otros.

### 3. La forma de resolver la inconstitucionalidad por omisión legislativa

Ciertamente, nos enfrentamos a un tipo de vicio muy particular, habida cuenta que no se trata de una ley que por sí misma sea contraria a la Constitución, sino más bien de la ausencia total de un cuerpo normativo, o de una norma que es deficiente en cuanto no prevé determinadas hipótesis que debió contemplar (según la propia norma fundamental) o que excluye a algunos sujetos que debieron ser incluidos; entonces es evidente que las modalidades de las sentencias que se ocupen de esto serán también muy particulares, al igual que sus efectos. En este tenor, ante la ausencia normativa, el juez constitucional puede tomar distintas posiciones, según el sistema jurídico de que se trate y la convicción que tenga sobre el control de las omisiones legislativas.

3.1. Cuando existe una previsión de derecho positivo para el control de las omisiones legislativas, una vez constatada su existencia, el juez deberá actuar como se lo ordena su norma constitucional. En este sentido se encuentran opciones como las siguientes:<sup>7</sup>

- *Declaración de inconstitucionalidad por omisión legislativa, con conocimiento de otro órgano.* Solamente se hace patente el vicio y se informa de este; como ejemplo, aunque histórico, consta en el texto constitucional de la ex República de Yugoslavia.<sup>8</sup>
- *Declaración de inconstitucionalidad por omisión legislativa con conocimiento del propio órgano legislativo:* una vez constatado, se le comunica al cuerpo respectivo, sin hacer mayores pronunciamientos, como en Portugal.<sup>9</sup>
- *Declaración de inconstitucionalidad por omisión legislativa, con recomendación de legislar.* El órgano jurisdiccional no se limita a informar que ha encontrado la omisión legislativa, sino que le recomienda al legislador que lo corrija. Se presentó previamente en Portugal.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> Esta clasificación fue elaborada tomando como base la realizada por Néstor Pedro Sagüés, pero marcando la distinción en cuanto a la línea ascendente que ellas presentan respecto de la consecuencia que se asigna a dicho vicio. La tipología base se puede consultar, entre otros, en Néstor Pedro Sagüés: *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos. Reflexiones sobre los retos y la codificación del derecho procesal constitucional, las fronteras del control de constitucionalidad y los avances del amparo*, Argentina: Konrad Adenauer Stiftung- Ad-Hoc, 2006.

<sup>8</sup> El artículo 377 disponía: “Si el tribunal de Garantías Constitucionales de Yugoslavia hiciere constar que un órgano competente o hubiere dictado las normas de ejecución de las disposiciones de esta Constitución, de las leyes federales y de otras prescripciones y actos generales federales, estando obligado a dictarlas, dará conocimiento de ello a la Asamblea de la República Socialista Federativa de Yugoslavia”.

<sup>9</sup> Reforma constitucional de 1982, artículo 283: “... En el supuesto de que el Tribunal Constitucional verificase la existencia de inconstitucionalidad por omisión, dará conocimiento al órgano legislativo competente”.

<sup>10</sup> La Constitución de Portugal de 1976, en su artículo 279, que en su momento decía: “Cuando la Constitución resulte incumplida por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer

- *Declaración de inconstitucionalidad por omisión legislativa con establecimiento de plazo para subsanar la omisión:* una vez determinado el vicio, el órgano jurisdiccional otorga un plazo al legislador para que emita la norma omitida. No es una recomendación, sino una indicación. Se presenta en Brasil,<sup>11</sup> Chiapas,<sup>12</sup> (texto constitucional al 6 de noviembre de 2002), Quintana Roo<sup>13</sup> y Nayarit.<sup>14</sup>
- *Declaración de inconstitucionalidad por omisión legislativa con establecimiento de plazo y lineamientos de la norma a expedirse:* después de la declaración respectiva, se fija el plazo y se dan al legislador las bases o lineamientos que debe cubrir la normatividad que ha de expedirse para que sea acorde con la Constitución. Son los casos de Venezuela<sup>15</sup> y Coahuila.<sup>16</sup>
- *Declaración de inconstitucionalidad por omisión legislativa, con otorgamiento de plazo y cobertura del orden jurídico:* aquí es evidente la intención de que no quede sin solución la problemática analizada, al menos referida al caso concreto. Se faculta al órgano jurisdiccional para que emita las disposiciones a las que

---

aplicables las normas constitucionales, el Consejo de la Revolución podrá recomendar a los órganos legislativos competentes que las dicten en un plazo razonable”.

<sup>11</sup> El artículo 103.2 de la Constitución de Brasil indica: “Declarada la inconstitucionalidad por omisión de una medida para tornar efectiva la norma constitucional, se dará conocimiento al poder competente para la adopción de las medidas necesarias y, tratándose de un órgano administrativo, para que lo haga en treinta días”.

<sup>12</sup> La Constitución de Chiapas (texto al 6 de noviembre de 2002) preveía: artículo 56: “... III. La resolución que emita el Pleno de la Sala Superior que decrete la existencia de omisión legislativa, surtirá sus efectos a partir de su publicación en el Periódico Oficial del Estado; en dicha resolución se determinará un plazo que comprenda dos períodos ordinarios de sesiones del Congreso del Estado, para que éste resuelva”.

<sup>13</sup> Constitución de Quintana, Roo artículo 105: “... III. La resolución que emita el Pleno del Tribunal Superior de Justicia que decrete el reconocimiento de la inconstitucionalidad por omisión legislativa, surtirá sus efectos a partir de su publicación en el Periódico Oficial del Estado. En dicha resolución se determinará un plazo para que se expida la ley o decreto de que se trate la omisión, a más tardar en el período ordinario que curse o el inmediato siguiente del Congreso del Estado; pudiendo disminuir este plazo cuando el interés público lo amerite”.

<sup>14</sup> Constitución de Nayarit, artículo 91 “III. ... La resolución que declare fundada la acción de inconstitucionalidad por omisión, deberá ser aprobada cuando menos por tres votos y fijará el plazo para que la autoridad omisa expida la norma, el cual no podrá exceder de un año”.

<sup>15</sup> Constitución de Venezuela, artículo 336: Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: “... Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estatal o nacional cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección”.

<sup>16</sup> Ley de Justicia Constitucional Local para el Estado de Coahuila de Zaragoza, artículo 88: “... Cuando el Pleno del Tribunal Superior de Justicia del Estado verifique la existencia de inconstitucionalidad por omisión, lo comunicará al órgano competente para que en un plazo razonable, dicte las disposiciones legislativas necesarias que permitan se aplique el precepto de la Constitución falto de reglamentación, pero en todo caso expedirá los principios, bases y reglas normativas a regular conforme a su fallo”.

habrán de sujetarse en ausencia de la norma omitida y hasta en tanto la misma se emita. Opera en Brasil, con el mandado de *injuciao*,<sup>17</sup> en México en el estado de Veracruz.<sup>18</sup>

- *Declaración de inconstitucionalidad por omisión legislativa con otorgamiento de plazo y para el caso de incumplimiento expedición de la norma omitida:*<sup>19</sup> la diferencia con el supuesto anterior, es que aquí se otorga plena facultad al órgano jurisdiccional constitucional para expedir la norma ausente. Son los casos de Chiapas,<sup>20</sup> (reforma constitucional de 2007), Ecuador<sup>21</sup> y Querétaro.<sup>22</sup>
- *Declaración de inconstitucionalidad por omisión legislativa con establecimiento de plazo, y para el caso de incumplimiento responsabilidad:* hipótesis prevista en

<sup>17</sup> Previsto por el artículo 5° de la Constitución Brasileña, es un proceso particular debido a que está enfocado a la defensa de los derechos y libertades constitucionales agredidos por la ausencia normativa; es distinto e independiente de la acción de inconstitucionalidad por omisión.

<sup>18</sup> Constitución de Veracruz, artículo 65: "... III. En dicha resolución se determinará un plazo que comprenda dos períodos de sesiones ordinarias del Congreso del Estado, para que éste expida la ley o decreto de que se trate la omisión. Si transcurrido este plazo no se atendiere la resolución, el Tribunal Superior de Justicia dictará las bases a que deban sujetarse las autoridades, en tanto se expide dicha ley o decreto".

<sup>19</sup> Recientes reflexiones nos llevan a proponer esta nueva categoría, en tanto existe diferencia en la posibilidad de dictar bases provisionales que habrán de operar en el caso concreto, es decir, la cobertura del orden jurídico, y la facultad expresa que se otorga al órgano jurisdiccional de expedir, aunque sea provisionalmente la norma omitida.

<sup>20</sup> Vigente texto constitucional, artículo 56: "... La resolución que emita el Tribunal Constitucional que decreta la existencia de omisión legislativa, surtirá sus efectos a partir de su publicación en el Periódico Oficial del Estado; en dicha resolución se determinará como plazo un periodo ordinario de sesiones del Congreso del Estado, para que éste resuelva la omisión correspondiente. Tratándose de legislación que deba de aprobarse por el Congreso, por mandato de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o de la Constitución del Estado de Chiapas, si el Congreso no lo hiciera en el plazo fijado, el Tribunal Constitucional lo hará provisionalmente en su lugar y dicha legislación estará vigente hasta que el Congreso subsane la omisión legislativa".

<sup>21</sup> Nueva constitución del Ecuador, 2008, artículo 436: "La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: 10. Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley".

<sup>22</sup> Ley de Justicia Constitucional de Querétaro, artículo 89: "La sentencia de la acción por omisión legislativa, en caso de que la decreta precedente, contendrá, además de lo contemplado en el artículo 51 de esta Ley, el plazo para que la Legislatura del Estado emita la regulación necesaria para subsanar la omisión legislativa".

Artículo 91: "En caso de que agotado el plazo extraordinario concedido a la Legislatura del Estado, no se encuentre cumplida la sentencia, sin perjuicio de la responsabilidad en que la misma incurra, la Sala Constitucional informará de dicha situación al Pleno del Tribunal Superior de Justicia, quien dictará la regulación a que deba sujetarse el ejercicio de la atribución o derecho reconocido en sentencia. Dicha regulación será aplicable hasta en tanto no se expida la ley local respectiva".

Tlaxcala.<sup>23</sup> Recuérdese que Querétaro también prevé una responsabilidad por incumplimiento de la sentencia.

- *Declaración de inconstitucionalidad por omisión legislativa con establecimiento de plazo, y para el caso de incumplimiento cobertura o resarcimiento económico:* ante el incumplimiento del legislador omiso, se permite al órgano jurisdiccional cubrir el vacío normativo, y si esto no fuera posible, estipular una indemnización en favor del promovente de la acción, cuando se compruebe la existencia de un daño plenamente cuantificable. Se presenta en Río Negro, Argentina.<sup>24</sup>
- *Compulsión constitucional:* se trata de una hipótesis distinta a las anteriores, ya que algunas constituciones prevén su propia operatividad, disponiéndose de antemano que no deberá ser incumplida bajo el argumento de la ausencia legislativa o reglamentaria, como en Ecuador<sup>25</sup> y Paraguay.<sup>26</sup>

El anterior desglose muestra las diferentes opciones legislativas establecidas para que los órganos jurisdiccionales controladores de la constitucionalidad actúen cuando deban analizar la inconstitucionalidad por omisión legislativa. La reiterada presencia de casos y la necesidad de corrección de este tipo de vicio justifican la positivización de estas alternativas, así como las diversas consecuencias y efectos que se le otorgan a las resoluciones jurisdiccionales respectivas.<sup>27</sup> No obstante, debe reconocerse que algunas de las acciones antes indicadas, especialmente las de las entidades federativas mexicanas, han sido poco ejercitadas.<sup>28</sup>

---

<sup>23</sup> Constitución tlaxcalteca, artículo 81: “De verificarse la omisión legislativa, se concederá a la responsable un término que no exceda de tres meses para expedir la norma jurídica solicitada. El incumplimiento a esta sentencia, será motivo de responsabilidad”.

<sup>24</sup> Artículo 207: “En las acciones por incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado Provincial o a los municipios, la demanda puede ser ejercida –exenta de cargos fiscales– por quien se sienta afectado en su derecho individual o colectivo. El Superior Tribunal de Justicia fija el plazo para que se subsane la omisión. En el supuesto de incumplimiento, integra el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo y, de no ser posible, determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado conforme al perjuicio indemnizable que se acredite”.

<sup>25</sup> Constitución de Ecuador, artículo 11: “... Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento”.

<sup>26</sup> Constitución de Paraguay, “Artículo 45 – [...] La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía”.

<sup>27</sup> Con excepción de la expedición de la norma omitida, donde se incurre en un exceso, e interferencia entre poderes y facultades. Véase Néstor Pedro Sagüés: “Novedades sobre inconstitucionalidad por omisión: La Corte Constitucional de Ecuador como legislador suplente y precario”, en *Estudios Constitucionales*, año 7, n.º 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Chile, 2009.

<sup>28</sup> Esto puede deberse, entre otros factores, a la mocedad de las disposiciones constitucionales que las contienen y la falta de cultura en este sentido. No obstante destaca el caso de Tlaxcala, donde se han resuelto varias acciones cuyas sentencias además han sido cumplimentadas.



3.2. Por otra parte, cuando no hay previsión constitucional sobre el control de las omisiones legislativas, el juez constitucional tiene varias alternativas, como las siguientes:<sup>29</sup>

1. *El órgano controlador de la constitucionalidad puede declararse impedido para conocer del asunto:* ya sea por falta de fundamento expreso, o bien por algún otro motivo, y por tanto no otorgar solución a las situaciones fácticas y normativas derivadas de la omisión. Algunos tribunales han planteado la imposibilidad de analizar la omisión legislativa de tipo absoluto; este es el criterio sistemáticamente sostenido por la Corte Constitucional de Colombia.<sup>30</sup>

También la Suprema Corte de Justicia mexicana (en adelante SCJN) en el marco de la acción de inconstitucionalidad, ha sostenido este criterio, como sucedió en una donde a pesar de existir un mandato expreso, para ajustar diversas disposiciones legales secundarias a un decreto de reforma constitucional local, y de otorgarse plazo para ello, dicha adecuación no se realizó. En la sentencia se determinó la improcedencia de la vía respecto de dicho vicio, dejándose sin resolver la situación concreta.<sup>31</sup>

Otra hipótesis es en materia de amparo, ya que en México se ha establecido por vía jurisprudencial que este medio de control constitucional no es procedente para analizar de forma directa y específica las omisiones legislativas, debido a que los efectos que eventualmente se tendría que dar a una sentencia de este tipo implicarían la expedición de la norma omitida, lo cual se contrapone con los efectos relativos que constitucionalmente se han asignado a las sentencias de amparo. En

---

<sup>29</sup> La elaboración de una clasificación analítica y detallada nos lleva a modificar la nomenclatura propuesta previamente, sin que esto implique una alteración sustancial, sino la categorización de las sentencias en atención a diversos criterios distintivos. Dada la complejidad del tema y la discrecionalidad jurisdiccional que no está sujeta a clasificaciones o pautas doctrinales, las resoluciones que se señalan podrían ser incluidas en algún otro rubro, dependiendo del enfoque que se quiera enfatizar.

<sup>30</sup> Cfr. sentencia C-192/06: “En tratándose de omisiones de inconstitucionalidad, la doctrina constitucional ha distinguido dos categorías cuya identificación es fundamental para determinar la competencia de esta Corporación para realizar el escrutinio de constitucionalidad de una norma legal. Así, se ha diferenciado entre la omisión legislativa absoluta y la omisión legislativa relativa. En el primer evento, no hay actuación por parte del legislador, lo que implica necesariamente la ausencia de normatividad legal, mientras que en el segundo caso, se alude a la violación de un deber constitucional que se materializa en una actuación imperfecta o incompleta del Congreso. Para efectos del juicio de constitucionalidad, sólo la segunda modalidad de omisión legislativa (relativa), puede someterse a consideración de la Corte Constitucional, dado que sería jurídicamente imposible efectuar un control de constitucionalidad abstracto cuando no existe norma sobre la cual éste pueda recaer, es decir, la total inactividad del legislador implica una ausencia de la norma objeto de control”, en <[www.corteconstitucional.gov.co/](http://www.corteconstitucional.gov.co/)>.

<sup>31</sup> A.I. 7/2003. Cfr. tesis: Omisiones legislativas. Es improcedente la acción de inconstitucionalidad en su contra, 9ª época, Pleno, SJF, XXVI, diciembre 2007, XXXI/2007, p. 1079.

atención a esto diversos amparos se han sobrepasado y por tanto no se ha analizado el vicio respectivo.<sup>32</sup>

Por otra parte, en el contexto de la controversia constitucional, se han dado preocupantes fluctuaciones de criterio, dado que en algún momento se ha admitido el control tanto de omisiones absolutas como de omisiones relativas; pero, posteriormente, la SCJN sostuvo también que no es procedente el estudio de la omisión legislativa en esta garantía constitucional (sin hacer distinción entre el tipo de omisión), como consta en aproximadamente sesenta controversias en las que se alegó, entre otros conceptos de invalidez, la falta de establecimiento de condiciones especiales para que pueblos y comunidades indígenas tuvieran acceso a los medios de telecomunicación.<sup>33</sup> Sin embargo, con posterioridad se resolvieron varias controversias declarando la procedencia de la vía (25/2008 y 49/2008, 138/2008, 61/2010, entre otras).

2. Contrariamente a lo señalado en el inciso anterior, *el tribunal de constitucionalidad, a pesar de no contar con disposición expresa de derecho positivo, puede decretar la admisión del asunto, y cuando el caso particular lo permita, aplicar de forma directa la Constitución.*

Como ejemplo recordemos los inicios jurisdiccionales del juicio de amparo en México, el cual se incorporó a la normatividad federal mexicana en el artículo 25 del Acta de Reformas de 1847 a la Constitución de 1824, pero se reguló en vía secundaria hasta 1861. Previamente a esto, el 13 de agosto de 1849, el juez Pedro Sámano dictó la denominada “primera sentencia de amparo”, en aplicación directa de dicho precepto, otorgando la protección federal solicitada.

Otro caso paradigmático ocurre en Argentina, también respecto del juicio de amparo, toda vez que éste se infiere de la premisa de que la Constitución establece derechos y, consecuentemente, los jueces deben restituir su violación, aun ante la inexistencia de leyes reglamentarias, como sucedió en el caso conocido como “Siri, Angel” (1957), y con posterioridad se incluye al amparo dentro de los “derechos no enumerados”, o “implícitos” que surgen del artículo 33 de la Constitución argentina, en el caso de “Samuel Kot SRL” (1958).

3. Por otra parte, el órgano de constitucionalidad puede *entrar al estudio del asunto, pero no específicamente con la perspectiva de la inconstitucionalidad por omisión*

<sup>32</sup> Por ejemplo: Amparo en Revisión 743/2005, donde entre otras cosas se alegó falta de legislación en materia de candidaturas independientes. Otro más reciente, véase ISSSTE. La ley relativa, al no regular el arrendamiento de vivienda propiedad del Instituto, constituye una omisión legislativa que no es reparable en el juicio de amparo, 9ª época, Pleno, Jurisprudencia, SJF, XXVIII, octubre de 2008, 134/2008, p. 43.

<sup>33</sup> C.C. 59/2006, 60/2006, 61/2006, 63/2006 al 102/06 y 104/06. A pesar de aceptar la existencia de la omisión legislativa, se determinó la improcedencia de la controversia. La ejecutoria no hace distinción respecto de omisiones absolutas o relativas; de hecho en la demanda se hizo valer como relativa. Luego en las discusiones del Pleno, el ministro Góngora Pimentel la califica de absoluta, y al hacer las votaciones sobre la improcedencia no se distingue.

*legislativa*. Esta técnica se ha observado respecto de omisiones parciales, en algunos sistemas en los que no se ha definido fehacientemente el tratamiento que ha de proporcionarse a este tipo de vicio.

Aquí pueden darse dos alternativas: una en la que de manera específica se habla de la existencia de una omisión legislativa, pero no se le da este tratamiento, sino que se reconduce el vicio a una inconstitucionalidad común, optándose por analizar la no conformidad de la norma en cuestión con la Constitución, y eventualmente determinar su incompatibilidad por aquellas cuestiones que omite considerar. La segunda posibilidad implica que sin catalogarla como “omisión legislativa”, también se analiza la omisión como una discordancia común con el contenido constitucional.

Así, señalaremos una acción de inconstitucionalidad en la que ni en la demanda ni en las discusiones del Pleno se mencionó específicamente a la inconstitucionalidad por omisión legislativa, a pesar de que en realidad ésta se configura con todos sus elementos. Se determinó la invalidez de ciertos artículos de la Ley Electoral del estado de Hidalgo y se estableció, entre otras cosas, la obligación del Congreso local de dictar la norma omitida.<sup>34</sup>

Igualmente, en la acción de inconstitucionalidad 24/2004 se alegó la falta de establecimiento de garantía de audiencia respecto de los infractores de la Ley de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia del Estado de Campeche. A pesar de que en la deliberación de la SCJN se analizó directamente el vicio de omisión legislativa, se decidió no darle este tratamiento, para en su lugar reconducir el vicio a una inconstitucionalidad positiva.

Otro caso similar, en la controversia constitucional 1/2007, se alegó la falta de determinación de las causas graves para la suspensión de ayuntamientos y revocación del mandato de funcionarios municipales en Michoacán. La sentencia tampoco se pronuncia en concreto respecto de la omisión legislativa, sino que se reconduce el vicio a una inconstitucionalidad positiva, declarándose la invalidez del artículo 174 de la Ley Orgánica y de Procedimientos del Congreso del Estado de Michoacán.

4. Finalmente, encontramos que *sin contar con sustento de derecho positivo, se puede analizar directamente la inconstitucionalidad por omisión legislativa, acudiéndose a las llamadas “sentencias atípicas”*. Pueden darse, entre otras, las siguientes alternativas, frecuentemente vistas en el Derecho comparado:<sup>35</sup>

<sup>34</sup> SCJN, 22/2001: “la Legislatura de la entidad deberá emitir en su lugar la disposición que prevea el financiamiento público por actividades generales para los partidos políticos que no tengan antecedente electoral en la elección de Diputados y adecuar el sistema previsto en el inciso e), de la fracción II del citado artículo., en los términos indicados. [...] se otorga a la Legislatura del Estado de Hidalgo un plazo de veinte días naturales contados a partir de la publicación de la presente ejecutoria en el Diario Oficial de la Federación, para cumplimentar la misma en los términos ya señalados”.

<sup>35</sup> La clasificación que aquí se presenta, se adhiere a las particularidades de los sistemas jurídicos y de la doctrina europea, aunque en la teoría americana se han encontrado denominaciones y clasificaciones distintas. En esta ocasión se ha querido hacer el análisis desde esta nueva perspectiva,

- Sentencias apelativas:<sup>36</sup> forman parte de las sentencias desestimatorias, ya que no se declara la inconstitucionalidad de la norma, pero ante la evidencia de que eventualmente se puede desencadenar la inconstitucionalidad, se hace una apelación al legislador para que lo evite. Se han visto en casos de omisiones legislativas parciales, en los cuales se recomienda la expedición de la norma omitida. Dentro de este rubro encuadran diversas tipologías, lo que dificulta su distinción. Su mayor utilización ha sido en Alemania, y siguiendo a Brage Camazano, no serían de mucha utilidad en un sistema como el mexicano en el que se tienen límites temporales para la interposición de la acción abstracta de inconstitucionalidad.<sup>37</sup> Como ejemplo destaca la sentencia relativa a la ley de pensiones en Alemania, la cual contravenía el principio de igualdad, sin perjuicio de lo cual no se declaró inconstitucional, tal vez por no ser el momento oportuno; en su lugar se hace un llamamiento (o apelación) al legislador para que diseñe alguna alternativa para que en “lo futuro” no se actualice una violación a la norma fundamental.<sup>38</sup>
- Sentencia que declara la inconstitucionalidad de la norma, sin decretar su nulidad: este tipo de resoluciones también tienen su origen en Alemania. Se distinguen de las apelativas en que aquí se trata de una sentencia estimatoria, pero se rompe con la tradición de que esto trae aparejada su nulidad; lo cual se sustenta en los mayores perjuicios que puede traer la nulidad de la norma, en la salvaguarda de la libertad de configuración del legislador, entre otras. Entonces, a pesar de la declaratoria de inconstitucionalidad, la norma conserva su validez y se estipula la obligación de que el legislador corrija la inconstitucionalidad, en este caso causada por la omisión legislativa. Como ejemplo señalaremos una sentencia del Tribunal Constitucional español sobre el régimen matrimonial y sus cargas tributarias, mismas que no constituyen

---

diferente a la elaborada previamente. Cfr. Laura Rangel Hernández: *Inconstitucionalidad por omisión legislativa*, op. cit.

<sup>36</sup> Se estima conveniente rescatar diversa clasificación que parte del término genérico sentencias exhortativas, para luego hacer una subdivisión en *sentencias* exhortativas “de delegación”, de “inconstitucionalidad simple”, y por “constitucionalidad precaria” (Néstor Pedro Sagüés: *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos*, op. cit).

<sup>37</sup> Joaquín Brage Camazano: “Interpretación constitucional, declaraciones de inconstitucionalidad y arsenal sentenciador (un sucinto inventario de algunas sentencias ‘atípicas’”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.): *Interpretación constitucional*, México: Porrúa, 2005.

<sup>38</sup> “No se puede decir en la actualidad –razonaba el BVerfG– que las más rigurosas condiciones que establece la legislación vigente para la pensión de un viudo en comparación con las exigencias para ser acreedor a una pensión de este tipo por una viuda en la Seguridad Social sean incompatibles con la Grundgesetz. El legislador debe, sin embargo, esforzarse por encontrar una solución apropiada que excluya en el futuro una violación del art. 3, apartados 2 y 3 de la Ley Fundamental” (citado por Klaus Schlaich, “El Tribunal Constitucional Federal Alemán”, en *Tribunales constitucionales y derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984; citado a su vez por Francisco Fernández Segado: “El control de las omisiones legislativas por el *Bundesverfassungsgericht*”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 10, México, julio-diciembre, 2008.

un trato equitativo con las personas solteras. Aquí se opta por la declaración de inconstitucionalidad sin anular la norma, pues esta determinación afectaría otros principios constitucionales.<sup>39</sup>

Igualmente, comentaremos un caso alemán, derivado de la ley de 6 de diciembre de 1951, que incrementaba los sueldos de funcionarios pero no contempló a un grupo específico de ellos; aquí el Tribunal Constitucional estimó que había fundamento para declarar la inconstitucionalidad de la norma, pero que no era conveniente ordenar su nulidad, al causarse mayores perjuicios al resto de los funcionarios.<sup>40</sup>

- Sentencias aditivas: este tipo de resoluciones también admiten algunas variantes, pero el punto común radica en que se pone énfasis en la omisión que vulnera la Constitución, esto es, la inconstitucionalidad proviene precisamente de aquellas cuestiones que la ley “no prevé o no contempla”. El juez constitucional hace un ejercicio de interpretación, analiza los contenidos faltantes y como resultado crea una norma que se adiciona al texto existente para colmar ese vacío. La resolución más representativa de este género fue dictada por el Tribunal Constitucional español sobre la reclamación de prestaciones de muerte y de viudedad, en la que al hablar específicamente de la “viuda” se deja fuera la posibilidad de incluir a los “viudos”.<sup>41</sup>

Por otra parte, destacan las sentencias aditivas “de principio”, en las que en lugar de introducir una norma o regla específica para la resolución del caso, la Corte Constitucional italiana opta por introducir al sistema normativo algunos principios que deben

---

<sup>39</sup> Cuestión de inconstitucionalidad 45/1989, se dice: “Le cumple, pues, al legislador, a partir de esta Sentencia, llevar a cabo las modificaciones o adaptaciones pertinentes en el régimen legal del impuesto, sirviéndose para ello de su propia libertad de configuración normativa que, como hemos venido señalando, no puede ser ni desconocida ni sustituida por este Tribunal Constitucional, al que en un proceso como el que ahora concluye sólo le corresponde apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de los preceptos enjuiciados” (sentencia publicada en el BOE: 19890302 n.º 52).

<sup>40</sup> “Constatada la violación de derechos fundamentales de los demandantes en queja, *el Tribunal soslayaba la anulación de los preceptos legales, a fin de evitar un vacío jurídico conducente a privar de base legal el pago de los sueldos y pensiones de los funcionarios [...] Así las cosas, el BVerfG se limitaba simplemente a constatar que el legislador federal, al abstenerse de modificar (de incrementar en realidad) ciertos sueldos y pensiones, había atentado contra un derecho garantizado por el art 33.5 GG, decisión que tenía como efecto desencadenar la obligación del legislador de adoptar en beneficio del grupo concernido una ley conforme con las exigencias constitucionales del art. 33.5*” (Francisco Fernández Segado: “El control de las omisiones legislativas por el *Bundesverfassungsgericht*”, op. cit., pp. 104-105).

<sup>41</sup> En los fundamentos jurídicos se establece: “Para restablecer la igualdad se hace preciso declarar inconstitucional el apartado segundo del art. 160, y el inciso del apartado 1 donde dice en femenino ‘la viuda’, pues sólo de este modo se consigue que los viudos de las trabajadoras afiliadas a la seguridad social tengan el derecho a la pensión en las mismas condiciones que los titulares del sexo femenino. Todo ello, naturalmente, ha de entenderse sin perjuicio de la potestad de los órganos de producción jurídica del Estado para articular un sistema diferente, siempre que en el mismo se respeten los principios y dictados de la Constitución y en especial el principio de igualdad” (Cuestión de inconstitucionalidad 301/1982, sentencia 103/1983, en <www.tribunalconstitucional.es>).

regir la actuación del juez de la causa, quien dependiendo del caso concreto resolverá en atención a ellos. Esta modalidad se crea debido a la existencia de diversas opciones legislativas que pudieran solucionar la situación concreta, de tal suerte que para no invadir la discrecionalidad del legislador, se prefiere señalar los principios que deben seguirse para que la situación se torne constitucional, siendo el juez ordinario quien aporte la solución específica.

Como ejemplo, una sentencia de la Corte Constitucional italiana en relación con la protección que la ley otorga a las madres trabajadoras, en específico en cuanto a los tiempos de separación del trabajo derivados del parto, en la cual se resolvió que existe una omisión legislativa al no considerar la hipótesis de los partos prematuros, con lo que se violenta al principio de igualdad de trato. En la resolución se señalaron los principios jurídicos que deben protegerse al resolver la cuestión en particular, reservando al juez la determinación conducente.<sup>42</sup>

Con alguna diferencia, la Corte Constitucional de Colombia habla de sentencias integradoras para subsanar la omisión legislativa constatada, como sucede en aquella en la cual establece las normas que temporalmente serán aplicables a la forma de acceso de grupos indígenas al servicio educativo estatal.<sup>43</sup>

#### 4. Efectos de reparación de las sentencias

Debido a la complejidad del tema, de las sentencias que resuelven la inconstitucionalidad por omisión legislativa se desprenden una gran cantidad de efectos. Estos pueden ser hacia el propio orden jurídico, hacia el legislador omiso, hacia el promovente de la acción, entre otros;<sup>44</sup> esto adicionalmente a los derivados de toda sentencia, como la

<sup>42</sup> Sentencia 24 de junio de 1999, n° 24-30: “Peraltro, accertata l’illegittimità costituzionale della norma, in assenza di intervento legislativo sarà il giudice a individuare nel complessivo sistema normativo la regola idonea a disciplinare la fattispecie in conformità dei principi indicati (sentenze n. 347 del 1998 e n. 295 del 1991)”, <[www.cortecostituzionale.it/](http://www.cortecostituzionale.it/)>.

<sup>43</sup> Demanda de inconstitucionalidad, sentencia C-208/07: “Se ha dejado claro que su incompatibilidad con la Carta deviene, en realidad, del hecho de haber omitido incluir una normatividad especial en la materia aplicable a las comunidades indígenas, acorde con sus usos y costumbres. Siendo ello así, lo que procede en este caso es que la Corte dicte una sentencia integradora, en el sentido de declarar exequible el Decreto-Ley 1278 de 2002, ‘por el cual se establece el estatuto de profesionalización docente’, siempre y cuando se entienda que el mismo no es aplicable a las situaciones administrativas relacionadas con la vinculación, administración y formación de los docentes y directivos docentes en los establecimientos educativos estatales ubicados en territorios indígenas que atienden población indígena, aclarando que, mientras el legislador procede a expedir un estatuto de profesionalización docente que regule de manera especial la materia, las normas aplicables a los grupos indígenas serán las contenidas en la Ley General de Educación y las demás normas complementarias”, <[www.corteconstitucional.gov.co/](http://www.corteconstitucional.gov.co/)>.

<sup>44</sup> Aun dentro de estos rubros (que han sido construidos desde ciertos parámetros específicos) los efectos se interrelacionan, dada la naturaleza del vicio; por lo tanto, su clasificación dependerá del elemento que se seleccione para su estudio.

cosa juzgada, la cosa interpretada, los efectos en el tiempo, etc. Dada la finalidad de este trabajo, es necesario hacer la precisión de que aquí haremos una breve referencia únicamente a los efectos que pudieran incidir en la reparación del estado de cosas causado por la omisión legislativa.

Circunscribiéndonos a las hipótesis en las que se ha entrado al análisis de los asuntos y con independencia de la división que hemos hecho en el epígrafe anterior, respecto de si se cuenta con sustento de derecho positivo o si se resuelve con base en la potestad del órgano jurisdiccional, y también dejando de lado la distinción en cuanto a su tratamiento específico, (o no) como un vicio de omisión legislativa, a continuación destacaremos algunos casos en que la sentencia tiene un efecto de reparación frente a la omisión legislativa inconstitucional.

- Recomendación, apelación o exhortación de legislar: con independencia de la variante “doctrinal” de la sentencia, y si se declara o no la inconstitucionalidad, aquí nos referiremos a casos en los que el órgano controlador de la constitucionalidad decide hacer un llamamiento al legislativo omiso para que emita la normatividad faltante.

Mucho se ha discutido sobre la efectividad de estas sentencias, pues se hace el señalamiento para que se colme la omisión, de modo que no tiene efectos vinculatorios o coercitivos; no obstante, debe manifestarse que la eficacia de estas resoluciones, en gran medida dependerá del nivel de legitimidad que tengan los órganos controladores, del diseño institucional, del nivel de organización política y la calidad democrática que impere en cada sistema jurídico. Por ejemplo, en Alemania puede decirse que tienen un alto grado de efectividad;<sup>45</sup> en tanto que en Italia a pesar de no ser desatendidas, ante la tardanza que puede generarse, la Corte ha optado por buscar otras alternativas que otorguen una solución inmediata al problema, prefiriendo las sentencias aditivas.<sup>46</sup>

Ahora bien, no es de despreciarse la exhortación a legislar, especialmente en sistemas en los cuales el desarrollo democrático y el nivel de legitimación de la justicia constitucional no permiten la adopción de sentencias aditivas. Con dichas resoluciones se hace patente el incumplimiento a una obligación constitucional y

---

<sup>45</sup> “La praxis nos muestra que el legislador ha seguido, sin manifestaciones significativas en contrario, las indicaciones del BVerfG, plasmadas, como ya se ha dicho, en los fundamentos jurídicos de estas decisiones. [...] Y desde una óptica igualmente pragmática, habría que añadir que el peculiar significado que los órganos estatales, y también la opinión pública, atribuyen a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional Federal, aseguran a las Appellentscheidungen una eficacia comparable a la de cualquier otra decisión de naturaleza preceptiva, lo que se corrobora a la vista de las, en ocasiones, profundas reformas legislativas a las que este tipo de decisiones han dado lugar” (Francisco Fernández Segado: “El control de las omisiones legislativas por el Bundesverfassungsgericht”, op. cit. p. 99).

<sup>46</sup> Véase Tania Groppi: “Corte Constitucional y el principio de efectividad”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y César Molina Suárez (coords.): *El juez constitucional en el siglo XXI* (t. I), México: UNAM-SCJN, 2009.

se fija un principio directivo que marca la necesidad de intervención del cuerpo legislativo para colmar la omisión.

Adicionalmente, se puede estipular un plazo para la expedición de la norma, lo cual puede ser benéfico, en cuanto marca una línea temporal para la actuación de dicho órgano, con la intención de no permitir que la violación constitucional siga extendiéndose indefinidamente. Esto además facilita la apreciación del grado de morosidad en la expedición de la norma;<sup>47</sup> aunque en muchas ocasiones este plazo tampoco es atendido.

No obstante, destacaremos una sentencia del Pleno del Tribunal Superior de Justicia de Tlaxcala, que otorga plazo para legislar, pero con base en un precepto constitucional específico. En la acción contra la omisión legislativa 5/2004, por no haber expedido el Reglamento de la Ley de Comunicaciones y Transportes, ante la constatación de tal omisión se señaló plazo de tres meses para expedirlo.<sup>48</sup>

Otra posibilidad es que además de la exhortación a legislar, el juez constitucional establezca ciertos principios que deben desarrollarse o lineamientos que debe cubrir la norma que se expida. Esta alternativa es encomiable, habida cuenta que el ejercicio de análisis constitucional ya se ha realizado, y el órgano controlador ha detectado aquellos supuestos, hipótesis o sujetos que deben ser tomados en cuenta para que la norma que ha de emitirse sea constitucional, de tal suerte que de forma previa se hacen estas indicaciones para coadyuvar, en dichos aspectos específicos, a la constitucionalidad de la nueva norma. Esto puede realizarse sin violentar la discrecionalidad de los cuerpos legislativos, toda vez que estos lineamientos deben ser generales y sin agotar las opciones legislativas, imperando la prudencia y autolimitación de los órganos jurisdiccionales. La SCJN ha dictado resoluciones de este tipo.<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> En la C.C. 80/2004 se impugnó la omisión de legislar para adecuar el Código Administrativo del Estado de Chihuahua, conforme a un decreto de reformas a la Constitución federal. Se señala que el Congreso local deberá realizar las adecuaciones legales dentro del plazo de un año, esta sentencia fue debidamente cumplida.

En la C.C. 4/2005 no se alegó concepto de invalidez relacionado con omisión legislativa, sin embargo, la SCJN, al constatarla, realizó una “precisión previa,” y conminó al legislador a que se pronuncie “a la brevedad posible”. Dicho tribunal también ha conminado a legislar en las A.I. 27/2009 y 118/2008, así como en las controversias 25/2008 y 49/2008, a las cuales también se dio cumplimiento.

<sup>48</sup> El 17 de abril de 2008 se publicó en el Periódico Oficial el “Reglamento de la Ley de Comunicaciones y Transportes en el Estado de Tlaxcala en Materia de Transporte Público y Privado”.

<sup>49</sup> C.C. 7/2005: “Con la finalidad de salvaguardar el orden jurídico en el Estado de Campeche, esta Suprema Corte determina que la Legislatura Local, dentro del plazo de un año, contado a partir de la legal notificación de la presente ejecutoria, deberá realizar las adecuaciones en materia municipal, sean en la Constitución Local o en las leyes ordinarias, ajustándose en su totalidad al artículo 115, fracción II, inciso b), constitucional; particularmente: a) Suprimir el requisito de la autorización del Congreso del Estado de Campeche para que los Municipios de dicha entidad puedan enajenar o afectar sus bienes o celebrar actos jurídicos, entre ellos, la concesión a particulares de servicios públicos. b) Señalar con precisión, los casos en los que se requiera la votación calificada de los miembros de los Ayuntamientos para los fines destacados en el inciso anterior. c) Precisar en



- Cobertura del orden jurídico: según hemos comentado, esta hipótesis se puede configurar al hacer efectiva una disposición constitucional (aplicación directa) que permite específicamente cubrir el vacío causado por la omisión legislativa, o ante la ausencia de precepto concreto, a través de las sentencias aditivas que buscan resolver de manera directa la problemática causada por la omisión al introducir en el sistema jurídico el supuesto o sujeto excluido; pero también se puede atender a través de una variedad de sentencias interpretativas, como por ejemplo:
- Si se lleva a cabo una “interpretación conforme”, es decir, cuando el juez constitucional se pronuncia sobre la constitucionalidad de una norma “siempre y cuando” ésta sea entendida en cierto sentido que sea acorde a los principios constitucionales, y en el caso que nos ocupa, cuando esto implique considerar incluidos en su contenido normativo a los supuestos o sujetos que han sido incorrectamente omitidos.
- Cuando la sentencia versa sobre la violación a derechos fundamentales causada por la omisión legislativa, también existe la posibilidad de que el juez constitucional emita una resolución en la que proteja directamente ese derecho, permitiendo su ejercicio. Con esto también se incide en el orden jurídico en el que recae la omisión, ya que al final realiza una cobertura de la omisión en el caso concreto. Téngase en cuenta que los efectos de estas resoluciones podrán ser restringidos al caso concreto o con efectos *erga omnes*, dependiendo del proceso constitucional en el que sean dictados y, consecuentemente, del alcance que tengan estas resoluciones.

Como ejemplo podemos citar dos casos en España: un recurso de amparo (1710/1994) promovido por la lesión a los derechos de libertad de expresión y comunicación, en perjuicio de una empresa de televisión por cable, a la que se le impusieron varias sanciones por no contar con una concesión administrativa para operar. Vista la omisión legislativa en la materia, que no prevé sujetar a autorización o concesión el ejercicio de dichos medios de comunicación, la resolución reconoce a la recurrente sus derechos, restableciéndolos en su integridad y anulando la resolución combatida.<sup>50</sup>

---

ley qué requisitos deben cumplir los Municipios para concesionar los servicios públicos; aspectos éstos en los que la omisión legislativa es manifiesta”.

<sup>50</sup> “los derechos a comunicar libremente el pensamiento y la información pueden resultar limitados en favor de otros derechos, pero lo que no puede hacer el legislador es diferir sine die, más allá de todo tiempo razonable y sin que existan razones que justifiquen la demora, la regulación de una actividad, [...] pues la ausencia de regulación legal comporta, de hecho, [...] no una regulación limitativa del derecho fundamental, sino la prohibición lisa y llana de aquella actividad que es ejercicio de la libertad de comunicación [...] Por ello, sin negar la conveniencia de una legislación ordenadora del medio, en tanto ésta no se produzca, no cabe, porque subsista la laguna legal, sujetar a concesión o autorización administrativa –de imposible consecución, por lo demás– el ejercicio de la actividad de emisión de televisión local por cable, pues ello implica el desconocimiento total o supresión del derecho fundamental a la libertad de expresión y de comunicación que garantiza el art. 20.1, a) y d) CE” (Segunda Sala del Tribunal Constitucional, <[www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es)>).

Consta en otro recurso de amparo (15/1982) ante el Tribunal Constitucional que se pretendía obligar al quejoso a prestar el servicio militar, a pesar de que manifestaba objeción de conciencia por motivos no religiosos; sin embargo, al no estar específicamente previsto este supuesto en vía legal ni existir un procedimiento para hacer valer la objeción, prácticamente se hacía nugatorio dicho derecho. En razón de lo anterior se dispone: “reconocer el derecho del recurrente a que se aplase su incorporación a filas hasta que se dicte la Ley, prevista en el art. 30.2 de la Constitución, que permita la plena aplicabilidad y eficacia del derecho a la objeción de conciencia por él alegada”.

En México, en la acción de inconstitucionalidad 27/2009 la SCJN determinó la existencia de la omisión legislativa imputable al Congreso de Aguascalientes por no “establecer a favor del Instituto Estatal Electoral, la facultad para convenir con el Instituto Federal Electoral para que éste último se haga cargo de la organización de los procesos electorales locales”. Además de señalar la obligación de legislar *a la brevedad posible*, se determinó que en aplicación directa de la Constitución “el Consejo General del Instituto Estatal Electoral del Estado de Aguascalientes, inclusive para la elección inmediata, está facultado para que en caso de así decidirlo, celebre este convenio con el Instituto Federal Electoral.”

Por otra parte, nos interesa comentar un caso mexicano, en el cual se vislumbró una forma de dar solución a la violación al principio de igualdad causada por la omisión legislativa, al no considerarse ciertos supuestos o sujetos. Se determinó que no debe desestimarse la vía, sino más bien enfocar el análisis del caso al propio cumplimiento de la garantía de igualdad, a través de la aplicación del test de igualdad, ya que de lo contrario “se haría nugatoria la defensa jurisdiccional del principio de igualdad ante la ley, vulnerando los principios que orientan la tutela judicial efectiva”.<sup>51</sup>

Finalmente, queremos señalar un intento de reparación a través de cobertura que no pudo concretarse. Se trata de la controversia constitucional 25/2008, promovida por el Supremo Tribunal de Justicia de Jalisco, la cual se declaró fundada en contra de la omisión legislativa del Congreso local, consistente en la falta de regulación del haber de retiro para los magistrados de la entidad, concediéndose un plazo para emitir las normas omitidas. Algunos ministros<sup>52</sup> consideraron que eso no era suficiente para garantizar los derechos de los magistrados, en razón de lo cual estimaron que debió establecerse el efecto de que “de manera provisional y hasta en tanto se cumpliera con la obligación de legislar, el haber por retiro para los magistrados en la entidad se rigiera en términos del artículo 183 de la Ley Orgánica

---

<sup>51</sup> Cfr. Igualdad. Debe estudiarse en el juicio de amparo el cumplimiento a dicha garantía si se advierte que la norma genera un trato desigual por exclusión tácita. Amparo en revisión 416/2010, 9ª época, 1ª Sala, SJF, XXXII, diciembre 2010, p. 167.

<sup>52</sup> Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Olga Sánchez Cordero, José Ramón Cossío y Guillermo Ortiz Mayagoitia.

del Poder Judicial de la Federación”. La finalidad de estos jueces constitucionales era preservar los derechos en juego, mediante la cobertura de las disposiciones omitidas a través de la aplicación temporal de la ley federal. Lamentablemente, el Pleno no coincidió con esta postura, la cual solamente consta en el voto concurrente respectivo.<sup>53</sup> Concluimos que las resoluciones antes señaladas son las que generan un verdadero efecto de reparación.

- Expedición de la norma omitida: algunos diseños constitucionales, como en Ecuador, Chiapas y Querétaro, permiten al órgano encargado del control constitucional la expedición de una legislación temporal. Esta facultad trae aparejada una serie de problemas jurídicos, financieros, de ejecución práctica, entre otros, precisamente porque el juez constitucional es eso, un juez, que no está preparado para la labor legislativa ni puede sustituir a los cuerpos de deliberación política.<sup>54</sup> Por tanto, se estima que no debe llegarse a este extremo, que puede tener serias consecuencias e inclusive agravar los problemas que pretende resolver, como sucedió cuando la Corte Constitucional italiana dictó algunas sentencias aditivas en materia de derechos sociales, en las cuales los aspectos presupuestarios y financieros trajeron aparejadas serias dificultades para su cumplimiento.<sup>55</sup>
- Resarcimiento económico: si bien esta hipótesis no corrige la omisión legislativa ni sus efectos perniciosos, sí implica al menos un principio de reparación de las consecuencias generadas, a través del pago de una indemnización por los daños cuantificables. Lamentablemente, esta alternativa no es muy común para la omisión legislativa, siendo la Constitución de la Provincia de Río Negro en Argentina la única que prevé esta posibilidad; sin embargo, también podría lograrse a través de la implementación de la responsabilidad patrimonial del legislador omiso.<sup>56</sup>

Con lo anterior hemos querido mostrar un panorama ejemplificativo, mas no exhaustivo, de distintas variantes de sentencias constitucionales que versan o se pronuncian sobre la inconstitucionalidad por omisión legislativa. No obstante, es

---

<sup>53</sup> Destacando: “Todo tribunal constitucional tiene una función creadora del derecho que actúa en el nivel constitucional, por encima de los órdenes federal y estatal, de modo que, desde el artículo 41 de la ley reglamentaria, le es dable a esta Suprema Corte reconstruir partes del orden jurídico a partir de decisiones judiciales. Esto puede hacerse mediante el establecimiento de lineamientos que deberán observarse por los operadores jurídicos en ausencia de la legislación que subsane la omisión inconstitucional o, cuando ello resulte más conveniente, mediante la remisión a otros ordenamientos legales, inclusive derogados o pertenecientes a otros órdenes parciales, sin que ello implique sustituirse en la función legislativa, pues se trata de una medida transitoria que, con el fin de dar plena eficacia a una sentencia estimatoria, colma una laguna mediante la aplicación de una alternativa válida, sujeta a que el legislador actúe en pleno uso de su potestad, con el único límite del texto constitucional”.

<sup>54</sup> Néstor Pedro Sagüés: “Novedades sobre inconstitucionalidad por omisión: La Corte Constitucional de Ecuador como legislador suplente y precario”, op. cit.

<sup>55</sup> Cfr. Tania Groppi: “Corte Constitucional y el principio de efectividad”, op. cit.

<sup>56</sup> Esta alternativa se analiza y propone en Laura Rangel Hernández: *Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Teoría general y su control jurisdiccional en México*, op. cit.

preciso señalar que la verdadera efectividad de cualquier sentencia constitucional, y dentro de éstas las que hemos comentado, reside en su cumplimiento, ya que solamente así se lleva a la práctica el resultado del trabajo jurisdiccional –en este caso constitucional–, con lo cual se garantiza la supremacía constitucional, además del pleno goce y ejercicio de competencias constitucionales, derechos fundamentales o garantías institucionales, y consecuentemente se afianza y consolida el derecho procesal constitucional, ya sea local, o ya sea federal.

## Bibliografía

- BRAGE CAMAZANO, Joaquín: “Interpretación constitucional, declaraciones de inconstitucionalidad y arsenal sentenciador (un sucinto inventario de algunas sentencias “atípicas”)", en, Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.): *Interpretación constitucional*, México: Porrúa, 2005.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: “El control de las omisiones legislativas por el *Bundesverfassungsgericht*", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 10, México, julio-diciembre de 2008.
- GROPPI, Tania: “Corte Constitucional y el principio de Efectividad”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y César Molina Suárez (coords.): *El juez constitucional en el siglo XXI* (t. I), México: UNAM-SCJN, 2009.
- RANGEL HERNÁNDEZ, Laura: “El control de las omisiones legislativas en México. Una invitación a la reflexión”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar (coords.): *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho* (t. VIII), México: UNAM-Marcial Pons, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Teoría general y su control jurisdiccional en México*, México: Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2009.
- \_\_\_\_\_. “La controversia constitucional como medio de control de las omisiones legislativas inconstitucionales. En busca de una teoría jurisprudencial en la materia”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Edgar Danés Rojas (coords.): *La protección orgánica de la Constitución*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2011.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro: *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos. Reflexiones sobre los retos y la codificación del derecho procesal constitucional, las fronteras del control de constitucionalidad y los avances del amparo*, Argentina: Konrad Adenauer Stiftung- Ad-Hoc, 2006.
- \_\_\_\_\_. “Novedades sobre inconstitucionalidad por omisión: la Corte Constitucional de Ecuador como legislador suplente y precario”, en *Estudios Constitucionales*, año 7, n.º 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Chile, 2009.

Alan E. Vargas Lima (Bolivia)\*

## El nuevo régimen codificado de los procesos constitucionales en Bolivia

### RESUMEN

El presente ensayo pretende mostrar el notable desarrollo del derecho procesal constitucional en Bolivia y su actual configuración como rama especializada y autónoma del derecho público, a través de la reciente aprobación del Código Procesal Constitucional, anotando algunas sugerencias para su optimización normativa y poniendo de relieve su importancia para la consolidación del sistema de control jurisdiccional concentrado de constitucionalidad en el Estado plurinacional de Bolivia.

**Palabras clave:** acción y defensa (Derecho), derecho procesal constitucional, derecho constitucional, control de constitucionalidad, Bolivia.

### ZUSAMMENFASSUNG

Der vorliegende Aufsatz soll die bemerkenswerte Entwicklung des Verfassungsprozessrechts in Bolivien und seine aktuelle Stellung als spezieller und autonomer Teilbereich des öffentlichen Rechts darlegen, die es durch die vor kurzem beschlossene Verfassungsprozessordnung erlangt hat. Hierzu werden einige Vorschläge zur normativen Verbesserung gemacht, und es wird herausgearbeitet, wie wichtig das Verfassungsprozessrecht für die Konsolidierung des Systems der konzentrierten richterlichen Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit im plurinationalen Staat Bolivien ist.

**Schlagwörter:** Klage und Verteidigung (Recht), Verfassungsprozessrecht, Verfassungsrecht, Prüfung der Verfassungsmäßigkeit, Bolivien.

---

\* El autor es abogado, especialista en Derecho Constitucional por la Universidad Mayor de San Andrés, Bolivia. Actualmente es asesor legal de la Dirección Jurídica del Gobierno Autónomo Municipal de La Paz. Responsable del blog jurídico *Tren Fugitivo Boliviano*, <<http://alanvargas4784.blogspot.com/>>.

## ABSTRACT

Our aim is to describe the remarkable development of procedural constitutional law in Bolivia and its current situation as a specialized and autonomous branch of public law, through the recent adoption of the Code of Constitutional Procedure. We make suggestions for its optimization and highlight its importance for strengthening the centralized jurisdictional control system in the Plurinational State of Bolivia.

**Keywords:** Action and defense (rights), procedural constitutional law, Constitutional law, constitutionality control, Bolivia.

## 1. Los estudios sobre derecho procesal constitucional en Bolivia

Resulta necesario considerar que la adopción del nuevo sistema de control concentrado de constitucionalidad en Bolivia (*modelo europeo-kelseniano*), a través de la reforma constitucional efectuada en 1994, y la consiguiente implementación del *Tribunal Constitucional, como máximo guardián y supremo intérprete de la Constitución*, ha dado lugar en nuestro país al desarrollo de una nueva disciplina jurídica denominada derecho procesal constitucional. De manera general, se puede señalar que *el derecho procesal constitucional es la disciplina del derecho público, que estudia los diversos sistemas y modelos de control de constitucionalidad, como mecanismos de defensa de la Constitución, así como el conjunto de normas que regulan la estructura, la organización y el funcionamiento de los órganos encargados de ejercer el control de constitucionalidad, además de los procesos constitucionales a través de los cuales se resuelven las controversias constitucionales de acuerdo a los procedimientos legalmente establecidos para su tramitación.*<sup>1</sup>

En otras palabras, esta disciplina realiza un estudio teórico-doctrinal, normativo y jurisprudencial sobre los sistemas existentes para la defensa de la Constitución (a través del *control de constitucionalidad*), analizando sus fundamentos jurídicos y políticos, los diversos modelos de control de constitucionalidad que se han adoptado en el mundo (*difuso y concentrado*, con una virtual convergencia entre ambos), los mecanismos y vías de *control, defensa e interpretación de la Constitución*, y finalmente estudia también los procedimientos jurisdiccionales que deben emplearse para efectivizar el control de constitucionalidad (*en el ámbito normativo, competencial y/o tutelar*), comprendiendo el

<sup>1</sup> Cfr. José Antonio Rivera Santiviáñez: *Temas de derecho procesal constitucional*, Cochabamba, Bolivia: Grupo Editorial KIPUS, 2007, p. 19, citado en el ensayo de mi autoría “Estudio introductorio al nuevo derecho constitucional boliviano”, publicado en *La Gaceta Jurídica*, 30 de julio de 2010, <<http://es.scribd.com/doc/59545154>>, y en el blog jurídico *Tren Fugitivo Boliviano*, <http://alanvargas4784.blogspot.com/>>. Asimismo, algunas consideraciones sobre los antecedentes históricos y el nacimiento del derecho procesal constitucional, su naturaleza jurídica, objeto de estudio y su desarrollo en cuanto a la enseñanza, la legislación y la doctrina en América Latina, pueden verse en el trabajo de Humberto Nogueira Alcalá: “Reflexiones sobre el derecho procesal constitucional en América Latina”, en *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, vol. 2, n.º 2, pp. 127-149, 2010, <<http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/97.pdf>>.

conjunto de acciones desarrolladas por los jueces y tribunales encargados de administrar justicia constitucional, tales como *la interpretación constitucional, la legitimación activa y pasiva, los procedimientos de tramitación de los recursos y/o acciones constitucionales, las sentencias constitucionales en cuanto a sus efectos vinculantes, incluyendo además el estudio de la jurisprudencia constitucional.*

En el caso de Bolivia se debe hacer notar que, indudablemente, uno de los primeros escritos realizados acerca de esta disciplina lo constituye el ensayo sobre *derecho procesal constitucional* que apareciera publicado en el año 1999,<sup>2</sup> por obra del exmagistrado e insigne jurista José Decker Morales (ahora fallecido), en donde analizando los orígenes y la evolución del derecho procesal, el autor llegó a afirmar la presencia del derecho procesal constitucional en Bolivia, al señalar que: “los Códigos sustantivos entran en movimiento sólo con el Derecho Procesal y, como la Constitución Política del Estado es también un conjunto diverso de normas sustantivas, también entran en función con la intervención del Derecho Procesal Constitucional”, a cuyo efecto agregaba que su intención era precisamente poner en movimiento a las normas constitucionales a través de esta disciplina (sin precedentes, en aquel tiempo). Aunque paralelamente admitía que sus normas aparecían entremezcladas, de manera equivocada, con las demás normas del procedimiento civil vigente (esto en referencia directa al título VII: “De los procesos y recursos previstos en la Constitución Política del Estado”, contenido en el Código de Procedimiento Civil, elevado a rango legislativo mediante Ley n.º 1760 de 28 de febrero de 1997). De ahí que este autor justificara la necesidad del estudio de esta disciplina especializada en nuestro país, argumentando que:

El Derecho Procesal Constitucional no es una creación cualquiera ni arbitraria; por el contrario, se trata de un derecho que consagra el orden social deseado y, por ello, interesa a la colectividad mantener la paz que caracteriza al orden social establecido. [...] los principios constitucionales no son otra cosa que el contenido de la Constitución Política del Estado. En esos principios están comprendidos, fuera de otros aspectos, los derechos y garantías constitucionales, los que para entrar en función requieren del Derecho Procesal Constitucional, como cualquiera de los códigos sustantivos. En otros términos, la Constitución Política del Estado da lugar al nacimiento del Derecho Procesal Constitucional.

Asimismo, después de examinar a los tratadistas que desde aquel tiempo sostenían favorablemente la creación y el contenido mínimo de esta disciplina, cabe resaltar que José Decker Morales –con mucha sabiduría– llegó a vislumbrar inclusive la codificación del derecho procesal constitucional en Bolivia, al señalar que si bien de acuerdo a las normas previstas por los artículos 119 y 120 de la Constitución Política del Estado (reformada el año 1994) se dispuso la creación y las atribuciones del Tribunal Constitucional,

---

<sup>2</sup> José Decker Morales: “Derecho procesal constitucional”, en *Revista Jurídica*, n.º 3, Carrera de Derecho, Unidad Cochabamba, Cochabamba, Bolivia, 1999, pp. 55-66.

“sus componentes verán si el número de atribuciones es suficiente para dar solución a los diferentes procesos constitucionales que serán organizados de acuerdo con la materia que se reclama o se pretende reclamar. Los componentes del referido Tribunal, son pues los supremos intérpretes de la Constitución, pero lo más importante es que de acuerdo con los trámites que se irán sucediendo, emergerá el Código de Derecho Procesal Constitucional”.<sup>3</sup>

Posteriormente se produjo un importante desarrollo doctrinal de esta disciplina jurídica en Bolivia, y cabe hacer notar que los trabajos más completos sobre la materia han sido elaborados por el distinguido académico y exmagistrado del Tribunal Constitucional de Bolivia, Dr. José Antonio Rivera Santiváñez, quien ha desarrollado los tópicos esenciales para el estudio de la materia en su obra *Jurisdicción constitucional. Procesos constitucionales en Bolivia*, cuya primera edición data del año 2001, con una segunda edición actualizada el año 2004 (habiéndose presentado una tercera edición en la ciudad de Cochabamba, Bolivia, en el año 2011), en donde se exponen claramente las nociones generales e indispensables para la comprensión del contenido y los alcances del derecho procesal constitucional, así como también analiza las reglas de los distintos procesos constitucionales regulados por la Constitución Política del Estado plurinacional de Bolivia (aprobada el año 2009), aspectos que son objeto de estudio de esta disciplina.<sup>4</sup>

Un reciente estudio sobre la naturaleza y los alcances del derecho procesal constitucional ha sido abordado por quien fuera primer presidente del Tribunal Constitucional de Bolivia, Dr. Pablo Dermizaky, quien ha llegado a definir a esta disciplina como “la parte del Derecho Procesal General que se ocupa de poner en actividad a la jurisdicción constitucional, entendida ésta como el control, defensa e interpretación de la Constitución”,<sup>5</sup> dejando establecido además que en el derecho procesal constitucional serían aplicables algunos de los principios estudiados por el derecho procesal administrativo, como son los de legalidad, oficialidad (o impulso de oficio), informalismo, entre otros.

---

<sup>3</sup> Estas ideas y el texto del ensayo de este autor también fueron publicados en *Revista del Tribunal Constitucional*, n.º 2, Sucre, Bolivia, 2000, pp. 101-116.

<sup>4</sup> Entre las obras publicadas por este autor en el año 2007 se encuentran también: *El Tribunal Constitucional defensor de la Constitución*, en donde propugna por la necesidad de su fortalecimiento y consolidación institucional en Bolivia, y *Temas de derecho procesal constitucional*, en donde ha recopilado diversos trabajos y ensayos publicados con anterioridad sobre diversos ámbitos e instituciones del derecho procesal constitucional en Bolivia y Latinoamérica.

<sup>5</sup> Pablo Dermizaky Peredo: “El derecho procesal constitucional”, en *Revista del Tribunal Constitucional*, n.º 8, Sucre, Bolivia, 2007, pp. 95-116.



## 2. Evolución normativa del derecho procesal constitucional en Bolivia

Por otro lado, respecto al desarrollo normativo –incipiente pero significativo– que ha tenido el derecho procesal constitucional en Bolivia, algunos autores han logrado distinguir algunos “momentos históricos”,<sup>6</sup> aunque en mi criterio corresponde distinguir más bien las siguientes etapas:<sup>7</sup>

- a) La primera etapa, que se inicia a partir de la aprobación de las reformas constitucionales de 1938 y 1967, en las cuales se consagraron garantías jurisdiccionales específicas para hacer efectivos los derechos de las personas, a través de los recursos constitucionales de hábeas corpus –incorporado a la Constitución mediante el referéndum popular del 11 de enero de 1931–, para proteger la libertad física o de locomoción, y el *amparo constitucional* –incorporado con la reforma constitucional de 1967– contra los actos ilegales o las omisiones indebidas de los funcionarios o particulares que restrinjan, supriman, o amenacen restringir o suprimir los derechos y las garantías de la persona, reconocidos por la Constitución y las leyes, constituyéndose ambas en garantías constitucionales esenciales para el respeto y cumplimiento de los derechos fundamentales.
- b) La segunda etapa se da a través de las reformas constitucionales de 1994 y 2004, en donde se crea e instituye el primer Tribunal Constitucional en Bolivia, encargado de ejercer el control de constitucionalidad de las leyes, así como velar por el respeto a los derechos y las garantías constitucionales de las personas, con decisiones de carácter vinculante y obligatorio para todos los órganos del poder público, lo que supone la instauración del *sistema de control jurisdiccional concentrado de constitucionalidad*, ratificado mediante la aprobación de la Ley n.º 1836 de fecha 1º de abril de 1998, que rigió su estructura, organización y funcionamiento, así como la incorporación del recurso de hábeas data como garantía constitucional a favor de quienes, de manera indebida o ilegal, se encuentren impedidos de conocer, objetar u obtener la eliminación o rectificación de sus datos registrados por cualquier medio físico, electrónico, magnético, informático en archivos o bancos de datos públicos o privados que afecten su derecho fundamental a la intimidad y privacidad personal y familiar, a su imagen, honra y reputación reconocidos en

<sup>6</sup> Henry Pinto Dávalos: “Nociones de derecho procesal constitucional (parte III)”, en *La Gaceta Jurídica*, 26 de agosto de 2011.

<sup>7</sup> Cabe considerar que esta diferenciación de etapas coincide claramente con el proceso de positivización y posterior judicialización de los derechos humanos en Bolivia, dado que “si bien el proceso de judicialización se inició con la adopción de las vías tutelares del Habeas Corpus (1931) y Amparo Constitucional (1967), es a partir de la creación (reforma constitucional de 1994) y el funcionamiento del Tribunal Constitucional (junio de 1999), como órgano encargado del control de constitucionalidad y máximo intérprete de la Constitución, que la judicialización de los derechos humanos se materializa y se hace intensiva” (José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ: op. cit., p. 144).

la misma Constitución. En otras palabras, se define como el proceso constitucional de carácter tutelar que protege a la persona en el ejercicio de su derecho a la “autodeterminación informática”.

- c) La tercera etapa, reflejada en la aprobación mediante referéndum popular de la Constitución Política del Estado plurinacional de Bolivia en el año 2009, que desarrolla ampliamente los derechos fundamentales y –cambiando la denominación de los anteriores *recursos constitucionales*<sup>8</sup>–, establece nuevas *acciones de defensa* (*acción de libertad, acción de amparo constitucional, acción de protección de privacidad, acción popular y acción de cumplimiento*); otorga jerarquía constitucional y aplicación preferente a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que forman parte del *bloque de constitucionalidad*; y además mantiene la configuración del sistema de control de constitucionalidad, mediante la consagración un nuevo Tribunal Constitucional de carácter *plurinacional*, encargado de ejercer la jurisdicción constitucional en Bolivia, así como la defensa de los derechos constitucionalmente protegidos, ratificando así el sistema de *control jurisdiccional concentrado de constitucionalidad* de las leyes y los actos de los gobernantes y autoridades públicas de todos los niveles de gobierno en el país, según lo dispuesto en la Ley n.º 27 de fecha 6 de julio de 2010 (Ley del TCP), que actualmente rige su estructura, organización y funcionamiento.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> De acuerdo a la jurisprudencia constitucional, establecida en las SSCC 0040/2011-R de 7 de febrero, 0100/2011-R de 21 de febrero entre otras, el Tribunal Constitucional Plurinacional manifestó que: “... La garantía jurisdiccional del habeas corpus fue consagrada por el art. 18 de la CPEabrg, actualmente, la Constitución Política del Estado vigente también la contempla pero con la denominación de acción de libertad arts. 125 al 127 de la (CPE); sin embargo, no se trata de un simple cambio de nomenclatura, sino de una precisión conceptual, pues conforme a la teoría del Derecho Procesal Constitucional, sustituir la denominación de ‘recurso’, por la de ‘acción’ –además de adecuar la legislación boliviana a la evolución de la doctrina de la materia– implica reconocer a esta garantía como ‘la facultad de demandar la protección de un derecho ante los órganos jurisdiccionales’ o sea ‘poner en marcha el aparato del Estado para la protección de un derecho conculcado’, en contraposición a la denominación de ‘recurso’ que implicaba considerarla como la simple impugnación o reclamación que, concedida por ley, efectúa quien se considera perjudicado o agraviado por la providencia de un juez o tribunal para que el superior la reforme o revoque y que por ello supone la existencia previa de un litigio (García Belaunde, Domingo. “El hábeas corpus en el Perú”. Universidad Mayor de San Marcos, 1979, p. 108). La precisión conceptual que implica el cambio de denominación, también conlleva que, englobando el ámbito de protección y las características esenciales del hábeas corpus, la acción de libertad adquiera una nueva dimensión; en ese sentido, se constituye en una garantía jurisdiccional esencial, pues su ámbito de protección ahora incorpora al derecho a la vida –bien jurídico primario y fuente de los demás derechos del ser humano– junto a la clásica protección al derecho a la libertad física o personal, la garantía del debido proceso en los supuestos en que exista vinculación directa con el derecho a la libertad física y absoluto estado de indefensión (SC 1865/2004) y el derecho a la libertad de locomoción, cuando exista vinculación de este derecho con la libertad física o personal, el derecho a la vida o a la salud (SC 0023/2010-R)...” (cita contenida en la sentencia constitucional plurinacional n.º 0009/2012, de fecha 16 de marzo de 2012, Sala Primera Especializada).

<sup>9</sup> Para conocer un análisis crítico constructivo de las principales disposiciones contenidas en la Ley n.º 27 del Tribunal Constitucional Plurinacional, aprobada el año 2010, puede consultarse mi

De manera tentativa, se puede definir al *Tribunal Constitucional Plurinacional* como el órgano especializado de la jurisdicción constitucional, creado con la exclusiva finalidad de administrar justicia constitucional a través del control concentrado de constitucionalidad de las leyes y de los actos provenientes de los órganos del Estado plurinacional de Bolivia, a cuyo efecto conoce y resuelve todos los conflictos jurídico-constitucionales que se produzcan en una triple dimensión: a) *normativa*: en los casos en que se produzca la incompatibilidad de una disposición legal ordinaria (sean leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos y todo género de resoluciones no judiciales) con las normas previstas por la Constitución; b) *tutelar*: en situaciones en las cuales el poder público –o un eventual poder particular– vulnera ilegalmente, por acción u omisión, los derechos fundamentales consagrados por la Ley Fundamental y/o los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como parte del bloque de constitucionalidad, y c) *del ejercicio del poder político*: en los casos en que se llegue a desconocer el principio de separación de funciones o división del ejercicio del poder político, para poner fin a los eventuales conflictos de competencia que llegaren a suscitarse entre los diferentes órganos del poder público y/o niveles de gobierno, o bien cuando se desconozcan los derechos de las minorías imponiendo decisiones contrarias a la Constitución.<sup>10</sup>

### 3. La codificación del derecho procesal constitucional en Latinoamérica y Bolivia

A propósito del desarrollo de la legislación procesal constitucional en forma sistemática en Latinoamérica, y la consecuente aparición de nuevos cuerpos normativos de derecho procesal constitucional, se debe señalar que estos esfuerzos han comenzado a tener buenos frutos en el ámbito del derecho positivo, con la aprobación de diversos códigos sobre la materia, como son por ejemplo: a) la Ley n.º 7.135 de 11 de octubre de 1989 de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica; b) la Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad de Guatemala de 14 de enero de 1986 (Decreto n.º 1-86 de la Asamblea Constituyente); c) la Ley n.º 8.369 de Procedimientos Constitucionales de la Provincia de Entre Ríos; d) el Código Procesal Constitucional de la Provincia de Tucumán (Ley n.º 6944 de 1995 y que se encuentra vigente desde el 7 de mayo de 1999, en Argentina); y e) el Código Procesal Constitucional del Perú (Ley n.º 28.237 de 2004) –éste último considerado el primer Código Procesal Constitucional en Iberoamérica

---

ensayo “Reflexiones críticas sobre la nueva Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional en Bolivia”, en *Revista de Estudios Constitucionales*, año 9, n.º 2, 2011, Universidad de Talca, Chile, <[http://www.cecoch.cl/html/revista/revista\\_9\\_2\\_2011.html](http://www.cecoch.cl/html/revista/revista_9_2_2011.html)>.

<sup>10</sup> Esta definición (tentativa) se realiza sobre la base del muy interesante estudio del destacado constitucionalista y exmagistrado del Tribunal Constitucional de Bolivia José Antonio Rivera Santiviáñez: “El papel de los tribunales constitucionales en la democracia”, en Tribunal Constitucional de Bolivia (ed.): *X Seminario Internacional: Justicia Constitucional en el siglo XXI*, memoria n.º 11, Sucre, Bolivia: Imprenta IMAG, 2008, p. 240.

y el mundo<sup>11</sup>—, los que constituyen algunas de las principales normativas sistemáticas elaboradas hasta el presente en Latinoamérica.

En armonía con esta incesante ola de experiencias codificadoras en la región, en la segunda mitad del año 2011, la Cámara de Diputados de la Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia, con el apoyo de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), junto a IDEA Internacional, presentó a la opinión pública el proyecto de ley<sup>12</sup> para aprobar el denominado *Código de Procedimientos Constitucionales*, el cual ha suscitado diversas incógnitas en relación con su pertinencia y contenido, como por ejemplo: ¿es apropiado el título del proyecto y su aparición en el estado actual del derecho procesal constitucional en nuestro país?; ¿cuáles son sus fundamentos o propósitos esenciales de acuerdo a su exposición de motivos?; ¿es necesaria o no la codificación del derecho procesal constitucional en Bolivia?; ¿cuáles son sus principales alcances, innovaciones y/o limitaciones normativas?<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> “... Cabe deslindar algunos antecedentes. La Provincia Federal de Tucumán en Argentina, ya tenía con anterioridad un Código Procesal Constitucional, de alcance territorial restringido a dicha Provincia; no rige para toda la República Argentina, pues si ello fuera así, no cabe duda que el hito histórico lo tendría este país porteño. De allí que, el Código Procesal Constitucional de Tucumán, el mismo que cuenta con una extraordinaria sistemática de IV Títulos y 111 artículos es un Código strictu sensu, pero el ámbito de su aplicación y vigencia no es para toda la Argentina. En consecuencia, este país no cuenta con un Código aplicable para todo el Estado Federal, como lo tiene el Perú, a partir de diciembre del 2004. Sí en cambio, Argentina, tiene la Ley de Amparo n.º 16.986. En lo que respecta a Costa Rica, esta República centroamericana cuenta desde 1989, no con un Código, sino con una Ley Orgánica de Jurisdicción Constitucional, no obstante ello, es todo un cuerpo unitario, regulador de las garantías constitucionales. Esta Ley Orgánica surge como consecuencia de las reformas de los artículos 10 y 48 de la Constitución que en mayo de 1989 creó un órgano especializado en materia de jurisdicción constitucional, denominándolo Sala Constitucional, dentro de la órbita del Poder Judicial. En esta Ley se subsume el desarrollo de la estructura y funciones de la Sala Constitucional, así como articula todos los mecanismos de defensa de la Constitución en Costa Rica. Para finalizar estos aspectos, en la República de El Salvador, existe igualmente el Anteproyecto de la Ley Procesal Constitucional, cuyo giro sigue la tendencia paulatina, pero imparabable, con miras a unificar la desperdigada legislación procesal constitucional en un solo cuerpo orgánico. Ahora bien, visto así las cosas, no resulta sorprendente, ni mucho menos audaz, afirmar que estamos ante el primer Código Procesal de estirpe constitucional en Iberoamérica; y cabe resaltar que, en puridad, sería el primer Código de esta naturaleza en el mundo, dado que en los países continentales europeos, se cuentan si bien con emblemáticas judicaturas concentradas en Tribunales o Cortes Constitucionales, su legislación gira bajo los marcos de una regulación vía Leyes Orgánicas de estos Tribunales Constitucionales, así como de legislación específica sobre la jurisdicción constitucional...” (José Palomino Manchego: “El primer Código Procesal Constitucional del mundo. Su iter legislativo y sus principios procesales”, <<http://bit.ly/sGKsCR>>).

<sup>12</sup> La versión original del entonces *Proyecto de Código de Procedimientos Constitucionales* para Bolivia, fue publicado por la Comisión Europea para la Democracia a través de las Leyes (Comisión de Venecia) en su opinión n.º 645/2011 de fecha 4 de octubre de 2011, <<http://t.co/tDQhYFN6>>.

<sup>13</sup> Estas y otras incógnitas motivaron en su momento al suscrito autor a realizar un estudio preliminar sobre el mencionado proyecto de ley, y que fue presentado a consideración de los amables lectores de Bolivia y Latinoamérica a través de la publicación del libro *La codificación del derecho procesal constitucional en Bolivia*, Saarbrücken, Alemania: Editorial Académica Española, 2012, <<https://t.co/XpaLG3gk>>.

En relación con estos interrogantes resulta interesante conocer los motivos que expone el profesor peruano Domingo García Belaunde respecto a por qué hacer un Código Procesal Constitucional en su país (Perú), que ciertamente es el primero –con alcance nacional– en Latinoamérica. Así, el referido autor argumentaba que:

En un primer momento, lo que tuvimos en claro al reunirnos por vez primera en 1995, es que debíamos, en lo sustancial, tener presente los siguientes objetivos: a) sistematizar una legislación que ya para esa época estaba dispersa, y lo siguió estando durante varios años; b) actualizar la terminología, los conceptos y el enfoque, no sólo teniendo en cuenta los avances de la moderna doctrina, sino sobre todo, la experiencia jurisprudencial de los últimos veinte años, y; c) perfilar algunas figuras procesales, hasta donde esto era posible, dentro del marco constitucional en el cual nos movíamos.<sup>14</sup>

Algo similar se puede decir respecto al panorama normativo de esta materia en Bolivia, dado que la primera Ley n.º 1836 del Tribunal Constitucional Boliviano, de fecha 1º de abril de 1998, se caracterizaba por tener una estructura mixta, cuya primera parte se refería solo a la estructura, la organización y el funcionamiento del entonces Tribunal Constitucional, y una segunda parte estaba específicamente dedicada a regular los procedimientos constitucionales, en donde básicamente se desarrollaban los aspectos esenciales para la tramitación de los recursos, las demandas y las consultas que podían ser sometidas a conocimiento del nuevo tribunal, a efectos de su pronunciamiento, mediante autos, declaraciones y/o sentencias constitucionales.

Sin embargo, ante la generalidad de las normas contenidas en ésta ley, y a fin de lograr una mejor optimización y difusión de los presupuestos indispensables para el normal desarrollo en la tramitación de los procedimientos constitucionales, los entonces miembros del Tribunal Constitucional, teniendo como fundamento los artículos 119-I y 121-IV de la Constitución Política del Estado reformada en el año 1994, así como la Disposición Especial Única, contenida en la citada Ley n.º 1836, adoptaron un “Reglamento de Procedimientos Constitucionales”, para que “todos los recursos, demandas y consultas que se tramiten ante el Tribunal Constitucional, en el marco establecido en los Títulos Tercero y Cuarto de la Ley del Tribunal Constitucional” se sujeten a las disposiciones del referido Reglamento, que fue aprobado inicialmente mediante el Acuerdo Jurisdiccional n.º 03/99 de fecha 2 de febrero de 1999, para que entrara en vigencia “a partir de la fecha en que el Tribunal asuma jurisdicción y competencia conforme a Ley”.

Este reglamento, por su enorme utilidad, fue muy difundido entre los abogados del foro y la ciudadanía, a fin de coadyuvar de alguna manera para la mejor atención de los nuevos recursos constitucionales (además del hábeas corpus y del amparo constitucio-

---

<sup>14</sup> Domingo García Belaunde: “El nuevo Código Procesal Constitucional del Perú”, en *Provincia* [en línea], 2005, pp. 401-419, Universidad Los Andes de Mérida, Venezuela, <<http://redalyc.uaemex.mx/pdf/555/55509913.pdf>>.

nal que ya tenían reglas de procedimiento preestablecidas en la Constitución) que en ese tiempo se pusieron en vigencia mediante la implementación del primer Tribunal Constitucional en Bolivia. Se esperaba que este instrumento procesal fuera homologado por el entonces Honorable Congreso Nacional, pero lamentablemente aquello no sucedió, por lo que dicho reglamento, si bien fue aprobado por los magistrados del Tribunal Constitucional, no tenía mucha obligatoriedad en su observancia, sino como referencia indispensable para conocer algunos aspectos formales referidos a legitimación de las partes; acreditación de personería jurídica; requisitos y forma de presentación de los recursos; demandas y consultas; etapa de admisión; defectos formales subsanables; efectos del rechazo; acumulación de causas; audiencias públicas; intervención del Ministerio Público; forma de remisión de documentos y prueba complementaria; citaciones y notificaciones; sorteo de expedientes y proyección de las resoluciones, etc., así como también en diversos capítulos se desarrollaban los *requisitos de admisión, procedencia y legitimación* de cada uno de los recursos, demandas y consultas que debían ser conocidos y resueltos por el entonces Tribunal Constitucional de Bolivia.

Entonces, evidentemente en el caso de Bolivia, también era indispensable sistematizar la legislación procesal que hasta ese momento se encontraba, de alguna forma, dispersa y levemente consignada en algunas normas contenidas en las leyes n.º 1836 de fecha 1º de abril de 1998 (anteriormente vigente), y n.º 27 de fecha 6 de julio de 2010 (Ley del TCP, que básicamente contiene la misma estructura y sistemática de la anterior).

Asimismo, creemos que la proyección de un “Código de Procedimientos Constitucionales” (como inicialmente se denominó), era la oportunidad perfecta para hacer frente a la necesidad de actualizar la terminología, los conceptos y el diseño constitucional, además de perfeccionar y mejorar la forma de tramitación de las nuevas acciones de defensa previstas en la nueva Constitución, teniendo en cuenta los importantes avances que han tenido las acciones tutelares hasta la actualidad en el derecho procesal constitucional, a nivel latinoamericano, y sobre todo las interesantes experiencias jurisprudenciales –positivas y negativas– de las cortes y tribunales constitucionales de Iberoamérica en estos últimos años,<sup>15</sup> para así lograr perfilar algunas nuevas figuras procesales que se

---

<sup>15</sup> En este sentido resulta de enorme utilidad el proyecto de investigación diseñado por el programa “Estado de Derecho”, de la Fundación Konrad Adenauer y el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, consistente en la realización de reuniones regionales anuales de trabajo en torno a la temática global de *justicia constitucional y derechos fundamentales*, con el propósito de constituir un grupo de expertos en la materia, provenientes de distintos países de América Latina, para reflejar el estado de situación de varios países latinoamericanos en lo referente al derecho constitucional y a los derechos fundamentales, a la vez que se constituyan como “observadores” del estado de la jurisdicción constitucional, en relación con la independencia judicial. De ahí que el seguimiento anual de la evolución del derecho constitucional y de la justicia constitucional en cada país latinoamericano representado en el grupo, el impacto de las reformas constitucionales, si las hubiera, los avances o retrocesos en materia de independencia judicial y en las garantías para la protección de los derechos fundamentales, son los ejes del trabajo permanente de los miembros del grupo, así como la jurisprudencia de los órganos de control jurisdiccional de constitucionalidad, sean tribunales o salas constitucionales, como supremas cortes, ocupa también

han presentado en otras latitudes del continente, a efecto de analizar la conveniencia y oportunidad de ser incorporadas o no, a la legislación boliviana, siempre dentro del marco constitucional vigente en el país.

#### 4. Disposiciones relevantes del nuevo Código Procesal Constitucional de Bolivia

Solamente algunas de las aspiraciones señaladas anteriormente lograron materializarse de manera plena con la puesta en vigencia de la *Ley n.º 254 de fecha 5 de julio de 2012*, que aprueba el *Código Procesal Constitucional* (en adelante, CPConst.), disposición legal cuyo tenor no difiere en mucho del mencionado proyecto de código, salvo por algunas correcciones de forma que se han insertado en su contenido, pero que no han logrado alterar en forma sustancial la estructura integral de texto normativo, que básicamente prevé normas adjetivas para regular los procesos constitucionales que se resuelven en ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes y de los actos provenientes de los órganos del poder público en nuestro país (sean leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos y todo género de resoluciones no judiciales), por parte del Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP).

En este sentido, de una lectura *a prima facie* del nuevo CPConst., puede observarse que éste posee una sistemática adecuadamente organizada, con siete títulos que contienen: disposiciones generales; facultades especiales del Tribunal Constitucional Plurinacional; resoluciones, efectos y ejecución; acciones de defensa; acciones de inconstitucionalidad; conflictos de competencia; control previo de constitucionalidad y consultas de autoridades indígenas originarias campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas a un caso concreto; recursos ante el Tribunal Constitucional Plurinacional y constitucionalidad del procedimiento de reforma parcial de la Constitución Política del Estado, además de cinco disposiciones finales y tres disposiciones transitorias para efectivizar en alguna medida su aplicación.

Así por ejemplo, entre los *principios procesales de la justicia constitucional*, que se establecen en el nuevo CPConst., se mencionan: la conservación de la norma, la dirección del proceso, el impulso de oficio, la celeridad, el no formalismo, la concentración, la motivación y la comprensión efectiva, además del principio de presunción de constitucionalidad.

Como se puede ver, se intenta consagrar principios procesales que se conocen inherentes a todo tipo de proceso, sin haber reparado en que los retos actuales de la adminis-

---

un lugar fundamental, logrando compilar y analizar, con una mirada crítica, los fallos más relevantes que ofician como “termómetro” de la situación real de la jurisdicción constitucional en Latinoamérica (cfr. Víctor Bazán y Claudio Nash (eds.): *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay, 2010, <[http://www.cdh.uchile.cl/libros/Libro\\_Justicia\\_Constitucional.pdf](http://www.cdh.uchile.cl/libros/Libro_Justicia_Constitucional.pdf)>).

tración de justicia constitucional son, esencialmente, *la ponderación justa, el sano juicio, la prudencia, la objetividad, la honradez y la imparcialidad*, que de manera simultánea vienen a ser las cualidades indispensables que debe poseer el(la) nuevo(a) juez(a) constitucional en nuestro país y que deben ser resguardadas a través de los principios procesales.

Ahora bien, para mejorar y optimizar las normas que contiene el nuevo CPCConst., debió haberse considerado que los principios que rigen los procesos constitucionales se encuentran dirigidos, esencialmente, a señalar la forma en que deben interpretarse las normas procesales que se aplicarán a los conflictos jurídico-constitucionales en el ámbito normativo, competencial y/o tutelar, constituyéndose en la base sobre la cual debe construirse todo proceso constitucional ajustado a las reglas mínimas del debido proceso constitucional, como garantía de legalidad y justicia. Cabe recordar que entre las funciones que cumplen los principios procesales, de donde deriva su enorme importancia, se encuentran: i) servir de base previa al legislador para estructurar las instituciones de un proceso, en diversos sentidos; ii) facilitar el estudio comparativo de los diversos ordenamientos procesales vigentes en la actualidad; iii) constituirse en instrumentos interpretativos de gran valor.

En este sentido, los principios procesales se pueden entender como *las directrices o líneas rectoras en cuyo marco deben desarrollarse las distintas instituciones del proceso constitucional*. Asimismo, y considerando que la ley escrita, ciertamente no puede abarcar todas las posibilidades, casos futuros o eventualidades que pueden presentarse como consecuencia de la interrelación de sujetos en el proceso, y dado que muchas veces los hechos emergentes resultan ser desconocidos para las normas y disposiciones agrupadas en un código, no siempre logran dar una solución concreta a estos problemas; es por ello que una vez que estas situaciones se presentan, el(la) juez(a) constitucional o los miembros del Tribunal de Garantías Constitucionales deben proceder a llenar esa laguna normativa a través de la aplicación de los *principios generales del derecho*, específicamente los principios procesales establecidos expresamente tanto por la Constitución (Art. 178, parágrafo I, constitucional) como por la Ley respectiva (Art. 3 de la Ley del TCP).

Por otro lado, entre las disposiciones más relevantes del nuevo CPCConst., se puede advertir que ha abordado nuevamente el tema de la *interpretación constitucional*, aspecto que sin duda requiere mayor desarrollo, tanto en el ámbito normativo como en el jurisprudencial. Sin embargo, el Código –en concordancia con la Constitución– insiste en reiterar que en la labor interpretativa de la Constitución, los jueces constitucionales del TCP deben aplicar el “tenor literal” del texto constitucional, así como acudir a la “voluntad del constituyente” como criterio de interpretación, aspecto éste que ha sido ampliamente criticado en un libro de mi autoría,<sup>16</sup> en donde también se ha advertido sobre la falacia de la denominada *voluntad del constituyente*, así como el peligro de la *dualidad interpretativa* establecida anteriormente por la Ley del TCP entre la Asamblea Legislativa y el Tribunal Constitucional (ambos plurinacionales).

---

<sup>16</sup> Alan E. Vargas Lima: *El Tribunal Constitucional Plurinacional en Bolivia. Alcances y limitaciones normativas*, La Paz, Bolivia: El Original, 2012.



Este último aspecto, aunque se ha mantenido en la Ley del TCP, ya no ha vuelto a ser mencionado en el nuevo CPConst., por lo que presumimos que los legisladores fueron advertidos de su error de concepción respecto a la titularidad de la labor interpretativa sobre la Constitución, que si bien no es excluyente, no puede ser compartida simultáneamente entre el órgano controlado (Asamblea Legislativa como órgano del poder constituido) y el órgano encargado de realizar el control (el TCP como máximo guardián y supremo intérprete de la Constitución).

Sin embargo, es rescatable la previsión normativa que establece la posibilidad de aplicar: “1. La interpretación sistemática de la Constitución Política del Estado, y la interpretación según los fines establecidos en los principios constitucionales; 2. Los derechos reconocidos en la Constitución Política del Estado, de acuerdo con los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el país, cuando éstos prevean normas más favorables [Principio de Favorabilidad]. En caso de que esos tratados declaren derechos no contemplados en la Constitución Política del Estado se considerarán como parte del ordenamiento constitucional [Bloque de Constitucionalidad]”.

Como se puede apreciar, de acuerdo al nuevo CPConst., y consagrando el *principio de favorabilidad*, los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados y convenios internacionales de derechos humanos que hubieren sido ratificados por el país, siempre y cuando éstos prevean normas más favorables, y en caso de que estos instrumentos internacionales declaren derechos no contemplados en la Constitución, serán considerados igualmente como parte del ordenamiento constitucional (de acuerdo a la teoría del *bloque de constitucionalidad*).<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> De acuerdo a los fundamentos jurídicos contenidos en la sentencia constitucional n.º 0045/2006 de 2 de junio, *la teoría del bloque de constitucionalidad* surgió en Francia, extendiéndose luego a los países europeos, siendo asimilada en Latinoamérica; dicha teoría expone que aquellas normas que no forman parte del texto de la Constitución pueden formar parte de un conjunto de preceptos que por sus cualidades intrínsecas se deben utilizar para develar la constitucionalidad de una norma legal; así, las jurisdicciones constitucionales agregan, para efectuar el análisis valorativo o comparativo, a su constitución normas a las que concede ese *valor suprallegal* que las convierte en parámetro de constitucionalidad; de ahí que en Bolivia la jurisdicción constitucional haya concedido al bloque de constitucionalidad un alcance perceptible en la sentencia constitucional n.º 1420/2004-R, de 6 de septiembre, estableciendo lo siguiente: “... conforme ha establecido este Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia, los tratados, convenciones o declaraciones internacionales sobre derechos humanos a los que se hubiese adherido o suscrito y ratificado el Estado boliviano forman parte del bloque de constitucionalidad y los derechos consagrados forman parte del catálogo de los derechos fundamentales previstos por la Constitución”, entendimiento ratificado en la sentencia constitucional n.º 1662/2003-R, de 17 de noviembre, en la que se expresó que: “... este Tribunal Constitucional, realizando la interpretación constitucional integradora, en el marco de la cláusula abierta prevista por el art. 35 de la Constitución, ha establecido que los tratados, las declaraciones y convenciones internacionales en materia de derechos humanos, forman parte del orden jurídico del sistema constitucional boliviano como parte del bloque de constitucionalidad, de manera que dichos instrumentos internacionales tienen carácter normativo y son de aplicación directa, por lo mismo los derechos en ellos consagrados son invocables por las personas y tutelables a través de los recursos de hábeas corpus y amparo constitucional conforme corresponda”. Adviértase que estas

Éstos son algunos aspectos que podemos resaltar brevemente por ahora, abrigando la esperanza de que el nuevo Código Procesal Constitucional (en vigencia desde el 6 de agosto de 2012), contribuya efectivamente al mejoramiento en la tramitación de los procesos constitucionales que se instauren en el ámbito normativo, tutelar y/o competencial, dentro de las específicas funciones correspondientes a los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional elegidos por voto popular en Bolivia, cuyos pronunciamientos indudablemente serán decisivos para consolidar la aplicación de esta normativa, de acuerdo a la nueva jurisprudencia constitucional (de matiz plurinacional) que puedan generar desde ahora hacia adelante.

## Bibliografía

- BAZÁN, Víctor y Claudio NASH (eds.): *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay, 2010, <[http://www.cdh.uchile.cl/libros/Libro\\_Justicia\\_Constitucional.pdf](http://www.cdh.uchile.cl/libros/Libro_Justicia_Constitucional.pdf)>.
- DERMIZAKY PEREDO, Pablo: “El derecho procesal constitucional, en *Revista del Tribunal Constitucional*, n° 8, Sucre, Bolivia, 2007, pp. 95-116.
- DECKER MORALES, José: “Derecho procesal constitucional”, en *Revista Jurídica*, n.º 3 (Universidad Católica Boliviana, Carrera de Derecho - Unidad Cochabamba). Cochabamba (Bolivia): Imprenta ABBA, 1999, pp. 55-66.
- \_\_\_\_\_ “Derecho procesal constitucional”, en *Revista del Tribunal Constitucional*, n.º 2, Sucre (Bolivia): Editorial Judicial, 2000, pp. 101-116.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo: “El nuevo Código Procesal Constitucional del Perú”, en *Provincia* [en línea] 2005, pp. 401-419, Universidad Los Andes de Mérida, Venezuela, <<http://redalyc.uaemex.mx/pdf/555/55509913.pdf>>.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto: “Reflexiones sobre el derecho procesal constitucional en América Latina”, en *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, vol. 2, n.º 2, 2010, pp. 127-149, <<http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/97.pdf>>
- PALOMINO MANCHEGO, José: *El Primer Código Procesal Constitucional del mundo. Su iter legislativo y sus principios procesales*, <<http://bit.ly/sGKsCR>>.
- PINTO DÁVALOS, Henry: “Nociones de derecho procesal constitucional (parte III)”, en *La Gaceta Jurídica*, 26 de agosto de 2011.
- RIVERA SANTIVÁÑEZ, José Antonio: “El papel de los tribunales constitucionales en la democracia”, en Tribunal Constitucional de Bolivia (ed.): *X Seminario Internacional: Justicia Constitucional en el siglo XXI* (memoria n.º 11), Sucre, Bolivia: Imprenta IMAG, 2008.

- \_\_\_\_\_. *El Tribunal Constitucional defensor de la Constitución. Reflexiones sobre la necesidad de su consolidación y fortalecimiento institucional*. Sucre - Bolivia: GTZ - PADEP - AECI, 2007.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA: Sentencia constitucional plurinacional n.º 0009/2012, 16 de marzo de 2012, Sala Primera Especializada.
- VARGAS LIMA, Alan E.: “Estudio introductorio al nuevo derecho constitucional boliviano”, en *La Gaceta Jurídica*, 30 de julio de 2010, <<http://es.scribd.com/doc/59545154>> y en el blog jurídico Tren Fugitivo Boliviano, <http://alanvargas4784.blogspot.com/>>.
- \_\_\_\_\_. “Reflexiones críticas sobre la nueva Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional en Bolivia”, en *Revista de Estudios Constitucionales*, año 9, n.º 2, 2011, Universidad de Talca, Chile, <[http://www.cecch.cl/hm/revista/revista\\_9\\_2\\_2011.html](http://www.cecch.cl/hm/revista/revista_9_2_2011.html)>.
- \_\_\_\_\_. *La codificación del derecho procesal constitucional en Bolivia*, Saarbrücken, Alemania: Editorial Académica Española, 2012, <<https://t.co/XpaLG3gk>>.
- \_\_\_\_\_. *El Tribunal Constitucional Plurinacional en Bolivia. Alcances y limitaciones normativas*, La Paz, Bolivia: El Original, 2012.

### **III. Democracia y Estado de Derecho**

- Asdrúbal Aguiar, Venezuela  
La dimensión social de la democracia y su estatuto interamericano
- Víctor Bazán, Argentina  
El sistema federal argentino: Actualidad y perspectivas
- Matthias Herdegen, Alemania  
El Estado de derecho y los desafíos de una economía globalizada

Asdrúbal Aguiar (Venezuela)\*

## La dimensión social de la democracia y su estatuto interamericano

### RESUMEN

En América Latina arraigan criterios sobre falsos supuestos que dicen acerca de la postergación normativa y garantista que afecta a los derechos económicos, sociales y culturales frente a los derechos civiles y políticos, o la insensibilidad del Estado liberal de Derecho ante la cuestión social o, asimismo, el señalamiento de los problemas que plantea la efectiva e inmediata tutela judicial convencional de aquellos derechos con relación a los últimos. Ello causa, de conjunto y en la actualidad, una suerte de perturbación severa en la experiencia democrática y del mismo Estado de derecho, que conlleva el desmantelamiento o deterioro de sus instituciones. De modo general, se afirma que los latinoamericanos prefieren satisfacer sus necesidades económicas y de inclusión a costa de la democracia. Con apoyo en antecedentes históricos y doctrinales, y a la luz de la evolución del derecho interamericano de los derechos humanos, el autor intenta despejar las prevenciones antes anotadas.

**Palabras clave:** Democracia, América Latina, derecho constitucional, derechos humanos, Estado de derecho, derecho internacional de los derechos humanos.

### ZUSAMMENFASSUNG

In Lateinamerika sind bestimmte Auffassungen tief verwurzelt, die fälschlicherweise von einer geringeren normativen Geltung und Gewährleistung der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte gegenüber den bürgerlichen und politischen Rechten sprechen, aber auch von einer geringen Sensibilität des liberalen Rechtsstaats gegenüber sozialen Fragen sowie bei der Behandlung der Probleme, die sich hinsichtlich des wirksamen und unmittelbaren gerichtlichen Schutzes dieser Rechte im Vergleich zu den bürgerlichen und politischen Rechten stellen. Aktuell bewirken diese Faktoren zusammen eine schwere Störung der Demokratie und des Rechtsstaates, die zur Zerstörung oder zum Abbau seiner Institutionen führt. Allgemein wird behauptet, dass die Lateinamerikaner es vorziehen, ihre

---

\* Abogado, doctor en Derecho, profesor titular (catedrático) de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela y profesor visitante de las universidades argentinas del Salvador y Buenos Aires.

wirtschaftlichen Bedürfnisse und ihr Verlangen nach Inklusion auf Kosten der Demokratie zu befriedigen. Gestützt auf historische Präzedenzfälle und die Rechtslehre und unter Berücksichtigung der Entwicklung des interamerikanischen Rechts der Menschenrechte beabsichtigt der Autor, den genannten Vorurteilen entgegenzutreten.

**Schlagwörter:** Demokratie, Lateinamerika, Verfassungsrecht, Menschenrechte, Rechtsstaat, Internationales Recht der Menschenrechte.

## ABSTRACT

In Latin America, some concepts based on false assumptions have taken root. They refer to the postponement of legislation and guarantees for economic, social and cultural rights compared to civil and political rights, or the insensitivity of the liberal rule of law States with regard to social issues, as well as the difficulties in achieving effective and immediate judicial protection for the former rights with relation to the latter. Taken as a whole and at present, this has led to a severe alteration of the democratic experience and of the rule of law itself, producing the deterioration of its institutions. In general, it is asserted that the Latin American population prefers to satisfy its economic needs and achieve inclusion even at the expense of democracy. The author strives to clear up these concepts, based on the historical background and the work of different scholars, as well as the evolution of Inter-American human rights law.

**Keywords:** Democracy, Latin America, Constitutional law, Human rights, Rule of law, International human rights law.

Una consideración contextual se impone a propósito del planteamiento de la sustentabilidad del llamado Estado democrático de Derecho, a la luz de los así denominados derechos humanos de segunda generación –derechos económicos, sociales y culturales– o derechos sociales y colectivos, y los retos o riesgos que para éstos y para aquél significa el fenómeno de la globalización o mundialización en curso.

Dominan varios criterios, o mejor creencias, que se hacen dogmas políticos apoyándose en lo anecdótico o en añejas prevenciones ideológicas y que apuntan de conjunto a sostener (1) la supuesta negación de los derechos económicos, sociales y culturales dentro del conocido Estado liberal clásico o Estado de derecho que nos lega la modernidad, y de allí la urgencia de su reconversión contemporánea, para lo que no basta el desarrollo alcanzado por aquél en los odres del Estado social de derecho; (2) la relevancia que toman estos derechos humanos específicos –en lo particular dentro del contexto social dominante en las Américas– a un punto tal que deberían subordinárseles los derechos civiles y políticos o de primera generación; y/o (3) la pretendida declinación de la democracia representativa a la luz de las exigencias del siglo XXI en curso, y de suyo, la mutación de la democracia, como hecho político neto, en democracia social y necesariamente directa. Al efecto el Estado y la ley deben realizarla y no sólo servirla, pues cabe protegerla –a la

sociedad— tanto de los fenómenos disolventes que procuran en lo interno o doméstico la señalada concepción liberal o los señalados “grupos de presión” o de interés paralelos al Estado y que son posibles dentro de llamado Estado mínimo, como de los riesgos de igual fractura que implica la globalización para la unidad e identidad de la propia nación, en suma, para su plenitud e intangibilidad como depositaria esencial de la soberanía.

A manera de introito y a propósito de lo anterior, permítaseme una digresión de orden constitucional e histórico. La Constitución de Cádiz de 1812, cuyo bicentenario se conmemora en la actualidad, es considerada como el patrón o paradigma del constitucionalismo liberal.<sup>1</sup> Su influencia —sin mengua de los elementos que aportan las revoluciones americana y francesa del siglo XVIII— se hace sentir sobre la arquitectura constitucional portuguesa, italiana, centroamericana y suramericana, amén de marcarle los pasos a los constituyentes de Apatzigán; para no referir sus aportes interesantes a los decembristas rusos. Dicho texto, conocido como *La Pepa*, procura la idea de la soberanía nacional; le fija límites a los poderes estatales, incluido el del monarca, dado que la limitación del poder es el cometido de la democracia, como lo recuerda hoy Karl R. Popper;<sup>2</sup> instituye con carácter pionero mecanismos de control concentrado y difuso de la constitucionalidad; y afirma como derechos objeto de tutela por la misma Constitución a la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de los individuos, con lo que apunta al criterio contemporáneo de los derechos inherentes. Y al prescribir, mediando una mora, el voto censitario para la formación de los cuerpos municipales y de elección popular, dicha Constitución anuda —a diferencia de lo que se cree y predica sobre el Estado liberal— con una teleología de arraigada impronta social. El ejercicio de voto activo y pasivo, base para la construcción del orden constitucional señalado, se considera que debe corresponder a ciudadanos con renta y propiedades, cuya obtención ha de favorecer el mismo Estado.

Quien revise cuidadosamente las actas de las Cortes Generales y Extraordinarias que se reúnen en el citado puerto extremeño luego de la invasión napoleónica a España y en un momento en que el fenómeno “juntista” toma cuerpo igual en las Américas, puede constatar, leyendo incluso las obras del “divino” Agustín de Argüelles,<sup>3</sup> quien ejerce influencia determinante en las labores de la Comisión de Constitución, que para la época la mayoría de las propiedades son controladas por institutos de manos muertas; tanto como en América la propiedad de la tierra pasa a manos de y se la distribuyen luego, monopólicamente, los ejércitos realizadores de la Independencia y a título de premio de guerra.

Argüelles considera, por lo mismo, que el otorgamiento de propiedad a cada indígena o poblador —baldíos y otras tierras realengas— y su titulación con fines de emprender lo que luego, durante el siglo XX, se conoce como la reforma agraria, le da una base de autonomía y suficiencia a cada individuo para ejercer libremente, sin dependencias ni

---

<sup>1</sup> Asdrúbal Aguiar: *Libertades y emancipación en las Cortes de Cádiz de 1812*, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2012.

<sup>2</sup> Karl R. Popper: “Licencia para hacer televisión”, en *Nexos*, n.º 220, México, abril de 1996.

<sup>3</sup> Agustín de Argüelles: *Exámen histórico de la Reforma Constitucional* (t. I y II), Londres: Imprenta de Carlos Woods e Hijo, 1835.

hipotecas, su libertad política, su derecho a la participación democrática. Todavía más, da lugar por lo antes dicho a la creación de cajas agrícolas, para el financiamiento de la explotación de las tierras así otorgadas. La propiedad y, de modo específico, la ciudadanía social, desde entonces es considerada por el constitucionalismo liberal como la primera premisa de la ciudadanía política y su ejercicio. Y es al amparo de ese modelo constitucional de limitación de poder y subordinación del mismo a los derechos humanos y su garantía, el que luego y en términos generales también inauguran las repúblicas latinoamericanas una vez como declaran su voluntad de emanciparse; pero es también el que cede, como cabe recordarlo, bajo la fuerza de los hechos. La ley civil o de las levitas es sustituida por la ley de las espadas y los cañones, así en América como en la Madre Patria; y tal modelo constitucional civil y liberal es tachado al considerársele ora atentatorio contra su poder absoluto por Fernando VII, ora como producto de disquisiciones de filósofos quienes imaginan repúblicas aéreas, en el decir de Simón Bolívar.

Una segunda precisión que cabe, en el plano estrictamente normativo, es la conjunción que se da entre la ciudadanía política y la recién denominada ciudadanía social, desde la hora inaugural del Sistema Interamericano. Se dice, en efecto y en el plano de lo constitucional, sobre el desvalor que el actual estado de cosas y el que le precede le atribuyen a los derechos sociales, derivando en ineficaces jurídicamente; y se arguye la artificial estima que ocurre de la democracia política por parte de los actores políticos partidarios o de los llamados grupos de poder, en un momento en que ella cede y se derrumba ante la opinión de las mayorías, ávidas de satisfacer antes sus necesidades vitales. Y lo así dicho no es reiterativo o especulación. Los Informes del PNUD –elaborados bajo la dirección del excanciller Dante Caputo– evalúan y concluyen, se dice que empíricamente, en lo anterior. Dan cuenta, en sus versiones de 2004<sup>4</sup> y 2010:<sup>5</sup> la última avalada por la OEA, del poco interés que mostraría la gente por la práctica democrática –que el común confunde con los políticos, los jueces y los legisladores– y a la luz de sus urgencias perentorias de bienestar. Ahora bien, sin mengua del sesgo que, como lo creo, introduce la pregunta sobre la democracia ante la opinión consultada, a la que no se le plantea como alternativa más exacta la libertad frente al progreso, y si bien tales informes procuran el reconocimiento conveniente de esa ciudadanía social ante la que no basta la ciudadanía política, y aun advirtiéndolos que la crisis que ocurre ha lugar dentro y no fuera de la democracia, la terapéutica que proponen es fortalecer el poder del Estado y sus instituciones.

Ahora bien, ¿puede afirmarse, en buena lid, que existe una mora en el reconocimiento y tutela jurídicos de los derechos económicos y sociales, quedando ellos a la saga ante las exigencias formales de la democracia? La respuesta, sin ser ambigua, es sí y es no.

---

<sup>4</sup> Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD): *La democracia en América Latina*, New York: s. f.

<sup>5</sup> Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Organización de los Estados Americanos (OEA): *Nuestra democracia*, México: Fondo de Cultura Económica, s. f.



En el plano jurídico interamericano la realidad es otra.<sup>6</sup> La IX Conferencia Internacional Americana, en 1948, antes de adoptar la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que se anticipa a la declaración equivalente que adopta la Asamblea General de la ONU el mismo año, se compromete textualmente— mediante su resolución XXII— a la realización de “un estado de justicia social que, por la acción concurrente de todos los factores nacionales y, mediante la legislación progresista necesaria, elimine la miseria, el abandono y la explotación del hombre por el hombre”. Y al señalar luego, en la citada Declaración Americana que los derechos y deberes se han de integrar correlativamente en toda actividad social y política del hombre, junto con prescribir los tradicionales derechos civiles y políticos reconoce expresamente desde ya los derechos a la familia y a la protección de la maternidad y la infancia (Arts. VI y VII); a la salud, a la alimentación y a la vivienda (Art. XI); a la educación, la cultura, y el trabajo (Arts. XII, XIII y XIV); al descanso y a la seguridad social (Arts. XV y XVI); y a la propiedad (Art. XXIII), bajo el argumento de satisfacerse —con tal derecho de propiedad y en el mejor sentido gaditano— “las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar”. No sólo eso, a tenor del mismo instrumento se consagran los deberes de toda persona en cuanto a su cooperación obligante para con el Estado y la comunidad “en la asistencia y seguridad sociales”, y el deber del trabajo de toda persona, “a fin de obtener recursos para su subsistencia o en beneficio de la comunidad”.

La referida IX Conferencia Internacional Americana, por lo demás, en interpretación y ampliación del artículo 14 de la Declaración Americana o como su “desarrollo concreto” anticipado, adopta la poco conocida u olvidada Declaración Internacional Americana de Garantías Sociales. Ésta, en apreciación ajustada que realiza el ilustre y fallecido jurista y político colombiano, Diego Uribe Vargas,<sup>7</sup> fija un mínimun estándar hemisférico, que obliga a los Estados y sujeta a sus legislaciones relativas a la contratación individual de trabajo, a los contratos colectivos, al salario, al descanso y las vacaciones, y al derecho a la huelga entre otros derechos laborales. Todavía más, en su preámbulo, tal Carta de Garantías Sociales hace constar “que los fines del Estado no se cumplen con el solo reconocimiento de los derechos del ciudadano, sino que el Estado —por vía de un desdoblamiento funcional o remisión del derecho internacional hacia el derecho interno— debe preocuparse por la suerte de los hombres y mujeres, considerados ya no como ciudadanos sino como personas”; de donde, como reza dicha Carta, “el presente grado de evolución jurídica exige a los regímenes democráticos garantizar simultáneamente el respeto a las libertades políticas y del espíritu y la realización de los postulados de la justicia social”.

Hacia 1959, la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores suscribió la Declaración de Santiago. Se anticipó al texto de la novísima Carta Democrática Interamericana de 2001, considerando desde entonces que “el ejercicio efectivo de la

<sup>6</sup> Asdrúbal Aguiar: *El derecho a la democracia*, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2008.

<sup>7</sup> Diego Uribe Vargas: *Los derechos humanos y el sistema interamericano*, Madrid: Ediciones Cultura Hispánica, 1972.

democracia representativa –vale decir que ésta no se reduce al mero acto electoral– es el mejor medio de promover [los pueblos] su progreso político y social”. Y al efecto, recordando tal Declaración la Resolución XXXII sobre Preservación y Defensa de la Democracia en América, que adopta en 1948 y en la que expresa su decisión “de mantener y estimular una efectiva política social y económica, destinada a elevar el nivel de vida de sus pueblos, así como su convicción de que sólo en un régimen fundado en las garantías de las libertades y derechos esenciales de la persona humana, es posible alcanzar este propósito”, a la sazón prescribe, dentro de los estándares de la democracia, el deber de los Estados de cooperar “en la medida de sus recursos y dentro de los términos de sus leyes para consolidar y desarrollar –con el fin de fortalecer las instituciones democráticas– su estructura económica, y con el fin de conseguir justas y humanas condiciones de vida para sus pueblos”.

Ese mismo año es creada la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y su primer Estatuto, adoptado en 1960, le encomienda promover entre los Estados –como mecanismo incipiente de tutela y garantía internacional que comienza a serlo– el respeto de los derechos humanos (Art. 1), y declara entender como tales derechos los consagrados, justamente, en la Declaración Americana (Art. 2). Desde entonces y a la luz de ésta, bajo los criterios de progresividad, interrelación e interdependencia entre todos los derechos y sus respectivas garantías por el derecho nacional, sus normas representan “el sistema inicial de protección” que manda proveer a la realización de los derechos económicos y sociales o de segunda generación, junto a los llamados de primera generación, o civiles y políticos.

Luego, una vez como es adoptada la Convención Americana de Derechos Humanos, firmada en 1969 y en vigencia desde 1978, su texto hace una precisión que es vertebral a sus enunciados antecedentes como a los derechos que consagra y para el control de convencionalidad que a propósito de ellos y de las obligaciones que asumen los Estados partes aquélla le encomienda a la Comisión Interamericana –en calidad de Ministerio Público– y a la Corte, como entidad jurisdiccional del Sistema. La Convención entiende que “el respeto de los derechos esenciales del hombre” –tanto los políticos como los sociales– solo es posible dentro del cuadro de las instituciones democráticas (preámbulo); que las normas que contiene la misma Convención, en su interpretación, no pueden excluir “otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno” (Art. 29, c); finalmente, que los “derechos de cada persona están limitados” –entre otros supuestos– por “las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática” (Art. 32, 2), y respecto de todo lo anterior, mal puede limitarse “el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

De modo que la tutela convencional interamericana de los denominados derechos económicos, sociales y culturales no es nominalmente extraña al Pacto de San José. El derecho de petición que consagra en su artículo 44 se refiere a las “denuncias o quejas de violación” de éste, *in totus*, por un Estado parte. Y los derechos objeto de tutela son los ya conocidos y enunciados –sin que constituyan *numerus clausus*– como derechos

de primera generación (Arts. 3-25), sin que se limiten a ellos, pues la citada norma de interpretación, contenida en el artículo 29 *ejusdem* remite al contenido de las declaraciones supra indicadas y prescribe el criterio expansivo de derechos que involucra la “inherencia”. Al efecto, los derechos sociales o de segunda generación son los contenidos en tales instrumentos y aquéllos que constan en los artículos 29 a 51 de la Carta de la OEA de 1948 y a la que remite la Convención Americana en su artículo 26, apuntando al criterio de la progresividad o “desarrollo progresivo”. Los Estados partes, es cierto, “se comprometen a adoptar providencias [...] para lograr progresivamente la plena efectividad” de los derechos en cuestión.

La cuestión central y el debate procede, aquí sí, no tanto y en cuanto al reconocimiento de los derechos sociales o la ciudadanía especial –la denominada ciudadanía social– que procura éste conforme a los instrumentos internacionales señalados, como tampoco respecto de la tutela que indefectiblemente les corresponde, sino en lo relativo a la idea de la progresividad o la denominada falta de inmediatez que los caracterizaría, haciéndose compleja su tutela convencional, pero nunca inhibiéndola. Al respecto me referiré seguidamente, luego de un comentario indispensable y muy esclarecedor acerca del último texto normativo que sigue en la cadena descrita.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, también conocido como Protocolo de San Salvador, adoptado en 1988 y en vigor a partir de 1999, que tiene como Estados partes sólo a 16 de los 33 países signatarios, logra delinear de forma más exacta o precisa las obligaciones de respeto y garantía que acerca de tales derechos pesan sobre los Estados. Igualmente, avanza en el desarrollo de su núcleo pétreo, a saber del derecho al trabajo y a sus condiciones, a la sindicación, a la seguridad social, a la salud, a un medio ambiente sano, a la alimentación, a la educación, a la cultura, a la constitución y protección de la familia, a la niñez y a la protección de los ancianos y los minusválidos. De modo que, respecto de éstos, cada Estado parte, atado a los principios de no discriminación, de prohibición de menoscabo de los derechos ya reconocidos y sus alcances, y de limitaciones a éstos que no afecten a la democracia ni contradigan el propósito y razón que los anima, debe adoptar medidas de garantía en su derecho interno, sean administrativas, legislativas o judiciales. Pero la obligación de cada Estado respecto de tales derechos –sin afectar los principios anteriores y a fin de facilitar la tutela correspondiente– se rige por varias reglas que reducen los espacios de discrecionalidad o limitan el ámbito de las decisiones políticas no regladas o sujetas a control convencional, a saber: (1) la “necesariedad” de las medidas, (2) la “maximalidad” de los recursos disponibles, (3) la proporcionalidad al grado de desarrollo, (4) la progresividad y (5) la efectividad de los derechos, en otras palabras, el efecto útil de las medidas conducentes a su realización.

No obstante lo anterior, el Pacto de San Salvador, a la par que nutre, hace exégesis y promueve un desarrollo normativo importante en el campo de los derechos sociales o colectivos que reconoce el Sistema Interamericano desde su fundación –y a cuyo efecto provee a su tutela en sede internacional– por voluntad de sus Estados partes y gobiernos se promueve una regresividad al respecto. Se intenta volver a los fueros del voluntarismo

estatal, tal y como lo expresan los documentos de 1948, y se reduce el marco de actuación de los órganos de tutela supranacional que nacen con la Convención Americana de 1969. El Protocolo Adicional en cuestión refuerza el control político del Sistema –bajo el régimen de informes– y en manos de los órganos de la OEA, incluida la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que puede observar y recomendar; y sostiene el control jurídico y judicial –encomendado a la misma Comisión y a la Corte Interamericanas– únicamente de los derechos a la formación de sindicatos (Art. 8, a) y el derecho a la educación (Art. 13), postergándose los otros. Se opera así una nueva bicefalía. A la parte representada por el sistema de reconocimiento de derechos y su protección política asumido en 1948, que renvía al derecho nacional para la efectividad de éstos y que obliga a todos los Estados miembros de la OEA, sobreviene luego el sistema heterónimo y judicial de San José de Costa Rica, que obliga sólo a los Estados partes de la Convención Americana; pero ahora, en el campo de los derechos sociales y colectivos, que paulatinamente avanza hacia ese sistema de tutela judicial interamericano compartido con los Estados partes de la misma Convención, sobreviene un debilitamiento de este sistema, prefiriéndose en su lugar el régimen de la observación política.

Sin mengua de que dicha circunstancia pone en evidencia y de manifiesto la doblez de los Estados y gobiernos, los cuales fijan su discurso preferente en el ámbito de los derechos sociales y con desventaja cada vez más acentuada para los derechos civiles y políticos, lo que replantea el Protocolo de San Salvador es el debate acerca de la oposición normativa y operativa entre estos y aquellos derechos, a la luz de la creencia a cuyo tenor –lo recuerdan oportunamente V. Abramovich y C. Courtis–<sup>8</sup> la justiciabilidad de los derechos económicos y sociales es producto de un “defecto de nacimiento”, en otras palabras, de la distinta naturaleza jurídica que acusan frente a los derechos clásicos, civiles y ciudadanos. Según dicha tesis, estos derechos de primer género causan “exclusivamente obligaciones negativas o de abstención” a cargo del Estado liberal o mínimo, en tanto que aquéllos implican “obligaciones positivas que en la mayoría de los casos deberían solventarse con recursos del erario público”. Por lo demás, apreciándose, a la luz de lo anterior, que los derechos económicos y sociales se aproximan mejor a propuestas o cometidos políticos que, dada la progresividad que les caracteriza, le otorgan al Estado un margen de discrecionalidad o de juicio político no susceptible de control judicial, su no justiciabilidad casi que se impone como regla, tal y como lo muestra el Protocolo de San Salvador.

Lo cierto, sin embargo, es que si bien puede mediar una diferencia de “grado” en el campo de las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos que tienen los Estados, conforme al derecho interamericano, unos y otros derechos, revisados críticamente y a la luz de cada supuesto de vulneración, trátense de derechos de primera o de segunda generación, implican obligaciones de hacer o de no hacer, de respeto, de protección, de garantía, o de promoción. La diferenciación entre unos y otros es esencialmente

---

<sup>8</sup> V. Abramovich y C. Courtis: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid: Trotta, 2002.

heurística –insisten en ello Abramovich y Courtis– y todos a uno forman un contínuum de derechos, como lo revela la evolución en la materia dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que ciertamente ha provocado una paulatina “juridificación del bienestar”. El derecho al voto, a manera de ejemplo, le impone al Estado la creación de las condiciones jurídicas e institucionales que lo faciliten, tanto como el derecho a la educación le impone al Estado abstenerse de empeorarla o impedir a alguna persona su acceso a ella. El asunto de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales es, pues, más complejo, y apunta o exige sobre todo una labor jurisdiccional sostenida, que permita identificar, atendiendo a supuestos concretos de violación, “las obligaciones mínimas de los Estados en relación con los derechos económicos, sociales y culturales”. Ello, como lo creo y en opinión distinta a la de los diferentes autores que he citado, no ocurre tanto por un “déficit del derecho constitucional o del derecho internacional de los derechos humanos”, como por una falta acusada de voluntad política por parte de los gobiernos y de rezago, en términos similares, por parte de la justicia constitucional y también supranacional.

Dos aspectos preocupan al margen del “estado de cosas” más que del statu quo del derecho que involucra el respeto y la garantía de los derechos sociales como soporte de la experiencia democrática. Uno es el relativo al carácter preferentemente colectivo de los derechos sociales y por ende de las denuncias que implican a sus violaciones, y el otro, lo inconveniente de que la justicia convencional o constitucional intente sustituir, en sus competencias propias, a los responsables de la definición, planificación y ejecución de las políticas públicas. Al respecto, de modo sucinto, cabe responder –si vale el ejemplo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos– que el conocimiento de denuncias individuales cuyo resultado se traduce en beneficios particulares para la víctima de una violación, la sentencia declarativa de responsabilidad ejerce a la par efectos modeladores y socialmente eficaces sobre las conductas del Estado y las políticas que hayan hecho posible el desconocimiento de los indicados derechos sociales o su favorecimiento discriminatorio.

Finalmente, en cuanto al renglón de las célebres *political questions*, o cuestiones políticas no justiciables, no es impertinente extrapolar al caso de los derechos sociales y colectivos como a las obligaciones de respeto y garantía que ellos demandan, las enseñanzas de la misma Corte de San José, en el caso del *Tribunal Constitucional vs. Perú de 2001*, y que sirven a todos los elementos de juicio antes esbozados. “La salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público –acciones u omisiones o en general comportamientos de éste– es el objetivo primordial de la protección [...] en este sentido, la inexistencia de recursos internos efectivos coloca a la víctima en esta de indefensión [...] [y] constituye una transgresión de la misma [Convención Americana] por el Estado Parte” (Párr. 89). Y si bien, la decisión de una cuestión política “no puede ser abiertamente evaluada en sede jurisdiccional [...] también es cierto que tal potestad no es ilimitada o absolutamente discrecional sino que se encuentra sometida a ciertos parámetros, uno de ellos y quizás el principal, el de su ejercicio conforme al principio de razonabilidad...” (Párr. 95).

Una última consideración cabe, en orden a las creencias enunciadas al principio de esta exposición, y hace relación directa con el reclamo de un avance desde la democracia de representación hacia la democracia participativa o directa, a objeto de solventar las deficiencias que acusa, en la hora presente y en el marco de la globalización imperante, la realización de los derechos económicos, sociales y culturales. La Carta Democrática Interamericana, que es interpretación auténtica de la Convención Americana de Derechos Humanos y cuyos estándares ocupan 631 enseñanzas jurisprudenciales de la Corte,<sup>9</sup> por ende útiles y vinculantes para el control de tutela que ella ejerce y cabe cumplir, *prima facie*, a los órganos del Estado, prescribe expresamente que la democracia representativa ha de ser fortalecida con la participación permanente de la ciudadanía –en el control o vigilancia cotidiana del poder y la gestión estatal– en un marco de legalidad constitucional (Art. 2). Y al disponer que la democracia es un derecho humano de los pueblos que deben garantizar los gobiernos (Art. 1), recuerda que ella “es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos” –universales, indivisibles e interdependientes– y, a la sazón, dispone el carácter igualmente interdependiente que acusan “la democracia y el desarrollo económico y social”, que se refuerzan mutuamente.

Es forzoso admitir, no obstante lo anterior, que en el marco de la globalización se produce un inevitable “estado de cosas”, cuyos efectos constitucionales y normativos todavía no encuentran concreción. Y ello, dado tal vacío, conspira contra el entendimiento que de un modo dominante se tiene sobre la democracia en el mundo occidental y de modo particular en las Américas. Luigi Ferrajoli,<sup>10</sup> desde hace algún tiempo, previene acerca de dos tendencias que, en lo personal y como lo creo, si no logran ser canalizadas o tamizadas adecuadamente, pueden provocar una crisis fuera de la democracia, en contra de sus estándares, admitiendo que reclaman de su revisión dentro de la sociedad digital y de vértigo que nos acompaña.

No pocos afirman que llegan a su término, tanto la comunidad internacional de los Estados que surge desde mediados del siglo XVII dándole paso a fuerzas de potencia deslocalizada e incluso criminales, como los paradigmas que al constitucionalismo le aportan las grandes revoluciones del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX. El Estado se muestra incapaz y no es suficiente para hacerle frente y resolver, por sí solo, los más graves desafíos de la mundialización; pero a la vez, dado que sigue creciendo y se expande exponencialmente en el orden interno, haciéndose complejo y por lo mismo insensible a la cotidianidad, la gente común, las mayorías, la misma nación como expresión política, abandonan su perfil ciudadano. Éste se disgrega y atomiza, y cada individuo, en su orfandad moral, se organiza de modo reticular, crea límites y divisiones dentro del Estado, similares a los que definen a éste frente al resto de los Estados. Y lo hace alrededor de

<sup>9</sup> Asdrúbal Aguiar: *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la democracia 1987-2012*, San José de Costa Rica, Caracas: Ediciones Jurídicas, Editorial Jurídica Venezolana (en prensa).

<sup>10</sup> Luigi Ferrajoli: *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid: Trotta, 2004.

exigencias humanas primarias. La cuestión es que dicho fenómeno comienza a afectar los criterios de universalidad de los derechos humanos y de generalidad de las leyes, para hacer primar el derecho a la diferencia y a la localidad humana, de género, religiosa, o comunal; y deja de ser expresión de la pluralidad democrática en la misma medida en que cada retícula no se reconoce en las otras e intenta imponerles su “cosmovisión casera”.

Entre tanto, dada la incapacidad sobrevinida del Estado y su pesadez o falta de funcionalidad, su espacio lo ocupan gendarmes de nuevo cuño, quienes se apropian de su soberanía a la manera de los príncipes medievales y a la par entienden el apoyo que reciben de las mayorías en términos equivalentes a la *traslatio imperii* de la que nos habla la escolástica medieval. En América Latina, cabe decirlo sin ambages, algunos de sus gobernantes, firmes creyentes en el mandato democrático perpetuo, asumen que el mandato que reciben a través del voto que los elige y legitima, se les traslada de un modo absoluto e irrevocable. Nada cuenta, siquiera, la prevención que acerca del poder de las mayorías en una democracia hace Norberto Bobbio,<sup>11</sup> en consonancia con la más estricta doctrina de una democracia atada al Estado de derecho y sirviente de la persona humana y sus derechos, es decir, que aquéllas tienen como límite de su poder la vigencia y existencia de la misma democracia.

En suma, sobre la base de presupuestos discutibles que se acompañan con máximas de la experiencia –como lo es el citado cuadro de exclusiones que acusa la región– se le atribuye a las creencias enunciadas ser el origen de la inseguridad y del cuadro de violencia exponencial que también padecen nuestras sociedades; y a tenor de lo antes explicado ceden la democracia y el Estado de derecho. Tales predicados, manipulados a conveniencia, hoy provocan un aparente choque terminal –quizás coyuntural en las Américas– entre dos visiones garantistas de los derechos humanos de primera y segunda generación. Una visión, de *lege data*, predica que los controles de convencionalidad y de constitucionalidad en materia de derechos humanos, y de suyo sobre la efectividad de la democracia, han de hacerse con base en el principio *pro homine et libertatis*, por ser la democracia un derecho humano totalizante. Ese es el caso del sistema que integran la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, que recién denuncia el presidente de Venezuela. La otra visión, de *lege ferenda* y en construcción, representada en la Unasur, pretende que el juicio de valor y los dictámenes –internos e internacionales– sobre las materias indicadas, acerca de la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos, se haga *pro prince o regens*, por ser el gobernante electo la encarnación y real garantía de bien común y los intereses colectivos.

Lo así dicho, y sirva lo que sigue como epílogo de mi exposición, mejor se resume en el voto razonado del expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el ilustre mexicano Sergio García Ramírez, en el caso *Escher y otros vs. Brasil*, de 2009: “Para favorecer sus excesos, las tiranías clásicas que abrumaron a muchos países de nuestro Hemisferio invocaron motivos de seguridad nacional, soberanía, paz pública. Con ese razonamiento escribieron su capítulo en la historia [...] Otras formas de autoritarismo,

---

<sup>11</sup> Norberto Bobbio: *El futuro de la democracia*, México: Fondo de Cultura Económica, 2008.

más de esta hora, invocan la seguridad pública, la lucha contra la delincuencia [el combate de la pobreza, agregaría], para imponer restricciones a los derechos y justificar el menoscabo de la libertad. Con un discurso sesgado, atribuyen la inseguridad [social y política] a las garantías constitucionales y, en suma, al propio Estado de Derecho, a la democracia y a la libertad” (Párr. 13).

Santiago de Chile, 15 de noviembre de 2012

Verba volant, scripta manent

## Bibliografía

- ARGUELLES, Agustín de: *Exámen histórico de la Reforma Constitucional* (t. I y II), Londres: Imprenta de Carlos Woods e Hijo, 1835.
- ABRAMOVICH, V. y C. COURTIS: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid: Trotta, 2002.
- AGUIAR, Asdrúbal: *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la democracia 1987-2012*, San José de Costa Rica / Caracas: Ediciones Jurídicas / Editorial Jurídica Venezolana (en prensa).
- \_\_\_\_\_. *Libertades y emancipación en las Cortes de Cádiz de 1812*, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2012.
- \_\_\_\_\_. *El derecho a la democracia*, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2008.
- BOBBIO, Norberto: *El futuro de la democracia*, México: Fondo de Cultura Económica, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi: *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid: Trotta, 2004.
- POPPER, Karl. R.: “Licencia para hacer televisión”, *Nexos* n° 220, México, abril de 1996.
- PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD): *La democracia en América Latina*, New York: s. f.
- PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD). ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA): *Nuestra democracia*, México: Fondo de Cultura Económica, s. f.
- URIBE VARGAS, Diego: *Los derechos humanos y el sistema interamericano*, Madrid: Ediciones Cultura Hispánica, 1972.



Víctor Bazán (Argentina)\*

## El sistema federal argentino: Actualidad y perspectivas

### RESUMEN

Este trabajo pretende, básicamente: (i) presentar la situación actual del federalismo argentino; (ii) examinar si en la realidad han quedado cumplidas las pautas establecidas por la reforma constitucional de 1994 para "fortalecerlo"; (iii) analizar algunas cuestiones de interés que emanan de la dinámica federal, por ejemplo: (a) acerca de si las Constituciones provinciales pueden establecer más derechos que los contenidos en la Constitución nacional o dotar a los ya consagrados en ésta (y replicados en aquélla) de un caudal protectorio más fuerte, (b) sobre la "cláusula federal" incluida en determinados instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como el Pacto de San José de Costa Rica, y (c) en relación con el impacto del control de convencionalidad en las relaciones federales; y, por último, (iv) visualizar las perspectivas que respecto del federalismo aparecen en el horizonte institucional de Argentina.

**Palabras Clave:** federalismo argentino, reforma constitucional de 1994, derechos fundamentales, Estado nacional, provincias, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cláusula federal, control de convencionalidad.

### ZUSAMMENFASSUNG

In dieser Arbeit soll im Wesentlichen (i) die aktuelle Situation des föderalen Systems in Argentinien dargestellt sowie (ii) untersucht werden, ob das mit der Verfassungsreform von 1994 angestrebte Ziel einer Stärkung des föderalen Systems tatsächlich erreicht wurde. Schließlic sollen (iii) einige Fragen analysiert werden, die sich aus der föderalen Dynamik ergeben. Dazu zählen unter anderem (a) die Fragen, ob die Provinzverfassungen weitergehende Rechte enthalten können als die Verfassung der argentinischen Nation und ob Provinzverfassungen, die in der Nationalverfassung enthaltene Rechte bekräftigen, diese mit verstärkten Schutzmechanismen ausstatten dürfen, (b) das Problem der Rechtswirkung der sogenannten, "Föderalklausel", die in bestimmten völkerrechtlichen Verträgen über den

---

\* Profesor titular de Derecho Constitucional y de Derecho Internacional Público. Profesor invitado de Posgrado en la Universidad de Buenos Aires (UBA) y en diversas universidades argentinas y del exterior. <vba\_mart9@yahoo.com.ar>.

Schutz der Menschenrechte wie zum Beispiel im Pakt von San José de Costa Rica enthalten ist, (c) das Thema der Auswirkungen einer Kontrolle der Vereinbarkeit nationaler Vorschriften über den föderalen Staatsaufbau mit internationalen Verträgen, und schließlich (d) die Aussichten für mögliche institutionelle Veränderungen des föderalen Systems.

**Schlagwörter:** Föderalismus in Argentinien, Verfassungsreform von 1994, Grundrechte, Nationalstaat, Provinzen, Autonome Stadt Buenos Aires, Föderalklausel, Prüfung der Vereinbarkeit nationalen Rechts mit internationalen Verträgen.

## ABSTRACT

This paper has the purpose of: (i) explaining the current situation of Argentine federalism; (ii) examining whether the guidelines provided by the constitutional reform of 1994 to “strengthen” federalism have been observed; (iii) analyzing some issues of interest which arise from the dynamics of the federal system, e.g.: (a) whether the constitutions of the provinces may provide for a greater number of rights than those set out in the national Constitution or to award greater protection to those enshrined in the latter (and repeated in the former); (b) the “federal clause” included in several international human rights instruments such as the Pact of San Jose de Costa Rica; (c) the impact of conventionality control on federal relations; and lastly, (iv) envisaging the prospects for federalism in Argentina’s institutional horizon.

**Key Words:** Argentine federal system, Constitutional reform of 1994, Fundamental rights, National State, provinces, Autonomous City of Buenos Aires, federal clause, Conventionality control.

## 1. Plan del trabajo

El itinerario que recorreremos comenzará, a modo de contextualización, con ciertas apreciaciones genéricas sobre el federalismo.

Seguidamente, y ya enfocándonos en el ámbito argentino, efectuaremos una aclaración preliminar en torno al ciclo constituyente originario desplegado entre 1853 y 1860. El texto histórico acondicionado en 1860 (con el ingreso de la Provincia de Buenos Aires a la Federación argentina) rige actualmente con las modificaciones de 1866, 1898, 1957 y 1994.

A continuación, brindaremos un panorama del sistema federal argentino, para luego movernos hacia un análisis de la última reforma constitucional (como vimos, producida en 1994) en lo atinente al federalismo y a la brecha existente entre las declaraciones normológicas contenidas al respecto en el texto de la Constitución nacional (C.N.) y la insuficiente o nula concreción pragmática de algunas de ellas.

Será momento entonces de examinar diversas cuestiones significativas en el marco de la estructura estadual federal: la autonomía municipal; la facultad de las provincias en punto a constituir regiones para su desarrollo económico y social; la potestad de aquéllas

de realizar actividades en el ámbito internacional, por caso, la celebración de convenios internacionales con conocimiento del Congreso de la Nación y dentro de los límites fijados por el principio de “lealtad federal”; y el complejo interrogante sobre si los procesos de integración que el Estado nacional emprenda *ad extra* (vgr., el Mercosur), resultan o no compatibles con la configuración estadual federal *ad intra*.

Más tarde abordaremos otros asuntos de interés, por ejemplo, el relativo a los reflejos anticipatorios del derecho público provincial *vis-à-vis* la C.N., en materias relevantes como los derechos fundamentales y los procesos constitucionales para efectivizarlos (además de otras imágenes como el carácter autonómico de los municipios y el dominio de los recursos naturales obrantes en su territorio); el que gira en torno a si las Constituciones provinciales pueden pautar más derechos que los contenidos en la Carta básica nacional o dotar a los consagrados en ésta de una protección jurídica más intensa; responder al interrogante acerca de qué hablamos cuando hablamos de la “cláusula federal” incluida en ciertos instrumentos internacionales en el campo de los derechos humanos, como la Convención Americana o Pacto de San José de Costa Rica; y efectuar una breve aproximación al control de convencionalidad.

El cierre de la contribución vendrá de la mano de ciertas reflexiones de recapitulación, que se unirán a otras apreciaciones conclusivas volcadas en el nudo de la indagación que ponemos a consideración del lector.

## 2. Sumarias apreciaciones generales

En primer lugar, es preciso evocar que el federalismo es un proceso *dinámico* y con numerosas fórmulas posibles de configuración. Tanto, que ha devenido clásica la puntualización de Friedrich en cuanto a que *existen tantos federalismos como Estados federales con sus múltiples variantes*.<sup>1</sup>

Sólo por citar una perspectiva autoral de la cual se infiere la nutrida constelación de modalidades federales, Wricht evoca el caso de un autor (Davis) que ha sostenido que el concepto de federalismo en los Estados Unidos ha sido modificado o delimitado con tal profusión que es posible determinar y enumerar cuarenta y cuatro “tipos” diversos de federalismo. Al respecto, señala que Davis se pregunta si el concepto ha sido “envenenado lentamente mediante dosis crecientes de delimitación y cambio de terminología o enriquecido por nuevas ideas acerca de cómo los seres humanos se asocian entre sí”,<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Carl Friedrich: *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*, México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1946, p. 207.

<sup>2</sup> Solomon Rufus Davis: *The Federal Principle: A Journey Through Time in Quest of Meaning*, citado por Deil S., Wricht: “Del federalismo a las relaciones intergubernamentales en los Estados Unidos de América: una nueva perspectiva de la actuación recíproca entre el gobierno nacional, estatal y local” (Faustino González González, trad.), en *Revista de Estudios Políticos*, nueva época, n.º 6, noviembre-diciembre de 1978, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales (CEC), p. 8.

para añadir que cuanto “más hemos llegado a saber sobre él, menos satisfactoria y menos respetable se ha hecho la casi totalidad de nuestra tradición de teoría federal”.<sup>3</sup>

Para intentar comprender más cabalmente la lógica de funcionamiento del Estado federal en general, es útil servirse del ensayo analítico que realiza Lijphart al explorar el desempeño de treinta y seis países desde una doble dimensión de enfoque: la primera, del poder conjunto a partir del binomio ejecutivos-partidos, y la segunda –que es la que en realidad nos interesa remarcar aquí–, del poder segmentado partiendo de la distinción *federal-unitario*, lo que en definitiva le permite catalogar los distintos supuestos entre democracia mayoritaria y *democracia consensual*.<sup>4</sup>

El examen de esta segunda dimensión: *división del poder a partir de la distinción federal-unitario, que se corresponde con el modelo* que el autor denomina “democracia consensual”, es realizado tomando en cuenta las siguientes variables: (i) *división del poder*, caracterizado en la democracia consensual por la no concentración de aquél e identificándose dos maneras básicas: el poder compartido y el poder dividido, este último mediante el *federalismo* y la *descentralización*; (ii) *parlamentos y congresos*, respecto de lo cual afirma que el esquema consensual diseña un legislativo bicameral, con el poder dividido en dos diferentes cámaras; (iii) *constituciones* normalmente rígidas que sólo pueden modificarse por medio de mayorías extraordinarias; (iv) *revisión judicial*, en el contexto de sistemas en los que justamente las leyes están sometidas a semejante control por parte de los tribunales; y (v) *bancos centrales*, cuya autonomía entraña una forma más de división del poder.

En lo particularmente tocante al federalismo y la experimentación institucional, el citado doctrinario subraya que uno de los aspectos de la autonomía de las unidades constituyentes de las federaciones, es que éstas tienen sus propias Constituciones, que pueden reformar libremente dentro de ciertos límites impuestos por las Constituciones federales; lo que si bien teóricamente brinda la posibilidad de experimentar con diversas formas gubernativas, en la práctica se descubre un *isomorfismo* entre las formas gubernamentales centrales y las de las unidades componentes en cada país, como de las de éstas entre sí.<sup>5</sup>

Más allá de otras aportaciones, sostiene que “el federalismo es una organización política en la que las actividades del gobierno están divididas entre los gobiernos regionales y el gobierno central de modo que cada tipo de gobierno tiene ciertas actividades en las que toma decisiones finales”.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> Íd.

<sup>4</sup> Arend Lijphart: *Modelos de democracia. Formas de gobierno y resultados en treinta y seis países*, Barcelona: Ariel, 2000.

<sup>5</sup> *Ibíd.*, p. 187.

<sup>6</sup> *Ibíd.*, p. 178.

### 3. Aclaración histórico-constitucional previa

El texto original de la Constitución nacional argentina data de 1853-1860, lapso durante el cual se desplegó el poder constituyente originario.<sup>7</sup> Para comprender más acabadamente la apreciación en punto al mantenimiento del ciclo constituyente originario hasta 1860,<sup>8</sup> corresponde efectuar ciertas puntualizaciones.

Debe señalarse que el texto fundacional fue sancionado el 1° de mayo de 1853, sin la concurrencia de la disidente Provincia de Buenos Aires, y *vedaba expresamente su reforma hasta después de diez años de ser jurada*.

Sin perjuicio de ello, el 11 de noviembre de 1859 se celebró el denominado “Pacto de San José de Flores”, por medio del cual Buenos Aires se declaró parte integrante de la Confederación Argentina.

En 1860, esto es, *dentro del plazo de vigencia de la prohibición de reforma* y sobre la base del nuevo esquema de estructuración política –ya con Buenos Aires incorporada–, se llevó a cabo una importante revisión y complementación del texto de 1853 por la que, entre otras cosas, se dispuso que se utilizara la denominación “Nación Argentina”; se suprimió el mecanismo de control político del Congreso nacional sobre las provincias, al eliminarse el recaudo de aprobación por aquél de las Constituciones locales; y se incorporó el importante artículo 33 al texto constitucional, referido a los derechos implícitos.<sup>9</sup>

La Constitución de 1853/60 rige hoy con las reformas de 1866, 1898, 1957 y la más reciente, una importante innovación operada en 1994,<sup>10</sup> que será particular objeto de estudio en esta contribución.

## 4. El sistema federal en la Argentina

### 4.1. Dos fuerzas en interacción

Simplificando al extremo la cuestión, el federalismo argentino es una combinación de dos fuerzas: una *centrípeta* y la otra *centrifuga*.

<sup>7</sup> Median discrepancias doctrinarias sobre el punto, pues algunos autores consideran a la de 1860 como una *reforma constitucional* y no como el *cierre del poder constituyente originario inaugurado en 1853*.

<sup>8</sup> Ver para ampliar sobre el particular, Germán J., Bidart Campos: *Manual de la Constitución reformada* (t. I), Buenos Aires: Ediar, 1996, pp. 375-376.

<sup>9</sup> La aludida disposición reza: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

<sup>10</sup> Para facilitar la lectura de esta contribución, reproduciremos las disposiciones constitucionales más importantes en torno a los temas centrales que aquí se abordan. Dejamos sentado que, salvo aclaración en contrario, la utilización del énfasis en las normas transcritas no corresponderá al original, sino que será agregado por nuestra parte.

La primera, que va de la periferia hacia el centro, supone la existencia de una unidad en el Estado nacional argentino, que es *soberano*; mientras que la segunda, del centro hacia la periferia, implica la descentralización que permite la existencia de una pluralidad de provincias, que son *autónomas*.

Precisamente, el esquema federal pugna por establecer la unidad dentro de la variedad, funcionalizando los principios de autonomía y de participación.

El artículo 1º de la Constitución argentina establece que la Nación argentina adopta para su gobierno la forma representativa, republicana y *federal*. Las dos primeras serían más bien *formas de gobierno*, mientras que la tercera es una *forma de Estado*, desde que supone una relación entre el poder y el territorio en la cual aquél –en principio– se descentraliza políticamente con base física o geográfica.

Las provincias argentinas preexistieron a la Nación. No las veintitrés que hoy conforman el Estado argentino, sino las catorce que existían al momento de dar estructuración a aquélla. Luego se fueron agregando otras y provincializándose territorios nacionales<sup>11</sup> hasta llegar al número actual.

Debe advertirse que si bien en general el federalismo argentino se inspira en el norteamericano (del que también tomó el modelo presidencialista), median diferencias importantes entre ambas configuraciones, por ejemplo, acerca de los disímiles niveles o gradaciones de descentralización que presentan y las particularidades que cada uno de los contextos históricos ofrecía al tiempo de sus respectivas vertebraciones.

Dicho de otro modo, no se trata de una copia mecánica o de un simple ejercicio de mimesis del diseño norteamericano.

En tren de comparar las estructuraciones federales de Estados Unidos y la Argentina, se ha sostenido que la referencia a la Constitución estadounidense es relevante por cuanto sirve para explicar –siguiendo su proceso histórico– “que el sistema federal no siempre supone un proceso de descentralización territorial. En el caso de los Estados Unidos se trató, por el contrario, de un proceso de centralización de funciones y competencias desde los Estados preexistentes en los pactos de la unión perpetua y los artículos de la Confederación hacia un Estado federal [...]. Nuestro país [Argentina] adoptó el federalismo en un contexto histórico diferente y más bien como una fórmula superadora de los antagonismos y luchas feroces entre unitarios y federales, siendo que los integrantes de este último bando no eran propiamente ‘federalistas’ en el sentido del modelo norteamericano, sino independentistas que propugnaban una Confederación de estados soberanos cuyo fundamento principal era la oposición a Buenos Aires...”<sup>12</sup>

<sup>11</sup> El último en provincializarse fue el Territorio de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, por medio de la Ley n.º 23.775, publicada el 15 de mayo de 1990. Su Constitución fue sancionada en 1991.

<sup>12</sup> Alberto R. Dalla Via: “Actualidad del federalismo argentino”, en José M. Serna de la Garza (coord.), *Federalismo y regionalismo. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ), Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2002, p. 58.

## 4.2. Otras características que exhibe la estructura estatal argentina

4.2.1. En el Estado federal argentino coexisten la Nación, las provincias (dentro de éstas, los municipios) y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), que es la capital del país.

En el marco de su autonomía, las provincias pueden sancionar sus *propias Constituciones*, obviamente respetando el sistema representativo y republicano como forma de gobierno, de acuerdo con lo ordenado por el artículo 5<sup>o</sup><sup>13</sup> de la C.N.

Tal vez la cuestión que, sintetizada al máximo, presentáramos líneas arriba en cuanto a la preexistencia de las provincias, permita comprender que la C.N. contenga una norma, el artículo 121 en la numeración actual (inspirado en la Décima Enmienda<sup>14</sup> de la Constitución de los Estados Unidos, que enuncia la doctrina del *dual federalism*), que establece que “*las provincias conservan todo el poder no delegado por esta constitución al gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación*” (énfasis añadido).

4.2.2. Siguiendo el hilo descriptivo que propone Bidart Campos, las *relaciones típicas en la estructura federal* son: (i) de *subordinación*, en razón de la cual los ordenamientos locales deben ajustarse al ordenamiento federal; (ii) de *participación*, por la que se concede cierto espacio a la colaboración de las provincias en las decisiones del gobierno federal, a través de la Cámara de Senadores; y (iii) de *coordinación*, que delimita las competencias federales y provinciales mediante una distribución o un reparto.<sup>15</sup>

Precisamente en función de tal *reparto* existen, según el esquema que bosqueja el autor traído en cita en este punto,<sup>16</sup> las siguientes *competencias*: (i) *exclusivas del Estado federal* (por ejemplo, la declaración de la intervención federal –punto que retomaremos *infra*– o del estado de sitio);<sup>17</sup> (ii) *exclusivas de las provincias* (vgr., dictar sus propias

<sup>13</sup> La cláusula en cuestión establece: “*Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones*”.

<sup>14</sup> Tal Enmienda dice: “Los poderes no delegados a los Estados Unidos y no expresamente negados a los Estados son reservados a los Estados respectivamente o al pueblo”.

<sup>15</sup> Germán J. Bidart Campos: *Manual de la Constitución reformada*, (t. I), op. cit., pp. 440-441.

<sup>16</sup> *Ibíd.*, pp. 441-444.

<sup>17</sup> El artículo 23 de la C.N. establece: “En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, *se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspensas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino*”.

La declaración de estado de sitio en uno o varios puntos de la Nación en caso de conmoción interior es atribución del Congreso de la Nación, Cuerpo este último que también ostenta la potestad de aprobar o suspender el estado de sitio declarado, durante su receso, por el Poder Ejecutivo (Art. 75, Inc. 29).

De acuerdo con el artículo 99, inciso 16, de la C.N., el Presidente de la Nación “[d]eclara en estado de sitio uno o varios puntos de la Nación, en caso de ataque exterior y por un término limitado, con

Constituciones y legislaciones procesales); (iii) *concurrentes* (por caso, establecer los impuestos indirectos internos –Art. 75, Inc. 2º, Párr. 1º–), que pueden ser ejercidas tanto por el Estado federal como por las provincias; (iv) *excepcionales del Estado federal* (vgr., establecer impuestos directos en los términos del artículo constitucional 75, inciso 2º, párrafo 1º, y sólo por tiempo determinado); (v) *excepcionales de las provincias* (por ejemplo, dictar los códigos de fondo mientras no los sancione o haya sancionado el Congreso de la Nación –cfr. interpretación del artículo 126<sup>18</sup> de la C.N.–); y (vi) *compartidas* entre el Estado federal y las provincias, que requieren una “doble decisión integratoria” (por caso, cuando debe intervenir el Estado federal y una o más provincias participantes en la fijación de la Capital federal –Art. 3<sup>19</sup> C.N.–).

Finalmente, en relación con la distribución competencial, existiría una *cuestión inadmisibile y proscripta a toda instancia gubernamental* (nacional o provincial, prohibición que –pensamos– se hace incluso extensiva, *mutatis mutandis*, a la CABA y a los municipios), en los términos del artículo 29<sup>20</sup> de la C.N.: la concesión de facultades extraordinarias o la suma del poder público a quien ejerza el correspondiente Poder Ejecutivo (presidente de la Nación, gobernador de provincia, jefe de gobierno de la CABA o intendente municipal).

**4.2.3.** En función de lo expresado anteriormente, los entes provinciales no pueden invadir los ámbitos de competencia federal ni derogar las fuentes normativas federales con un nivel jerárquico superior a las provinciales.

De hecho, el artículo 31 de la Carta Básica enumera las fuentes que son *ley suprema de la Nación*: la propia C.N., las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras. Al respecto especifica que “*las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales*”<sup>21</sup> (énfasis añadido).

Además, el artículo 126 de la C.N. señala que *las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación*. Añade la aludida norma que “[n]o pueden celebrar tratados parciales de carácter

---

acuerdo del Senado. En caso de conmovión interior sólo tiene esta facultad cuando el Congreso está en receso, porque es atribución que corresponde a este cuerpo...”.

<sup>18</sup> Norma que, *inter alia*, determina que las provincias *no pueden dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, después de que el Congreso los haya sancionado*.

<sup>19</sup> Tal cláusula preceptúa: “Las autoridades que ejercen el Gobierno federal, residen en la ciudad que se declare Capital de la República por una ley especial del Congreso, previa cesión hecha por una o más legislaturas provinciales, del territorio que haya de federalizarse”.

<sup>20</sup> Esa norma, que no fue reformada en 1994, dispone: “*El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria*”.

<sup>21</sup> En su parte final, tal artículo deja a salvo de tal principio general a los tratados ratificados por la Provincia de Buenos Aires después del Pacto de 11 de noviembre de 1859, es decir, el nombrado “Pacto de San José de Flores”.



político; ni expedir leyes sobre comercio, o navegación interior o exterior; ni establecer aduanas provinciales; ni acuñar moneda; ni establecer bancos con facultad de emitir billetes, sin autorización del Congreso federal; ni dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, después que el Congreso los haya sancionado; ni dictar especialmente leyes sobre ciudadanía y naturalización, bancarrotas, falsificación de moneda o documentos del Estado; ni establecer derechos de tonelaje; ni armar buques de guerra o levantar ejércitos, salvo el caso de invasión exterior o de un peligro tan inminente que no admita dilación dando luego cuenta al Gobierno federal; ni nombrar o recibir agentes extranjeros”.

De su lado, y como lo marca el artículo 128, *ibídem*, los gobernadores de provincia son agentes naturales del Gobierno federal para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Nación, las cuales deben ser respetadas de conformidad con el principio de *lealtad federal* que los entes subnacionales deben prodigar al Estado federal y que, por supuesto, éste también debe dispensar a aquéllos, en el marco de un *federalismo cooperativo y de concertación* (y, por tanto, no competitivo).

Con todo, puede comprobarse empíricamente que si bien como se ha puntualizado existen normas que diseñan el reparto de competencias entre el Estado federal y las provincias, *median ámbitos de compleja delimitación y espacios de actividad intergubernamental común entre ambas instancias*.

Por tanto, al hilo del dinamismo propio de todo federalismo, las relaciones y la distribución competencial al interior de la estructura estatal federal no son siempre sencillas ni lineales.

Sea como fuera, como *mutatis mutandis* expresa Fernández Segado, “la distribución de competencias no ha de verse sólo estáticamente, esto es, petrificada en la forma que le diera la Constitución en un momento histórico concreto, sino que debe verse adaptada dinámicamente a las respectivas exigencias de tiempo y lugar y, cuando sea preciso, debe seguir siendo desarrollada”.<sup>22</sup>

Ya desde antiguo la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) sostuvo que debe evitar que se desnaturalicen el equilibrio y la armonía con que operan los poderes federales y provinciales, *que actúan para ayudarse y no para destruirse*. Tal afirmación fue vertida en el considerando 9° de la mayoría *in re*, *Pucci, Jorge y otro vs. Braniff International*,<sup>23</sup> de 28 de octubre de 1975, aunque había sido anticipada en *Fallos*, 286:301 y sus citas.

**4.2.4.** En suma, en el escenario argentino conviven la Constitución nacional con las Constituciones de cada uno de los veintitrés estados provinciales (Art. 123 C.N.),<sup>24</sup> e incluso con la de la CABA, la que si bien no es una provincia ni un municipio, cuenta con un régimen

<sup>22</sup> Francisco Fernández Segado: “Reflexiones críticas en torno al federalismo en América Latina”, en José M. Serna de la Garza (coord.): *Federalismo y regionalismo*, op. cit., p. 137.

<sup>23</sup> *Fallos*, 293: 287. La mayoría estuvo compuesta por los ministros Masnatta, Levene (h.) y Ramella; mientras que por su voto se pronunció el juez Díaz Bialek.

<sup>24</sup> Tal norma determina que cada provincia dicta su propia Constitución, conforme a lo dispuesto por el aludido artículo 5 de la C.N.: “asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero”.

de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y con un jefe de gobierno y legisladores elegidos directamente por el pueblo de la Ciudad (Art. 129, *Ibíd.*).

Lo expuesto implica que las provincias (al igual que la CABA) se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas, eligiendo a sus gobernadores, legisladores y demás funcionarios, sin intervención del Gobierno federal (Art. 122, *Ibíd.*).

A su tiempo, aunque la sanción de los códigos de fondo en la distintas materias (civil, comercial, penal, etc.) corresponda al Congreso nacional, lo que significa que existe un solo cuerpo normativo sustantivo de cada temática para toda la Nación (Art. 75, Inc. 12, C.N.);<sup>25</sup> las provincias están facultadas para dictar sus códigos procesales o adjetivos (vgr., procesal civil, procesal penal, procesal laboral) en sus respectivos ámbitos jurisdiccionales, los que cohabitan con los códigos procedimentales existentes en el ámbito federal (uno para cada espacio temático, por ejemplo, un Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y un Código Procesal Penal de la Nación, aplicables en todo el país para la justicia federal).

Asimismo, cada provincia (también la CABA) estructura su propio sistema de administración de justicia, su modelo de control de constitucionalidad y sus específicos institutos procesal-constitucionales, en lo concerniente a sus normativas locales.

De allí que en nuestro país convivan el esquema judicial y de contralor de constitucionalidad federal, con los correspondientes a cada una de las provincias y a la CABA.

Tal realidad marca la existencia de un universo plural de instrumentos jurídicos, jurisdicciones y competencias que deben interactuar en la tipología de estructuración federal que da forma y textura al Estado argentino.

Ello genera una compleja urdimbre de relaciones entre las distintas instancias políticas del sistema institucional, que por lo demás y en lo que tiene que ver con la configuración del gobierno, muestra un intenso tinte *presidencialista*.

### 4.3. Somera presentación del principio de “lealtad federal”

Ya hemos nombrado expresamente al principio de “lealtad federal”. Pero, ¿de qué hablamos cuando hablamos de semejante pauta?

Para comenzar a responder la pregunta debemos transportarnos al sistema federal alemán, donde el principio en cuestión ha obtenido mayores niveles de elaboración doctrinaria y jurisprudencial y de aplicación pragmática.<sup>26</sup> Ya más recientemente se ha extendido también a otros sistemas estadales de estructuración compuesta o compleja, por ejemplo Austria, Bélgica, Italia, Suiza, España.

<sup>25</sup> Establece como atribución del Congreso de la Nación la de dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social (este último nunca fue sancionado).

<sup>26</sup> Se ha afirmado que ello ha ocurrido en el contexto del constitucionalismo alemán, “tanto en la Constitución del II Reich alemán de 1871 (incluso mucho antes, cuando ni siquiera puede hablarse propiamente de un Estado federal), como en la Constitución de Weimar de 1919, e incluso en la vigente Ley fundamental de Bonn de 1949” (Leonardo Álvarez Álvarez: “La función de la lealtad en el Estado autonómico”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 22, Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2008, p. 502).

La *Bundestreue*, como se denominó a la “lealtad federal” en Alemania, dio origen a un principio constitucional no escrito que emana del principio del Estado federal.

Aquel postulado presenta dos dimensiones: de una parte, el respeto obligado que los *länder* deben rendir a la normativa federal; de otra, la improcedencia de que la Federación (*Bund*) fije políticas sin escuchar a aquéllos o impidiendo su participación en ellas.

Al respecto, Faller ha precisado que la relación entre el *Bund* y los *länder*, así como la de éstos entre sí, “no se caracteriza por una vecindad aislada, sino que exige la cooperación, así como las atenciones recíprocas. Las relaciones políticas entre el Estado central y los Estados miembros están determinadas mediante una relación de confianza mutua, expresada en el concepto de ‘lealtad federal’. Este principio pertenece a las normas constitucionales inmanentes de la Ley fundamental, que regulan las relaciones entre el *Bund* y los *Länder*”.<sup>27</sup>

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfGE), el principio de lealtad federal exige que tanto la Federación como los *länder* *deban respetar de manera razonable en el ejercicio de sus competencias el interés común del Estado federal y los intereses de los länder*.<sup>28</sup>

Además, dicho principio se aplica también a las relaciones entre los *länder*. El principio del comportamiento federal amistoso obliga a cada *land* a respetar en el ejercicio de sus derechos, en lo necesario, los intereses de los otros *länder* y de la Federación. El *land* no debe insistir en la imposición de posturas que tengan un efecto limitador jurídico cuando con ello se alteren los intereses fundamentales de otro *land*. En este principio constitucional del comportamiento federal amistoso radica sistemáticamente la frase no escrita de cláusula *rebus sic stantibus* en el Estado federal, que apunta a las relaciones constitucionales entre las partes de la “República Federal de Alemania”.<sup>29</sup>

Extrapolando *mutatis mutandis* aquellas apreciaciones al sistema argentino, y como se ha sostenido, el principio de lealtad federal “supone que en el juego armónico y dual de competencias federales y provinciales que, para su deslinde riguroso, pueden ofrecer duda, debe evitarse que tanto el gobierno federal como las provincias abusen en el ejercicio de esas competencias, tanto si son propias como si son compartidas o concurrentes; en sentido positivo, implica asumir una conducta federal leal, que tome en consideración los intereses del conjunto federativo, para alcanzar cooperativamente la funcionalidad de la estructura federal *in totum*”.<sup>30</sup>

Podríamos, por tanto, afirmar que se trata de un principio multidireccional, de respeto mutuo entre el Estado federal y las entidades subnacionales, y de éstas entre sí.

<sup>27</sup> Hans J., Faller: “El principio de la lealtad federal en el orden federativo de la República Federal de Alemania” (Ramón García Cotarelo, trad.), en *Revista de Estudios Políticos*, nueva época, n.º 16, julio-agosto de 1980, Madrid: CEC, p. 197.

<sup>28</sup> BVerfGE 32, 199, 218, citado por Gerhard Robbers: “La contribución de la jurisdicción constitucional en la configuración del Estado federal en Alemania”, en *Revista catalana de dret públic*, n.º 43, 2011, Barcelona: Generalitat de Catalunya, Escola d’Administració Pública de Catalunya, p. 5, nota 27.

<sup>29</sup> BVerfGE 34, 216, 232, citado en la obra mencionada en la nota anterior, p. 9, nota 50.

<sup>30</sup> Germán J. Bidart Campos: *Manual de la Constitución reformada* (t. I), op. cit., p. 470.

## 5. Federalismo y reforma constitucional de 1994

### 5.1. El proclamado “fortalecimiento del federalismo”

Precisamente una de las cuestiones centrales que aparecían en los discursos oficiales previos a la reforma constitucional de 1994, insistiendo en que se trataba de una de las ideas-fuerza de ésta, giraba en torno a la necesidad de *fortalecer el sistema federal*, lo que quedó plasmado –al menos desde el plano normativo– por vía de tal innovación. Entre ellas, las que enumeraremos a continuación.

#### 5.1.1. Vigorización del Senado nacional

Secularmente, éste ha sido considerado como la Cámara que representa los intereses provinciales, aunque la redacción actual del precepto trasunte una presencia institucional importante de los partidos políticos.

Se ha llevado el número de senadores a tres por cada una de ellas y la CABA (Art. 54),<sup>31</sup> cualquiera sea el tenor cuantitativo poblacional de aquéllas, siendo ellos elegidos de manera directa por el cuerpo electoral.<sup>32</sup>

Asimismo, se asignó al Senado la calidad de *Cámara de origen* en proyectos de ley que contienen cuestiones importantes para las provincias: la ley convenio en materia de coparticipación federal (Art. 75, Inc. 2º) y las iniciativas acerca del crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio y la promoción de políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones (inciso 19 de tal artículo).

En un modelo *bicameral* como el argentino (Cámaras de Diputados y de Senadores), ser Cámara de origen es relevante pues puede terminar imponiendo su voluntad a la Cámara revisora (cfr. Art. 81<sup>33</sup> C.N.). Por lo demás, se redujo la duración de los mandatos senatoriales de nueve a seis años.

<sup>31</sup> Dicha norma reza: “El Senado se compondrá de *tres senadores por cada provincia y tres por la ciudad de Buenos Aires, elegidos en forma directa y conjunta*, correspondiendo dos bancas al partido político que obtenga el mayor número de votos, y la restante al partido político que le siga en número de votos. Cada senador tendrá un voto”.

<sup>32</sup> Antes de la reforma constitucional eran dos por provincia y su elección era indirecta, a través de las legislaturas provinciales.

<sup>33</sup> Dicha cláusula prevé lo siguiente: “Ningún proyecto de ley desechado totalmente por una de las Cámaras podrá repetirse en las sesiones de aquel año. Ninguna de las Cámaras puede desechar totalmente un proyecto que hubiera tenido origen en ella y luego hubiese sido adicionado o enmendado por la Cámara revisora. Si el proyecto fuere objeto de adiciones o correcciones por la Cámara revisora, deberá indicarse el resultado de la votación a fin de establecer si tales adiciones o correcciones fueron realizadas por mayoría absoluta de los presentes o por las dos terceras partes de los presentes. *La Cámara de origen podrá por mayoría absoluta de los presentes aprobar el proyecto con las adiciones o correcciones introducidas o insistir en la redacción originaria, a menos que las adiciones o correcciones las haya realizado la revisora por dos terceras partes de los presentes. En este último caso, el proyecto pasará al Poder Ejecutivo con las adiciones o correcciones de la Cámara revisora, salvo que la Cámara de*

### 5.1.2. *Constitucionalización del sistema de coparticipación federal*

Tal régimen, según se postula desde la literalidad constitucional, debe construirse sobre la base de las pautas de solidaridad social entre las provincias, implantándose la obligación de dictar una ley convenio al respecto, que deberá ser sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, no podrá ser modificada unilateralmente ni reglamentada y será aprobada por las provincias (Art. 75, Inc. 2°, Párr. 4°).

Además, en el inciso 3° de tal disposición, la Carta Magna instituye que el Congreso nacional está investido de la atribución de establecer y modificar asignaciones específicas de recursos coparticipables, por tiempo determinado, por ley especial aprobada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Si bien la doctrina en general ha acogido con beneplácito (aunque en distintas gradaciones) la positivación constitucional de la coparticipación federal, no han faltado voces que la consideran un retroceso. En tal sentido, Dalla Via entiende que en la práctica produce un gran debilitamiento, pues aquella inclusión (a la que cataloga como una “actitud de sociologismo constitucional”) equivale a un equívoco “blanqueo” de llevar a la norma una práctica originada en un desvío. Añade que la coparticipación federal es una de las instituciones que más han contribuido a acentuar la dependencia de las provincias al poder central y que nació como una patología ante la insuficiencia de nuestro sistema fiscal de atribución de competencias.<sup>34</sup>

### 5.1.3. *Crecimiento armónico de la Nación*

Se ha impuesto (fundamentalmente al Congreso de la Nación) el mandato constitucional consistente en *proveer al crecimiento armónico de la Nación por el desarrollo equilibrado de provincias y regiones*, dando prioridad a un grado equivalente del mismo, a la calidad de vida y a la igualdad de oportunidades en todo el territorio argentino.

Ello surge de la conjugación del artículo 75, inciso 2°, tercer párrafo,<sup>35</sup> y 19, segundo párrafo,<sup>36</sup> con el artículo 124, *ibídem*, este último dentro del marco competencial de los gobiernos de provincia.

---

*origen insista en su redacción originaria con el voto de las dos terceras partes de los presentes. La Cámara de origen no podrá introducir nuevas adiciones o correcciones a las realizadas por la Cámara revisora”.*

<sup>34</sup> Alberto R. Dalla Via: “Actualidad del federalismo argentino”, op. cit., pp. 68-69.

<sup>35</sup> Tal tramo de la norma dispone: “La distribución entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires y entre éstas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto; *será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional*”.

<sup>36</sup> Ese segmento del inciso establece que el Congreso debe “[p]roveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover *políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones*. Para estas iniciativas, el Senado será Cámara de origen”.

#### 5.1.4. Sobre los establecimientos de “utilidad nacional”

Se ha concretado la delimitación de las competencias federal y provinciales en los lugares y establecimientos de “utilidad nacional”, por conducto del artículo 75, inciso 30.

Tal norma dispone que corresponde al Congreso de la Nación “[e]jercer una legislación exclusiva en el territorio de la capital de la Nación y dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines” (énfasis añadido).

Entre otros puntos, cabe resaltar la incorporación de la expresión “fines específicos” de los establecimientos de utilidad nacional y la determinación en punto a que “[l]as autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines”. Ambas cuestiones, al menos desde la dimensión normativa, apuntan a fortalecer las autonomías provinciales y municipales.

En realidad, la nueva norma constitucional ha receptado el desarrollo jurisprudencial de la CSJN respecto de las facultades provinciales en los establecimientos de utilidad nacional ubicados dentro de su territorio.

Nos referimos a la jurisprudencia superadora del objetable criterio adoptado por el Alto Tribunal en *Hidronor, Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. vs. Provincia del Neuquén*,<sup>37</sup> de 4 de diciembre de 1980. En este caso, fallado en ejercicio de su jurisdicción originaria, admitió la demanda planteada y declaró por mayoría (integrada por los ministros Gabrielli y Black, más el voto concurrente del juez Rossi) la inconstitucionalidad de la ley n.º 769 de la Provincia del Neuquén que había creado la municipalidad de tercera categoría en el pueblo Villa El Chocón, Departamento de Confluencia, y consiguientemente, determinó la nulidad del acto de asunción al cargo del comisionado municipal designado.

Se sostuvo que el entonces artículo 67, inciso 27, de la C.N. (hoy –con modificaciones– corresponde al artículo 75, –inciso 30) atribuía al Congreso la facultad de “ejercer una legislación exclusiva” sobre los lugares adquiridos por compra o cesión, en cualquiera de las provincias, destinados a establecimientos de utilidad nacional, lo que debía entenderse en el sentido de que la facultad del Gobierno nacional a legislar –lo que comprende administrar y juzgar– en los lugares que la Constitución ha reservado para su jurisdicción en vista de la utilidad común que ellos revisten para la Nación, es única y no compartida, pues resulta inadmisibles que, como está expresada, sea ejercida en forma concurrente por las legislaturas provinciales, toda vez que la exclusividad implica la negación del ejercicio simultáneo de otros poderes en esos lugares.

Por su parte, en sendas disidencias individuales se pronunciaron el ministro Frías y el ministro subrogante López, quienes propiciaban el rechazo de la demanda.

<sup>37</sup> Fallos, 302: 1461.

### 5.1.5. *Intervención federal*

En relación con este instituto, el artículo 6° de la C.N. (que no fue directamente modificado por la innovación constitucional de 1994 aunque sin duda impactado por otras normas que sí lo fueron), dispone: “El *Gobierno federal interviene en el territorio de las provincias* para garantizar la forma republicana de gobierno, o repeler invasiones exteriores, y a requisición de sus autoridades constituidas para sostenerlas o restablecerlas, si hubiesen sido depuestas por la sedición, o por invasión de otra provincia” (énfasis añadido).

Ya por medio de la citada reforma se ha pretendido imponer la premisa de que la *intervención federal a las provincias* es una figura *extraordinaria*, esclareciéndose que su declaración es competencia del Congreso de la Nación y que sólo excepcionalmente puede ser ejercida por el Poder Ejecutivo, teniendo en este caso el Cuerpo legislativo la potestad de aprobar o revocar la intervención decretada, durante su receso, por el Ejecutivo (cfr. Art. 75, Inc. 31).

### 5.1.6. *Autonomía municipal*

Una importante decisión constitucional ha sido la de literalizar la obligatoriedad de que las provincias aseguren la *autonomía de sus municipios*, y regulen su alcance y contenido en los ámbitos institucional, político, administrativo, económico y financiero (Art. 123 C.N., que debe leerse en línea con el Art. 5, *Ibíd.*). Más adelante retornaremos a esta trascendente problemática, que aquí sólo dejamos anunciada.

### 5.1.7. *Creación de regiones y celebración de convenios internacionales*

Se trata de dos relevantes prerrogativas provinciales contenidas en el artículo 124 de la C.N. Nos referimos a la posibilidad de crear regiones para el desarrollo económico y social, y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines. Sin embargo, ello no convierte a la *región* en una nueva instancia *política* dentro de la estructura de las relaciones federales.

También se ha dispensado a las provincias la prerrogativa de celebrar *convenios internacionales*, con ciertas lógicas limitaciones, pues el manejo de la política exterior corresponde al Estado federal. En ese sentido, aquéllas pueden celebrar tales instrumentos internacionales (con conocimiento del Congreso nacional) en tanto y en cuanto, precisamente, no resulten incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación. Ambas potestades provinciales (creación de regiones y celebración de convenios internacionales) son tan importantes como potencialmente conflictivas, por lo que serán retomadas *infra*.

### 5.1.8. *Sobre el dominio originario provincial de los recursos naturales*

En un marco general de discusión, se ha explicado que “el principio de integridad territorial de las provincias rescata a favor de éstas el dominio y la jurisdicción de sus recursos

naturales, su subsuelo, su mar territorial, su plataforma submarina, su espacio aéreo, sus ríos, lagos y aguas, sus caminos, las islas (cuando el álveo es provincial), las playas marinas y las riberas interiores de los ríos, etc. Las leyes del Estado federal opuestas a estos principios deben considerarse inconstitucionales”<sup>38</sup> (énfasis del original).

A su turno el artículo 124, *in fine*, de la C.N. (con la redacción otorgada por la reforma de 1994) se encarga de determinar que “[c]orresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio”, aunque nada dice sobre la exploración, la explotación y el aprovechamiento de tales recursos. Sin duda, el tema ostenta un gran interés público y teje puntos de contacto con otras disposiciones constitucionales, como por ejemplo:

- *Artículo 41*: referido al derecho de todos los habitantes a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras. Concretamente, la norma dispone que “[l]as autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales” (énfasis añadido), para pasar a señalar que corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección,<sup>39</sup> y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales;
- *Artículo 75, inciso 17*: con relación a los derechos de los pueblos indígenas argentinos, debiendo el Congreso de la Nación (y, añadimos por nuestra parte, todas las autoridades públicas competentes) *asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten*, pudiendo las provincias ejercer concurrentemente ésta y las demás atribuciones desplegadas en la norma aludida; y
- *Artículo 75, inciso 19*: puede ser considerado como continente de una ambiciosa cláusula de “desarrollo humano” o “nueva cláusula del progreso” que complementa a la no menos generosa “cláusula del progreso” original, cobijada ahora en el inciso 18 de tal norma constitucional. En un marco de gran amplitud, aquel inciso impone al Congreso “[p]roveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional,...”; y “[p]roveer al crecimiento armónico de la Nación [...]; [y] promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones...”.

<sup>38</sup> Germán J. Bidart Campos: *Manual de la Constitución reformada* (t. I), op. cit., p. 450.

<sup>39</sup> Por medio de la Ley n° 25.675 (publicada el 28 de noviembre de 2002), conocida como Ley General del Ambiente, se han establecido los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable.



Con ser importante la incorporación al texto constitucional de la premisa referente a que *corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio*, en modo alguno la cuestión ha quedado zanjada. De hecho, se han abierto numerosos frentes de discusión respecto de varias aristas directas y colaterales de un problema hartamente complejo, por ejemplo, sobre la relación no siempre lineal entre *dominio y jurisdicción respecto de los recursos naturales*.

En torno a tal cuestión, Bidart Campos expresa que el “*dominio de las provincias sobre sus bienes no coincide con la jurisdicción*; puede haber dominio sin jurisdicción, y así en materia de ríos las provincias tienen el dominio de los que corren por su territorio, sin perjuicio de la jurisdicción federal del Congreso con respecto a la navegación y al comercio interprovincial”<sup>40</sup> (énfasis en el original).

Frías, a su tiempo, ha puntualizado que *el dominio se ejerce sobre las cosas, mientras la jurisdicción sobre las relaciones*, y a esto añade que “[e]l dominio lleva necesariamente a la jurisdicción si nada la limita o la excluye; la jurisdicción no lleva necesariamente al dominio”.<sup>41</sup>

Sea como fuera, es lícito concluir que la pauta consagrada en el tramo de cierre del artículo 124 constitucional, como hipótesis de mínima prefigura la obligación del gobierno federal de requerir el consentimiento de las provincias para disponer de los recursos naturales existentes en su territorio.

### 5.1.9. La CABA

Resulta también significativo que la reforma constitucional haya dispensado en el artículo 129 un tratamiento explícito a la CABA, dotándola de un estatus jurídico sui generis ya que –en una simplificación máxima del tema– podría decirse que, al parecer, *es más que un municipio pero menos que una provincia*.<sup>42</sup>

La CABA es la sede de la Capital federal, y en definitiva es *un nuevo sujeto de la relación federal* que viene a sumarse a las restantes: el *Estado federal*, las *provincias* y, dentro de éstas, los *municipios*.

Como anticipábamos, la CABA ostenta un régimen de gobierno autónomo (acumulándose tal carácter autonómico a su condición de actual capital del país), con facultades propias de legislación y jurisdicción. Su jefe de gobierno es elegido directamente por el pueblo de la Ciudad, además de haber sancionado el 1º de octubre de 1996 su propia “*Constitución*”, pese a que el artículo 129 de la C.N. se refiere a la potestad de sancionar un “*Estatuto Organizativo de sus instituciones*”.

Es interesante la visión de Bidart Campos en cuanto a que el territorio de la Ciudad no está ya federalizado totalmente, sino sujeto a jurisdicción federal únicamente en lo que

<sup>40</sup> Germán J. Bidart Campos: *Manual de la Constitución reformada* (t. I), op. cit., p. 450.

<sup>41</sup> Pedro J. Frías: *Derecho público provincial*, Buenos Aires: Depalma, 1985, p. 172.

<sup>42</sup> La discusión doctrinaria para encuadrar la naturaleza jurídica de la CABA ha sido intensa y se han imaginado numerosas modalidades. Por ejemplo, “ciudad autónoma”, “ciudad-Estado”, “municipio federado”, “distrito autónomo”, han sido sólo algunas de las etiquetas utilizadas al efecto.

se refiere y vincula a los intereses que en ese territorio inviste el Estado federal, en razón de residir allí el gobierno federal y de estar situada la Capital federal; de lo que extrae que la jurisdicción federal es parcial y de naturaleza o sentido institucional y competencial, pero no territorial o geográfico, porque el territorio no es federal ni se federaliza.<sup>43</sup>

El citado autor porta una percepción interesante en lo tocante a la posibilidad de intervención federal a la CABA, pero como Ciudad de Buenos Aires y no como Capital federal mientras lo siga siendo (Arts. 75, Inc. 31, y 99, Inc. 20). En otras palabras, entiende que “individualizar a la ciudad –que por el artículo 129 debe ser autónoma– ayuda a argumentar que si puede ser intervenida es porque su territorio no está federalizado y porque, a los fines de la intervención federal, se la ha equiparado a una provincia. Si la ciudad mantuviera su federalización mientras fuera capital, tal vez pudiera pensarse que, aun con autonomía”, no sería susceptible de intervención en virtud de esa misma federalización territorial.<sup>44</sup>

En esa línea considera que cuenta con mayor asidero “imaginar que el gobierno autónomo de la ciudad de Buenos Aires en un territorio que, aun siendo sede del gobierno federal y capital de la república, ya no está federalizado, es susceptible de ser intervenido porque, en virtud de este status, puede incurrir –al igual que las provincias– en las causales previstas en el artículo 6° de la Constitución”.<sup>45</sup>

## 5.2. El discurso y la realidad

En general, desde el plano *normológico* la reforma constitucional ha intentado producir un avance para el federalismo. El obstáculo enraíza en la *falta de correspondencia entre los postulados normativos y las concreciones fácticas*.

Dicho de otra manera, aquel fortalecimiento del federalismo que se postulaba como uno de los puntos axiales de la reforma constitucional de 1994, no ha tenido encarnadura en el ámbito de la realidad.

Sólo por citar un ejemplo sintomático, según la disposición transitoria sexta de la Constitución, la ley convenio a la que hace referencia el artículo 75, inciso 2°, de la C.N. en materia de coparticipación federal y la reglamentación del organismo fiscal federal, deberían haber sido establecidos *antes de la finalización del año 1996*. Tal mandato constitucional no se ha cumplido, e incluso al presente (primer semestre de 2013) semejante ley convenio no ha sido aún sancionada y nada hace presagiar que pudiera serlo en un futuro próximo.<sup>46</sup>

<sup>43</sup> Germán J. Bidart Campos: *Manual de la Constitución reformada* (t. I), op. cit., p. 456.

<sup>44</sup> Íd.

<sup>45</sup> Íd.

<sup>46</sup> Continúa rigiendo en la materia la Ley n.º 23.548, publicada el 26 de enero de 1988, que establecía a partir del 1º de enero de 1988 el “Régimen *Transitorio* de Distribución de Recursos Fiscales entre la nación y las provincias” (énfasis añadido). Por la fecha de su sanción, no incluyó en su texto primigenio a la CABA ni a la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (como vimos, último Territorio nacional en ser provincializado). De hecho, el artículo 8º de la ley se refiere a “la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y al Territorio nacional de Tierra del

En consecuencia, más allá de la impronta *aspiracional* del constituyente en pro de robustecer las estructuras provinciales, empíricamente ello no ha acaecido. Antes bien, ha aumentado el centralismo (algún autor habla de la macrocefalia del “puerto”, o sea, de Buenos Aires)<sup>47</sup> y, sobre todo, se ha incrementado la subordinación financiera y económica de la mayoría de las provincias a la Nación.

Conectado con ello, tampoco se ha atenuado el poder presidencial como se pregona-ba en su momento. Todo lo contrario, el Ejecutivo concentra más poderes y facultades, avanza sobre el Legislativo dictando decretos de necesidad y urgencia y, en no pocas ocasiones, presiona al Poder Judicial en temas de trascendencia institucional.

En suma, al desfigurarse fácticamente el propósito perseguido por el constituyente en aras de reforzar la solidez de la estructura federal, paralelamente crece el déficit democrático. Es que, como advierte Fernández Segado,<sup>48</sup> si la estructura federal se encuentra en íntima conexión con la democracia, “que en el Estado federal no se proyecta sobre una única organización, sino sobre una pluralidad de centros de decisión”, se comprende que el déficit democrático esté “estrechamente unido a la desnaturalización del sistema federal, no pudiendo, a la inversa, operar el sistema federal como instrumento democratizador del poder, contribuyendo de este modo a la vivificación de la democracia, una de las más caracterizadas funciones del federalismo, como bien advierte SCHAMBECK”.<sup>49</sup>

### 5.3. Lo deseable en materia de coparticipación federal

Naturalmente, lo anhelable es que –*voluntad política* mediante– se logren consensos básicos para formular criterios objetivos de reparto sobre una plataforma de solidaridad y

---

Fuego”. Ya por medio del artículo 1º del Decreto n.º 705/2003 (publicado el 27 de marzo de 2003), se establece desde el 1º de enero de 2003, la participación correspondiente a la CABA en el monto total recaudado. Por su parte, el artículo 1º del Decreto n.º 2.456/90 (publicado el 29 de noviembre de 1990), texto según el artículo 2º del Decreto n.º 702/99 (publicado el 7 de julio de 1999), fija la participación que le corresponde a la *Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur* en el monto total de la masa de fondos a distribuir.

<sup>47</sup> Al respecto se ha dicho: “El federalismo argentino es el resultado de un proceso histórico particular de formación de una alianza entre la *macrocefálica Buenos Aires* y un cuerpo que no ha guardado proporción. Desde la constitución del Virreinato del Río de la Plata, en 1778, el puerto y su ciudad se tomaron revancha de Lima y del privilegio que el interior mantuvo durante casi todo el siglo XVIII, con el comercio de la plata. A partir de entonces, Buenos Aires ha sido el centro neurálgico del país...” (Daniel Muchnik: “El ilusorio federalismo argentino”, en *Le Monde Diplomatique*, <<http://www.insumisos.com/diplo/NODE/3413.HTM>>. Énfasis añadido).

<sup>48</sup> Francisco Fernández Segado: “Reflexiones críticas en torno al federalismo en América latina”, op. cit., p. 111.

<sup>49</sup> Herbert Schambeck: “Posibilidades y límites del federalismo” (Joaquín Abellán, trad.), en *Revista de Documentación Administrativa*, n.º 193, enero-marzo de 1982, p. 87. Hemos consultado la fuente original y en el párrafo al que alude la referencia de Fernández Segado (*vid.* nota anterior), Schambeck afirma: “El federalismo puede contribuir a la *vivificación de la democracia*, puesto que con la construcción federal del Estado se problematizan los sectores más cercanos de la vida pública, con lo que la formación de la opinión y de la voluntad políticas se sitúa sobre una base más amplia” (énfasis en el original).

proporcionalidad. Ello, para abastecer las exigencias de la seguridad jurídica, morigerar las desigualdades y asimetrías y resguardar debidamente los postulados de un *federalismo de concertación (o convergencia) y participativo*.

Como es de suponer, lo anterior no implica obviar la posibilidad de que se contemple en aquel instrumento un razonable margen de flexibilidad en función de la dinámica política y las adaptaciones que –*inter alia*– impongan los cambios y nuevos requerimientos sociales, económicos, territoriales, que germinen.

Tal vez lo precedentemente expuesto pueda aportar en favor de que se atenúe la tentación de los gobiernos centrales de utilizar arbitrariamente la asignación de recursos como premios o castigos, de acuerdo con la textura político-partidaria de las ocasionales autoridades provinciales, supeditándolos respectivamente a la alineación o al enfrentamiento de éstas con el partido, alianza o frente políticos que circunstancialmente guíe el timón gubernativo nacional.

Por cierto, no ignoramos las dificultades que se corporizan a la hora de intentar compatibilizar los intereses de los actores para lograr la aplicación de criterios racionales y ecuánimes de distribución de la masa coparticipable. Basta repasar lo que narrábamos *supra* con la *ausente* ley convenio en materia de coparticipación federal que debió haber sido dictada hacia finales de 1996, sin que hasta el momento haya visto la luz.

## **6. De ciertas cuestiones de interés (en ocasiones, conflictivas) en el ámbito de la estructura federal**

### **6.1. Introito**

Brindado un panorama general de la modificación constitucional respecto de diversos aspectos del federalismo, nos detendremos aquí en un conjunto de temas que ofrecen perfiles dignos de ser abordados con alguna profundidad, lo que intentaremos concretar siempre dentro de las lógicas limitaciones de espacio de este ensayo.

Nos referimos a: (i) el mandato constitucional dirigido a las provincias en punto a asegurar y plasmar la autonomía de sus municipios; (ii) la regionalización *ad intra*; (iii) la actividad internacional de las provincias; y (iv) el impacto que una intensificación de los ligámenes integracionales que el Estado nacional decidiera llevar adelante (por ejemplo en el contexto del Mercosur) podrían eventualmente ocasionar en los escenarios provinciales. Pasamos a desarrollar los citados problemas.

### **6.2. Reforma constitucional y autonomía municipal**

**6.2.1.** Como señalábamos, la reforma de 1994 plasmó en el artículo 123 de la C.N. un encargo mandatorio a las provincias en punto a garantizar la *autonomía de sus municipios*, regulando el alcance de ésta en los planos institucional, político, administrativo, económico y financiero.

En puridad, se ha constitucionalizado el criterio jurisprudencial forjado por la CSJN a partir del caso *Rivademar, Ángela D. B. Martínez Galván de vs. Municipalidad de Rosario*,<sup>50</sup> de 21 de marzo de 1989, que zanjó la discusión sobre la naturaleza jurídica de los municipios, concluyendo que éstos *no son entes autárquicos*.

De hecho, en el considerando 8° de tal pronunciamiento, la Corte expresó que “*mal se avienen con el concepto de autarquía diversos caracteres de los municipios*, tales como su origen constitucional frente al meramente legal de las entidades autárquicas; la existencia de una base sociológica constituida por la población de la comuna, ausente en tales entidades; la imposibilidad de su supresión o desaparición, dado que la Constitución asegura su existencia, lo que tampoco ocurre con los entes autárquicos; el carácter de legislación local de las ordenanzas municipales frente al de resoluciones administrativas de las emanadas de las autoridades de las entidades autárquicas; el carácter de personas jurídicas de derecho público y de carácter necesario de los municipios (Art. 33, Cód. Civil, y especialmente la distinción hecha en el texto originario de Vélez Sársfield), frente al carácter posible o contingente de los entes autárquicos; el alcance de sus resoluciones, que comprende a todos los habitantes de su circunscripción territorial, y no sólo a las personas vinculadas, como en las entidades autárquicas; la posibilidad de creación de entidades autárquicas en los municipios, ya que no parece posible que una entidad autárquica cree a otra entidad autárquica dependiente de ella; y la elección popular de sus autoridades, inconcebible en las entidades autárquicas” (énfasis añadido).

**6.2.2.** Al comentar el artículo 123 de la C.N., Quiroga Lavié destaca que la Constitución no ha consagrado la autonomía absoluta del régimen municipal, sino solamente su principio. Además, lo ha condicionado, en su alcance y contenido, a las reglas que el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero establezca cada provincia. No podía ser de otra forma, porque de lo contrario, en aras de la autonomía municipal, se podría haber restringido la autonomía institucional de las provincias, que tiene rango superior, no cabe duda.<sup>51</sup>

En sentido afín, Natale revela que el alcance y contenido de la autonomía será definido por cada provincia. Ellas no podrán ignorar el mandato constitucional ni limitarlo al extremo de desnaturalizarlo [... ya que] ese concepto está definido por la doctrina y las provincias deberán admitirlo para que la Nación les asegure su propio gobierno.<sup>52</sup>

Frías, a su tiempo, sostiene que la municipalización de la vida pública argentina es una de las consecuencias notables de la descentralización, y añade que el proceso concierne a lo institucional pero también a la cultura política, para luego advertir que la autonomía municipal se afianzó primero en la doctrina, tardíamente en la jurisprudencia de la

<sup>50</sup> *Fallos*, 312: 326. El fallo fue suscripto de modo unánime por los ministros Caballero, Belluscio, Fayt, Petracchi y Bacqué.

<sup>51</sup> Humberto Quiroga Lavié: *Constitución Argentina comentada*, Buenos Aires: Zavalía, 1996, pp. 719/720.

<sup>52</sup> Alberto L., Natale: *Comentarios sobre la Constitución*, Buenos Aires: Depalma, 1995, p. 173.

CSJN, antes en el ciclo constituyente provincial y luego ha sido coronada por la reforma nacional de 1994.<sup>53</sup>

Rosatti señala que el municipio es un ente que “tiende” a la autonomía, entendiéndose por autonomía (en su acepción “plena”) el reconocimiento de las siguientes atribuciones:<sup>54</sup>

- *Autonormatividad constituyente*, o sea, capacidad para darse u otorgarse la propia norma fundamental;
- *Autocefalia*, es decir, capacidad para elegir sus propias autoridades;
- *Autarquia o autarquía*, esto es, autosatisfacción económica y financiera derivada de la posesión de recursos propios y complementada con la posibilidad de disponer de ellos;
- *Materia propia*, o sea el reconocimiento de un contenido específico con facultades de legislación, ejecución y jurisdicción; y
- *Autodeterminación política*, o sea el reconocimiento de garantías ante las presiones políticas o económicas que, realizadas desde una instancia de decisión más abarcativa, puedan condicionar el ejercicio de las atribuciones descriptas precedentemente.

Ello lleva al autor citado en último término a concluir que no todos los municipios deben gozar del mismo estatus jurídico pues habrá algunos con autonomía *plena* (con las cinco atribuciones señaladas), y otros con una *semiplena o relativa* (pudiendo, por ejemplo, carecer de autonormatividad constituyente).<sup>55</sup>

Bidart Campos proclama también la importancia de la autonomía económico-financiera de los municipios, al evocar que si bien durante un tiempo había interpretado como admisible que los municipios de provincia ejercieran por ‘delegación’ de la provincia determinadas competencias tributarias, posteriormente evolucionó hasta reconocer –incluso antes de la reforma constitucional de 1994– que los municipios investían poder tributario originario o propio. El citado autor destaca que hoy el artículo 123 disipa las dudas, porque obliga a las provincias a reglar el alcance y el contenido de la *autonomía municipal* en el orden *económico y financiero*, base constitucional federal que lo lleva a sostener que cada constitución provincial ha de reconocer a cada municipio de su jurisdicción –según sea la categoría de este municipio– un espacio variable para crear tributos, lo que implica que desde la Constitución federal se da sustento al poder impositivo originario de los municipios. A su tiempo, aclara que son las Constituciones provinciales las que deben deslindar el poder impositivo local entre la propia provincia

<sup>53</sup> Pedro J. Frías: *El proceso federal argentino II*, Córdoba (Argentina): Ediciones del Copista, 1998, p. 84.

<sup>54</sup> Horacio D. Rosatti: “El federalismo en la reforma”, en Rodolfo C. Barra, Alberto M. García Lema, Héctor Masnatta et ál.: *La reforma de la Constitución, explicada por miembros de la Comisión redactora*, Santa Fe (Argentina): Editorial Rubinzal-Culzoni, 1994, p. 223.

<sup>55</sup> Íd.

y los municipios, utilizando permisiones y prohibiciones respecto de los últimos, pero sin que puedan inhibir o cancelar totalmente el poder tributario municipal.<sup>56</sup>

Para concluir la recorrida doctrinaria sobre el tema que tratamos, Sánchez Morón considera –*mutatis mutandis*– que “cuando se asevera que la autonomía de los municipios es meramente administrativa, se está confundiendo la significación teleológica y el fundamento organizativo de la autonomía municipal con la naturaleza de las funciones que los municipios han de desempeñar, a lo que añade que lo esencial de la autonomía política de un ente es la correspondencia entre la voluntad colectiva de la comunidad y la acción pública de las organizaciones representativas de éstas que tienen encomendada la gestión de una parte de sus intereses [...] señalando que la representatividad de los entes municipales es representatividad política.”<sup>57</sup>

**6.2.3.** En la senda argumental que transitamos, podemos concluir que la autonomía municipal no puede entenderse en términos absolutos, ya que para respetar el mandato de la C.N. el sistema municipal instaurado (o por instaurar) en cada provincia deberá adaptarse a lo que preceptúen sus respectivas constituciones y, en su caso, las normativas que pudieren emanar los propios poderes legislativos provinciales.

Por citar a modo de ejemplo otro fallo de la CSJN en la materia, se observa que *in re, Telefónica de Argentina vs. Municipalidad de Chascomús s/ Acción declarativa*, de 18 de abril de 1997, ha señalado que *las prerrogativas de los municipios derivan de las correspondientes a las provincias a las que pertenecen* (Consid. 7°, Párr. 2°), pasando a agregar que “*el régimen municipal que los Constituyentes reconocieron como esencial base de la organización política argentina al consagrarlo como requisito de la autonomía provincial* (art. 5°), consiste en la Administración de aquellas materias que conciernen únicamente a los habitantes de un distrito o lugar particular sin que afecte directamente a la Nación en su conjunto y, por lo tanto, debe estar investido de la capacidad necesaria para fijar las normas de buena vecindad, ornato, higiene, vialidad, moralidad, etc. de la Comuna y del poder de preceptuar sanciones correccionales para las infracciones de las mismas...”<sup>58</sup> (Consid. 10, *in fine*. Énfasis añadido).

<sup>56</sup> Germán J. Bidart Campos: *Manual de la Constitución reformada* (t. II), Buenos Aires, 1997, p. 181.

<sup>57</sup> Miguel Sánchez Morón: *La autonomía local. Antecedentes históricos y significado constitucional*, Madrid: Monografías, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Civitas, 1990, p. 175. Al respecto, es dable señalar que en la Constitución española de 1978, el artículo 137 prescribe: “El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus propios intereses”. A su turno, el artículo 140, *ibidem*, dispone: “La Constitución garantiza la autonomía de los municipios. Éstos gozan de personalidad jurídica plena. Su gobierno y administración corresponde a sus respectivos Ayuntamientos, integrados por los Alcaldes y los Concejales...”.

<sup>58</sup> *Fallos*, 320: 619. Votaron coincidentemente los jueces Moliné O’Connor, Fayt, Belluscio, Boggiano, López, Bossert y Vázquez.

En definitiva, lo cierto es que en nuestro país, luego de la reforma constitucional de 1994 y conforme al artículo 123, los municipios deben tener un régimen mínimo de organización y administración propias, y de autonomía económica y financiera. Los órdenes de autonomía previstos en la mencionada norma constitucional suponen: (i) el *institucional*: la potestad de los municipios de dictarse su propia carta fundamental por medio de una convención convocada al efecto; (ii) el *político*: la capacidad de nominar a sus autoridades y regirse por ellas; (iii) el *administrativo*: la autorización para gestionar y organizar, *inter alia*, los intereses, servicios y obras locales; y (iv) el *económico-financiero*: la habilitación para diseñar su modelo rentístico, administrar su presupuesto, recursos propios y la inversión de ellos.

### 6.3. La regionalización

**6.3.1.** El aludido artículo 124 constitucional acuerda a las provincias la facultad de crear regiones para el desarrollo económico y social, y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines.

Tal premisa debe leerse en línea con el artículo 125, parte inicial, *ibídem*, que permite a las provincias la *celebración de tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común*, con conocimiento del Congreso; y con el artículo 126, *ibídem*, que paralelamente les proscribe ejercer el poder delegado a la Nación y la celebración de tratados parciales de carácter político.

De tal trama normativa surge que la región no es una nueva instancia política en el sistema institucional argentino. Pero sin duda, es una importante herramienta de oxigenación federal, mas siempre como vehículo descentralizador, es decir, como advierte Hernández, no destinada a centralizar el país o violar las autonomías provinciales y municipales.<sup>59</sup>

**6.3.2.** Aprovechamos este segmento del trabajo para reiterar nuestra posición en punto a que la creación de regiones en los términos del artículo 124 de la Constitución federal es *una facultad provincial* y no del Gobierno nacional, lo que obviamente no significa que éste deba desentenderse del proceso de regionalización, pues otra de las innovaciones vehiculadas por la reforma de 1994 y, en este caso, trasvasada al artículo 75, inciso 19, párrafo 2º, es –como vimos– la atribución conferida al Congreso en punto a proveer al crecimiento armónico de la Nación y *promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones, iniciativas para las cuales el Senado será Cámara de origen*.

En otras palabras, las regiones no pueden ser pergeñadas por ley del Congreso y de espaldas a las provincias o en contra de la voluntad de éstas, pues como ha advertido Gelli, “[n]o se trata de que el Estado federal planifique una superestructura compuesta

---

<sup>59</sup> Antonio M. Hernández: *Integración y globalización: rol de las regiones, provincias y municipios*, Buenos Aires: Depalma, 2000, p. 41.



por regiones por sobre las provincias que implique, en los hechos, un corrimiento de los límites de éstas. Por el contrario, la regionalización se constituye en un instrumento de los entes locales para solucionar problemas comunes, maximizando las ventajas comparativas de cada una de las provincias que acuerdan crear una región, aunque sólo pueden hacerlo en materia económica y social...<sup>60</sup>

Por lo demás, la política de regionalización *ad intra* y *ad extra* podría coadyuvar, como ha sucedido en Europa y naturalmente teniendo en cuenta las significativas diferencias y evitando mimetismos jurídicos artificiales, a la búsqueda de grados más avanzados de cohesión social y territorial y de desarrollo económico equilibrado.

En línea con ello, y para cerrar este punto, coincidimos con Stähli respecto de las tres cuestiones centrales que plantea acerca de la existencia de una política regional en el marco de un esquema de integración, las que tienen que ver con los objetivos generales perseguidos: la democratización del proceso integrador, la incorporación a éste de una nueva dinámica y la corrección de los desequilibrios.<sup>61</sup>

## 6.4. La actividad internacional de las provincias

**6.4.1.** Nótese que el multicitado artículo 124 de la Carta fundamental prevé que las provincias “podrán también *celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o al crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso nacional*” (énfasis añadido).

La cuestión ha suscitado numerosas dudas en la doctrina, tanto en torno al grado de legitimación de las provincias para actuar internacionalmente y al alcance de tal eventual actividad, como al calibre semántico de la expresión “con conocimiento del Congreso nacional”.

La problemática recepta importancia no sólo desde el plano especulativo o académico, sino primordialmente desde la óptica del refuerzo del federalismo, la revalorización de las gestiones que en el ámbito internacional les es lícito desplegar a las unidades provinciales y el papel que pueden desempeñar en el terreno de la integración supranacional, naturalmente dentro de los límites establecidos por la Ley fundamental, lo que supone dejar a buen resguardo el principio jurídico-axiológico de *lealtad constitucional* que, justo es decirlo, no solamente vincula a las entidades infraestatales respecto del gobierno central, sino que, en retroalimentación, también compromete a éste con relación a aquéllas.

**6.4.2.** Un enfoque exegético del segmento del precepto constitucional citado lleva en primer término a puntualizar desde una dimensión genérica que tales *actividades de alcance internacional o gestiones internacionales* de las provincias, resultan legitimadas

<sup>60</sup> María Angélica Gelli: *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada* (t. II, 4ª ed. ampl. y actualiz.), Buenos Aires: La Ley, 2008, p. 609.

<sup>61</sup> Jorge Stähli: “Participación de las regiones internas de los Estados en los procesos de integración”, en un texto inédito que el autor tuviera la gentileza de enviarnos.

a partir de una percepción *flexible* de las “relaciones internacionales”, cuya conducción y responsabilidad –como es de sobra conocido– recaen exclusivamente en el Estado federal en cuanto a lo que corporizaría el “núcleo duro” de aquellas relaciones.

Correlativamente, la mencionada laxitud interpretativa de dicha expresión permitiría pensar en un “núcleo blando” que habilita la realización de actividades de tenor internacional por parte de los entes subestatales, o lo que por ejemplo y *mutatis mutandis*, la doctrina italiana denomina *attività promozionali* (actividades de promoción exterior), encaminadas justamente al fomento del desarrollo económico, social y cultural que las regiones pueden desempeñar con acuerdo del Gobierno<sup>62</sup> (en el caso argentino, las provincias lo deben hacer “con conocimiento del Congreso nacional”).

Dicho en palabras de Casanovas y La Rosa, al margen de las “relaciones internacionales” en sentido estricto y de la celebración de tratados internacionales, cabe “articular un ámbito de acción exterior que se fundamente en los poderes e intereses propios de las entidades infraestatales y se ajuste a lo que es la práctica constitucional e internacional actual en los Estados de estructura compleja”<sup>63</sup>.

Aclarado lo anterior, y retomando en particular el tramo del artículo 124 referido a las actividades que *ad extra* están facultadas a llevar adelante las provincias, la terminología “convenios internacionales” que pueden celebrar, suponemos ha sido pensada para transmitir un mensaje que exteriorice una distinción categorial enraizada en una valencia jurídica más tenue y menos formal que la de “tratados internacionales”, que quedan inmersos –estos últimos– en la órbita competencial exclusiva del Estado nacional en el manejo de las relaciones internacionales<sup>64</sup> (“núcleo duro”).

<sup>62</sup> María Valeria Agostini: “Líneas de evolución de la acción de las regiones italianas en el exterior y de su participación en el proceso de adopción de decisiones comunitarias”, en Francisco Aldecoa Luzárraga y Fernando M. Mariño Menéndez (coords.), *La acción exterior y comunitaria de los länder, regiones, cantones y comunidades autónomas* (vol. I), Bilbao: Universidad Carlos III de Madrid y Universidad del País Vasco, Instituto Vasco de Administración Pública, 1994, p. 24.

<sup>63</sup> Oriol Casanovas y La Rosa: “La acción exterior de las Comunidades Autónomas y su participación en la celebración de tratados internacionales”, loc. cit. en nota anterior, pp. 57-58.

<sup>64</sup> En general, hay consenso doctrinario acerca de que, en el contexto de nuestra Ley fundamental e interpretando la voluntad del constituyente reformador, la expresión “convenios internacionales” representa un escalón jerárquico inferior a la de “tratados internacionales”, reservados al Estado nacional (poderes Ejecutivo y Legislativo) en el marco de una fórmula léxica empleada por ejemplo en los artículos 27, 31 y 75, incisos 22, 23 y 24. Sin embargo, es preciso recordar que desde un plano genérico y en el ámbito del derecho internacional, entre ambas denominaciones existen lazos de afinidad semántica. Es que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), de 23 de mayo de 1969, que entrara en vigor el 27 de enero de 1980, ha determinado que a los efectos de tal Convención, “se entiende por ‘tratado’ un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular” (cfr. Art. 2.1.1.º ‘a’).

Al explicar la citada definición, de la Guardia puntualiza que según tal Convención y a los efectos de su texto, “todo convenio será un ‘tratado’ siempre que: a) sea un acuerdo internacional; b) haya sido celebrado por escrito; c) se haya concluido entre Estados; d) esté regido por el derecho internacional, y e) cualquiera sea su denominación particular y aunque conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos” (Ernesto de la Guardia: *Derecho de los tratados internacionales*, Buenos Aires: Ábaco, 1997, p. 107). Justamente al desarrollar este último elemento de la

Justamente, la celebración de “convenios internacionales” por las unidades provinciales queda supeditada a la compatibilidad “con la política exterior de la Nación” y la no afectación de “las facultades delegadas al Gobierno federal o al crédito público de la Nación”. Puede acordarse o no con los lineamientos léxicos adoptados por el constituyente reformador de 1994 para trazar los límites a las actividades provinciales de alcance internacional, mas lo que sí queda claro es que en tal diseño lingüístico se inserta la matriz del citado principio de “lealtad constitucional”, que en el particular las provincias deben acatar para preservar la intangibilidad del reparto de competencias acordado con el Estado nacional.

En definitiva, y en lo que hace al objeto de tales “convenios internacionales”, parece claro que éste debe girar en torno a competencias exclusivas de las provincias o concurrentes con la Nación.

**6.4.3.** Por su parte, no menor polémica trae consigo la fórmula escogida en punto a que tanto la creación de regiones como la celebración de convenios internacionales deben realizarse “con *conocimiento* del Congreso nacional” (énfasis añadido).

Liminarmente, nos apresuramos a aclarar que, desde nuestra óptica, “conocimiento” no origina la exigencia de consentimiento, aprobación ni autorización, sino de comunicación al Poder Legislativo.

Tal posición reconoce varios puntos de sustentación: en primer lugar, por cuanto desde el ángulo semántico “con conocimiento” sólo supone el resultado de “hacer saber” o “informar”, lo que dista conceptualmente de “consentimiento”, “aprobación” u otros términos equivalentes; en segundo lugar, porque durante los trabajos y debates de la Convención Constituyente se manejaron varias opciones terminológicas para la redacción de este tramo de la norma en cuestión, entre los que se cuentan los mencionados en último término, decantándose finalmente por la expresión “con conocimiento”, que –reiteramos– exhibe una carga de significado distinta de las enunciadas, además de que no cabe predicar de los constituyentes una actuación desprevenida o inopinada en la selección del texto particular; y, por último, refuerza nuestra percepción el distanciamiento que en el punto se da en relación con la Constitución de Estados Unidos, una de las fuentes de la Ley fundamental argentina, que exige el “consentimiento” del Congreso para que el Estado celebre convenio o pacto alguno con otro Estado o con una potencia extranjera<sup>65</sup> (Art. I, Sección X, Ap. 3).

---

definición, es decir, “cualquiera sea su denominación particular y aunque conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos”, el citado autor recuerda que la Convención adhiere al criterio contemporáneo y generalizado en cuanto a la utilización del término “tratado”, que abarca a “todos los acuerdos internacionales, sobre los que existe una gran variedad de denominaciones, como convención, protocolo, arreglo, declaración, carta, pacto, convenio, acta, acuerdo, estatuto, concordato, canje de notas, notas reversales, minutas aprobadas, memorándum de acuerdo, *modus vivendi*, etcétera” (ibid., pp. 114-115). Por su parte, en el ámbito del derecho comparado latinoamericano existen Constituciones que plasman en sus textos las nomenclaturas “tratados o convenios internacionales”, por ejemplo, las de Bolivia y Ecuador.

<sup>65</sup> La norma en cuestión, refiriéndose al ap. 2 del mismo artículo, expresa que sin el “consentimiento” del Congreso “ningún Estado podrá [...] celebrar convenio o pacto alguno con otro Estado

Cuestión delicada es prefigurar qué sucedería en caso de que el Congreso estuviera en disconformidad con el acuerdo regional o que el convenio internacional violara los límites impuestos constitucionalmente. En tales hipótesis, y siempre que las vías previas del diálogo democrático fracasaren, cabría al Estado nacional la articulación de una acción judicial ante la CSJN en contra de las provincias (o la CABA) actuantes o, en un supuesto extremo y si eventualmente quedaran reunidas las pautas diseñadas por el artículo 6° de la C.N., disponer la intervención federal (Arts. 75, Inc. 31 o 99, Inc. 20, *Ibíd.*), en cuyo caso, Gelli sugiere que los senadores representantes de las provincias en cuestión o de la CABA, deberían defender “las *razones y justificación* de los Estados locales” (énfasis añadido).<sup>66</sup>

Hernández advierte<sup>67</sup> que un pronunciamiento negativo del Congreso no dejaría sin efecto el acuerdo, como sería el caso de la desaprobación.

Finalmente, y para aventar posibles cuestionamientos en el despliegue de la acción exterior de las provincias, Zarza Mensaque ofrece como alternativa que por medio de un acuerdo previo entre el Estado federal y aquéllas, “el Congreso dicte una ley convenio que establezca los aspectos sustanciales y procedimentales que deben respetar los Estados locales para que los convenios que suscriban sean válidos”.<sup>68</sup>

## 6.5. ¿Son incompatibles los procesos de integración regional con el federalismo u otra forma de estructura estadual compleja?<sup>69</sup>

**6.5.1.** Nada se descubre al recordar que la irrupción de nuevos espacios integrados plantea, correlativamente, renovados desafíos, sobre todo en los esquemas estaduais de estructura territorial compleja, como es el caso de la Argentina. De su lado, cabe reiterar que el federalismo es un proceso *dinámico* y con numerosas fórmulas posibles de configuración.

Reproducimos el núcleo del interrogante que se dispara desde el epígrafe: ¿Existe incompatibilidad entre el establecimiento de bloques supranacionales (por ejemplo, ante una futura intensificación del ligamen subyacente en el Mercosur –instituido por el

---

o con una potencia extranjera,...” [el texto en español ha sido tomado de José Luis Cascajo Castro y Manuel García Álvarez (eds.): *Constituciones extranjeras contemporáneas* (3ª ed.), Madrid: Tecnos, 1994, p. 68].

<sup>66</sup> María Angélica Gelli: *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, op. cit., p. 863.

<sup>67</sup> Antonio M. Hernández: *Integración y globalización: rol de las regiones, provincias y municipios*, op. cit., p. 44.

<sup>68</sup> Alberto Zarza Mensaque: “Las provincias en las relaciones interjurisdiccionales”, en Zlata Drnas de Clément y Ernesto J. Rey Caro (dirs.): *Jornadas de reflexión sobre regionalización y Mercosur*, Córdoba (Argentina): Marcos Lerner Editora, 2000, p. 59.

<sup>69</sup> Ver para ampliar, Víctor Bazán: “La integración supranacional y el federalismo en interacción: perspectivas y desafíos”, en *Boletín Mexicano Derecho Comparado*, nueva serie, año XLII, n.º 124, enero-abril 2009, México D.F.: IJ, UNAM, pp. 59-124.

Tratado de Asunción–),<sup>70</sup> que supone un movimiento de *centralización*, y el federalismo intraestatal, que por vía de principio (y no sin ciertas matizaciones) contiene una nota de *descentralización política*?

La respuesta es, a nuestro criterio, negativa. No cabría predicar a priori semejante contradicción.

Antes bien, lo deseable sería generar una saludable relación de complementación entre integración (estructura comunitaria) y autonomía (federalismo u otros procesos de desconcentración política), a partir de claras normas contenidas en la Ley fundamental de que se trate, que permitan al Estado nacional involucrarse en procesos integrativos preservando la pluralidad y las pautas de descentralización *ad intra*.<sup>71</sup>

**6.5.2. *Mutatis mutandis***, Rolla puntualiza que “el derecho comparado muestra cómo el empuje de la descentralización no alimenta las tendencias centrífugas o particularistas en las experiencias donde el sistema constitucional es capaz de identificar y codificar los valores en torno a los cuales todos los sujetos del pluralismo se reconocen”<sup>72</sup>

El problema no es precisamente reciente. Por el contrario, con frecuencia cobra renovado impulso ya que aparecen cuestiones conflictivas nuevas o se reinventan aristas de otras que parecían ya solventadas y superadas.

Entre un cúmulo de aspectos relevantes de la cuestión y, por cierto, controversiales, pueden destacarse ejemplificativamente dos: por una parte, el impacto que la integración puede provocar en las regiones, provincias, comunidades autónomas, etc.; y, por otra, el modo en que estos entes podrían participar en los procesos de decisión de la estructura comunitaria, tema catalogado como “ineludible” por el autor citado en último término,

<sup>70</sup> El Tratado de Asunción fue suscripto el 26 de marzo de 1991 por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay. En 2004 Venezuela comenzó a transitar su camino en el Mercosur por medio del Acuerdo de Complementación Económica Mercosur-Colombia, Ecuador y Venezuela. Por su parte, el 4 de julio de 2006 se suscribió en Caracas el Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al Mercosur, y más recientemente, el 31 de julio de 2012 –en el marco de una cumbre extraordinaria celebrada en Brasilia por los presidentes de la Argentina, Brasil y Uruguay, y sin la presencia de Paraguay, por estar suspendido– Venezuela ha pasado a conformar el Mercosur como miembro pleno. En torno a ésta y otras cuestiones sobre el Mercosur, ver Víctor Bazán: “Mercosur y derechos humanos: panorama, problemas y desafíos”, en Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi (eds.): *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: avançando no diálogo constitucional e regional*, Rio de Janeiro: Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Pontificia Universidade Católica de São Paulo, Lumen Juris, 2011, pp. 473-529.

<sup>71</sup> La cuestión nos interesa y preocupa desde hace bastante tiempo, incluso antes de la reforma constitucional de 1994. Al respecto, ver Víctor Bazán: “Las provincias desde la perspectiva de la integración regional”, en Víctor Bazán et ál. (comps.): *Integración regional: perspectivas para Latinoamérica*, San Juan (Argentina): Edit. Fundación Universitaria, 1994, pp. 205-218.

<sup>72</sup> Giancarlo Rolla: “La descentralización en Italia. Un difícil equilibrio entre autonomía y unidad”, en Antonio M. Hernández (dir.): *La descentralización del poder en el Estado contemporáneo*, Córdoba (Argentina): Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Instituto Italiano de Cultura de Córdoba e Instituto de Derecho Constitucional y Derecho Público Provincial y Municipal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, 2005, p. 44.

quien añade que tal problemática necesita de procedimientos adecuados de *colaboración* entre los diversos niveles institucionales que componen el ordenamiento nacional.<sup>73</sup>

En el ámbito interno argentino, la plataforma legitimante de tal relación de colaboración es un esquema de *federalismo de concertación*, que permita una vinculación equilibrada entre las instancias que forman la estructura federal y viabilice una alternativa de desarrollo y crecimiento integrado *ad intra* y *ad extra*.

Paralelamente, tal paradigma equilibrado deberá trasladarse al sistema comunitario y su cuadro de distribución y ejercicio de competencias con cada uno de los Estados miembros, respetando las pautas de *atribución, subsidiariedad, proporcionalidad y necesidad*.

A propósito de todo ello, en la praxis comunitaria europea –que, como anticipábamos, pese a las claras diferencias con el Mercosur es el contexto del que se debe abreviar para extraer algunas enseñanzas que quizá resulten prospectivamente extrapolables, no sin beneficio de inventario, a nuestro modelo integrativo–, se ha reclamado la necesidad de dar coherencia a la participación regional en el proceso de integración europea, por medio de la institucionalización de un diálogo en dos frentes: el *comunitario*, permitiendo a las regiones comunicarse con las instituciones de la Unión Europea (en adelante, también UE); y el *interno del Estado*, suscitando una colaboración entre las autoridades centrales y las autoridades regionales en relación con dicho proceso.<sup>74</sup>

Naturalmente, la cuestión se comprende a partir del resultado de lo que se ha explicado como la reconducción del concepto clásico de “política exterior”, separando el “núcleo duro” (cuya diagramación compete al Estado), de un conjunto de acciones que giran en su derredor, de “relieve internacional” o de “promoción exterior”, consecuencia del proceso de globalización o internacionalización, y cuya realización puede y debe ser llevada a cabo por las entidades subestatales bajo el principio liminar de la “lealtad constitucional”.<sup>75</sup>

## 7. Sumarias aportaciones complementarias

No deseábamos finalizar este trabajo sin añadir unas líneas sobre algunas cuestiones de interés vinculadas a los derechos fundamentales, los mecanismos procesal-constitucionales para operativizarlos y otros puntos significativos asociados a los compromisos convencionales asumidos internacionalmente por el Estado nacional en el marco de los derechos humanos.

<sup>73</sup> *Ibíd.*, p. 42.

<sup>74</sup> Cfr. Manuel Pérez González: “Facultades de los entes subnacionales en el sistema comunitario europeo”, en Zlata Drnas de Clément y Ernesto J. Rey Caro (dirs.), *Jornadas de reflexión sobre regionalización y Mercosur*, op. cit., pp. 18-19.

<sup>75</sup> Cfr., *mutatis mutandi*, Joaquín Leguina: “Intervención de apertura”, en Francisco Aldecoa Lúzarraga y Fernando M. Mariño Menéndez (coords.): *La acción exterior y comunitaria de los Länder, regiones, cantones y comunidades autónomas*, op. cit., p. 16.

## 7.1. El derecho público provincial y sus reflejos anticipatorios *vis-à-vis* la Constitución nacional

Debe destacarse la importancia anticipatoria que frente a la C.N. exhibe el constitucionalismo provincial argentino, cuyo ciclo reformador comenzado en épocas cronológicamente próximas a la finalización de la aciaga dictadura militar iniciada en 1976 y concluida con histórica recuperación democrática de fines de 1983, fue deparando múltiples instituciones, varias de las cuales recién quedaron receptadas por la Carta federal mediante la innovación constitucional de 1994.

En esa línea se presentan numerosos derechos y procesos constitucionales que recién fueron literalizados en la Ley fundamental nacional en la última innovación constitucional, pero que ya llevaban bastante tiempo positivados en diversas constituciones provinciales. Por ejemplo, en materia de importantes derechos como los relativos al consumidor y al medio ambiente; y los procesos constitucionales de amparo y hábeas data.

Otro tanto ocurrió, como tuvimos ocasión de verificar *supra*, con la consagración en diversas constituciones provinciales de la autonomía municipal a partir de 1957 y con mayor contundencia en el ciclo constituyente reformador comenzado en 1985-1986, proceso de positivación similar al que aconteció con la normativa referente a los recursos naturales.

## 7.2. En materia de derechos humanos, la Constitución nacional ¿es un piso o un tope para las constituciones provinciales?

Específicamente en el campo de los derechos y garantías constitucionales, es muy importante tener en cuenta que la C.N. marca un *umbral*, una plataforma básica protectoria, que puede ser ampliada (y de hecho así ha sido) en sus respectivos marcos competenciales por las leyes fundamentales provinciales.

En otras palabras, la Carta Magna nacional es un *piso* y no un *tope máximo*.

Aquella atribución surge, *inter alia*, del carácter *autonómico* que las provincias ostentan en el plano federal y siempre que sea ejercida dentro de los límites de sus jurisdicciones sobre la base del reparto competencial diseñado por la C.N.

Como es obvio suponer, las Constituciones provinciales *no podrían establecer normas que fuesen contrarias a la Constitución federal* pues, de hacerlo, serían objeto de declaración de inconstitucionalidad.

Es que la Constitución federal impone, como adelantábamos, un mínimo de derechos “con rígido carácter de canon indisponible”<sup>76</sup> que prohíbe su disminución como también veda la reducción de su contenido esencial.

Por tanto, si bien es cierto que las provincias pueden amplificar el bloque mínimo federal de derechos (construido por los consagrados –e implícitos– en la Carta Magna,

<sup>76</sup> Germán J. Bidart Campos: *Tratado elemental de derecho constitucional argentino* (t. V), Buenos Aires: Ediar, 1994, p. 166.

los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional<sup>77</sup> o las leyes nacionales), dotándolo de mayor o mejor contenido o añadiendo otros derechos, tales mejoras sólo tendrían cabida –como señala Bidart Campos– en tanto fuesen oponibles a la misma provincia que las dispusiera y/o a los particulares como sujetos pasivos gravados con una obligación, pero nunca para convertir al Estado federal en sujeto pasivo con deberes que excedieran los que a él imponga la C.N.<sup>78</sup>

### 7.3. Sobre la denominada “cláusula federal”<sup>79</sup>

7.3.1. Otro punto de interés que involucra al federalismo (y a otras formas de vertebración estatal compleja) es la denominada *cláusula federal* prevista en la Convención Americana

<sup>77</sup> En cuanto al rango de los instrumentos internacionales en la órbita normativa interna argentina, se ha dado un importante paso, pues la reforma constitucional de 1994 les ha adjudicado en general una *jerarquía superior a la de las leyes nacionales* (Art. 75, Inc. 22, párr. 1°), al tiempo de haber acordado *jerarquía constitucional* a once instrumentos internacionales sobre derechos humanos (enumerados en el Art. 75, Inc. 22, Párr. 2°) y a los que en el futuro se les acuerde tal valencia (Párr. 3° de dicho inciso). Por tanto, podría decirse que existen instrumentos internacionales relativos a derechos humanos que ostentan *jerarquía constitucional originaria* y otros que receptan *jerarquía constitucional derivada*.

Entre los primeros, es decir, los enumerados específicamente por la Ley fundamental, se encuentran: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; 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 Cruelles, Inhumanos o Degradantes; y la Convención sobre los Derechos del Niño. Ya en la segunda modalidad procedimental, esto es, los unguados con valencia constitucional *ex post*, se cuentan la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, consagrada por la 24ª Asamblea General de la OEA, celebrada el 9 de junio de 1994 en Belem do Pará, Brasil, y a la que se le dispensó tal cotización constitucional por conducto de la Ley n.º 24.820, publicada el 29 de mayo de 1997; y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, a la que se ha conferido esa valía mediante la Ley n.º 25.778, publicada el 3 de setiembre de 2003.

<sup>78</sup> Germán J. Bidart Campos: *Tratado elemental de derecho constitucional argentino* (t. V), op. cit., pp. 166-167.

<sup>79</sup> En el texto no ceñiremos a la “cláusula federal”, contenida por ejemplo en el artículo 28 de la CADH y otros instrumentos internacionales en el campo de los derechos fundamentales. La aclaración obedece a que, por inspiración del autor Pedro J. Frías, se insertaron “cláusulas federales” en varias cartas básicas provinciales sancionadas con posterioridad a 1985. Según afirma Bidart Campos, la “cláusula federal”, girando sobre el eje de la relación de subordinación bien interpretada, intenta redefinir desde un federalismo de concertación el reparto competencial dentro del marco trazado por la Constitución federal. Para este último autor tal cláusula es “una expresión provincial que afianza un diseño federal ortodoxo y que, desde las provincias, alcanza la jerarquía de la Constitución local para tratar de imprimir un nuevo sesgo a las relaciones interjurisdiccionales, tanto como recuperar competencia perdidas, avasalladas o, por lo menos, perturbadas en disfavor de las autonomías locales...” (Germán J. Bidart Campos: “La cláusula federal en el constitucionalismo provincial”, en *Tratado elemental de derecho constitucional argentino* (t.º V), op. cit., pp. 185-186).



sobre Derechos Humanos (CADH), entre otros instrumentos, por ejemplo, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En el caso de la CADH, dicha cláusula “impone al gobierno nacional el cumplimiento de todas las obligaciones relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial, y el deber de tomar ‘de inmediato’ las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, para que las autoridades componentes del Estado federal puedan cumplir con las disposiciones de ese tratado” (Art. 28, Incs. 1° y 2°).

Ello, aun cuando tal disposición de la CADH haya sido calificada por prestigiosa doctrina como un “anacronismo”,<sup>80</sup> desde que no se enrola en la línea descrita por los tratados internacionales que no incorporan tal cláusula federal, ya que –por caso– la misma no consta en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>81</sup> ni en la Convención Europea sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

Buergethal recuerda que la nombrada premisa se remonta a la era de la Sociedad de las Naciones y que fue incluida en la CADH por insistencia de Estados Unidos, cuya delegación propuso tal artículo para garantizar que no se considere a un Estado federal como asumiendo obligaciones internacionales para impedir violaciones a la Convención con respecto a derechos o actos de la jurisdicción de una entidad gubernamental que no sea el gobierno federal; además de que, al limitar las obligaciones internacionales del Estado federal a materias sobre las cuales *ejerce* su jurisdicción, Estados Unidos quería indicar que tal Estado no tiene, según la Convención, ninguna obligación en aquellas situaciones en las cuales el gobierno federal, aun cuando tenga jurisdicción, no la haya ejercido anteriormente<sup>82</sup> (énfasis en el original).

Fuera de algunos ingredientes históricos y políticos que figuran en el ADN de dicha pauta normativa, no está de más reiterar que, al interpretarla –estando contenida como se dijo en un *tratado internacional*– deben tenerse en consideración los principios generales del derecho internacional y la jurisprudencia y la práctica internacionales en este campo. Ciertamente, tal cuestión apunta a afianzar la efectividad de los instrumentos de derechos humanos en el plano del derecho interno estatal, efectividad que resulta de la propia naturaleza jurídica de aquéllos, a lo que se debe agregar el imperativo ético y la necesidad de que los Estados compatibilicen su normativa y sentencias a las decisiones de los tribunales internacionales.<sup>83</sup>

**7.3.2.** Aunque parezca una cuestión superada o sólo de interés especulativo o académico, lo que parece obvio no es siempre ni en todos los lugares, tan obvio. Si no, basta con repasar los párrafos 45 y 46 de la sentencia de reparaciones y costas dictada por la Corte

<sup>80</sup> Thomas Buergethal: “La cláusula federal de la Convención Americana”, en Thomas Buergethal, Robert E. Norris y Dinah Shelton: *La protección de los derechos humanos en las Américas* (reimpres.), Madrid: Instituto Interamericano de Derechos Humanos - Civitas, 1994, p. 85.

<sup>81</sup> Que en su artículo 50 justamente entroniza el principio opuesto a la cláusula federal.

<sup>82</sup> Thomas Buergethal: “La cláusula federal de la Convención Americana”, op. cit., pp. 85-86.

<sup>83</sup> Ver para ampliar, Antônio A. Cançado Trindade: *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 380 y ss.

Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*, que pasamos a transcribir:<sup>84</sup>

La Comisión solicitó a la Corte que se pronuncie acerca de la cláusula federal (artículo 28 de la Convención Americana) y del alcance de las obligaciones del Estado argentino en la etapa de reparaciones, en relación con dicha cláusula [...]. La Argentina invocó la cláusula federal o hizo referencia a la estructura federal del Estado en tres momentos de esta controversia. En primer lugar, cuando se discutía el fondo del asunto, el Estado sostuvo que la responsabilidad del caso no recaía sobre él, sino en la provincia de Mendoza, en virtud de la cláusula federal. La Argentina desistió luego de este planteamiento y reconoció expresamente su responsabilidad internacional en la audiencia de 1 de febrero de 1996 [...]. El Estado pretendió por segunda vez hacer valer la cláusula federal al concertarse el convenio sobre reparaciones de 31 de mayo de 1996. En esa oportunidad, apareció como parte en el convenio la provincia de Mendoza y no la República Argentina, pese a que esta última ya había reconocido su responsabilidad internacional. La Corte decidió entonces que dicho convenio no era un acuerdo entre partes por no haber sido suscrito por la República Argentina, que es la parte en esta controversia [...]. Por último, en la audiencia de 20 de enero de 1998 la Argentina alegó haber tenido dificultades para adoptar ciertas medidas debido a la estructura federal del Estado.

[...]

El artículo 28 de la Convención prevé la hipótesis de que un Estado federal, en el cual la competencia en materia de derechos humanos corresponde a los Estados miembros, quiera ser parte en ella. Al respecto, dado que desde el momento de la aprobación y de la ratificación de la Convención la Argentina se comportó como si dicha competencia en materia de derechos humanos correspondiera al Estado federal, no puede ahora alegar lo contrario pues ello implicaría violar la regla del *estoppel*. En cuanto a las ‘dificultades’ invocadas por el Estado en la audiencia de 20 de enero de 1998, *la Corte estima conveniente recordar que, según una jurisprudencia centenaria y que no ha variado hasta ahora, un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional* (Cfr.: sentencia arbitral de 26.VII.1875 en el caso del Montijo, La Pradelle-Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, París, 1954, t. III, p. 675; decisión de la Comisión de reclamaciones franco-mexicana del 7.VI.1929 en el caso de la sucesión de Hyacinthe Pellat, U.N., *Reports of International Arbitral Awards*, vol. V, p. 536) (énfasis añadido).

Si bien huelgan mayores comentarios en torno a la inviabilidad estatal de alegar normativa, insuficiencias o inconvenientes de su derecho interno para incumplir las obligaciones impuestas por la Corte IDH, sólo evocaremos aquí la necesidad de leer conjuntamente los artículos. 1.1, 2 y 28 de la CADH para dar cumplimiento a aquellas

<sup>84</sup> Corte IDH: *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*, reparaciones y costas, sentencia del 27 de agosto de 1998, serie C, n.º 39, párrafos 45 y 46.

directivas jurisdiccionales, pues –como afirma Dulitzky– tal artículo 28 “tiene por objeto clarificar, precisar y hacer más determinante, inmediata y directa la exigencia del cumplimiento de la obligación de respetar y garantizar los derechos y libertades en el marco de los Estados federales”, añadiendo que dicha norma “no altera o disminuye el alcance de los arts. 1 y 2 de la Convención sino que los complementa. Una interpretación distinta, carecería de sentido al privar de efecto útil a la Convención en las unidades componentes de los Estados federales”<sup>85</sup>

Acerca de este último aspecto, la Corte IDH ha expresado –*mutatis mutandis*– la necesidad de velar por el *efecto útil* de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos.<sup>86</sup>

Sería desatinado obviar como material de análisis para ponderar debidamente la cuestión, el deber de honrar los compromisos asumidos internacionalmente y el debido respeto que demandan los principios generales del derecho. En particular, las exigencias de las pautas *pacta sunt servanda* (premisa fundamental, de raigambre metajurídica,<sup>87</sup> del derecho de los tratados internacionales); cumplimiento de buena fe (que recorre transversalmente a todo el derecho internacional), e improcedencia de alegar disposiciones (u omisiones –según nuestro criterio–) de derecho interno para justificar el incumplimiento de los convenios internacionales.<sup>88</sup>

<sup>85</sup> Ariel E. Dulitzky: “La Convención Americana sobre Derechos Humanos y los Estados Federales: algunas reflexiones”, en Víctor Bazán (coord.): *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles. Libro en reconocimiento al Doctor Germán J. Bidart Campos*, Buenos Aires: Ediar, 2003, p. 172.

<sup>86</sup> Cfr. vgr., Corte IDH: *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 12 de agosto de 2008, serie C, n.º 186, párrafo 180; *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, n.º 154, párrafo 124; *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de noviembre de 2006, serie C, n.º 158, párrafo 128; y *Caso Boyce y otros vs. Barbados*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 20 de noviembre de 2007, serie C, n.º 169, párr. 113.

<sup>87</sup> Al respecto, y en su voto disidente en el *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, reparaciones y costas, sentencia del 29 de enero de 1997, serie C, n.º 31, párrafo 8), el exmagistrado del Tribunal Interamericano (y actual juez de la Corte Internacional de Justicia) dejó en claro que el principio general *pacta sunt servanda* tiene fuente *metajurídica*, “al buscar basarse, más allá del consentimiento individual de cada Estado, en consideraciones acerca del carácter obligatorio de los deberes derivados de los tratados internacionales”.

<sup>88</sup> Sólo por traer aquí una cita ejemplificativa, evocamos que la Corte IDH ha sostenido: “Según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aun tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia [...]. Asimismo estas reglas han sido codificadas en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969” [cfr. opinión consultiva OC-14/94, “Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2)”, 9 de diciembre de 1994, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH), serie A, n.º 14, párr. 35].

Todo ello de acuerdo, en lo respectivamente correspondiente, con los artículos 26, 31.1 y 27 de la citada Convención de Viena (CVDT), de 23 de mayo de 1969,<sup>89</sup> conjunto de reglas medulares en materia de observancia de los instrumentos internacionales convencionales.<sup>90</sup>

**7.3.3.** En suma, una interpretación amplia y dinámica de la “cláusula federal” lleva a pensar, por un lado, en que *ad intra* la protección que prefigura el documento internacional en cuestión debe ser equivalente para los habitantes en los ámbitos de las distintas provincias que compongan cada Estado federal; y, por el otro, que a la luz del instrumento internacional de que se trate los pobladores de Estados federales no deberían ostentar un nivel tuitivo inferior al de los que habitan en Estados con estructura diversa (vgr., unitario o centralizado).

Es preciso tener en cuenta que –como la Corte IDH ha sostenido insistentemente– los tratados modernos sobre derechos humanos tienen un carácter especial, cuyos objeto y fin confluyen en un punto común: *la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos*, con independencia de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado cuanto a los restantes Estados contratantes. Es decir, *no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes*; por el contrario, cuando los Estados aprueban un tratado sobre derechos humanos quedan sometidos a un ordenamiento legal dentro del cual asumen diversas obligaciones en relación con los individuos bajo su jurisdicción y no frente a otros Estados.<sup>91</sup>

Al hilo de ello, no sería legítimamente posible soslayar una directriz axiológicamente relevante: *los derechos humanos son la expresión directa de la dignidad de la persona humana*.

<sup>89</sup> U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331.

<sup>90</sup> Cabe resaltar, en lo tocante al artículo 26 de la CVDT, y su reflejo en el artículo 31.1, *ibidem*, que al enunciado tradicional en punto a que “los pactos deben ser cumplidos”, la disposición añade “de buena fe”, que naturalmente es un principio general del derecho. Pero más allá de encontrarse en el cuerpo normativo de la Convención, tales premisas adquieren un refuerzo axiológico, *anche* jurídico, al haber quedado literalizadas también en el preámbulo de la misma, que en su párrafo 3° reza: “Advirtiendo que los principios del libre consentimiento y de la buena fe y la norma *pacta sunt servanda* están universalmente reconocidos”. A su tiempo, entre los principios de la Organización de Naciones Unidas (ONU), su Carta establece en el artículo 2.2. lo siguiente: “Los Miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, *cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta*” (énfasis añadido). Sobre tales tópicos, ver para ampliar Ernesto de la Guardia: *Derecho de los tratados internacionales*, op. cit., pp. 94-95.

<sup>91</sup> Ver, por ejemplo, Corte IDH: opinión consultiva OC-2/82, “El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)”, 24 de septiembre de 1982, solicitada por la Comisión IDH, serie A, n.º 2, párrafo 29. Un análisis de tal opinión consultiva puede compulsarse en Víctor Bazán: “La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el efecto de las reservas respecto de su entrada en vigencia: a propósito de la OC-2/82 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Germán J. Bidart Campos et ál. (coords.): *Derechos humanos. Corte Interamericana* (t. I), Mendoza (Argentina): Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000, pp. 91-165.

## 7.4. El control de convencionalidad

7.4.1. Ciertamente, el deber de pugnar por preservar el *efecto útil* de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la improcedencia de alegar disposiciones u omisiones de derecho interno para soslayar el cumplimiento de obligaciones internacionales, a los que nos referíamos líneas arriba, se vinculan con la compleja cuestión del *control de convencionalidad*,<sup>92</sup> que si bien no podemos desarrollar exhaustivamente aquí, vale al menos dedicarle unas breves líneas antes de pasar al cierre de este trabajo.

Tal contralor de convencionalidad transita por dos vertientes:

- a. Una se desarrolla en sede *internacional*, y se deposita en el Tribunal Interamericano que ha venido desplegándola desde hace bastante tiempo aunque sólo en época reciente la ha denominado “control de convencionalidad”.
- b. La restante se desenvuelve en el contexto *nacional*, está a cargo de los magistrados locales y otras autoridades públicas<sup>93</sup> (todos vinculados por la jurisprudencia interamericana) y enraíza en el deber que sobre ellos pesa en cuanto a constatar la compatibilidad de las reglas jurídicas internas que aplican en casos concretos con la CADH y otros instrumentos internacionales básicos en materia de derechos humanos respecto de los cuales la Corte IDH ejerce competencia *ratione materiae*, además de los patrones hermenéuticos que ésta ha elaborado en su faena jurisprudencial.

7.4.2. Procurando compendiar en la jurisprudencia de la Corte IDH la secuencia creciente de *destinatarios involucrados en el deber de desplegar el control de convencionalidad en el ámbito interno y del crecimiento del alcance material de tal test de compatibilidad convencional*, se observa que pueden identificarse hasta el momento los siguientes eslabones:

- i. Poder Judicial (*Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*).<sup>94</sup>

<sup>92</sup> En torno al tema ver, por ejemplo, Víctor Bazán: “El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas”, en Víctor Bazán et ál. (eds.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Control de convencionalidad*, Bogotá: Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer y Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2012, pp. 17-55, y “Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 18, 2º Semestre 2011, Valencia: Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público Universidad Rey Juan Carlos, 2012, pp. 63-104.

<sup>93</sup> Ver al respecto, entre otros pronunciamientos de la Corte IDH, el *Caso Gelman vs. Uruguay*, fondo y reparaciones, sentencia del 24 de febrero de 2011, serie C, n.º 221. En tal ocasión, sostuvo que “... particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un ‘control de convencionalidad’ [...], que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial” (Párr. 239. Énfasis añadido).

<sup>94</sup> Corte IDH: *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, op. cit., párrafo 124.

- ii. Órganos del Poder Judicial (*Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*).<sup>95</sup>
- iii. Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles (*Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*).<sup>96</sup>
- iv. Cualquier autoridad pública y no sólo el Poder Judicial (*Caso Gelman vs. Uruguay*).<sup>97</sup>
- v. Adecuación de las interpretaciones judiciales y administrativas y de las garantías judiciales a los principios establecidos en la jurisprudencia de la Corte IDH (*Caso López Mendoza vs. Venezuela*<sup>98</sup> y *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*).<sup>99</sup>

**7.4.3.** La importancia del control de convencionalidad puede verificarse a partir de contemplar que la mayoría de los países que pertenecen al esquema interamericano han sido condenados a realizarlo. Además, ello se ha dado no sólo en pronunciamientos de fondo, reparaciones y costas, sino también en el marco de recursos de interpretación y en el ejercicio de facultades de supervisión de sentencias por la Corte IDH.

Como puede suponerse, la obligación de los jueces y demás autoridades públicas concernidas en punto a llevar adelante tal fiscalización de convencionalidad alcanza por igual a Estados unitarios y federales inmersos en el sistema interamericano.

Dicho de otro modo, el Estado federal en cuestión (Argentina, Brasil, México) no podría invocar su configuración estatal compuesta o compleja para preterir el cumplimiento de semejante deber internacional.

Antes de pasar a las valoraciones de cierre de este trabajo, y tal vez cuando pueda parecer sobreabundante, debe subrayarse que una conducta estatal contraria a lo indicado comprometería directamente su responsabilidad internacional.

## 8. Consideraciones finales

1. El federalismo es un proceso *dinámico* y con numerosas fórmulas posibles de configuración, por lo que existen tantos federalismos como Estados federales con sus numerosas modalidades y variantes.
2. Hasta el presente, y tomando como punto de partida la reforma constitucional de 1994 que en su hora esgrimía como un objetivo central el *fortalecimiento del federalismo* en la Argentina, un balance provisional arroja que si bien desde el plano normológico se han dispensado cláusulas relevantes en aquella dirección, paralelamente existe un intenso déficit en su aplicación real.

<sup>95</sup> Corte IDH: *Caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, op. cit., párrafo 128.

<sup>96</sup> Corte IDH: *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de noviembre de 2010, serie C, n.º 220, párrafo 225.

<sup>97</sup> Corte IDH: *Caso Gelman vs. Uruguay*, op. cit., párrafo 239.

<sup>98</sup> Corte IDH: *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 1º de septiembre de 2011, serie C, n.º 233, párrafo 228.

<sup>99</sup> Corte IDH: *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de febrero de 2012, serie C, n.º 239, párrafo 284.

En otras palabras, *no se ha robustecido el federalismo* y, en contrapartida, ha crecido disfuncionalmente el centralismo, con el consecuente quebranto de la calidad democrática e institucional.

3. Tampoco se ha limitado la hegemonía del Poder Ejecutivo de la Nación, tal como también se pregonaba al momento de propiciar la modificación constitucional de 1994.  
Por el contrario, dicho poder se ha fortificado aumentando su injerencia sobre los restantes departamentos del Estado y avanzando sobre las autonomías provinciales, fundamentalmente de aquellos entes subestatales cuyos gobernantes no coinciden con el color político del frente gobernante en el ámbito nacional, lo que ha acentuado la dependencia económico-financiera de ellas respecto del régimen gubernamental central.
4. Debe insistirse en la necesidad de una interacción armónica de las instancias políticas de la estructura federal, sobre una matriz de colaboración y respeto mutuos para operativizar el principio de “lealtad federal”.
5. Es imprescindible la convergencia de un cabal *empeño político* para buscar los consensos básicos que permitan perfilar los instrumentos de *coordinación federal* más adecuados en orden a integrar al Gobierno nacional, las provincias, la CABA (también a los municipios), y cumplir los postulados de la C.N. optimizando jurídica y axiológicamente los criterios de reparto de los recursos coparticipables.
6. Es preciso destacar el valor anticipatorio que en relación con la C.N. ha tenido el constitucionalismo provincial argentino, positivando numerosas instituciones, derechos fundamentales e instrumentos procesal-constitucionales para operativizarlos, con varios años de precedencia respecto de la innovación constitucional de 1994.
7. En el plano de los derechos humanos, la Carta Magna nacional es, para las Constituciones provinciales, *un piso o umbral y no un tope máximo*.  
De ello se desprende que, en uso de sus autonomías y siempre dentro de la esfera de sus atribuciones y jurisdicciones, pueden incluir derechos no consagrados en aquélla o acordar mayor nivel tuitivo a otros sí literalizados (o implícitos) en ella y el resto del bloque federal de derechos, compuesto –además de la C.N.– por los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional y las leyes nacionales.
8. La potestad de crear regiones para su desarrollo económico y social ofrece a las provincias buenas perspectivas de crecimiento.  
La implementación de regiones es una competencia provincial y tanto ésta como la surgente de la celebración de convenios internacionales deben realizarse “con *conocimiento* del Congreso nacional” (énfasis añadido), lo que supone la inexistencia de obligación alguna de lograr el *consentimiento*, la aprobación ni la autorización del Poder Legislativo de la Nación, sino el deber de comunicar a éste, moviéndose siempre en el marco de sus competencias en aras de preservar el citado principio de “lealtad federal”.

9. Las actividades que en la órbita internacional pueden desplegar las provincias se entienden a partir de una relectura de la concepción clásica de relaciones internacionales, separando el *núcleo duro* de éstas, reservado al poder central, del *núcleo blando*, que pueden llevar adelante tales entes subnacionales.
10. Como *mutatis mutandis* afirma García de Enterría respecto del contexto europeo, pero con valencia extrapolable a nuestro diseño federal, el respaldo que a todas las políticas vinculadas con la irrupción de los nuevos espacios económicos integrados, desde la UE al Mercosur y, más aún, la imposición real de una globalización de la economía que las nuevas técnicas hacen posible y las exigencias del desarrollo económico parecen imponer, prestan una perspectiva nueva y obligada a todo el movimiento de *relocalización inexorable de los centros de decisión*.<sup>100</sup>
11. La integración regional importa, principalmente, dos desafíos fundamentales para las provincias: de un lado, *alcanzar los objetivos del desarrollo económico y social y del desarrollo humano*, con la magnitud de los cambios políticos, económicos, educativos, culturales y sociales por afrontar, comenzando con una tarea de compatibilización de la legislación; y, por otro, *cumplir con las obligaciones inherentes a la integración supranacional*, como un Estado Parte del Mercosur.<sup>101</sup>  
Los retos esbozados deberían tener como plataforma legitimante un *federalismo de concertación, participativo y solidario*, que permita una relación equilibrada de las instancias que componen la estructura federal y posibilite un proceso integrado de crecimiento y evolución *ad extra* y *ad intra*.
12. A los fines de una cabal protección de los derechos humanos en los Estados de estructura compleja como el argentino, deben interpretarse conjuntamente los artículos 1.1, 2 y 28 de la CADH, ya que la denominada “cláusula federal” contenida en la última de las normas citadas busca operativizar la obligación de respetar y garantizar aquellos derechos fundamentales sin que se diluya la responsabilidad internacional del Estado nacional.
13. La obligación de los jueces y demás autoridades públicas concernidas en punto a llevar adelante el “control de convencionalidad” en los ámbitos internos, alcanza por igual a Estados unitarios o centralizados y federales o descentralizados pertenecientes al sistema tutelar interamericano; es decir que aquel deber no queda condicionado por el tipo de organización estatal que se asuma.
14. Como mensaje final y envolvente, corresponde puntualizar que todo propósito de instaurar o profundizar un modelo de descentralización política, funcional y territorial debe necesariamente ir acompañado de una sincera y consistente *voluntad política*, pues de lo contrario, cualquier medida normativa que se tome en tal sentido será sólo una muestra de *gatopardismo*,<sup>102</sup> es decir, *cambiar todo para que todo continúe igual*.

<sup>100</sup> Eduardo García de Enterría: “Prólogo”, en Antonio M. Hernández: *Integración y globalización: rol de las regiones, provincias y municipios*, op. cit., p. XV.

<sup>101</sup> Antonio M. Hernández: *Integración y globalización: rol de las regiones, provincias y municipios*, op. cit., p. 60.

<sup>102</sup> En la conocida novela *El Gatopardo* consta un diálogo entre Tancredi y su tío Fabrizio Sali-



En el fondo, y una vez más, se hace aquí presente la necesidad del *facta non verba*, premisa irrecusable si verdaderamente se desea transitar con provecho los *nuevos senderos del federalismo*<sup>103</sup> y superar –o al menos mitigar– las fuertes asimetrías de los diversos componentes de la estructura federal.

## Bibliografía

- AGOSTINI, María Valeria: “Líneas de evolución de la acción de las regiones italianas en el exterior y de su participación en el proceso de adopción de decisiones comunitarias”, en Francisco Aldecoa Luzárraga y Fernando M. Mariño Menéndez (coords.), *La acción exterior y comunitaria de los Länder, regiones, cantones y comunidades autónomas* (vol. I), Bilbao: Universidad Carlos III de Madrid y Universidad del País Vasco, Instituto Vasco de Administración Pública, 1994.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo: “La función de la lealtad en el Estado autonómico”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 22, Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2008.
- BAZÁN, Víctor: “Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 18, 2º Semestre 2011, Valencia: Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público Universidad Rey Juan Carlos, 2012.
- \_\_\_\_\_. “El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas”, en Víctor Bazán et ál. (eds.): *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Control de convencionalidad*, Bogotá: Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer y Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2012, pp. 17-55.
- \_\_\_\_\_. “Mercosur y derechos humanos: panorama, problemas y desafíos”, en Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi (eds.): *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: avançando no diálogo constitucional e regional*, Rio de Janeiro: Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Pontificia Universidade Católica de São Paulo, Lumen Juris, 2011.
- \_\_\_\_\_. “La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el efecto de las reservas respecto de su entrada en vigencia: a propósito de la OC-2/82 de la Corte Interamericana

---

na, donde aquél, al comentarle que se había sumado al complot contra el rey de Italia pidiendo la república, le dice: “Si queremos que todo siga como está, es necesario que todo cambie” (Giuseppe Tomasi di Lampedusa: *El Gatopardo* (Dalia G. Sonatore de Acero, trad.), Buenos Aires: Longseller, 2001). A partir de entonces ha surgido en ciencias políticas la expresión *gatopardismo*, para referirse a la actitud de quienes íntimamente contrarios al cambio, paradójicamente lo promueven para que en realidad nada cambie; o, lo que es lo mismo, a quienes ceden o modifican una parte de las estructuras para mantener el todo sin que verdaderamente nada se modifique o altere.

<sup>103</sup> La frase que cierra el trabajo está obviamente tomada del título de la obra de Antonio La Pergola: *Los nuevos senderos del federalismo*, Madrid: CEC, 1994.

- de Derechos Humanos”, en Germán J. Bidart Campos et ál. (coords.): *Derechos humanos. Corte Interamericana* (t. I), Mendoza (Argentina): Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000.
- \_\_\_\_\_ “La integración supranacional y el federalismo en interacción: perspectivas y desafíos”, en *Boletín Mexicano Derecho Comparado*, nueva serie, año XLII, n.º 124, enero-abril 2009, México D.F.: IJ, UNAM, pp. 59-124.
- \_\_\_\_\_ “Las provincias desde la perspectiva de la integración regional”, en Víctor Bazán et ál. (comps.): *Integración regional: perspectivas para Latinoamérica*, San Juan (Argentina): Edit. Fundación Universitaria, 1994, pp. 205-218.
- BIDART CAMPOS, Germán J.: *Manual de la Constitución reformada* (t. I), Buenos Aires: Ediar, 1996.
- \_\_\_\_\_ “La cláusula federal en el constitucionalismo provincial”, en *Tratado elemental de derecho constitucional argentino* (t. V), Buenos Aires: Ediar, 1994.
- \_\_\_\_\_ *Tratado elemental de derecho constitucional argentino* (t. V), Buenos Aires: Ediar, 1994.
- BUERGENTHAL, Thomas: “La cláusula federal de la Convención Americana”, en Thomas Buergenthal, Robert E. Norris y Dinah Shelton: *La protección de los derechos humanos en las Américas*, reimpresión, Madrid: Instituto Interamericano de Derechos Humanos - Civitas, 1994.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio A.: *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001.
- CASCAJO CASTRO, José Luis y Manuel GARCÍA ÁLVAREZ (eds.): *Constituciones extranjeras contemporáneas* (3ª ed.), Madrid: Tecnos, 1994.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de febrero de 2012, serie C, n.º 239.
- \_\_\_\_\_ *Caso Gelman vs. Uruguay*, fondo y reparaciones, sentencia del 24 de febrero de 2011, serie C, n.º 221.
- \_\_\_\_\_ *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 1º de septiembre de 2011, serie C, n.º 233.
- \_\_\_\_\_ *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de noviembre de 2010, serie C, n.º 220.
- \_\_\_\_\_ *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 12 de agosto de 2008, serie C, n.º 186.
- \_\_\_\_\_ *Caso Boyce y otros vs. Barbados*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 20 de noviembre de 2007, serie C, n.º 169.
- \_\_\_\_\_ *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, n.º 154.
- \_\_\_\_\_ *Caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2006, serie C, n.º 158.
- \_\_\_\_\_ *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*, reparaciones y costas, sentencia del 27 de agosto de 1998, serie C, n.º 39.
- \_\_\_\_\_ *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, reparaciones y costas, sentencia del 29 de enero de 1997, serie C, n.º 31.

- \_\_\_\_\_. Opinión consultiva OC-14/94, “Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2)”, 9 de diciembre de 1994, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH), serie A, n.º 14.
- \_\_\_\_\_. Opinión consultiva OC-2/82, “El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Arts. 74 y 75)”, 24 de septiembre de 1982, solicitada por la Comisión IDH, serie A, N.º 2.
- DALLA VIA, Alberto R.: “Actualidad del federalismo argentino”, en José M. Serna de la Garza (coord.): *Federalismo y regionalismo. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ), Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2002.
- DE LA GUARDIA, Ernesto: *Derecho de los tratados internacionales*, Buenos Aires: Ábaco, 1997.
- DULITZKY, Ariel E.: “La Convención Americana sobre Derechos Humanos y los Estados Federales: algunas reflexiones”, en Víctor Bazán (coord.): *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles. Libro en reconocimiento al Doctor Germán J. Bidart Campos*, Buenos Aires: Ediar, 2003.
- FALLER, Hans J.: “El principio de la lealtad federal en el orden federativo de la República Federal de Alemania” (Ramón García Cotarelo, trad.), en *Revista de Estudios Políticos*, nueva época, n.º 16, julio-agosto de 1980, Madrid: CEC.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: “Reflexiones críticas en torno al federalismo en América latina”, en José M. Serna de la Garza (coord.): *Federalismo y regionalismo, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ), Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2002.
- FRÍAS, Pedro J.: *El proceso federal argentino II*, Córdoba (Argentina): Ediciones del Copista, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Derecho público provincial*, Buenos Aires: Depalma, 1985.
- FRIEDRICH, Carl: *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*, México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1946.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: “Prólogo”, en ANTONIO M- Hernández: *Integración y globalización: rol de las regiones, provincias y municipios*, Buenos Aires: Depalma, 2000.
- GELLI, María Angélica: *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada* (t. II, 4ª ed. ampl. y actualiz.), Buenos Aires: La Ley, 2008.
- HERNÁNDEZ, Antonio M.: *Integración y globalización: rol de las regiones, provincias y municipios*, Buenos Aires: Depalma, 2000.
- LA PERGOLA, Antonio: *Los nuevos senderos del federalismo*, Madrid: CEC, 1994.
- LAMPEDUSA, Giuseppe Tomasi di: *El Gatopardo* (Dalia G. Sonatore de Acero, trad.), Buenos Aires: Longseller, 2001.
- LEGUINA, Joaquín: “Intervención de apertura”, en Francisco Aldecoa Luzárraga y Fernando M. Mariño Menéndez (coords.), *La acción exterior y comunitaria de los länder, regiones, cantones y comunidades autónomas*, (vol. I), Bilbao: Universidad Carlos III de Madrid y Universidad del País Vasco, Instituto Vasco de Administración Pública, 1994.

- LIJPHART, Arend: *Modelos de democracia. Formas de gobierno y resultados en treinta y seis países*, Barcelona: Ariel, 2000.
- MUCHNIK, Daniel: “El ilusorio federalismo argentino”, en *Le Monde Diplomatique*, <<http://www.insumisos.com/diplo/NODE/3413.HTM>>.
- NATALE, Alberto L.: *Comentarios sobre la Constitución*, Buenos Aires: Depalma, 1995.
- PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel: “Facultades de los entes subnacionales en el sistema comunitario europeo”, en Zlata Drnas de Clément y Ernesto J. Rey Caro (dirs.), *Jornadas de reflexión sobre regionalización y Mercosur*, Córdoba (Argentina): Marcos Lerner Editora, 2000.
- QUIROGA LAVIÉ, Humberto: *Constitución Argentina comentada*, Buenos Aires: Zavalía, 1996.
- ROBBERS, Gerhard: “La contribución de la jurisdicción constitucional en la configuración del Estado federal en Alemania”, en *Revista catalana de dret públic*, n.º 43, 2011, Barcelona: Generalitat de Catalunya, Escola d’Administració Pública de Catalunya.
- ROLLA, Giancarlo: “La descentralización en Italia. Un difícil equilibrio entre autonomía y unidad”, en Antonio M. Hernández (dir.), *La descentralización del poder en el Estado contemporáneo*, Córdoba (Argentina): Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Instituto Italiano de Cultura de Córdoba e Instituto de Derecho Constitucional y Derecho Público Provincial y Municipal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, 2005.
- ROSATTI, Horacio D.: “El federalismo en la reforma”, en Rodolfo C. BARRA, Alberto M. García Lema, Héctor Masnatta et ál.: *La reforma de la Constitución, explicada por miembros de la Comisión redactora*, Santa Fe (Argentina): Rubinzal-Culzoni, 1994.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *La autonomía local. Antecedentes históricos y significado constitucional*, Madrid: Monografías, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Civitas, 1990.
- SCHAMBECK, Herbert: “Posibilidades y límites del federalismo” (Joaquín Abellán, trad.), en *Revista de Documentación Administrativa*, n.º 193, enero-marzo de 1982.
- STÄHLI, Jorge: “Participación de las regiones internas de los Estados en los procesos de integración” [texto inédito].
- WRICHT, Deil S.: “Del federalismo a las relaciones intergubernamentales en los Estados Unidos de América: una nueva perspectiva de la actuación recíproca entre el gobierno nacional, estatal y local” (Faustino González González, trad.) en *Revista de Estudios Políticos*, nueva época, n.º 6, noviembre-diciembre de 1978, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales (CEC).
- ZARZA MENSAQUE, Alberto: “Las provincias en las relaciones interjurisdiccionales”, en Zlata Drnas de Clément y Ernesto J. Rey Caro (dirs.), *Jornadas de reflexión sobre regionalización y Mercosur*, Córdoba (Argentina): Marcos Lerner Editora, 2000.

**Matthias Herdegen (Alemania)\***

## **El Estado de derecho y los desafíos de una economía globalizada**

### **RESUMEN**

El artículo analiza los retos que presentan la integración de mercados y la cooperación internacional económica para el ordenamiento constitucional del Estado democrático y social de derecho. Igualmente, discute los instrumentos para responder a estos desafíos. Temas centrales son la limitación de opciones políticas por compromisos internacionales y la posible erosión del principio democrático, un nuevo diseño de control parlamentario y la función de los derechos fundamentales en contexto con la cooperación internacional y la globalización económica.

**Palabras clave:** derecho constitucional, globalización, estado de derecho, cooperación económica internacional, cooperación internacional.

### **ZUSAMMENFASSUNG**

Der Artikel analysiert die Herausforderungen, die sich aus der Integration von Märkten und der internationalen wirtschaftlichen Zusammenarbeit für die verfassungsmäßige Ordnung des demokratischen und sozialen Rechtsstaats ergeben. Ferner erörtert er Möglichkeiten, diesen Herausforderungen gerecht zu werden. Zentrale Themen sind die Beschränkung der politischen Optionen aufgrund internationaler Verpflichtungen und die mögliche Erosion des Demokratieprinzips, eine Neuausrichtung der parlamentarischen Kontrolle sowie die Funktion der Grundrechte im Kontext der internationalen Kooperation und der globalisierten Wirtschaft.

**Schlagwörter:** Verfassungsrecht, Globalisierung, Rechtsstaat, Internationale wirtschaftliche Zusammenarbeit, Internationale Zusammenarbeit.

---

\* Director del Instituto de Derecho Público y del Instituto de Derecho Internacional de la Universidad de Bonn. *Fellow*, Colegio Käte Hamburger “Derecho como Cultura”.

**ABSTRACT**

This paper analyzes the challenges faced by the constitutional system of the democratic and social State as a result of market integration and international economic cooperation. It also discusses the instruments needed to respond to those challenges. The main topics are the limitation of political options due to international commitments and the possible erosion of the democratic principle, a new design of parliamentary control and the role of fundamental rights in the context of international cooperation and economic globalization.

**Keywords:** Constitutional law, Globalization, Rule of law, International economic cooperation, International cooperation.

**1. Los desafíos de una economía globalizada para el Estado de derecho**

La liberalización del comercio internacional en mercancías y servicios, la integración de mercados de capital y la inversión extranjera brindan importantes oportunidades para un desarrollo económico sostenible. Por otro lado, esta globalización presenta todo un ramillete de desafíos o de antinomias constitucionales al Estado de derecho:

- La limitación a opciones políticas de naturaleza socioeconómica que afectan el comercio internacional (e. g., el cierre de mercados para productos genéticamente modificados) y medidas para proteger la industria nacional (e. g., el soporte de la industria aeronáutica, automotriz o industria de energía solar).
- La presencia de empresas multinacionales que pueden aprovechar la competencia entre sistemas regulatorios y sustraerse al control estatal.
- La integración de mercados de capital y la necesaria coordinación entre los Estados para una reglamentación financiera.
- La erosión de soberanía por mecanismos blandos de reglamentación internacional (e. g., acuerdos de los G-20, los reglamentos del Comité de Basilea sobre supervisión bancaria (acuerdos de Basilea)).
- La erosión del parlamentarismo por la cooperación internacional.
- La falta de previsibilidad de cargas financieras en el contexto de acuerdos internacionales.
- La evaporación de estándares sociales en la actividad de empresas multinacionales y en la de embarcaciones de banderas de conveniencia.
- El conflicto de mercancías audiovisuales y de servicios de comunicación (internet) con intereses públicos e individuales (contenidos difamatorios, xenófobos).
- La protección al medio ambiente en contextos transfronterizos.

- La protección a ciudadanos y empresas nacionales contra abusos de jurisdicción extranjera y solicitudes exorbitantes de asistencia judicial, con base en los derechos fundamentales (caso *Bertelsmann*).<sup>1</sup>
- El acceso a sectores estratégicos para inversionistas extranjeros (e. g., puertos aéreos o navales).
- La protección a inversiones extranjeras, en contra de ciertos intereses públicos, o cambios radicales de política ambiental (vgr., el caso *Vattenfall vs. Alemania*).<sup>2</sup>
- El desplazamiento de la jurisdicción nacional hacia foros internacionales (ICSID, CIADI).

## 2. Importancia del derecho internacional económico para la cultura jurídica nacional

La visión usual, simplista, asocia el derecho internacional económico con el fomento de la eficiencia económica y la liberalización en aras de su propio beneficio. Este punto de vista hace ya tiempo que no se ajusta al rol del derecho internacional económico, toda vez que la contribución de sus normas a las estructuras del Estado de derecho ha ganado peso. Debemos concebir el ordenamiento jurídico como una unidad. En consecuencia, los principios de transparencia y de no arbitrariedad de la acción estatal, el principio de proporcionalidad frente a injerencias en las libertades económicas, la protección de la propiedad, la seguridad jurídica y la efectiva protección jurídica, no sólo protegen al inversionista extranjero y a los actores externos económicos, sino también a los propios ciudadanos de un Estado. En este sentido es determinante la eficacia que tienen los principios del ordenamiento del derecho internacional económico en el interior de los Estados, sobre la legislación, la administración y la jurisprudencia, y también sobre la situación jurídica del propio ciudadano.<sup>3</sup>

## 3. Exigencias pertinentes para el Estado de derecho en los acuerdos económicos

Las exigencias para la organización interna del Estado se describen, en primer término, con referencia a las estructuras del Estado de derecho. Esta interrelación se presenta, por

<sup>1</sup> Tribunal Federal Constitucional de Alemania, 2 BvR 1198/03, BVerfGE 108, 234.

<sup>2</sup> CIADI: *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG vs. Federal Republic of Germany* (II), caso n.º ARB/12/12.

<sup>3</sup> Matthias Herdegen: "Die Bedeutung von Auslandsinvestitionen für die wirtschaftliche, soziale und kulturelle Entwicklung", en Rudolf Dolzer, Matthias Herdegen y Bernhard Vogel (eds.), *Auslandsinvestitionen*, Friburgo/Basilea/ Vienna: Herder, 2006, pp. 352 y ss., 359 y ss.

ejemplo, en el artículo 9, apartado 3 del Acuerdo de Cotonou<sup>4</sup> entre la Unión Europea (Comunidad Europea) y sus miembros, por un lado, y los Estados de África, del Caribe y del Pacífico (ACP), por el otro:

En un entorno político e institucional respetuoso de los derechos humanos, de los principios democráticos y del Estado de Derecho, la buena gestión de los asuntos públicos se define como la gestión transparente y responsable de los recursos humanos, naturales, económicos y financieros y su compromiso con un desarrollo equitativo y sostenible. Esta incluye claros procedimientos de toma de decisiones por parte de las autoridades, instituciones transparentes y responsables, la primacía del derecho en la gestión y distribución de los recursos, y calificación profesional de capacidades para elaboración y aplicación de medidas destinadas en particular, a la prevención y la lucha contra la corrupción.<sup>5</sup>

No sólo los acuerdos preferenciales enfocados al desarrollo y las condiciones de crédito generan expectativas sobre las estructuras del Estado de derecho. Incluso el derecho moderno de protección a las inversiones incorpora en los tratados bilaterales y multilaterales, el respeto por las estructuras del Estado de derecho en la valoración de las inversiones protegidas. Esto rige tanto para las normas de “tratamiento justo y equitativo” (*fair and equitable treatment*), como para las llamadas “cláusulas de conformidad” en los acuerdos modernos de protección a la inversión, los cuales exigen el respeto por parte del inversionista, al ordenamiento jurídico del país de acogida o Estado anfitrión. Hay razones suficientes para pensar que el ordenamiento jurídico del Estado anfitrión también incluye sus obligaciones con relación a los tratados sobre derechos humanos. De esta manera, se resolvería la tensión entre los derechos humanos, como la protección a la propiedad de los pueblos nativos indígenas, por un lado, y la protección a la inversión extranjera, por el otro. Esto se refleja en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en lo concerniente a la explotación de recursos naturales.<sup>6</sup>

También afuera de Europa los tratados sobre desarrollo y cooperación económica siguen los estándares del Estado de derecho. Es así como los miembros del Tratado de la Comunidad de Desarrollo de África Austral (SADC)<sup>7</sup> promueven los “Derechos Humanos, la democracia y ‘rule of law’” (Art. 4 *lit. c*). Según este criterio, el Tribunal de la SADC falló en el caso sobre la expropiación forzosa dirigida exclusivamente a los

<sup>4</sup> Acuerdo de intercambio comercial y de asistencia firmado en junio 23 de 2000 entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por un lado, y los 78 Estados de África, del Caribe y del Pacífico, por el otro, en Cotonou, Benín. Reemplazó a la Convención de Lomé. BGBl. 2002 II, p. 325; ABl. EG 2000 L 317, p. 3.

<sup>5</sup> *Acuerdo de Cotonou*, artículo 9, apartado 3.

<sup>6</sup> Corte Interamericana de Justicia: *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, serie C, n.º 146, 2006.

<sup>7</sup> Por sus siglas en inglés (Southern African Development Community), en español: Comunidad de Desarrollo de África Austral.



granjeros de raza blanca, los cuales se encontraban sin posibilidad de defensa judicial de sus derechos a causa de una reforma constitucional en Zimbabue. El Tribunal calificó este proceder como una discriminación en contra de los derechos humanos y como una violación al *rule of law*.<sup>8</sup>

Adicionalmente, el uso de presión ilícita a través de amenazas o abusos psíquicos o económicos es incompatible con el precepto de *fair and equitable treatment*. En este sentido, el Tribunal de Arbitramento del ICSID<sup>9</sup> ha declarado nulo un acuerdo en el caso *Fall Desert Line Projects LLC vs. Republic of Yemen*, en el cual, el gobierno de Yemen forzó a un inversionista de Omán a reducir las pretensiones reconocidas en un laudo arbitral en firme,<sup>10</sup> mediante presión y medidas extremas tales como detenciones arbitrarias del personal y amenazas (*financial and physical duress*).

En relación con el criterio de trato justo y equitativo (*fair and equitable treatment*), es evidente que la protección contractual al inversionista, de tiempo atrás, no sólo repercute en las estructuras de los países en desarrollo y en vía de desarrollo. También los países más industrializados experimentan ahora cómo su ordenamiento jurídico, al igual que su praxis judicial y administrativa, son revisados en relación con las pautas de los tratados de protección a la inversión.<sup>11</sup> Así se manifestó, con inequívoca claridad, un tribunal de arbitramento del NAFTA<sup>12</sup> en relación con el tratamiento injusto hacia un inversionista canadiense en un tribunal de un estado del sur de los Estados Unidos:

123. [...] [W]e take it to be the responsibility of the State under international law and, consequently, of the courts of a state, to provide a fair trial of a case to which a foreign investor is a party. It is the responsibility of the courts of a State to ensure that litigation is free from discrimination against a foreign litigant and that the foreign litigant should not become the victim of sectional or local prejudice. [...]

<sup>8</sup> Tribunal de la SADC: *Mike Campbell vs. la República de Zimbabue*, ILM 48, 2009, pp. 530, 544 y 546.

<sup>9</sup> Por sus siglas en inglés (International Centre for Settlement of Investments Disputes), en español: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

<sup>10</sup> CIADI: *Desert Line Projects LLC vs. La República de Yemen*, caso n.º ARB/05/17, ILM 48, 2009, p. 82, párrafos 162 y ss.

<sup>11</sup> En 2009 el proveedor de energía sueco *Vattenfall* interpuso una demanda en contra de la República Federal de Alemania a causa de las restricciones onerosas para una planta de energía, las cuales infringirían las promesas hechas inicialmente y las expectativas legítimas del inversor. *Vattenfall* vio aquí una violación al Tratado sobre la Carta Europea de la Energía, en particular en contra del estándar del *fair and equitable treatment* (CIADI: *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG & Co. KG vs. Federal Republic of Germany*, caso n.º ARB/09/6); el pleito se resolvió en 2011 a través de un acuerdo. Hoy se encuentra pendiente ante un Tribunal de Arbitramento del CIADI la demanda de *Vattenfall* en contra de Alemania por la decisión de abandonar la energía nuclear. *Vattenfall* exige la indemnización de los perjuicios causados por el cierre de sus plantas de energía en Alemania (CIADI: *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG vs. Federal Republic of Germany* (II), caso n.º ARB/12/12).

<sup>12</sup> Por sus siglas en inglés (North American Free Trade Agreement), en español: Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).

137. [...] [T]he whxhoñoole trial and its resultant verdict were clearly improper and discreditable and cannot be squared with minimum standards of international law and fair and equitable treatment.<sup>13</sup>

La transparencia no tiene un sentido único, también obliga a los inversionistas extranjeros. En el caso de Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide vs. Republic of the Philippines, Fraport, después de las declaraciones controvertidas en el tribunal de arbitramento, eludió deliberadamente las restricciones a la participación accionaria extranjera y, a través de acuerdos clandestinos, se apoderó del control del concesionario filipino. El tribunal de arbitramento negó, en consecuencia, la existencia de una inversión protegida en términos de tratado bilateral<sup>14</sup> y subrayó al final las obligaciones recíprocas de transparencia entre el Estado anfitrión y el inversionista:

As for policy, BITs oblige governments to conduct their relations with foreign investors in a transparent fashion. Some reciprocal if not identical obligations lie on the foreign investor. One of those is the obligation to make the investment in accordance with the host state's law. It is arguable that even an investment which is not made in accordance with host state law may import economic value to the host state. But that is not the only goal of this sector of international law. Respect for the integrity of the law of the host state is also a critical part of development and a concern of international investment law. That said, the Tribunal's decision in this matter does not rest on policy. It is the language of the BIT which is dispositive and it is unequivocal in this matter.<sup>15</sup>

Aunque el laudo haya sido declarado nulo por razones de procedimiento, permanece vigente su contenido con respecto a la responsabilidad del inversionista. En estrecha relación con los principios del Estado de derecho se encuentra la prohibición de cohecho a funcionarios públicos. Esta prohibición conduce al desconocimiento de ciertos reclamos que se formulen a causa de la corrupción. Así lo ha destacado el Tribunal de Arbitramento del CIADI en el caso *World Duty Free Co. Ltd. vs. Kenya*:

In light of domestic laws and international conventions relating to corruption, and in light of the decisions taken in this matter by courts and arbitral tribunals, this Tribunal is convinced that bribery is contrary to the international public policy of most, if not all, States or, to use another formula, to transnational public policy.

<sup>13</sup> CIADI: *Loewen Group Inc. & Raymond L. Loewen vs. United States of America*, caso n.º ARB (AF)/98/3, ILM 42, 2003, pp. 811 y ss.

<sup>14</sup> CIADI: *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide vs. Republic of the Philippines*, caso n.º ARB/03/25, párrafos 300 y ss.

<sup>15</sup> CIADI: *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide vs. Republic of the Philippines*, caso n.º ARB/03/25, párrafo 402.

Thus, claims based on contracts of corruption or on contracts obtained by corruption cannot be upheld by this Arbitral Tribunal.<sup>16</sup>

#### 4. Limitaciones para opciones políticas democráticamente legitimadas

Los estándares del derecho económico internacional moderno limitan también las opciones democráticamente legitimadas. Los Estados ya no son libres en la configuración de sus propios ordenamientos jurídicos, toda vez que el derecho internacional económico establece límites. Esto es válido, no sólo para las intervenciones directas a la propiedad privada, sino también para todo tipo de medidas tendientes a la protección de intereses económicos del Estado, de la salud pública o del medio ambiente. El control de las importaciones de libros o de medios audiovisuales, la prohibición de la comercialización de piel de foca o de productos genéticamente modificados, las restricciones a la exportación de materia prima escasa o rara, la prohibición de seguir operando reactores atómicos, son todas ellas medidas susceptibles de ingresar a la pantalla del radar del derecho internacional económico, al igual que pueden propiciar controversias jurídicas ante tribunales de arbitramento u otros foros internacionales. Esto se aplica incluso para aquellas medidas que corresponden a la voluntad de la mayoría del pueblo y que están por tanto democráticamente legitimadas. Aquí se nos plantea la cuestión de hasta qué punto el derecho internacional económico debe tener en cuenta las preocupaciones legítimas de un Estado, incluyendo sus características particulares nacionales.

##### 4.1. Protección de la inversión extranjera

El derecho internacional económico aporta elementos que son propicios al Estado de derecho. Esto es válido en particular para la protección contractual de la inversión, los contratos bilaterales especiales y los llamados *preferential trade agreements*.<sup>17</sup> En particular, la protección contra expropiaciones y el estándar de “trato justo y equitativo” pueden competir con principios constitucionales y mecanismos de derecho nacional.

Un papel esencial desempeña también la protección de la confianza legítima y de la buena fe, la cual particularmente influye en el derecho internacional de protección a la inversión. Esta protección se encuentra expresada principalmente en la cláusula de garantía de un tratamiento equitativo de los inversionistas extranjeros (*fair and equitable treatment*). De esta manera, la protección a la confianza preserva las expectativas

<sup>16</sup> CIADI: World Duty Free Co. Ltd. vs. Kenia, caso n.º ARB/00/7, ILM 46 (2007), p. 339, párrafo 157.

<sup>17</sup> Comparar también Matthias Herdegen: *Internationales Wirtschaftsrecht* (9ª ed.), Munich: C. H. Beck, 2011, pp. 298 y ss.

legítimas generadas a partir de la actuación estatal contra una privación arbitraria en situaciones jurídicas consolidadas:

The foreign investor also expects the host State to act consistently. The investor also expects the State to use the legal instruments that govern the actions of the investor or the investment in conformity with the function usually assigned to such instruments, and not to deprive the investor of its investment without the required compensation. In fact, failure by the host State to comply with such pattern of conduct with respect to the foreign investor or its investments affects the investor's ability to measure the treatment and protection awarded by the host State and to determine whether the actions of the host State conform to the fair and equitable treatment principle.<sup>18</sup>

Ahora bien, en especial la garantía de un tratamiento equitativo de los inversionistas extranjeros (*fair and equitable treatment*)<sup>19</sup> obliga a los Estados miembros de un tratado internacional a mantener un mínimo de seguridad jurídica, de protección de la confianza y de aplicación fiable del derecho a través de la administración pública.<sup>20</sup> La relación de un Estado con la protección a la inversión extranjera es un buen indicador para conocer la posición de un régimen con respecto a la propiedad privada y la seguridad jurídica en general.

Contra Alemania fue interpuesta una demanda ante un tribunal de arbitramento del ICSID (International Centre for the Settlement of Investment Disputes) por parte de un proveedor de energía de Suecia, *Vattenfall*, en la cual se remitía al Tratado sobre la Carta Europea de la Energía, en busca de indemnización por los perjuicios causados por el cambio radical de posición en materia de políticas energéticas en Alemania, las cuales significaron el cierre de plantas de energía nuclear.<sup>21</sup> En este contexto hay doble compe-

<sup>18</sup> CIADI: Tecmed S. A. vs. The United Mexican States, caso n.º ARB(AF)/00/2, ILM 43, 2004, pp. 133, Nr. 154.

<sup>19</sup> Comparar también Rudolf Dolzer: "Fair and equitable treatment – A key standard in investment treaties", en *The International Lawyer*, n.º 39, 2005, pp. 87 y ss.; Matthias Herdegen: *Internationales Wirtschaftsrecht*, op. cit., pp. 307 y ss.; "Die Bedeutung von Auslandsinvestitionen für die wirtschaftliche, soziale und kulturelle Entwicklung", op. cit., pp. 358 y ss.

<sup>20</sup> Así lo expuso el Tribunal de Arbitramento del CIADI en el caso *Tecmed vs. Mexico*: "The foreign investor expects the host State to act in a consistent manner, free from ambiguity and totally transparently in its relations with the foreign investor, so that it may know beforehand any and all rules and regulations that will govern its investments" (ILM 43, 2004, p. 1333, párrafo 154).

<sup>21</sup> En 2009 el proveedor de energía sueco *Vattenfall* interpuso una demanda en contra de la República Federal de Alemania a causa de las restricciones onerosas para una planta de energía, las cuales infringirían las promesas hechas inicialmente y las expectativas legítimas del inversionista. *Vattenfall* vio aquí una violación al Tratado sobre la Carta Europea de la Energía, en particular, en contra del estándar del "*fair and equitable treatment*", CIADI, *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG & Co. KG vs. Federal Republic of Germany*, caso n.º ARB/09/6; el pleito se resolvió en 2011 a través de un acuerdo. Actualmente se encuentra pendiente ante un Tribunal de Arbitramento del CIADI la demanda de *Vattenfall* en contra de Alemania. Después de la

tencia: a nivel del derecho sustantivo y a nivel jurisdiccional, con la protección a la propiedad y la confianza legítima por parte del Tribunal Constitucional. ¿Qué pasaría si los inversionistas alemanes reciben un trato menos favorable que el inversionista extranjero?

En un sentencia arbitral de 2012, en el caso *Railroad Development Corporations vs. Guatemala*, un tribunal arbitral del CIADI afirmó que el Gobierno de Guatemala, para terminar una concesión ferroviaria, no puede refugiarse bajo “el abrigo de rectitud formal” y alegar violaciones de derechos, cuando el mismo Gobierno las había conocido de tiempo atrás, beneficiándose además de ellas, sin tomar medidas para corregirlas.<sup>22</sup>

234. In the circumstances of this case, the *lesivo* remedy has been used under a cloak of formal correctness allegedly in defense of the rule of law, in fact for exacting concessions unrelated to the finding of *lesivo*. Even if FEGUA’s actions with respect to Contract 41/143 and in allowing FVG to use the rail equipment were *ultra vires* (not “pursuant to domestic law”), which has not been convincingly established for the Tribunal, the Government should be precluded from raising violations of its own law as a defense when, for a substantial period of time it knowingly overlooked them, obtained benefits from them, and it had the power to correct them.

235. In the Tribunal’s view, the manner in which and the grounds on which Respondent applied the *lesivo* remedy in the circumstances of this case constituted a breach of the minimum standard of treatment in Article 10.5 of CAFTA by being, in the words of *Waste Management II*, “arbitrary, grossly unfair, [and] unjust.” In particular the Tribunal stresses the following facts, which taken together demonstrate the arbitrary, grossly unfair, and unjust nature of *lesivo* in this case, including by evidencing that *lesivo* was in breach of representations made by Guatemala upon which Claimant reasonably relied:

- a) the Government declared *lesivo* Contract 143/158 for the use of railway equipment for which FEGUA received rents without protest;
- b) that contract had been concluded at the initiative of FEGUA because the Government itself failed, for unknown reasons, to ratify Contract 41 after FVG had won it through public bidding;
- c) failure of Government ratification and lack of public bidding for the use under Contract 143/158 of the same equipment as under Contract 41, both under control of the Government, and which it had the power to remedy, were in part the justification to declare *lesivo* Contract 143/158;

---

decisión de abandonar la energía nuclear en Alemania, Vattenfall demanda la indemnización de los perjuicios causados por el cierre de sus plantas de energía en Alemania. - CIADI, *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v Federal Republic of Germany* (II), caso n.º ARB/12/12.

<sup>22</sup> CIADI: Caso n.º ARB/07/23, párrafo 234.

- d) other grounds for *lesivo* referred to terms of Contract 41 that the Government itself had proposed and FVG and FEGUA had copied in Contract 143/158;
- e) the railway equipment in question had been used since the initiation of the rail service in 1998 with full knowledge of the Government and without which Claimant could not have performed its obligations under Contract 402;
- f) FEGUA certified that such obligations under Phase I and II of the railway rehabilitation had been performed satisfactorily by FVG, which had used the very same railway equipment, first under the exchanges of letters between FEGUA and FVG and later under Contract 143/158;
- g) the conditions proposed by the Government for not proceeding with *lesivo* were for the most part unrelated to the curing of *lesivo* and the *Lesivo* Declaration was used as a tactic to pressure Claimant to invest more, irrespective of its obligations under Contract 402, or forfeit its investment in favor of other unspecified investors.

Hoy en día observamos cierto movimiento político que se opone a mayores márgenes de regulación para la protección de intereses públicos en cabeza de los Estados anfitriones. Esta tendencia ya se refleja en la nueva generación de acuerdos internacionales. Además, se discute la exigencia del agotamiento de recursos internos, previamente a que un inversionista extranjero pueda acudir a un tribunal internacional de arbitramento. En el entretanto, El Parlamento Europeo también sigue esta tendencia.<sup>23</sup>

## 4.2. El principio de proporcionalidad

Los estándares de proporcionalidad del derecho europeo y del derecho económico internacional causan una reducción sumamente drástica de las opciones políticas de cada Estado, la cual a su vez limita el margen de acción del legislador (democráticamente legitimado). El poder legislativo de cada Estado (o de la Unión Europea) ya no tiene la libertad de dar cabida a cualquier temor empíricamente insostenible, o de dejar transcurrir libremente concepciones “socioculturales” (tradicionales o emergentes) para restringir el libre comercio. El objetivo de un sistema de libre comercio generador de bienestar rige las reglas del derecho de comercio internacional. El rumbo de este régimen no sólo se opone a blindajes económicos proteccionistas en los que se imponen intereses meramente nacionales, sino que también contraviene las restricciones comerciales excesivas para la protección de intereses universalmente reconocidos. Así, la lógica interna de este régimen requiere que el sistema del derecho de comercio internacional se base en reglas cuya aplicación no pueda depender de la arbitrariedad de un Estado en particular. Por ende, las normas restrictivas deben estar sometidas a un estricto control de justificación.

En el derecho de comercio internacional las restricciones comerciales requieren una fundamentación, la cual demuestra su necesidad de perseguir un objetivo legítimo (como la protección a la salud u otros intereses públicos), en concordancia con el artículo XX

<sup>23</sup> Resolución del 22 de marzo de 2011, 2010/2203 (INI).

del GATT. También se tiene que considerar todo el conocimiento científico empírico disponible y mantener una reglamentación coherente. Esta vinculación con estándares verificables y, en consecuencia, generadores de racionalidad, se encuentra a su vez en una relación de tensión con la autonomía de cada Estado y sus objetivos, o la preservación de su identidad cultural y otros objetivos “socioeconómicos”.

De esta manera, la República Socialista de China puede determinar, con bastante libertad en materia de comercialización de productos audiovisuales extranjeros, el contenido de “moral pública” (como razón de justificación según el artículo XX, a del GATT, artículo XIV, a GATS)<sup>24</sup> sin tener que orientarse en las representaciones morales usuales de otros Estados.<sup>25</sup> Con todo, tratándose del aseguramiento de los estándares morales autónomos establecidos, China se tiene que remitir a medidas menos invasivas posibles.<sup>26</sup> El monopolio de importaciones existente en China fue calificado por el Organismo para Solución de Controversias de la OMC<sup>27</sup> como desproporcionado, ya que en China existían alternativas menos drásticas (importaciones a través de empresas privadas con posible partición extranjera, sometidos a control estatal del contenido).

El principio de proporcionalidad despliega de dos maneras su función generadora de racionalidad: por un lado, reflejando la realidad de la vida, y por otro lado, exigiendo el empleo de medidas lo menos invasivas posible.

## 5. Exigencias de la fundamentación científica y la protección del medio ambiente

Bajo el régimen de la Organización Mundial del Comercio (OMC) las necesidades de justificación sobre restricciones al comercio que exigen la realización de sólidas estimaciones de riesgo, así como el planteamiento de una “gestión de riesgo”, imponen considerables límites a las opciones políticas.

La prohibición de importación de carne de res tratada con hormonas<sup>28</sup> o de productos genéticamente modificados,<sup>29</sup> hoy en día tiene que ser fundamentada racionalmente de

<sup>24</sup> Por sus siglas en inglés (General Agreement on Trade in Services), en español: Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios.

<sup>25</sup> Appellate Body Report, China – Affecting trading rights and distribution services for certain publications and audiovisual entertainment products, WT/DS363/AB/R, 2009, párrafo 7.759.

<sup>26</sup> Ídem.

<sup>27</sup> Organización Mundial del Comercio (World Trade Organization, WTO).

<sup>28</sup> Appellate Body Report, European Communities – Measures concerning meat and meat products, WT/DS 26/AB/R, WT/DS 48/AB/R, 1998.

<sup>29</sup> En relación con la moratoria en la licencia para los productos genéticamente modificados en la Unión Europea. Panel Report, European Communities – Measures affecting the approval and marketing of biotech products, WT/DS/291, 2006.

acuerdo con las normativas de la OMC (GATT, Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias –Acuerdo SPS–).<sup>30</sup>

A la luz del artículo 2.2 de los acuerdos SPS, las medidas sanitarias y fitosanitarias con efectos restrictivos al comercio deben basarse en “principios científicos”. Y al tratarse de la evaluación de riesgos, los miembros de los SPS tienen que sustentar como fundamento los métodos de evaluación internacionalmente reconocidos (Art. 5.1) y tener en cuenta los medios de prueba científicamente disponibles (Art. 5.2).

Las restricciones al comercio deben por tanto ser justificadas a través de un *scientifically identified risk*.<sup>31</sup> Dichas limitaciones deben también tener una “relación racional” con la evaluación del riesgo (*rational relationship*).<sup>32</sup>

## 6. Control parlamentario de la cooperación internacional

El control parlamentario exige que en el contexto de mecanismos de concertación internacional exista plena y temprana información por parte del Gobierno o de las agencias administrativas involucradas (acuerdos de Basilea). Toda votación del Gobierno en relación con decisiones vinculantes que impliquen nuevas cargas presupuestales u otras obligaciones internacionales, tendrán que someterse a la reserva de una aprobación parlamentaria (e. g., en el Consejo de Gobernadores de Mecanismo Europeo de Estabilidad).

En su resolución n.º 1884/2012 de junio 2012, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa diagnosticó una amenaza a los principios democráticos por parte de las recientes medidas de austeridad en Europa:

5. The implementation of austerity measures is often linked to bodies whose character raises questions of democratic control and legitimation, such as the so-called “troika” of the International Monetary Fund, the European Commission and the European Central Bank, or the newly composed, technocratic governments that have recently been set up in several member States. The latest decision to establish the interlinked European Stability Mechanism and European Fiscal Compact is expected to further intensify the pressure on member States to pursue new rounds of austerity measures. [...]

10. In the light of this evaluation, the Parliamentary Assembly calls on the member States of the Council of Europe to:

<sup>30</sup> Por sus siglas en inglés (*sanitary and phytosanitary measures*), en español: medidas sanitarias y fitosanitarias (MSF).

<sup>31</sup> Appellate Body Report, European Communities – Measures concerning meat and meat products, WT/DS 26/AB/R, WT/DS 48/AB/R, 1998, párrafo 186.

<sup>32</sup> Appellate Body Report, European Communities – Measures concerning meat and meat products, WT/DS 26/AB/R, WT/DS 48/AB/R (1998), párrafos 193 y ss.



10.1. prevent the undermining of existing democratic standards when it comes to decisions linked to the “sovereign debt crisis” and possible joint European action to be taken, by preserving maximum possible discretion for national governments and other national democratically legitimated institutions, in particular parliaments;

10.2. reflect on how such processes could be made more democratic in the future, also with regard to future economic policy making at the European level, and, in the meantime, act with utmost transparency when taking any far-reaching decisions which profoundly affect national economies and people’s lives.

No hace falta compartir plenamente este análisis para reconocer la importancia de la temática.

El control parlamentario es de mayor relevancia para la participación del Gobierno en los órganos ejecutivos o legislativos de integración regional (Unión Europea, Comunidad Andina, Mercosur). En este contexto, es importante que todas las cargas financieras que pueden resultar de un acuerdo internacional, se definan con mayor precisión y hagan posible la previsibilidad de las implicaciones presupuestales, actuales o potenciales.

## 7. Erosión de derechos sociales

Otra preocupación se refiere a la erosión de derechos sociales. En este sentido, la resolución n.º 1884/2012 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa se pronunció sobre las medidas de austeridad.

... 4. Facing the consequences of “unbridled” economic liberalism, the European social model and its various national expressions should be protected as a common European vision, characterized by the general principles of a “social market economy”, and the welfare State should be further strengthened, including through new social partnerships placing the human being at the centre of concerns.

10. In the light of this evaluation, the Parliamentary Assembly calls on the member States of the Council of Europe to: [...]

10.3. sign and ratify the revised European Social Charter and the European Convention on Social Security (ETS No. 78), if this has not yet been done, and consider supporting an update of the latter in accordance with the needs of today’s work situations and lifestyles, so as to improve the rights of member States’ citizens to a level at least equal to the rights guaranteed by bilateral agreements on social security;

10.4. where applicable, initiate a public debate on the social consequences and the impact on democratic sovereignty if the European Stability Mechanism and the European Fiscal Compact should come into force;...

## 8. Responsabilidad de empresas multinacionales

Los tratados modernos sobre la protección a la inversión y la libertad de comercio (PTAs)<sup>33</sup> toman en consideración, además, una nueva dimensión del concepto de *good governance*, como estándares sociales, protección laboral por parte del empleador y defensa del medio ambiente. Un ejemplo tangible de lo anterior son los nuevos convenios de la Unión Europea con Colombia y Perú, pero también lo es el modelo del BIT<sup>34</sup> de Estados Unidos de 2012.

En estrecha relación con los elementos del Estado de derecho se encuentran los nuevos estándares de comportamiento para las empresas transnacionales. Varios códigos de conducta y otros instrumentos internacionales se dirigen a la responsabilidad de empresas multinacionales, por ejemplo las reglas de conducta de la OECD<sup>35</sup> y los principios reconocidos por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas para la responsabilidad de las empresas transnacionales en observancia de los Derechos Humanos (*Ruggie Principles*). Los principios de la ONU resaltan la responsabilidad, tanto del país de procedencia como del anfitrión, de vigilar la conducta de empresas multinacionales y establecer mecanismos de control.

En estos términos, los lineamientos de la OECD obligan a los países de procedencia a establecer un “punto de contacto nacional” para investigar posibles conductas que contravengan las reglas. El problema de este mecanismo, es que opera fuera del sistema de justicia y no culmina en decisiones vinculantes, sino en declaraciones que se hacen públicas. Se plantea entonces el tema de una base legal y del acceso al Contencioso Administrativo para someter este mecanismo al control judicial.

## 9. Racionalidad en la unión económica y monetaria de la Unión Europea

Las disposiciones del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea sobre disciplina presupuestaria (Art. 126 TFEU) y la orientación del ESCB hacia la estabilidad de los precios como “norma fundamental” de la Unión Monetaria Europea (Art. 127 Abs. 1 TFEU), son el intento más exigente para llevar la racionalidad económica a estándares normativos. Adicionalmente, tiene vigencia el principio fundamental, según el cual cada Estado responde individualmente por sus deudas (*No bail-out*, Art. 125 TFEU). El nuevo “pacto fiscal” intensifica (o agudiza) la presión para una (mayor) disciplina presupuestaria.

<sup>33</sup> Por sus siglas en inglés (*preferential trade agreements*), en español: tratados preferenciales de comercio.

<sup>34</sup> Por sus siglas en inglés (*bilateral investment treaties*), en español: tratados bilaterales de inversión.

<sup>35</sup> Por sus siglas en inglés (Organisation for Economic Cooperation and Development), en español: Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo.

Los aspectos problemáticos son:

- La concentración unidimensional sobre la disciplina presupuestaria, sin tener en cuenta los propósitos de crecimiento.
- El adormecimiento del mercado de capitales y una política que convierte en tabú la bancarrota estatal y la posible salida de un Estado de la Unión Monetaria Europea.
- El “problema del rehén en su propia casa”, es decir, la constante presión que se ejerce sobre los Estados que proporcionan ayuda, para que aumenten cada vez más su solidaridad financiera.

La consecuencia del creciente aumento de la solidaridad por parte de los países fuertes europeos hacia los países más débiles del Sur en la Unión Europea es el colapso del sistema. El principio de responsabilidad individual de cada Estado con relación a sus deudas es quebrantado por el Mecanismo Europeo de Estabilidad (ESM) como instrumento permanente de apoyo. A esto se le añade la financiación indirecta de ciertos Estados por parte del Banco Central Europeo, a través de la adquisición desenfrenada de empréstitos estatales. Nos hallamos de forma avanzada en el camino hacia una “unión de transferencia” con permanente solidaridad.

## 10. Conclusión final

La racionalidad económica genera un continuo desafío para la disolución de las tensiones económicas y sociales. Ese desafío solo puede ser superado cuando la política tematice públicamente los conflictos de objetivos y no busque su cura en mecanismos de saneamiento cortoplacistas.

En aras de un balance justo y de la solución de conflictos de intereses existenciales, el derecho por sí solo no puede asegurar la racionalidad económica de forma sostenible y duradera. Bajo la condición de una formación de voluntad democrática, tal condicionamiento, a través del derecho, tampoco sería deseable. En este punto el derecho internacional económico llega a sus límites de capacidad de rendimiento. En el margen que así deja el derecho internacional económico, la última palabra la tiene el Estado nacional, dentro de su orden constitucional.

Además, es importante que el derecho constitucional reconozca y responda a los estándares del derecho económico internacional, por ejemplo, al hacer el balance entre el interés público y los intereses de inversionistas extranjeros. Se mantiene así la posibilidad de influir en la interpretación y aplicación del derecho internacional.

Por otro lado, es el derecho constitucional el que fundamenta la legalidad de obligaciones internacionales desde la perspectiva del ordenamiento interno, en particular a través de la necesaria aprobación por parte de los órganos representativos. Así, se otorga la indispensable legitimidad democrática a la cooperación de toda índole vinculante.

Corresponde tanto a la rama legislativa como a la rama judicial servirse de las herramientas que brinda el orden constitucional para responder a los desafíos de la globalización.

## Bibliografía

- APPELLATE BODY REPORT, CHINA: Affecting trading rights and distribution services for certain publications and audiovisual entertainment products, WT/DS363/AB/R, 2009.
- APPELLATE BODY REPORT, EUROPEAN COMMUNITIES: Measures concerning meat and meat products, WT/DS 26/AB/R, WT/DS 48/AB/R, 1998.
- CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI): *Desert Line Projects LLC vs. La República de Yemen*, caso n.º ARB/05/17, ILM 48, 2009.
- \_\_\_\_\_*Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide vs. Republic of the Philippines*, caso n.º ARB/03/25.
- \_\_\_\_\_*Loewen Group Inc. & Raymond L. Loewen vs. United States of America*, caso n.º ARB (AF)/98/3, ILM 42, 2003.
- \_\_\_\_\_*Tecmed S. A. vs. The United Mexican States*, caso n.º ARB(AF)/00/2, ILM 43, 2004.
- \_\_\_\_\_*Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG vs. Federal Republic of Germany (II)*, caso n.º ARB/12/12.
- \_\_\_\_\_*Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG & Co. KG vs. Federal Republic of Germany*, caso n.º ARB/09/6.
- \_\_\_\_\_*World Duty Free Co. Ltd. vs. Kenia*, caso n.º ARB/00/7, ILM 46, 2007.
- CORTE INTERAMERICANA DE JUSTICIA: *Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, serie C, n.º 146, 2006.
- DOLZER, Rudolf: "Fair and equitable treatment – A key standard in investment treaties", en *The International Lawyer*, 39, 2005.
- HERDEGEN, Matthias: "Die Bedeutung von Auslandsinvestitionen für die wirtschaftliche, soziale und kulturelle Entwicklung", en Rudolf Dolzer, Matthias Herdegen y Bernhard Vogel, *Auslandsinvestitionen* (eds.), Friburgo/Basilea/ Vienna: Herder, 2006.
- \_\_\_\_\_*Internationales Wirtschaftsrecht* (9ª ed.), Munich: C. H. Beck, 2011.
- PANEL REPORT, EUROPEAN COMMUNITIES: Measures affecting the approval and marketing of biotech products, WT/DS/291, 2006.
- TRIBUNAL DE LA SADC: *Mike Campbelly otros vs. la República de Zimbabue*, ILM 48, 2009.

## **IV. Derechos y garantías individuales**

- Daniel Gaio, Brasil  
As tentativas teóricas de demarcação do dever indenizatório às restrições ao direito de propriedade
- César Augusto Orrego, Perú  
Una aproximación al contenido constitucional del derecho de autodeterminación informativa en el ordenamiento jurídico peruano

Daniel Gaio (Brasil)\*

## As tentativas teóricas de demarcação do dever indenizatório às restrições ao direito de propriedade\*\*

### RESUMO

Tratando especificamente das colisões entre o direito de propriedade e o meio ambiente urbano, o texto aborda o tênue limite que separa as medidas estatais consideradas decorrentes do princípio da função social da propriedade e as que possuem índole expropriatória. Em virtude disso, considera-se necessário apresentar as principais tentativas teóricas até aqui empreendidas pela doutrina acerca dessa problemática e que ainda hoje são referências para o direito brasileiro – embora possam ser consideradas insuficientes por não adotarem a delimitação constitucional como ponto de partida para a análise do conteúdo essencial.

**Palavras-chave:** Indenização judicial, propriedade, Meio ambiente.

### ZUSAMMENFASSUNG

Der Text behandelt insbesondere Kollisionen zwischen dem Eigentumsrecht und dem städtischen Umfeld und widmet sich der prekären Abgrenzung zwischen staatlichen Maßnahmen, die von der sozialen Funktion des Eigentums gedeckt sind, und solchen mit enteignendem Charakter. Darauf aufbauend scheint es notwendig, die wichtigsten bisher entwickelten rechtstheoretischen Ansätze zu dieser Problematik darzustellen, nach denen sich das brasilianische Recht bis heute richtet, auch wenn diese als unzureichend angesehen werden könnten, weil sie nicht die verfassungsrechtliche Abgrenzung zum Ausgangspunkt einer Analyse ihres Wesensgehalts machen.

---

\* Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Universidade de Lisboa. Professor do Mestrado em Direito Ambiental da Universidade Federal do Amapá. Email: <danielgaio72@yahoo.com.br>.

\*\* O presente texto é parte integrante de Tese de Doutorado em Direito, apresentada junto à Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

**Schlagwörter:** Entschädigung, Eigentumsrecht, Sozialbindung des Eigentums, gerichtliche Entschädigung, Eigentum, Umwelt.

## ABSTRACT

Focusing on the frictions between property rights and the urban environment, this text deals with the fine line separating state measures considered to be a consequence of the principle of the social function of property and those that have the nature of an expropriation. To this effect we present the main theoretical efforts undertaken thus far by legal scholars regarding this issue and which are still main references for Brazilian law, although they may be considered insufficient in that they fail to take constitutionally-defined boundaries as the starting point for analysis of the essential content.

**Keywords:** Compensation, Right to property, Social function of property, Judicial compensation, Property, Environment.

## 1. Introdução

Embora bastante amplos os espectros de atuação tendentes a salvaguardar a efetividade dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, interessa aqui tratar do problema específico das restrições estatais, e, mais particularmente, das que incidem sobre o conteúdo do direito de propriedade. Não se pretende neste momento verificar se as restrições à propriedade possuem justificativa constitucional, nem avaliar o cumprimento dos requisitos constitucionais de natureza formal e material – o que exigiria a delimitação do âmbito de proteção da garantia constitucional do direito de propriedade, bem como a perspectiva constitucional de resolução de conflitos entre este direito fundamental e o meio ambiente, como será visto posteriormente.

Nesse sentido, partindo do pressuposto de que estão esgotadas as possibilidades de ponderação entre o direito de propriedade e o bem constitucional que justificou o ato restritivo, impõem-se analisar as inúmeras e diversificadas tentativas teóricas de verificar se os vínculos impostos à propriedade possuem ou não relevância indenizatória. É necessário lembrar que o elevado destaque conferido a esse tema pela doutrina ocorre em detrimento de uma solução baseada em uma delimitação constitucional, o que em parte pode ser explicado pelo princípio da supremacia do interesse público, já que a necessidade de assegurar que as finalidades do Estado sejam efetivadas fez com que o interesse público prevalecesse em relação aos interesses particulares,<sup>1</sup> restando a estes, basicamente, a possibilidade de questionar os prejuízos causados pelas restrições estatais.

---

<sup>1</sup> Anota-se que o princípio da supremacia do interesse público tem sido questionado pelos adeptos do método da ponderação de bens constitucionais. Com efeito, estes entendem inexistir relações de prevalência *a priori* e em caráter abstrato entre interesses privados e interesses públicos,

Tradicionalmente, a garantia do direito de propriedade face às interferências estatais era apenas abrangida pela denominada “desapropriação clássica”, de modo que o titular do bem transferido ao Estado para a realização de um fim público fosse previamente indenizado, o que foi assegurado por todas as Constituições brasileiras.<sup>2</sup> Entretanto, a partir do “Estado de bem-estar social”,<sup>3</sup> multiplicaram-se as intervenções na propriedade urbana, sobretudo no que se refere à qualificação urbanística e à criação de espaços ambientais protegidos, ocasionando, em diversas situações, uma redução ou até mesmo o esvaziamento do seu aproveitamento econômico.

Assim, desde a vigência da Constituição de Weimar,<sup>4</sup> a doutrina e a jurisprudência alemãs passaram a construir um conceito alargado de desapropriação que pudesse abarcar as situações em que, embora não houvesse uma transferência coativa de bens ao Estado, se constatasse um aniquilamento da posição jurídica garantida como propriedade pela Constituição.<sup>5</sup> Com o intuito de dar guarida indenizatória a compressões da propriedade não reconduzíveis, em rigor, à figura da desapropriação, criou-se a fórmula da “determinação do conteúdo mais o dever de indenizar”. Desse modo, estará caracterizada uma restrição do direito geradora de compensação quando a medida delimitadora-restritiva tiver um peso econômico significativo na esfera jurídico-patrimonial do proprietário,<sup>6</sup> e não mais considerando-se a noção de direito subjetivo como os esquemas clássicos propunham.<sup>7</sup>

Apesar da adesão a essa nova concepção por outros países europeus, como Itália,<sup>8</sup> Espanha<sup>9</sup> e Portugal,<sup>10</sup> ainda hoje continua controversa a demarcação entre as medidas estatais que são consideradas decorrentes do princípio da função social da propriedade e as que possuem índole expropriatória. A tarefa não é fácil, pois considerando a carga

---

exigindo-se a realização de juízo de ponderação para cada caso concreto. Nesse sentido, ver Binenbojm, 2006: 33; e Ávila, 2005: 171-215.

<sup>2</sup> Nesse sentido, ver as Constituições brasileiras: 1824 – art. 179, XXII; 1891 – art. 72, § 17; 1934 – art. 113, n° 17; 1937 – art. 122, n° 14; 1946 – art. 141, § 16; 1967 – art. 153, § 22; 1988 – art. 5°, XXIV.

<sup>3</sup> Essa configuração estatal se iniciou com as Leis Magnas do México (1917) e de Weimar (1919).

<sup>4</sup> Cf. Correia, 1998: 597.

<sup>5</sup> Cf. Correia, 1997: 491-492; e ROLLA, 1991: 193. Várias são as terminologias adotadas para designar essa situação. Enquanto no Brasil é usualmente denominada de “desapropriação indireta”, na Itália e em Portugal são chamadas de “medida expropriativa” ou “limitações de tipo expropriativo”. Há ainda quem prefira o termo “quase-desapropriações”, como é o caso de Freitas, 1997: 110-117; ou mesmo “atos equivalentes à desapropriação” e “atos análogos à desapropriação”. Cf. Quadros, 1998: 206-208.

<sup>6</sup> Cf. Canotilho, 1995: 96-98. Anota-se que serão aqui utilizadas as expressões “ressarcimento” e “indenização” como sinônimas, de maneira a evitar que o dano sofrido seja qualificado em decorrência da licitude ou não da medida estatal, embora apenas interesse ao presente estudo a responsabilização pelos atos lícitos. Para mais detalhes acerca da distinção terminológica, ver Canotilho, 1974: 321.

<sup>7</sup> Cf. Canotilho, 1974: 292-297; e Novais, 2003: 66 et. seq.

<sup>8</sup> Cf. Rolla, 1991: 193; Sandulli, 1972: 481; e Spantigati, 1973: 55-58.

<sup>9</sup> Cf. Rey Martínez, 1994: 399-405.

<sup>10</sup> Cf. Canotilho, 1995: 98; e Correia, 1997: 471-528.



ideológica que a propriedade carrega, a configuração sobre quais sejam as obrigações sociais da propriedade varia conforme a concepção de Estado e de direitos fundamentais adotada, o que inevitavelmente se reflete nas diferentes teorias delimitadoras do dever indenizatório estatal. Nesse sentido, se o parâmetro indenizatório tem como medida os encargos normais exigíveis para a vida em sociedade,<sup>11</sup> a adoção de uma determinada concepção com características mais comunitaristas ou liberalizantes será decisiva para identificar os encargos que extrapolam a “normalidade”, ou seja, que ocasionam prejuízos merecedores de indenização.

## 2. Os critérios formais e materiais

Das teorias propostas para a delimitação do dever de indenizar<sup>12</sup> percebe-se inicialmente a predominância de critérios formais, que consideraram como “válidos” os atos estatais que preenchem determinadas características, independentemente da gravidade, intensidade ou natureza do prejuízo sofrido na liberdade.<sup>13</sup> É o caso da “teoria do ato individual”, que consiste basicamente em distinguir as medidas gerais como simples limitação do direito de propriedade daquelas que são endereçadas a propriedades individualizadas. Essa doutrina não prosperou devido a sua incapacidade de oferecer soluções justas ao desconsiderar que as medidas gerais possam ser extremamente lesivas à esfera patrimonial dos cidadãos, enquanto que os atos de natureza individual por vezes ocasionem prejuízos irrelevantes.<sup>14</sup>

A desconsideração da intensidade do prejuízo sofrido igualmente se verifica nas inúmeras situações intermédias entre a lei geral e a medida individual.<sup>15</sup> Ressalta-se que essa questão atualmente ganha novos contornos, pois se encontra superada a noção de que a lei sempre possui como características a abstração e a generalidade, conforme se comprova pelas usuais edições de leis de natureza concreta e individual.<sup>16</sup>

Em virtude das dificuldades acima assinaladas, foi elaborada pela jurisprudência alemã a teoria do sacrifício especial.<sup>17</sup> De acordo com essa formulação teórica, estaria configurado o dever de indenizar sempre que o Estado imputar a determinadas pessoas

---

<sup>11</sup> Cf. Canotilho, 1974: 272; e Correia, 1998: 597.

<sup>12</sup> Cf. Canotilho, 1974: 273-307; Correia, 1982: 80-86; Correia, 1997: 494-505; Rey Martínez, 1994: 383-394; e Correia, 1998: 598-607. Cabe advertir que a eventual adoção de critérios objetivos não pode excluir a possibilidade de o titular do direito fundamental provocar a jurisdição, se do seu ponto de vista entende haver prejuízo. Nesse sentido, ver Novais, 2003: 221.

<sup>13</sup> Cf. Novais, 2003: 210-211.

<sup>14</sup> Cf. Canotilho, 1974: 273-275.

<sup>15</sup> Cf. Rey Martínez, 1994: 383-394.

<sup>16</sup> Cf. Correia, 1997: 495. Há de se ressaltar ainda que, por vezes, o legislador voluntariamente camufla a edição de leis gerais e/ou abstratas que, na realidade, são individuais e/ou concretas. Cf. Novais, 2003: 808.

<sup>17</sup> Também denominada de “teoria da intervenção individual”. Cf. Canotilho, 1974: 276.

(individualmente ou em grupo) um sacrifício especial não exigido aos demais cidadãos. Buscou-se com esse novo critério formal atenuar a rigidez da formulação anterior, de maneira que o enfoque se deslocou do tipo de ato (individual/geral) para o resultado produzido (sacrifício especial ou geral).<sup>18</sup> Entretanto, persiste o problema quanto à distinção entre o sacrifício geral e especial, como no caso das restrições que incidem sobre grupos.<sup>19</sup> A título de exemplo, se for considerado que uma lei de proteção do patrimônio cultural abrange a totalidade das propriedades que se enquadram em tais características, pode-se entender que entre estas existe uma situação de igualdade, o que poderia não ocorrer em relação às demais propriedades não protegidas ambientalmente.

Anota-se que a desigualdade de tratamento entre os proprietários de imóveis urbanos não é, em si, um critério absoluto para a caracterização do dever de indenizar. Com efeito, a desigual qualificação urbanística concedida às propriedades pelo plano urbanístico não impõe, pelo menos em regra, o dever de indenizar. Isso significa dizer que o princípio da igualdade não pode ser considerado exclusivamente um critério apto para delimitar a função social da propriedade das medidas expropriatórias.<sup>20</sup> Requer-se, pois, que o princípio da igualdade seja complementado com critérios materiais, a fim de que se verifique se a restrição especial tem a gravidade necessária para ser considerada um sacrifício suscetível de indenização.<sup>21</sup>

Em relação aos critérios materiais – os quais se fundamentam no prejuízo sofrido independentemente da natureza ou estrutura da medida estatal –,<sup>22</sup> em linhas gerais se pode afirmar que, embora haja uma imensa variedade de enfoques doutrinários, em última análise todos os critérios se pautam pela necessidade de preservação do conteúdo essencial do direito de propriedade, que está diretamente relacionado com a sua dimensão econômica.<sup>23</sup> Com efeito, nas teorias da exigibilidade, da gravidade da intervenção, da diminuição substancial e do gozo *standard*, percebe-se que há entre elas um elemento central para que se configure uma medida estatal como expropriatória, o qual pode ser interpretado como a substância ou a essência do direito de propriedade.<sup>24</sup> Interessante observar que esse critério delimitador das medidas expropriatórias possui ampla acei-

---

<sup>18</sup> Cf. Canotilho, 1974: 276-278.

<sup>19</sup> Cf. Canotilho, 1974: 273.

<sup>20</sup> Cf. Correia, 1997: 499-500.

<sup>21</sup> Essa combinação entre o princípio da igualdade e critérios materiais pode ser encontrada em Canotilho, 1974: 283 e 322; e Correia, 1997: 500. Diferentemente, de maneira a considerar válidos apenas os critérios de natureza material, cf. Rey Martínez, 1994: 385-386; e Correia, 1998: 600-601.

<sup>22</sup> Cf. Novais, 2003: 210-211.

<sup>23</sup> Isso não significa menosprezar as pequenas diferenças de foco, pois, além do componente ideológico subjacente, poderá trazer repercussões indenizatórias consideravelmente díspares.

<sup>24</sup> Nesse sentido, conferir a conceituação dada por Correia, 1997: 502-504.

tação doutrinária,<sup>25</sup> o que não basta para resolver o problema que se propõe, na medida em que não há consenso sobre o que seja o próprio conteúdo essencial.<sup>26</sup>

Em outra tentativa, a teoria da dignidade da proteção busca nos valores socialmente estabelecidos – como a história, a linguagem e as concepções gerais – a identificação das medidas estatais que extrapolam os limites compreendidos pela função social da propriedade, e que, portanto, não são dignas de proteção.<sup>27</sup> Cabe assinalar que essa proposta não configura propriamente um critério objetivo de delimitação do dever indenizatório, pois, além de depender de uma valoração subjetiva do que deve ser protegido, na prática acaba deslocando às instâncias jurisdicionais a resolução do problema.<sup>28</sup>

Por sua vez, a teoria da utilização ou aproveitamento privado tem como pressuposto que as intervenções estatais ao conteúdo do direito de propriedade não devem servir exclusivamente ao bem comum, mas também permitir que o titular do direito possa obter do bem o aproveitamento econômico desejado. Assim, a restrição estatal deve ser considerada expropriação quando ocasiona a destruição ou a privação da utilidade patrimonial afetada pela mesma.<sup>29</sup> Cabe salientar que estes efeitos não ocorrem em caso de diminuição do aproveitamento urbanístico, pois a alteração do zoneamento é medida que se impõe com frequência, ora porque durante sua execução se percebem desvios ou inadequações que precisam ser corrigidos, ora porque a dinâmica urbana exige a sua revisão periódica.<sup>30</sup> Nesse caso, a eventual redução no aproveitamento econômico da propriedade é considerada dano de pequena intensidade, sendo desdobramento dos encargos sociais necessários para o cumprimento das finalidades estatais.<sup>31</sup> De qualquer

---

<sup>25</sup> Cf. Silva, 2008: 80; Ferreira, 1991: 33-34; Bastos, 1993: 214; Mello, 1987: 42; Ascensão, 1989: 329; Correia, 2007: 492; Sandulli, 1972: 470; e Rolla, 1991: 182.

<sup>26</sup> A dificuldade em determinar de forma suficientemente precisa os contornos do âmbito nuclear intocável do direito de propriedade é um problema que pode ser estendido aos demais direitos fundamentais. Cf. Novais, 2003: 783.

<sup>27</sup> Cf. Correia, 1982: 82.

<sup>28</sup> Nesse sentido, ver as críticas de Rey Martínez, 1994: 387-388.

<sup>29</sup> Cf. Rey Martínez, 1994: 390; e Mendes, 2004: 24. Tomando-se como referência a propriedade urbana, essa teoria parece se encaixar no propósito daqueles que defendem ser o direito de construir a sua utilidade econômica por excelência. Nesse sentido, ver Fagundes, 1977: 05-06; Mello, 1987: 42; Meirelles, 1982: 23; e Ruiz Ojeda, 1998: 164. Por outro lado, há que destacar que a privação da utilidade não precisa ser necessariamente definitiva. Isso porque, como afirma Fausto de Quadros: “Uma privação (taking) de propriedade inclui, não apenas a ablação (outright taking) da propriedade, mas também qualquer interferência desproporcionada no uso, na fruição ou no poder de dispor da propriedade, de tal modo que o proprietário não seja capaz de usar, fruir ou dispor da propriedade durante um período de tempo razoável após o início daquela interferência”. Cf. Quadros, 1998: 255.

<sup>30</sup> Cf. Silva, 2008: 251. Em sentido oposto, defendendo que a limitação de qualquer destes poderes (fruição e disposição) afeta o conteúdo essencial, ver: Quadros, 1998: 217.

<sup>31</sup> Cf. Canotilho, 1974: 272. Posição diversa é defendida por Fausto de Quadros, ao afirmar que haverá ato análogo à expropriação sempre que a substância ou o conteúdo essencial do direito, isto é, as faculdades de uso, fruição e disposição, fiquem diminuídas. Dessa feita, argumenta o autor que se a desapropriação é calculada levando-se em conta o valor de mercado do bem, por consequência a diminuição do aproveitamento econômico se reflete no valor do bem, o que evidencia a imposição de indenização. Cf. Quadros, 1998: 267.

maneira, persiste nesse caso a dúvida acerca do limite a ser suportado em face da diminuição do aproveitamento econômico.

Diferentemente dos demais critérios materiais, que, em linhas gerais, se baseiam na intensidade dos vínculos incidentes sobre o conteúdo do direito de propriedade, as teorias da alienação do escopo e da vinculação situacional têm como parâmetro fundamental o destino atribuído a cada bem imóvel em conformidade com a sua função social, impondo-se o vínculo indenizatório se alterada a referida destinação.<sup>32</sup> Destas duas teorias, a teoria da vinculação situacional ganhou força no direito alemão a partir do fim dos anos sessenta, desenvolvendo uma espécie de reforço da função social da propriedade por motivos ecológicos.<sup>33</sup> Isso porque considera que existem determinadas restrições às possibilidades de utilização de um terreno que são imanentes a sua especial situação fática – como a sua localização e qualidade, bem como a sua inserção na natureza e na paisagem –, as quais se constituem como que um ônus incidente sobre o terreno.<sup>34</sup> Desse modo, nos casos em que o legislador estabelece, de acordo com as circunstâncias, determinadas proibições de utilização que resultam da particular situação factual de um terreno ou do fato de pré-existirem características inerentes, ele não faz mais do que atualizar uma limitação inerente à propriedade do terreno.<sup>35</sup>

Interessante observar a originalidade da teoria da vinculação situacional, na medida em que foi construída ao tomar como parâmetro a situação fática existente em cada propriedade individualizada. Assim, ao respeitar as características do próprio imóvel, bem como a sua relação espacial (qualificada pela localização), essa teoria procura identificar o fim social desejado para cada tipo de propriedade. A partir desse quadro, se uma medida estatal proibir a edificação em um imóvel urbano desprovido de quaisquer elementos ambientais relevantes, estar-se-ia rompendo o dever de suportabilidade social relativo a um bem “vocado” à edificação.<sup>36</sup> Por outro lado, não se reconhece desvirtuada a vocação natural no caso de a mesma restrição incidir sobre um imóvel urbano pantanoso ou totalmente recortado por cursos d’água. Em verdade, neste último

---

<sup>32</sup> Cf. Canotilho, 1974: 279-280.

<sup>33</sup> Cf. Canotilho, 1995: 96. Anota-se que a adoção de vínculos situacionais como argumento para repelir a pretensão indenizatória em virtude da proteção de áreas verdes foi realizada inicialmente em 1956, pelo Tribunal Federal alemão (Bundesgerichtshof). Cf. Luther, 1986: 470.

<sup>34</sup> Cf. Correia, 1997: 323; e Canotilho, 1974: 299-300. Aproximando-se um pouco da definição acima dada, Bandeira de Mello afirma que a função social da propriedade consiste em cumprir um destino economicamente útil, de modo a satisfazer as necessidades sociais preenchíveis pela espécie tipológica do bem, cumprindo sua vocação natural. Cf. Mello, 1987: 43.

<sup>35</sup> Cf. Correia, 1997: 323. Veja-se que a Corte Constitucional italiana adotou a teoria da vinculação situacional ao decidir que afastam do fenômeno expropriatório aquelas limitações que decorrem das intrínsecas qualidades objetivas dos bens. Cf. Rolla, 1991: 199-200. Ver também a Exposição de motivos do Anteprojeto de Lei Florestal apresentada pelo Ministro da Agricultura. Cf. Brasil, 1965.

<sup>36</sup> Mesmo sem mencionar o princípio da vinculação situacional, vários autores brasileiros justificam a edificabilidade dos imóveis urbanos como decorrente de uma vocação natural. Cf. Meirelles, 1977: 452; Fagundes, 1977: 05-06; e Mello, 1987: 42.

caso, admitir a edificação equivaleria a descumprir a função social dessa propriedade, possibilitando a sua invalidação.

Cabe assinalar que “meio ambiente” é um conceito construído, ou seja, a percepção sobre o que seja a vocação natural de uma propriedade está sujeita a variações no tempo, conforme a apropriação e o significado que lhe seja dado.<sup>37</sup> Portanto, a teoria da vinculação situacional – talvez de maneira mais acentuada que as demais – se sujeita a múltiplas interpretações, as quais dependem da ideologia e dos interesses envolvidos.

Como se pode constatar, a extrema diversificação e oscilação na formulação das teorias refletem a dificuldade em fornecer um critério sólido para aferir de maneira objetiva as situações expropriatórias configuradoras do dever de indenizar.<sup>38</sup> Por consequência, a doutrina passou a admitir a possibilidade de utilização conjunta dos critérios, englobando os formais e os materiais.<sup>39</sup> Nesse sentido, Gomes Canotilho, por exemplo, toma como ponto de partida a teoria da intervenção individual, de modo que a restrição deve ser especial no sentido de violar o princípio da igualdade. Em seguida, abre a possibilidade de utilizar critérios materiais para então concluir se o ônus especial tem gravidade suficiente para ser considerado sacrifício indenizável.<sup>40</sup>

Entretanto, em virtude de a multiplicidade de situações potencialmente configuradoras de um vínculo indenizatório impossibilitar a adoção de critérios abstratos universais, foi então proposto aplicar as restrições em diferentes grupos de casos, os quais teriam critérios de imputação específicos.<sup>41</sup> A título de exemplo, para os vínculos impostos pela Administração – como é caso do “direito de construir” –, Gomes Canotilho adota os critérios da vinculação situacional e do aproveitamento privado.<sup>42</sup> Por sua vez, no que se refere a alterações de situações de fato – como o encravamento de imóveis em virtude de desafetação de via pública –, a fundamentação do referido autor parece basear-se nas teorias do *gozo standard* e da intervenção individual.<sup>43</sup>

<sup>37</sup> Mais explanações desse “olhar” sobre o meio ambiente podem ser encontrados em: Cosgrove, 2004: 92-122; e Sauer, 2004: 12-74.

<sup>38</sup> Cf. Canotilho, 1974: 281; Medeiros, 1992: 319; Correia, 1998: 604; Rey Martínez, 1994: 387-388; e Correia, 1997: 502-505.

<sup>39</sup> Nesse sentido, ver Correia, 1997: 505; Canotilho, 1974: 283; Medeiros, 1992: 319; e Correia, 1998: 604.

<sup>40</sup> Cf. Canotilho, 1974: 283. Posteriormente, Gomes Canotilho parece ter aderido à teoria do aproveitamento privado ao afirmar que “a delimitação do conteúdo constituirá uma restrição do direito geradora de compensação quando a medida delimitadora-restritiva tiver um peso econômico significativo na esfera jurídico-patrimonial do proprietário”. Cf. Canotilho, 1995: 98.

<sup>41</sup> Cf. Novais, 2003: 219-223; Canotilho, 1974: 298; e Rey Martínez, 1994: 393.

<sup>42</sup> Segundo o autor: “É indispensável, assim, ao indagarmos da natureza de determinada posição jurídica do particular e da intensidade ablatória do acto, atendermos à relação espacial (*Ortsbezogenheit*) do imóvel (local, vias próximas, densidade demográfica, industrialização) e à possibilidade de utilização (*Nutzungsmöglichkeit*) de que continua a beneficiar o proprietário, não obstante o vínculo imposto”. Cf. Canotilho, 1974: 299.

<sup>43</sup> Cf. Canotilho, 1974: 303.

Essa necessidade de estabelecer critérios seguros de aferição de uma medida expropriatória igualmente foi assumida pelo legislador em Portugal, o qual inicialmente optou por uma combinação entre a teoria do ato individual e o critério material da diminuição substancial. Assim, as servidões administrativas fixadas diretamente pela lei excluía o dever indenizatório, salvo quando a própria lei dispusesse em sentido contrário, enquanto que as servidões constituídas por ato administrativo davam direito à indenização quando envolvessem diminuição efetiva do valor ou do rendimento da propriedade.<sup>44</sup>

Entretanto, a impossibilidade de caracterizar uma restrição decorrente de lei como expropriatória pode gerar situações de injustiça, como no caso analisado pelo Tribunal Constitucional português, em que a legislação permitia a desapropriação parcial de um imóvel não edificado, mesmo que isso pudesse inviabilizar o direito de construir na parte restante.<sup>45</sup> Essa deficiência específica foi resolvida com a alteração do Código de Expropriações, o qual passou a admitir indenização apenas quando as servidões: a) inviabilizem a utilização que vinha sendo dada ao bem, considerado globalmente; b) inviabilizem qualquer utilização do bem, nos casos em que este não esteja sendo utilizado; ou c) anulem completamente o seu valor econômico.<sup>46</sup>

No Brasil, diferentemente, não há tradição em determinar pela via legislativa as hipóteses configuradoras do dever indenizatório, que tem colocado em evidência o posicionamento doutrinário predominante – o qual parte da qualificação dada à intervenção estatal para determinar a configuração do dever indenizatório. Nesse sentido, entende-se serem limitações ou restrições em sentido estrito não indenizáveis as medidas de caráter geral que ocasionam uma distribuição do sacrifício imposto a todos os cidadãos. Por outro lado, as servidões administrativas podem gerar ou não responsabilização estatal, a depender do efetivo prejuízo causado.<sup>47</sup>

Anota-se que a distinção entre essas duas modalidades de intervenção estatal na propriedade privada nem sempre tem sido bem compreendida. Isso porque, tendo sido inicialmente apropriada a figura da servidão do direito privado para a satisfação de interesses públicos – como é o caso da passagem de fios elétricos e aquedutos –, a “servidão

---

<sup>44</sup> Com pequenas variações, assim dispunha as leis já revogadas: Lei 2.030/48 (art. 3º, nº 2 e 3); Decreto-Lei 845/76 (art. 3º, nº 2 e 3); e Decreto-Lei 438/91 (art. 8º, nº 2 e 3). O antigo Código de Expropriações português (DL 438/91) prescrevia que: “As servidões constituídas por acto administrativo dão direito a indemnização quando envolverem diminuição efectiva do valor ou do rendimento dos prédios servientes”, como dispõe o art. 8º, nº 3. Anota-se que a possibilidade de constituir servidão administrativa por ato administrativo foi contestada pela doutrina portuguesa. Cf. Caetano, 1980: 1053-1054. No direito brasileiro, admitindo a constituição pela via administrativa, ver Mello, 2004: 799-800; e Meirelles, 1961: 173-175.

<sup>45</sup> Portugal. Tribunal Constitucional. Acórdão 331/99. Rel. Maria Fernanda Paula. Julgado em 02 jun. 1999.

<sup>46</sup> Cf. art. 8º, item 2 da Lei 168/99. Nota-se que o critério legal apresentado pode ser perfeitamente enquadrado na teoria da utilização ou aproveitamento privado do bem.

<sup>47</sup> Cf. Mello, 2004: 802; e Meirelles, 1994: 131. Ressalta-se que a posição defendida por Hely Meirelles é diferente da contida na primeira edição do seu “Direito de construir”. Cf. Meirelles, 1961: 175.

administrativa” passou a abranger quaisquer medidas que produzam sacrifícios que extrapolem os encargos normais de uma propriedade.<sup>48</sup> Como assinala Rafael Bielsa,<sup>49</sup> na servidão administrativa o proprietário é obrigado a compartilhar o uso e o gozo do bem com a Administração Pública ou com o público, ou seja, afetando nesse caso a exclusividade do direito de propriedade, e não o seu caráter absoluto. É o caso das faixas *non aedificandi* estabelecidas às margens de rodovias e ferrovias, pois, embora o proprietário não possa usar o seu direito em toda a sua extensão, o Poder Público não compartilha com ele o exercício de suas faculdades dominiais.<sup>50</sup> De qualquer maneira, no que se refere ao problema da demarcação do dever indenizatório, torna-se irrelevante se o ato restritivo se originou de uma lei ou de um ato administrativo; tampouco se é qualificado como limitação em sentido estrito ou servidão administrativa,<sup>51</sup> mas, concretamente, se ocasiona uma afetação desvantajosa significativa na utilização do bem.<sup>52</sup>

### 3. Considerações finais

Conforme acima exposto, conclui-se não terem sido suficientemente seguras as inúmeras tentativas doutrinárias em estabelecer uma linha divisora entre as medidas expropriatórias e as que são decorrentes da vinculação social da propriedade.<sup>53</sup> Apesar disso, não há sentido em menosprezar as construções teóricas realizadas, devendo-se aproveitá-las sempre que possível, principalmente por meio de uma adoção conjugada de critérios formais e materiais, sobretudo em grupos de casos, conforme visto anteriormente.

Por outro lado, há de se ter cautela na identificação legislativa das situações que impõem um dever de indenizar, pois, sendo muito tênues e imprecisos os limites da responsabilidade estatal, corre-se o risco de inviabilizar a atuação da Administração Pública ou mesmo de premiar ou punir determinados titulares de direitos em virtude das diferenciadas circunstâncias de cada caso concreto. O que não ocorre nas hipóteses em que a restrição visivelmente impossibilita qualquer aproveitamento econômico

---

<sup>48</sup> Cf. Figueiredo, 2005: 63. No mesmo sentido, ver Mello, 2004: 802. Anota-se que na posição desse autor há uma incongruência com a afirmação anteriormente dada em relação ao fato da não obrigatoriedade de a servidão administrativa se caracterizar como indenizável. Cf. Mello, 2004: 801.

<sup>49</sup> Cf. Bielsa, 1956: 322. No mesmo sentido, Cassagne, 1996: 461; Lanziano, 1996: 456; Silva, 1981: 526-527; e Oliveira, 1982: 236.

<sup>50</sup> Cf. Silva, 1981: 531.

<sup>51</sup> Tal como procede a legislação portuguesa. Cf. art. 8º, item 2 da Lei 168/99. Ressalta-se que, embora a qualificação dada seja irrelevante, não há como negar que o fato de o proprietário conservar ou não os direitos de uso, fruição e disposição de maneira exclusiva produz conseqüências jurídicas díspares. Sobre esse aspecto, ver: Quadros, 1998: 264.

<sup>52</sup> Para uma crítica dos critérios formais, ver: Correia, 2008: 334-335; Ascensão, 1993: 227-228; e Amaral, 1989: 101.

<sup>53</sup> Como afirma Gomes Canotilho: “(...) a extrema diversificação e oscilação na formulação dos critérios indicia já a incerteza a que eles nos podem conduzir. Servirão, talvez, como «operadores» de valioso préstimo na determinação do conceito de sacrifício”. Cf. Canotilho, 1974: 281.

da propriedade, como na criação das unidades de conservação de proteção integral<sup>54</sup> – justificando-se, nesse caso, o juízo de prognose do legislador.

Ainda em relação ao tema da previsibilidade dos prejuízos, há quem proponha vincular a licitude da restrição ao direito de propriedade à existência de uma cláusula indenizatória prévia.<sup>55</sup> Entretanto, essa tese já nasce com um problema intrínseco: a indefinição sobre a própria necessidade de indenização. Ademais, a adoção da cláusula prévia significaria garantir a prevalência de um direito fundamental de maneira claramente desproporcional aos demais valores constitucionalmente consagrados. Como bem aponta Reis Novais, “atendendo à relevância igualmente constitucional dos outros interesses em conflito, (...) não se podem resolver os casos duvidosos partindo, pura e simplesmente, de uma presunção geral a favor da liberdade”;<sup>56</sup> o que torna irrazoável a aplicação da referida cláusula. Tendo em vista que a totalidade do ordenamento constitucional pressupõe que os direitos fundamentais se condicionem reciprocamente, a busca de critérios indenizatórios não pode basear-se apenas no prejuízo ao direito de propriedade: impõem-se que sejam repartidos socialmente os riscos no exercício dos direitos fundamentais entre o Estado e os seus titulares.<sup>57</sup>

Em sentido oposto ao esforço doutrinário pela caracterização de critérios abstratos e objetivos, alguns autores vêem como inevitável que se privilegie autonomamente a apreciação das circunstâncias concretas de cada caso.<sup>58</sup> Não há dúvidas que, em maior ou menor medida, não se pode afastar o exame específico pelas instâncias judiciais da situação fática – o que, aliás, não foi descartado pelas teorias materiais acima assinaladas –. Porém, a ausência de parâmetros mínimos pode ocasionar uma retração estatal no cumprimento de suas finalidades públicas, devido ao risco de responsabilização por prejuízos causados.<sup>59</sup>

---

<sup>54</sup> Em relação a esses ecossistemas, o legislador entendeu que há incompatibilidade entre o aproveitamento econômico pelo titular da propriedade e a sua proteção, impondo-se a desapropriação da área em questão (cf. os arts. 9º, 10, e 11 da Lei 9.985/00). Anota-se que a legislação permite, excepcionalmente, que as unidades de conservação “Monumento Natural” e “Refúgio de Vida Silvestre” permaneçam com titularidade privada (cf. arts. 12 e 13 da Lei 9.985/00).

<sup>55</sup> Acerca desse tema, afirma Maria Correia: “Mas como pode ser lícita a lei que sacrifica sem prever para o sacrifício compensação? Como pode ser conforme à Constituição e ao seu princípio de justiça distributiva a ideia — que estaria subjacente a este tipo de acções de responsabilidade — e que seria: sofre primeiro (sem discutir da sua justiça) o sacrifício que te foi imposto e pede depois a compensação?”. Cf. Correia, 2002: 217-231. Para mais explanações, ver: Correia, 1998: 443 et seq. Sobre a introdução de cláusulas no direito internacional, ver: Quadros, 1998: 210-215.

<sup>56</sup> Cf. Novais, 2003: 218. Em sentido inverso, Quadros, 1998: 265.

<sup>57</sup> Com efeito, assinala Reis Novais que “(...) uma protecção irrestrita dos cidadãos (...) poderia reverter em prejuízo da própria liberdade, já que acabaria por inibir o Estado na criação e disponibilização das condições ambientais de um exercício otimizado dos direitos fundamentais por parte de todos”. Cf. Novais, 2003: 214. Em realidade, em um sistema capitalista a exploração da propriedade é, em si, uma atividade de risco. Cf. Moreira, 1978: 151-152.

<sup>58</sup> Cf. Quadros, 1998: 267; e Meirelles, 1992: 532.

<sup>59</sup> Cf. Novais, 2003: 213-214. Defendendo a criação de parâmetros a fim de se ter uma compreensão mais precisa dos direitos, ver Barcellos, 2005: 145.



Por outro lado, percebe-se que as tentativas teóricas de demarcação do dever indenizatório acabam privilegiando excessivamente a dimensão subjetiva proprietária, sendo necessário igualmente tomar em consideração os interesses comunitários – além de incluir outras variáveis, como a apropriação do valor econômico dos bens imobiliários. Nesse sentido, assinala-se que a compreensão global acerca dessa problemática deve passar necessariamente pela delimitação constitucional entre o direito de propriedade urbana e o meio ambiente – dimensão, esta, que não tem sido suficientemente analisada pelos diferentes intérpretes.

## Bibliografia

- AMARAL, Diogo Freitas do: “Opções políticas e ideológicas subjacentes à legislação urbanística”, em AMARAL, Diogo Freitas do (Org.). *Direito do Urbanismo*. Oeiras: Instituto Nacional de Administração - INA, 1989, p. 93-105.
- ASCENSÃO, José de Oliveira: *Direito civil – reais*, 5ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1993.
- \_\_\_\_\_. O urbanismo e o direito de propriedade. In: AMARAL, Diogo Freitas do (Org.). *Direito do urbanismo*. Oeiras: Instituto Nacional de Administração - INA, 1989, p. 269-299.
- ÁVILA, Humberto: Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 171-215.
- BARCELLOS, Ana Paula de: Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional, *Renovar*, Renovar, 2005.
- BASTOS, Celso Ribeiro: *Direito de construir*. In: \_\_\_\_\_. (Org.). *Estudos e pareceres - direito público*. São Paulo: RT, 1993, p. 213-227.
- BIELSA, Rafael: *Derecho Administrativo*, Tomo IV, 5ª ed., Roque Depalma, Buenos Aires, 1956.
- BINENBOJM, Gustavo: *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, Renovar, Rio de Janeiro, 2006.
- BRASIL: *Exposição de motivos*, Ministério da Agricultura, nº 29, 1965.
- CAETANO, Marcello: *Manual de direito administrativo*, Vol. II, 9ª ed., Almedina, Coimbra, 1980.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes: *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, Almedina, Coimbra, 1974.
- \_\_\_\_\_. *Protecção do ambiente e direito de propriedade (Crítica de jurisprudência ambiental)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.
- CASSAGNE, Juan Carlos: *Derecho administrativo*, Vol. II, 5ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.
- CORREIA, Fernando Alves: *As garantias do particular na expropriação por utilidade pública*, Almedina, Coimbra, 1982.

- \_\_\_\_\_. O plano urbanístico e o princípio da igualdade, Almedina, Coimbra, 1997.
- \_\_\_\_\_. Manual de direito do urbanismo, Vol I. 4ª ed., Almedina, Coimbra, 2008.
- CORREIA, Maria Lúcia da C. A. A. P.: Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador. Coimbra: Coimbra, 1998.
- \_\_\_\_\_. responsabilidade do Estado-legislador: reflexões sobre uma reforma. In: Ministério da Justiça (Org.). *Responsabilidade Civil Extra-Contratual do Estado*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 217-231.
- COSGROVE, Denis: A geografia está em toda parte: cultura e simbolismo nas paisagens humanas. In: CORRÊA, Roberto Lobato Corrêa e ROSENDAHL, Zeny (Org.). *Paisagem, tempo e cultura*. 2ª ed. Rio de Janeiro: EDUERJ, 2004, p. 92-123.
- FAGUNDES, Miguel Seabra: Aspectos jurídicos do solo criado. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, nº 129, jul.-set. 1977, p. 01-10.
- FERREIRA, Angela Cassia Costaldello Caetano: O parcelamento e a edificação compulsórios como limitações à propriedade privada urbana imobiliária, Dissertação (Mestrado) – Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1991.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle: Disciplina urbanística da propriedade, 2ª ed., Malheiros, São Paulo, 2005.
- FREITAS, Juarez: Estudos de direito administrativo, 2ª ed., Malheiros, São Paulo, 1997.
- LANZIANO, Washington: Estudios de derecho administrativo, 2ª ed., Universidad de la Republica – Facultad de Derecho, Montevideo, 1996.
- LUTHER, Jörg: Profili costituzionali della tutela dell'ambiente in Germania. Rivista Giuridica dell'Ambiente, Milano, nº 03, p. 459-483, 1986.
- MEDEIROS, Rui: Ensaio sobre a responsabilidade civil do estado por actos legislativos, Almedina, Coimbra, 1992.
- MEIRELLES, Hely Lopes: Direito de construir, RT, São Paulo, 1961.
- \_\_\_\_\_. Direito de construir, 6ª ed., Malheiros, São Paulo, 1994.
- \_\_\_\_\_. Parecer sobre o Projeto de Lei que dispõe sobre os objetivos e a promoção do desenvolvimento urbano. Mimeografo. CNDU, 1982.
- \_\_\_\_\_. Plano de urbanização e embargo de obras. In: MEIRELLES, Hely Lopes (Org.). Estudos e Pareceres de Direito Público. vol. II. São Paulo: RT, 1977, p. 449-464.
- \_\_\_\_\_. Direito administrativo brasileiro, 17ª ed., Malheiros, São Paulo, 1992.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de: Novos aspectos da função social da propriedade no direito público. Revista de Direito Público. São Paulo, out.-dez. 1987, nº 84, p. 39-45.
- \_\_\_\_\_. Curso de direito administrativo, 17ª ed., Malheiros, São Paulo, 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira: Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional, 3ª ed., Saraiva, São Paulo, 2004.
- MOREIRA, Vital: A ordem jurídica do capitalismo, 3ª ed., Centelho, Coimbra, 1978.
- NOVAIS, Jorge Reis: As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.
- OLIVEIRA, Fernando Andrade de: Limitações administrativas à propriedade privada imobiliária, Forense, Rio de Janeiro, 1982.

- QUADROS, Fausto de: A protecção da propriedade privada pelo direito internacional público, Almedina, Coimbra, 1998.
- REY MARTÍNEZ, Fernando: La propiedad privada en la Constitución española, Centro de Estudios Constitucionales, Madri, 1994.
- ROLLA, Giancarlo: Tutela della proprietà, espropriazione e misura dell'indennizzo. In: ASSINI, Nicola (Org.). *Diritto urbanistico*. Milão: Giuffrè, 1991, p. 173-231.
- RUIZ OJEDA, Alberto: Una aproximación al problema de las garantías de los acreedores en los proyectos de financiación privada de infraestructuras. *Revista de Derecho Urbanístico*, Madri, nº 159, jan.-fev. 1998, p. 125-139.
- SANDULLI, Aldo M.: Profili costituzionali della proprietà privata. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milão: Giuffrè, p. 465-490, 1972.
- SAUER, Carl O.: A morfologia da paisagem. In: CORRÊA, Roberto Lobato e ROSENDAHL, Zeny (Org.). *Paisagem, tempo e cultura*. 2ª ed. Rio de Janeiro: EDUERJ, 2004, p. 12-74.
- SILVA, José Afonso da: *Direito urbanístico brasileiro*, RT, São Paulo, 1981.
- \_\_\_\_\_. *Direito urbanístico brasileiro*, 5ª ed., Malheiros, São Paulo, 2008.
- SPANTIGATI, Federico: *Manual de derecho urbanístico*, Montecorvo, Madri, 1973.

César Augusto Orrego (Perú)\*

## Una aproximación al contenido constitucional del derecho de autodeterminación informativa en el ordenamiento jurídico peruano

### RESUMEN

El derecho de autodeterminación informativa o protección de datos personales, es de reciente recepción en el ordenamiento constitucional peruano, a través del artículo 2º, inciso 6º. Este derecho fundamental ha merecido una complementación interesante por medio de dos fuentes del derecho jurídicas: el Código Procesal Constitucional y la Jurisprudencia Constitucional. Los operadores jurídicos tenemos una deuda inicial: hacer el esfuerzo por ir decantando los alcances de este derecho fundamental y lograr darle cobertura de manera correcta y adecuada a la protección de la autodeterminación informativa de las personas. Resulta entonces necesario descubrirlo desde la norma constitucional, los tratados internacionales ratificados por el Perú, acudir a los pronunciamientos que ha tenido oportunidad de emitir el Tribunal Constitucional peruano que lo va definiendo en el caso concreto, así como precisar cuál es la finalidad de su recepción constitucional.

**Palabras clave:** derecho constitucional, derecho a la privacidad, protección de datos personales, garantías constitucionales, derecho procesal constitucional, jurisprudencia.

### ZUSAMMENFASSUNG

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung oder den Schutz personenbezogener Daten ist erst vor kurzem durch Artikel 2 Absatz 6 in die peruanische Verfassung aufgenommen worden. Dieses Grundrecht hat eine interessante Ergänzung durch zwei weitere Rechtsquellen erfahren: die Verfassungsprozessordnung und die Verfassungsrechtsprechung.

---

\* Jefe de la Defensoría del Pueblo de Piura, Perú. Master en Derecho con mención en Derecho Constitucional por la Universidad de Piura (Perú). Máster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica, por la Universidad de Alcalá (España) y con postítulo por la Universidad de Chile (Chile). Profesor Universitario a nivel de pregrado y posgrado de la Universidad de Piura e invitado por diversas universidades peruanas. <corrego4o@gmail.com>, <corrego@defensoria.gob.pe>.

Als Akteure im Rechtssystem sind wir verpflichtet, uns darum zu bemühen, die Reichweite dieses Grundrechts zu bestimmen und die informationelle Selbstbestimmung der Personen in korrekter und angemessener Weise zu schützen. Es ist daher erforderlich, es im Licht der verfassungsrechtlichen Normen und der von Peru ratifizierten völkerrechtlichen Verträge zu interpretieren, die vom peruanischen Verfassungsgericht im Rahmen seiner Ausgestaltung im Einzelfall bereits getroffenen Entscheidungen zur Kenntnis zu nehmen, und die Absicht seiner Aufnahme in die Verfassung zu klären.

**Schlagwörter:** Verfassungsrecht, Recht auf Privatsphäre, Schutz persönlicher Daten, Verfassungsrechtliche Garantien, Verfassungsprozessrecht, Rechtsprechung.

## ABSTRACT

The right to informative self-determination or the protection of personal data has recently been adopted in Peru's constitutional system, through article 2, par. 6. This fundamental right has been complemented by two sources of law: the Code of Constitutional Procedure and constitutional case law. Those of us who are agents of the judicial system have an initial task: to determine the scope of this fundamental right and to provide proper and adequate protection to individual informative self-determination. In order to do this we need to study the constitutional rule, the international treaties ratified by Peru, the relevant rulings of Peru's Constitutional Court, which define the right for specific cases and also to understand why this right was enshrined in the constitution.

**Keywords:** Constitutional law, Right to privacy, protection of personal data, Constitutional guarantees, procedural constitutional law, case law.

## 1. El contenido constitucional de los derechos fundamentales

El intento inicial por aproximarnos al entendimiento del derecho fundamental de autodeterminación informativa en el Perú considera una primera estación que creemos imprescindible para su correcta interpretación.

En este primer arribo se requiere iniciar el tratamiento del llamado “contenido esencial de los derechos fundamentales”, es decir, una vez reconocido un derecho en la norma constitucional, nos debemos cuestionar sobre cuál es el contenido normativo cuyo cumplimiento obliga tanto al poder político como a los particulares.<sup>1</sup>

Consideramos iniciar abordando esta temática en particular, debido a que en los distintos textos jurídicos que hemos podido consultar se ha partido del concepto de conflictividad de derechos, sobre todo en aquellos que involucran la intimidad, la privacidad o la protección de datos personales (autodeterminación informativa) y el acceso

---

<sup>1</sup> Luis Castillo Córdova: *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general* (2ª ed.), Perú: Palestra 2005, p. 27.

a la información pública, entre otros derechos; asimismo, porque se utiliza la técnica de la ponderación para dar respuesta a esta conflictividad.

Uno de los problemas debatidos en la doctrina constitucional contemporánea, es el de precisar la eficacia de los derechos fundamentales y su efectiva realización en la práctica. De allí la importancia de fortalecer el sistema de garantías constitucionales y legales que custodien el derecho fundamental. En palabras del Constitucional peruano:

A la condición de derechos subjetivos del más alto nivel y, al mismo tiempo, de valores materiales de nuestro ordenamiento jurídico, le es consustancial el establecimiento de mecanismos encargados de tutelarlos, pues es evidente que derechos sin garantías no son sino afirmaciones programáticas, desprovistas de valor normativo.

Como antecedente a una verdadera protección de los derechos fundamentales, resulta pertinente conocer la configuración del objeto de protección; en otras palabras, se debe conocer el contenido del derecho constitucionalmente reconocido. No olvidemos que en el centro de las elucubraciones que formulemos al tratar los derechos fundamentales deben mantenerse dos presupuestos: “la existencia de una realidad cognoscible y anterior a la formulación normativa: la naturaleza humana [...] y segundo, que los medios interpretativos para determinar los alcances del contenido de los derechos fundamentales, no se reducen exclusivamente a lo establecido en la norma...”<sup>2</sup>

Como recordaremos aquí, la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales tiene uno de sus primeros reconocimientos en el artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn –así nos informa Castillo Córdova– en cuyo inciso 1º se establece: “cuando según esta ley fundamental un derecho puede limitarse por ley o en virtud de una ley, la ley será general y no valdrá para un caso particular”. Mientras que en el inciso 2º se recoge la garantía del contenido esencial cuando se dispone que “en ningún caso puede un derecho fundamental ser afectado en su esencia”. Asimismo, el contenido esencial de los derechos fundamentales ha sido recibido en el ordenamiento constitucional español, según el siguiente tenor:

los derechos y libertades reconocidos en los capítulos II del presente Título vinculan a todos los poderes público. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades.<sup>3</sup>

La interpretación jurisprudencial española, en aplicación de estas disposiciones y con la finalidad de conocer el contenido esencial propone dos mecanismos: (a) la determinación de la naturaleza jurídica del derecho y (b) la determinación de los intereses que

---

<sup>2</sup> *Ibíd.*, p. 232.

<sup>3</sup> Constitución Española, artículo 53.1.

este derecho se encuentra destinado a proteger. Una definición completa del mencionado contenido exige que estos dos mecanismos sean actuados de modo complementario.<sup>4</sup>

Si leemos con atención las disposiciones constitucionales citadas, en el ordenamiento español se habla de “regulación” del ejercicio de los derechos fundamentales, y en el derecho alemán se hace referencia a la “limitación” del derecho fundamental; en consecuencia, siendo ambos conceptos diferentes, no es permitido trasladar la interpretación que se haya producido en la dogmática alemana al ámbito español.

Asimismo, es importante recordar que los derechos constitucionales han sido tratados esencialmente en la doctrina comparada desde cuatro teorías: las subjetivas<sup>5</sup> y las objetivas,<sup>6</sup> por un lado, y las teorías absolutas<sup>7</sup> y relativas,<sup>8</sup> por el otro. Las dos últimas teorías son constructos de la teoría alemana, pues se parte de la posibilidad de admitir que el derecho fundamental puede tener limitaciones.

En el caso de utilizar una limitación absoluta o una relativa, se irá definiendo si es que esta limitación sirve para “salvar” otro derecho fundamental o bien jurídico constitucional.

Ambas posturas –la absoluta y la relativa– a nuestro juicio parten de un error, por lo que coincide con lo manifestado por el profesor Castillo Córdova, ya que tomar cualquiera de estos dos vías permite la posibilidad de que cualquiera que sea el derecho fundamental, se desnaturalice y se vacíe su contenido, pues en definitiva queda su contenido (total o parcial) a disposición del legislador, quien de ordinario contará con justificaciones para restringir los derechos fundamentales.

Es necesario por esto replantear nuestro análisis constitucional utilizando nuevos parámetros que nos lleven a un mejor entendimiento del contenido constitucional de los derechos fundamentales, pues de manera contraria, es decir, admitiendo limitaciones a los derechos fundamentales, nos enfrentaríamos a los siguientes inconvenientes:

---

<sup>4</sup> Luis Castillo Córdova: op. cit., p. 238.

<sup>5</sup> Propone que el objeto de protección de la garantía es sólo su ámbito individual o de libertad, es decir, el derecho fundamental subjetivo de cada persona en concreto, con las consiguientes facultades de actuación que ello conlleve.

<sup>6</sup> El objeto de protección es sólo la dimensión objetiva o institucional de los derechos fundamentales (derecho constitucional como institución).

<sup>7</sup> El contenido del derecho se encuentra inscrito en dos círculos concéntricos. El primero de ellos, más reducido, es el núcleo duro del derecho y vincula de modo absoluto al legislador, de manera que en ningún supuesto ni bajo ninguna circunstancia éste podría ser afectado, restringido. El segundo de los círculos es un contenido que, en forma de círculo alrededor del núcleo, no vincula al legislador más que de manera débil y relativa, de modo que esta parte del contenido del derecho podría quedar a disposición del legislador, aunque no sería una disposición absoluta ni discrecional, sino sólo posible en la medida que la intervención legislativa superase el juicio de proporcionalidad.

<sup>8</sup> El contenido de un derecho fundamental está formado por un único contenido, y no en dos partes, con contenido homogéneo, y por tanto todo él vincula al legislador, pero no de modo fuerte y por ende absoluto, sino de modo débil y en consecuencia relativo.

1. Siendo la finalidad de la Constitución Política limitar el poder, no es posible que el poder (en este caso el legislativo) tenga la posibilidad de limitar el contenido de la Constitución, esto es, la limitación de los derechos fundamentales.
2. Contraría la unidad de la Constitución el posibilitar al legislador limitar un derecho para salvar otro, pues lo que ello estaría traduciendo es que los contenidos constitucionales de los derechos se contraponen, es decir, que se debe entender que la Constitución ha permitido esta contradicción de contenidos; en consecuencia, la Constitución carecería de coherencia y unidad sistemática.
3. El principio de la normatividad de la Constitución exige que el poder político cumpla con todo lo que la Constitución ha dispuesto. Por el contrario, si se dispone la posibilidad de limitar el contenido constitucional de un derecho, aunque sea en la parte no esencial, romperíamos con el principio con este principio constitucional.

Seguimos entonces el razonamiento del profesor Castillo Córdova, quien nos propone un nuevo entendimiento del contenido constitucional de los derechos fundamentales, para lo cual me permito citarlo en su integridad:

Los derechos fundamentales cuentan con un único contenido, el cual vincula de modo fuerte y en su totalidad al poder público en general y al legislador en particular; contenido que empieza a formularse desde la norma constitucional pero que necesita de las concretas circunstancias para su definición y delimitación en cada caso concreto, de modo que no existe un único y predeterminado para siempre contenido de un derecho fundamental.

Por lo tanto, ayudados por esta definición más garantista de la persona y de sus derechos, podemos colegir junto al constitucionalista lo siguiente:

1. El contenido de los derechos en uno y no dos, y todo él es plenamente normativo, es decir, limita a todos los poderes públicos.
2. El contenido de los derechos se delimita (tienen existencia previa e independiente al acto de positivización), que es la labor particular del operador jurídico. Al delimitar se precisa los contornos propios e inmanentes de los derechos.
3. El contenido constitucional de un derecho empieza a formularse desde la norma constitucional misma, no sólo del derecho que lo recoge, sino en armonía con el texto constitucional. Asimismo, se debe tener presente para el caso peruano la *cuarta disposición final y transitoria*, por medio de la cual cada vez que intentamos interpretar alguna norma constitucional, se ha de acudir a la norma internacional sobre derechos humanos que vincula a nuestro país, así como a lo manifestado por los tribunales internacionales a los que se haya sujetado el Perú.
4. Esta formulación necesita dos elementos adicionales: (a) el teleológico, es decir, a qué ámbito de la realidad jurídica se pretende dar cobertura constitucional cuando el Constituyente recogió el derecho fundamental analizado, y b) cuáles son las



circunstancias concretas en un litigio. Es por ello que el contenido del derecho terminará de definirse teniendo en cuenta las particulares circunstancias del caso en concreto, haciendo su aparición en estas circunstancias el principio de proporcionalidad y razonabilidad, para poder deslindar lo protegido de lo no protegido.

## 2. Derecho fundamental de autodeterminación informativa

Antes de iniciar una aproximación al derecho constitucional analizado, ejemplificaremos los hechos a los que podríamos estar sometidas las personas y de los que aún no somos plenamente conscientes:

Imaginemos que estamos tranquilamente en nuestras casas. Alguien entra y tras decirnos que no nos preocupemos y que sigamos con lo que estamos haciendo, van tomando nota del programa de televisión que estamos viendo, de la página web que estamos visitando y de las que hemos visitado, de la llamada telefónica que estamos haciendo y de las que hemos hecho y recibido en el último año. Por encima de nuestro hombro cotillean el texto del correo electrónico que estamos escribiendo y a quién se lo enviamos.

Abren nuestra cartera (o billetera) y toman nota de los números de nuestras tarjetas de crédito, de nuestro DNI. Con parsimonia escrutan todos los movimientos de nuestras cuentas corrientes, las revistas a las que estamos suscritos, las estancias en hoteles que hemos efectuado, los viajes realizados. Van al cajón donde tenemos nuestros papeles de los médicos, nuestras radiografías, análisis de sangre; escanean todo y lo guardan. Salimos de casa y nos siguen, a nuestro lado, sin dejarnos. Recibimos una llamada en nuestro móvil y colocan un dispositivo para escuchar y grabar la conversación. Decimos a nuestro vigilante que nos deje en paz, que nos deje sólo, y nos contesta que lo siente, que no está en nuestras manos consentir o no su presencia. Que él siempre estará.<sup>9</sup>

Hemos querido ser provocadores para poner de relieve los riesgos a los que estamos sometidos las personas en la nueva “sociedad de la información”.<sup>10</sup> Sin embargo, para incorporar el equilibrio, podemos argumentar las enormes posibilidades reales de desarrollo que también ponen a nuestro alcance estos avances tecnológicos. Lo cierto es que en la actualidad lo que se ha denominado la “sociedad de la información” nos plantea por lo menos dos escenarios:

---

<sup>9</sup> José Luis Piñar Mañas: ¿Existe privacidad?, en *Protección de datos personales. Compendio de lecturas y legislación*, México: Tiro Corto Editores, 2010, p. 37.

<sup>10</sup> Expresión que empieza a utilizarse a finales de los años setenta e inicios de los ochenta.

Una sociedad caracterizada por los adelantos tecnológicos experimentados, en particular en el campo de la informática, que ha hecho posible no sólo la comunicación más rápida, sino posibilitando también que la comunicación sea posible entre varias personas y en lugares distintos y alejados a la vez. [Y] [...] una sociedad que en mayor o menor medida, directa o indirectamente, obliga a proporcionar información personal a determinadas instituciones, ya sean públicas o privadas...<sup>11</sup>

Los individuos experimentamos el riesgo no sólo potencial, sino también real de la violación de los derechos fundamentales, por parte de aquellos que tienen el “poder informático”. En consecuencia, ha surgido un nuevo concepto como derecho fundamental, como nos los recuerda el profesor Castillo, que se le denomina de diferentes formas –intimidad informática, libertad informática, derecho de protección de datos, o derecho de autodeterminación informativa–, pero todas apuntan a lo mismo: reconocer a las personas una serie de facultades jurídicas que se les atribuyen precisamente para enfrentar las extralimitaciones de este nuevo poder y que puedan evitar que de su mal uso lesionen bienes o derechos constitucionales como la intimidad y los derechos conexos.<sup>12</sup> La norma constitucional con la que contamos actualmente en el Perú y que nos daría la posibilidad de enfrentar los riesgos anotados data de 1993. Nos referimos al artículo 2º, inciso 6º que reconoce el derecho:

A que los servicios informáticos computarizados o no, públicos o privados, no suministren información que afectan la intimidad personal y familiar.

Hagamos memoria: el ponente de la norma constitucional fue el extinto Carlos Torres y Torres Lara, que efectivamente lo planteó en los siguientes términos:

Cuando se elaboró la Constitución de 1979, todavía no se advertía la revolución de la informática que se estaba produciendo en el mundo. Hoy, al haber pasado sólo una década, nos damos cuenta de que esta situación ha variado sustancialmente.<sup>13</sup>

A pesar de estas aseveraciones que justifican para el Constituyente peruano la no incorporación en la Constitución de 1979, recordemos que ya en Europa se tenía enormes inquietudes por esta nueva problemática. Fue así que 1967 se constituyó en el Consejo de Europa una *comisión consultiva* para estudiar las tecnologías de la información y su potencial agresividad hacia los derechos de las personas, especialmente en relación con su derecho a no sufrir injerencias en la vida privada. Surgió así la resolución 509 de la

---

<sup>11</sup> Luis Castillo Córdova: *Comentarios al Código Procesal Constitucional* (tomo II: “Hábeas corpus, amparo y hábeas data), Lima: Palestra Editores, 2006, p. 975.

<sup>12</sup> *Ibíd.*, p. 979.

<sup>13</sup> 10ª B Sesión (matinal) Lunes, 22 de febrero de 1993.

Asamblea del Consejo Europa sobre “los Derechos humanos y los nuevos logros científicos y técnicos...”<sup>14</sup>

Asimismo, es importante resaltar que tres años más tarde se produjo la primera *ley de protección de datos* en el estado alemán de Hesse, en el contexto de la publicación de un artículo en un diario de julio de 1969, en el cual se advertía sobre los peligros que la informática planteaba a los derechos de los ciudadanos. Se concluía en la necesidad de una ley. Por ello, el primer ministro del estado de Hesse ordenó elaborar una ley que tratara el problema de los bancos de datos públicos que contenían datos de todos los ciudadanos. El 7 de octubre de 1970 se publica la referida norma. Sin embargo, la regulación federal se denominó Ley de Protección de Datos de la República Federal Alemana y llegaría seis años más tarde.

En 1974 se aprobó *The Privacy Act* de los Estados Unidos, y se fueron poniendo las bases de los principios esenciales configuradores del núcleo esencial del derecho a la privacidad. Dos años más tarde la Constitución de Portugal incorporó el derecho en el artículo 35, apartados 1º y 2º. España, por su parte, lo delineó en su Constitución de 1978. Ese mismo año le correspondió el turno a Francia con la publicación de la Ley de Informática, Ficheros y Libertades, a Dinamarca con las leyes sobre ficheros públicos y privados y a Austria con la Ley de Protección de Datos. Finalmente, el 8 de mayo de 1979 el Parlamento Europeo aprobó una resolución sobre “La tutela de los Derechos del individuo frente al creciente progreso técnico en el sector de la informática”.

Existía entonces una enorme preocupación por los peligros que entrañaba la informática para la vida de los seres humanos, a la par de sus enormes ventajas y potencialidades. Esto lo traducen de manera acertada Nila Ornelas Núñez y Sergio López Ayllón cuando plantean la preocupación siguiente:

El siglo XXI comienza con un despliegue tecnológico estelar. No puede concebirse más la vida de los seres humanos ni su interacción, sin el uso de tecnologías urbi et orbi.

Dicha expansión conlleva el intercambio de flujos de información incluida la relativa a las personas. Ahora es posible a través de distintos medios acceder a la información de millones de seres humanos y sus actividades en cualquier parte del planeta. Sin embargo, frente al terreno ganado en materia de libertad de información y expresión, se ha irrumpido silenciosamente en el ámbito de lo privado, ya que la sencilla obtención de cualquier tipo de dato sobre una persona física posibilita la generación de perfiles sobre ella y afectar la esfera de sus derechos y libertades.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> José Luis Piñar Mañas: op. cit., p. 27.

<sup>15</sup> Lina Ornelas Núñez y Sergio López Ayllón: “La recepción del derecho de protección de datos en México: breve descripción de su origen y su estatus legislativo”, en *Protección de datos personales. Compendio de lecturas y legislación*, México: Tiro Corto Editores, 2010, p. 58.

Esta preocupación por el creciente desarrollo de la informática y el riesgo que ésta generara en el derecho a la intimidad, como primer derecho fundamental que se avizoró como potencialmente en peligro, fue tratada también en el ámbito de las discusiones del Poder Constituyente de 1993 y quedó reflejada en la argumentación siguiente:

Las personas adquieren un poder enorme frente a los demás cuando tienen información sobre ellos. Como se ha analizado ampliamente en la filosofía y en la psicología moderna, quien conoce el secreto de otras personas tiene poder sobre ellas. Y aquí entramos en el tema de la intimidad personal.

Hemos analizado en la Comisión las enormes dificultades que implica esta nueva tecnología en la defensa de los derechos de la persona [...]

En otras palabras, se intenta, pues, establecer un derecho, un mecanismo para proteger al ciudadano del desarrollo de la informática, en el sentido de que la informática sirva para el desarrollo de la economía y para el desarrollo de los patrimonios, pero que no vaya contra la intimidad personal o familiar.<sup>16</sup>

### 3. Tratados internacionales

Los antecedentes del derecho a la autodeterminación informativa los podemos ubicar en los instrumentos internacionales. El artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (10 de diciembre de 1948) establece el derecho de la persona a no ser objeto de injerencias en su vida privada y familiar, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación, gozando del derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

Por su parte, el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (16 de diciembre de 1966) señala que nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

En el mismo tenor, la Convención Americana sobre derechos humanos (22 de noviembre de 1969) en su artículo 11, apartado 2º establece que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

#### 3.1. Aportes internacionales

Hemos querido plantear algunos antecedentes en el mundo jurídico comparado que nos permitan un mejor acercamiento al conocimiento de este nuevo derecho fundamental. Es así que tenemos referencia del derecho a la autodeterminación informativa, desde el ámbito jurisprudencial alemán, en donde se completaron –a través del Tribunal Consti-

<sup>16</sup> 10ª B Sesión (matinal) lunes 22 de febrero de 1993.

tucional– los derechos constitucionales de la personalidad, a pesar de la inexistencia en la Ley Fundamental de Bonn de un derecho específico. El constitucional alemán, sobre la base del derecho a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, garantizó la continuidad de las libertades básicas, consagradas con anterioridad, con la formulación de un nuevo derecho: el derecho a la autodeterminación informativa.

La conocida sentencia del Tribunal Federal Alemán de 1983 señala que el titular de los datos es el único que tiene derecho a decidir cómo, cuándo, dónde y por quién se tratan sus datos, lo cual dio lugar a un importante desarrollo normativo internacional.

Merece mencionarse también las sentencias constitucionales españolas<sup>17</sup> que resuelven, básicamente, recursos de amparo frente a tratamientos ilícitos, contrarios al principio de “autodeterminación informativa” o del llamado protección de datos personales, que se traduce en el derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona o, lo que es lo mismo, el derecho a controlar el uso de los mismos datos personales por parte de su titular.

En cuanto a los datos personales, la relevante sentencia del Tribunal Constitucional español 292/00, de 30 de noviembre, instaura desde el orden jurisprudencial en la península ibérica, la autonomía e independencia del derecho fundamental a la protección de datos, diferenciándolo claramente de otros cercanos como el de la intimidad:

el derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado [...] atribuye a su titular un haz de facultades consistente en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos, que no se contienen en el derecho fundamental a la intimidad, y que sirven a la capital función que desempeña este derecho fundamental: garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, lo que sólo es posible y efectivo imponiendo a terceros los mencionados deberes de hacer.

#### 4. Código procesal constitucional

El Código Procesal Constitucional en el Perú es un proyecto de ley que nace de los ambientes académicos, en lo que se ha llamado por su ponente “un hito de colaboración entre el mundo académico y el mundo congresal”.<sup>18</sup> En su artículo 61. 2 se expresa lo siguiente:

El hábeas data procede en la defensa de los derechos constitucionales reconocidos por los incisos 5 y 6 del artículo 2 de la Constitución, en consecuencia toda

<sup>17</sup> Sentencias n.º 110/84, 254/93, 143/94, 94/98, 11/98, 144/99 y 202/99.

<sup>18</sup> Natale Amprimo Pla: Diario de Debates, 10ª sesión (matinal) jueves 6 de mayo de 2004, segunda legislatura ordinaria 2003.

persona puede acudir a dicho proceso para: [...] Conocer, actualizar, incluir y suprimir o rectificar la información o datos referidos a su persona que se encuentran almacenados o registrados en forma manual, mecánica o informática, en archivos, bancos de datos o registros de entidades públicas o de instituciones privadas que brinden servicios o accesos a terceros. Asimismo, a hacer suprimir o impedir que se suministren datos o informaciones de carácter sensible o privado que afecten derechos fundamentales.

De lo que podemos percatarnos es que esta norma de desarrollo constitucional produce un mejor tratamiento de la configuración del derecho fundamental de autodeterminación informativa, que complementa lo normado en el texto constitucional, siendo esto positivo desde la mirada de las herramientas que les son entregadas a las personas para proteger su derecho. Hubiera sido útil que la delimitación del derecho fundamental se hubiera producido a través de una modificación constitucional, con el efecto de la consolidación de este derecho fundamental en el Perú y con la posibilidad de irradiar con mayor claridad a todo el ordenamiento jurídico, limitando al poder público y a los privados. Las facultades otorgadas a las personas respecto de las cuales se formulen o se traten los datos personales han sido expresadas por el Código Procesal Constitucional, superando bien el laconismo de la disposición constitucional, no exenta de críticas.<sup>19</sup>

## **5. Jurisprudencia constitucional y el derecho a la autodeterminación informativa**

En el Perú aún es escasa, pero no menos importante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el reconocimiento del derecho a la autodeterminación informativa y, sin embargo, ya se ha señalado el objeto de este derecho, su naturaleza relacional, y se han marcado las diferencias entre éste y otros derechos humanos como los de la intimidad, la imagen y la identidad personal.

Una de las primeras sentencias del máximo intérprete de la Constitución se produjo en un caso alegado ante los tribunales, a tres años de la vigencia del artículo 2º, inciso 6º. En esta cita jurisprudencial se genera la posibilidad de ir delineando el contenido constitucional, permitiendo el acceso a los bancos de datos con el objeto de rectificar,

---

<sup>19</sup> Cfr. Karin Castro Cruzat: "El proceso de habeas data", en Luis Castillo Córdova (coord.), *Estudios y jurisprudencia del Código Procesal Constitucional, análisis de los procesos constitucionales artículo por artículo*, Perú: Gaceta Jurídica, 2009, pp. 228 y 229. "Las críticas al texto constitucional son esencialmente tres: la interdependencia de protección de datos de carácter personal y el derecho a la intimidad, la referencia sólo a una de las facultades del derecho de autodeterminación informativa, la circunscripción como sujetos obligados sólo a los servicios informáticos".

actualizar y excluir<sup>20</sup> información, o finalmente contar con poder impedir la difusión de información que afecte la intimidad. Nótese que se amplían las facultades previstas en el texto constitucional, pues se pone énfasis en un estadio anterior del propuesto por el artículo 2º, inciso 6º, es decir, que el ciudadano antes de impedir el suministro de información, puede tener acceso al banco de datos, lo cual posibilita que la información que sobre él se predica sea de calidad y, en consecuencia, que no vulnere sus derechos fundamentales. Pero aún los argumentos constitucionales sólo ponen como parámetro de protección al derecho a la intimidad. Es así que se manifiesta lo siguiente:

En ese sentido, a juicio de este Colegiado, no es inoportuno precisar que el Hábeas Data, en puridad, constituye un proceso al que cualquier justiciable pueda recurrir con el objeto de acceder a los registros de información almacenados en centros informáticos o computarizados, cualquiera sea su naturaleza, a fin de rectificar, actualizar, excluir determinado conjunto de datos personales, o impedir que se propague información que pueda ser lesiva al derecho constitucional a la intimidad.<sup>21</sup>

Consolidando las facultades de este derecho fundamental, se sostiene en posterior jurisprudencia la posibilidad del titular de datos personales de lograr la exclusión de información sensible u oponerse a la trasmisión de información de la persona:

... [se] protege al titular del mismo frente a posibles abusos o riesgos derivados de la utilización de los datos, brindando al titular afectado la posibilidad de lograr la exclusión de los datos que considera “sensibles” y que no deben ser objeto de difusión ni de registro; así como le otorga la facultad de poder oponerse a la transmisión y difusión de los mismos.<sup>22</sup>

El Tribunal amplía la finalidad prevista en los acápites abordados líneas arriba, pues en el supuesto que comentaremos se considera que el derecho a la autodeterminación informativa contempla la posibilidad de tener acceso a la información particular que le concierne, con el fin de hacer uso de ésta:

... también garantiza que una persona pueda hacer uso de la información privada que existe sobre él, ya sea que ésta se encuentre almacenada o en disposición de entidades públicas o de carácter privado. En ese sentido parece razonable afirmar que una persona tiene derecho a obtener copia de la información particular que

---

<sup>20</sup> En la doctrina y legislación comparada se habla de los derechos con los que cuentan los titulares de los datos personales como lo son los de acceso, rectificación, cancelación y oposición (denominados por su acrónimo como derechos ARCO).

<sup>21</sup> Expediente 666-1996-HD/TC, FJ. 03.

<sup>22</sup> Expediente 4739-2007-PHD/TC, FJ. 04.

le concierne, al margen de si ésta se encuentra disponible en una entidad pública o privada.<sup>23</sup>

Son por tanto derechos centrales que deben estar contenidos en el cúmulo de facultades previstas para neutralizar los riesgos del poder informático, como son los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición. En el ámbito internacional son previstos por la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos.<sup>24</sup> Asimismo, nuestra novísima legislación ordinaria los prevé en los artículos 19 y 20.<sup>25</sup>

Estos derechos que permiten acceder a los registros de información para conocer qué es lo que se encuentra registrado, para qué y para quién se realizó el registro, así como quién lo recabó, el derecho a adicionar y actualizar, impedir su difusión o cancelar los datos que no debieran estar registrados, vuelven a ser clarificados por el Constitucional:

... la protección del derecho a la autodeterminación informativa [...] comprende, en primer lugar, la capacidad de exigir jurisdiccionalmente la posibilidad de acceder a los registros de información, computarizados o no, cualquiera que sea su naturaleza, en los que se encuentren almacenados los datos de una persona. Tal acceso puede tener por objeto que se permita conocer qué es lo que se encuentra registrado, para qué y para quién se realizó el registro de información así como la (o las) persona(s) que recabaron dicha información. En segundo lugar, el hábeas data puede tener la finalidad de agregar datos al registro que se tenga, sea por la necesidad de que se actualicen los que se encuentran registrados, o con el fin de que se incluyan aquellos no registrados, pero que son necesarios para que se tenga una cabal referencia sobre la imagen e identidad de la persona afectada. Asimismo [...], mediante el hábeas data, un individuo puede rectificar la información, personal o familiar, que se haya registrado; impedir que esta se difunda para fines distintos de aquellos que justificaron su registro o, incluso, tiene la potestad de cancelar aquellos que razonablemente no debieran encontrarse almacenados.<sup>26</sup>

Las instituciones del sistema financiero y las centrales de riesgo han sido las más requeridas en lo referente al derecho de autodeterminación informativa. He aquí un ejemplo:

<sup>23</sup> Expediente 746-2010-PHD/TC, FJ 5 y 6.

<sup>24</sup> Artículo 12: derecho de acceso, y artículo 14: derecho de oposición del interesado.

<sup>25</sup> Ley de Protección de datos personales, Ley 29733, publicada en el *Diario Oficial El Peruano*, el 3 de julio de 2011.

<sup>26</sup> Expediente 6661-2008-PHD/TC, FJ. 05.



... un individuo puede rectificar la información, personal o familiar, que se haya registrado; impedir que esta se difunda para fines distintos de aquellos que justificaron su registro o, incluso, tiene la potestad de cancelar aquellos que razonablemente no debieran encontrarse almacenados.<sup>27</sup>

Su aseguramiento y protección han sido encomendados en el Perú a la denominada *garantía constitucional de hábeas data*. Quizás esto ha llevado al guardián de la Constitución a iniciar un esfuerzo pedagógico por clasificar los tipos de hábeas data en puros e impuros. Los primeros son aquellos que buscan reparar agresiones contra la manipulación de datos almacenados en bancos de información computarizados o no, y los segundos tienen por objeto solicitar el auxilio jurisdiccional para recabar una información pública que le es negada al agraviado.

Esta tipología enunciada por el Tribunal Constitucional en el expediente 06164-2007-HD/TC, en su fundamento jurídico 2º, tiene una utilidad, a nuestro modo de entender pedagógica y promocional del derecho de autodeterminación informativa. Es así que se nos indica que existen el hábeas data de cognición, que pretende efectuar una tarea de conocimiento y supervisión sobre la forma en que la información personal almacenada en los bancos de datos está siendo utilizada, y dentro de este subgrupo hallamos a los siguientes: informativo, inquisitivo, teleológico y de ubicación. Otro subgrupo es clasificado bajo el rubro de hábeas data manipulador que a diferencia del anterior, el cual buscaba el conocimiento de la información almacenada, se ve encaminado a su modificación. Dentro de este último encontramos: aditivo, correctivo, supresorio, confidencial, desvinculador, cifrador, cautelar, garantista, interpretativo e indemnizatorio.

Tomando como referencia la novísima Ley de Protección de Datos Personales del Perú, es posible notar que la clasificación presentada por el Constitucional peruano se puede subsumir con los derechos y principios allí reconocidos, como por ejemplo: el derecho de información (Art. 18), el derecho de acceso del titular de datos personales (Art. 20), el derecho de actualización, inclusión, rectificación y supresión (Art. 20), el derecho de impedir el suministro (Art. 21), el derecho de oposición (Art. 22), el derecho de ser indemnizado (Art. 25), el principio de seguridad (Art. 9). La delimitación de los contornos del derecho a la autodeterminación informativa se continúa produciendo con los fundamentos de Constitucional peruano, así como su distinción con otros derechos fundamentales. Es así que tenemos:

3. El [...] derecho a la autodeterminación informativa tiene por objeto proteger la intimidad, personal o familiar, la imagen y la identidad frente al peligro que representa el uso y la eventual manipulación de los datos a través de los ordenadores electrónicos. Por otro lado, aunque su objeto sea la protección de la intimidad, el derecho a la autodeterminación informativa no puede identificarse con el derecho a la intimidad, personal o familiar [...] Ello se debe a que mientras que este protege

---

<sup>27</sup> Expediente 2631-2009-PHD/TC, FJ. 4.

el derecho a la vida privada, esto es, el poder jurídico de rechazar intromisiones ilegítimas en la vida íntima o familiar de las personas, aquel garantiza la facultad de todo individuo de poder preservarla controlando el registro, uso y revelación de los datos que les conciernen.

Tampoco el derecho a la autodeterminación informativa debe confundirse con el derecho a la imagen, (...) que protege, básicamente la imagen del ser humano, derivada de la dignidad de la que se encuentra investido; mientras que el derecho a la autodeterminación informativa, en este extremo, garantiza que el individuo sea capaz de disponer y controlar el tipo de datos que sobre él se hayan registrado, a efectos de preservar su imagen derivada de su inserción en la vida en sociedad.

Finalmente, también se diferencia del derecho a la identidad personal, esto es, del derecho a que la proyección social de la propia personalidad no sufra interferencias o distorsiones a causa de la atribución de ideas, opiniones, o comportamientos diferentes de aquellos que el individuo manifiesta en su vida en sociedad.<sup>28</sup>

Por lo tanto, concluye el defensor de la Constitución, argumentando la naturaleza relacional del derecho a la autodeterminación informativa:

... el derecho a la autodeterminación informativa, siendo un derecho subjetivo tiene la característica de ser, prima facie y de modo general, un derecho de naturaleza relacional, pues las exigencias que demandan su respeto, se encuentran muchas veces vinculadas a la protección de otros derechos constitucionales.<sup>29</sup>

Una de las claves del derecho a la autodeterminación informativa está en el control que puede y debe tener la persona sobre su información y construir su propia esfera privada. Por lo tanto, la protección se basa entonces en la posibilidad del individuo de acceder a su información personal en posesión de cualesquiera terceros, ejerciendo éste un poder de control sobre su información y sobre los sujetos, públicos o privados que disponen de sus datos personales. Esto podemos observarlo en la siguiente cita jurisprudencial:

El derecho a la autodeterminación informativa consiste en la serie de facultades que tiene toda persona para ejercer control sobre la información personal que le concierne, contenida en registros ya sean públicos, privados o informáticos, a fin de enfrentar las posibles extralimitaciones de los mismos.

[...] el derecho a la autodeterminación informativa busca garantizar la facultad de todo individuo de poder preservarla (la intimidad) ejerciendo un control en el registro, uso y revelación de los datos que le conciernen.<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> Expediente 1797-2002-HD-TC, F.J. 03.

<sup>29</sup> Expediente 1797-2002-HD-TC, F.J. 03.

<sup>30</sup> Expediente 4739-2007-PHD/TC, F.J. 02, 03.

A la par de las facultades integradas en el contenido del derecho a la autodeterminación informativa, se encuentran los principios que guían el tratamiento de los datos personales como el principio de calidad. Para poder obtener un parámetro regulatorio podemos acudir a las directrices de la OCDE. Éstas lo caracterizan del siguiente modo: “Los datos personales deberían ser pertinentes a los efectos para los que se vayan a utilizar y, en la medida necesaria a tales efectos, deberían ser exactos y completos, y mantenerse al día”. Es por ello que los datos deben mantenerse actualizados y puestos al día de modo que traduzcan de forma veraz la información que de una persona se predique.

El Tribunal Constitucional peruano lo ha dejado entrever en el siguiente fundamento jurídico que me permito citar:

Uno de esos ámbitos de la vida en los que se proyectan las posiciones iusfundamentales garantizadas por este derecho está vinculado al registro de la información financiera destinada al cálculo del riesgo crediticio. En este ámbito, la facultad de controlar la información que se encuentra compilada en las centrales de riesgo – sean públicas o privadas– preserva al titular de la información de los potenciales abusos que la publicidad de sus datos crediticios y financieros pudiera ocasionarle y que, como consecuencia de ello, se incida negativamente en el goce y ejercicio de una serie de derechos e intereses de muy diversa clase (constitucionales, legales, contractuales, etc.).

Entre esas facultades se encuentran, por ejemplo, el control de la legalidad de la obtención de la información, que la información no contenga aspectos íntimos, pero también, entre otros, que los datos que legítimamente se hallen almacenados satisfagan criterios de veracidad, integridad, utilidad y caducidad.<sup>31</sup>

Principio rector y de una trascendencia fundamental en el ámbito del derecho de autodeterminación informativa es el consentimiento, el cual tiene una íntima relación con el poder de control sobre nuestros datos personales. Siempre el tratamiento de datos personales debe estar amparado en un título que habilite su utilización. Es por ello que resulta esencial el consentimiento del titular de los datos.<sup>32</sup> En consecuencia, este principio se constituye en eje central en el derecho de autodeterminación informativa y supone que el titular de los datos es el único que tiene derecho a decidir quién, cómo,

<sup>31</sup> Expediente 04227-2009-PHD/TC, FJ. 7.

<sup>32</sup> Artículo 7º de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos: “Los Estados miembros dispondrán que el tratamiento de datos personales sólo pueda efectuarse si: a) el interesado ha dado su consentimiento de forma inequívoca [...]”, y el artículo 8º de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: “1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan. 2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley”.

cuándo y para qué se tratan sus datos. Así lo ha entendido también nuestra jurisprudencia constitucional. Podemos citar para los efectos ilustrativos la siguiente sentencia:

En tal sentido, a criterio del Tribunal Constitucional, la inclusión de los montos específicos de las deudas oportunamente pagadas en la información que brindan los bancos de datos de las CEPUR, sin que medie consentimiento expreso del titular de la información a través de un documento de fecha cierta, viola los derechos fundamentales a la autodeterminación informativa y a la intimidad.<sup>33</sup>

El consentimiento deberá producirse en forma libre, expresa e informada, pues el titular de la información “debe tener la posibilidad de conocer y reflexionar en torno a los beneficios y eventuales desventajas que acarrea el tratamiento de los datos”.<sup>34</sup> Además, tendrá que darse por escrito incluyendo la firma autógrafa y la copia de la identificación oficial o bien mediante un medio de autenticación, debiendo en todo caso las dependencias cumplir con las disposiciones sobre firmas electrónicas. Asimismo, la cuestión se centra en la prueba de la obtención del consentimiento que recae en quien dice tenerlo.<sup>35</sup>

El principio de finalidad, junto a los principios de consentimiento, información, proporcionalidad, calidad y seguridad constituyen un consenso más o menos generalizado a nivel internacional. En el siguiente caso analiza el garante de la Constitución la finalidad del tratamiento de la información por las centrales de riesgo, principalmente relacionadas con la solvencia económica, vinculada ésta principalmente con la capacidad y trayectoria de endeudamiento y pago de la persona, razón por la cual el domicilio y su ocupación laboral no se relacionan a la finalidad prevista:

En efecto, siendo la finalidad de las centrales de riesgo el brindar información relacionada con una persona natural o jurídica “que permita evaluar su solvencia económica vinculada principalmente a su capacidad y trayectoria de endeudamiento y pago” [...], la comercialización de datos atinentes al domicilio u ocupación laboral de la persona sobre quien se solicita la información, carece de relevancia, siendo inadecuada para la consecución de la referida finalidad.<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> Expediente 831-2010-PHD/TC, FJ. 15.

<sup>34</sup> Karin Castro Cruzat: op. cit., p. 217.

<sup>35</sup> Isabel Davara F. de Marcos: “Protección de datos de carácter personal en México: problemática jurídica y estatus normativo actual”, en *Protección de datos personales. Compendio de lecturas y legislación*, México: Tiro Corto Editores, 2010, p. 94

<sup>36</sup> Expediente 831-2010-PHD/TC, FJ. 17.

## 6. Finalidad del derecho de autodeterminación informativa

Como corolario a la actividad de determinación del contenido constitucional del derecho de autodeterminación informativa, podemos mencionar la finalidad que se persigue aquel derecho que se predica del ser humano; en otras palabras, saber acerca del bien humano que subyace y justifica al derecho fundamental a la autodeterminación informativa. Una tal finalidad puede formularse en los términos siguientes: defender a la persona de los usos extralimitados del poder informático.

Cómo comentábamos al inicio, estamos ante una situación de presencia constante en nuestras vidas de la tecnología informática. Aquella que puede acumular, organizar y suministrar en milésimas de segundo, ingente información sobre una o una gran cantidad de personas.

El titular de esta tecnología informática posee un gran poder que utilizado de manera irracional, arbitraria o excesiva puede vulnerar la dignidad de las personas, sobre todo sus derechos a la intimidad, al honor o a la imagen. Es allí que aparece en escena el derecho a la autodeterminación informativa que busca contrarrestar estos abusos. Como nos comenta con acierto el profesor Castillo Córdova:

De esta manera, puede ser afirmado que la finalidad de este derecho fundamental es darle la posibilidad a todo sujeto de disponer real y efectivamente de los datos referidos a su persona, de modo que esté en condiciones de poder evitar extralimitaciones en el ejercicio de la tecnología informática aplicada a la organización y tratamiento de sus datos personales. En buena cuenta, que se logre un verdadero control de la información sobre uno mismo.<sup>37</sup>

Así se justifica en los fundamentos jurisprudenciales siguientes:

[C]onsiste en la serie de facultades que tiene toda persona para ejercer control sobre la información personal que le concierne, contenida en registros ya sean públicos, privados o informáticos, a fin de enfrentar las posibles extralimitaciones de los mismos.<sup>38</sup>

[E]l derecho a la autodeterminación informativa protege al titular del mismo frente a posibles abusos o riesgos derivados de la utilización de los datos.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> Luis Castillo Córdova: “La finalidad del derecho de autodeterminación informativa y su afianzamiento a través del hábeas data”, en <<http://sumaciudadana.wordpress.com/2012/07/31/la-finalidad-del-derecho-de-autodeterminacion-informativa-y-su-afianzamiento-a-traves-del-habeas-data/>>.

<sup>38</sup> Expediente 04739-2007-PHD/TC, FJ. 02.

<sup>39</sup> Expediente 04739-2007-PHD/TC, FJ. 04.

Y es que este derecho:

[T]iene por objeto proteger la intimidad, personal o familiar, la imagen y la identidad frente al peligro que representa el uso y la eventual manipulación de los datos a través de los ordenadores electrónicos.<sup>40</sup>

## 7. A modo de conclusiones

El derecho de autodeterminación informativa es un esfuerzo del derecho contemporáneo, que protege la dignidad del ser humano que se ve expuesta a los riesgos que constituyen los adelantos en los sistemas informáticos computarizados, cuando se almacena, procesa y difunde información y que al no contar con la calidad exigida, afecta entre otros, los derechos a la intimidad, personal y familia, imagen e identidad.

Este derecho fundamental nos garantiza un haz de facultades, colocándonos en la posibilidad jurídica de controlar la información que sobre nuestra propia persona se está tratando en distintos bancos de datos públicos o privados, protegiendo una serie de derechos fundamentales. De allí que se releve la característica relacional del derecho de autodeterminación informativa, pues como hemos sostenido se encuentra vinculado a la protección de otros derechos constitucionales.

Los ciudadanos aún no son conscientes de los riesgos a los que se encuentran expuestos cuando los bancos públicos o privados someten a tratamiento sus datos personales, y se abusa de ello. Lo refleja la aún escasa jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, por ello constituye un deber y una verdadera oportunidad el generar una masiva difusión y promoción del derecho de autodeterminación informativa, que viabilice nuestra disposición de hacerle frente al poder informático que se encuentra presente en esta sociedad de la información, más aún en el contexto peruano, en el que se encuentra vigente la Ley de Protección de Datos Personales.

La administración pública y la privada deben preservar la dignidad del ser humano cuando tratan en sus bancos de datos la información que sobre ellos se contienen, siendo conscientes de los límites de su poder informático, actualmente definidos con relativa claridad en la Constitución Política, en la ley de desarrollo constitucional, como el Código Procesal Constitucional, los pronunciamientos jurisprudenciales del Poder Judicial y sobre todo del Tribunal Constitucional y de la nueva Ley de Datos Personales.

Podría ser de utilidad analizar el escenario de una probable modificación constitucional, a efectos de permitir una mejor caracterización y descripción del derecho fundamental, posibilitando a las personas una mejor comprensión del contenido constitucional de su derecho fundamental.

---

<sup>40</sup> Expediente 01797-2002-HD/TC, FJ. 03.

## Bibliografía

- AMPRIMO PLA, Natale: *Diario de Debates*, 10ª Sesión (matinal), jueves 6 de mayo de 2004, Segunda Legislatura Ordinaria, 2003.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis: *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general* (2ª ed.), Perú: Palestra, 2005.
- \_\_\_\_\_ *Comentarios al Código Procesal Constitucional* (t. II: hábeas corpus, amparo y hábeas data), Lima: Palestra Editores, 2006.
- \_\_\_\_\_ *La finalidad del derecho de autodeterminación informativa y su afianzamiento a través del hábeas data*, <<http://sumaciudadana.wordpress.com/2012/07/31/la-finalidad-del-derecho-de-autodeterminacion-informativa-y-su-afianzamiento-a-traves-del-habeas-data/>>.
- CASTRO CRUZZAT, Karin: “El proceso de hábeas data”, en Luis Castillo Córdova (coord.), *Estudios y jurisprudencia del Código Procesal Constitucional, análisis de los procesos constitucionales artículo por artículo*, Perú: Gaceta Jurídica, 2009.
- DAVARA F. DE MARCOS, Isabel: “Protección de datos de carácter personal en México: Problemática jurídica y estatus normativo actual”, en *Protección de datos personales. Compendio de lecturas y legislación*, México: Tiro Corto Editores, 2010.
- ORNELAS NÚÑEZ, Lina y Sergio LÓPEZ AYLLÓN: “La recepción del derecho de protección de datos en México: breve descripción de su origen y su estatus legislativo”, en *Protección de datos personales. Compendio de lecturas y legislación*, México: Tiro Corto Editores, 2010.
- PIÑAR MAÑAS, José Luis: “¿Existe privacidad?”, en *Protección de datos personales. Compendio de lecturas y legislación*, México: Tiro Corto Editores, 2010.

## **V. Derechos de los pueblos indígenas y pluralismo jurídico**

- Fernando Calle Hayen, Perú  
El derecho a la consulta previa
- Guillermo Padilla Rubiano, Colombia  
Consulta previa en Colombia y sus desarrollos jurisprudenciales.  
Una lectura desde los pueblos indígenas, las empresas y el Estado
- Néstor Pedro Sagüés, Argentina  
Derechos de los pueblos originarios: ¿El derecho al propio derecho  
y a la propia jurisdicción?



**Fernando Calle Hayen (Perú)\***

## **El derecho a la consulta previa**

### **RESUMEN**

El Perú es uno de los países con mayor riqueza natural, cultural y mineral que hay en América Latina y quizás en el mundo entero, por ello la conservación y protección de estas riquezas es primordial. Este artículo, en consecuencia, aborda temas sociales y ambientales que son importantes en este país, tales como la protección a las etnias, a las comunidades tribales, su derecho de permanecer en aislamiento, así como la protección de sus tierras y recursos naturales dentro del territorio.

La situación de los pueblos indígenas en el Perú y creo que en América Latina es la falta de difusión de su existencia, y resulta obvio decir que también de sus derechos y jurisdicción dentro de nuestros territorios. No contradecimos la teoría de que no puede haber un Estado dentro de otro Estado cuando hablamos de jurisdicción comunal, campesina, tribal, indígena, etc., sino simplemente nos referimos a dos realidades distintas: la de la ciudad, del hombre común y corriente, el ciudadano, con otra realidad, la de aquel que se aleja voluntariamente de la civilización para llevar una vida más natural, como dijera Rosseau el *estado originario del hombre*.

**Palabras clave:** derecho constitucional, pueblos indígenas, derechos colectivos, protección del medio ambiente, recursos naturales, pueblos indígenas, política y gobierno, consulta previa.

### **ZUSAMMENFASSUNG**

Peru ist eines der reichsten Länder an Natur-, Kultur- und Bodenschätzen in Lateinamerika und vielleicht in der ganzen Welt. Daher ist die Erhaltung und der Schutz dieser Reichtümer von oberster Bedeutung. Dieser Artikel befasst sich folglich mit den für dieses Land relevanten sozial- und umweltpolitischen Themen wie dem Schutz der verschiedenen Ethnien

---

\* Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú, doctor en Derecho y magíster en Derecho Constitucional. Catedrático de las universidades de San Martín de Porres, Femenina del Sagrado Corazón y Federico Villareal.

und Stammesgemeinschaften, mit ihrem Recht auf ein Leben in Isolation und mit dem Schutz ihres Territoriums und ihrer natürlichen Ressourcen innerhalb des Staatsgebiets.

Die Situation der indigenen Völker in Peru und, wie ich meine, in ganz Lateinamerika ist davon gekennzeichnet, dass wenig über die Existenz dieser Völker berichtet wird, und damit natürlich auch über die Rechte und Hoheitsbefugnisse, über die sie innerhalb unserer Staatsgebiete verfügen. Wenn wir von der Gebietshoheit bestimmter Gemeinschaften, Bauern, Stämmen, indigenen Völker usw. sprechen, widersprechen wir keineswegs der Theorie, dass es keinen Staat innerhalb eines anderen Staates geben kann, sondern wir beziehen uns einfach auf unterschiedliche Realitäten: diejenige der Stadt, des gewöhnlichen Menschen, des Bürgers, und die derjenigen, die sich freiwillig der Zivilisation entziehen, um ein naturverbundeneres Leben im Sinne dessen zu führen, was Rousseau den Naturzustand des Menschen genannt hat.

**Schlagwörter:** Verfassungsrecht, indigene Völker, kollektive Rechte, Umweltschutz, natürliche Ressourcen, indigene Völker, Politik und Regierung, vorherige Zustimmung.

## ABSTRACT

Peru is one of the countries with the greatest natural, mineral and cultural resources in Latin America and possibly even the world; therefore, the preservation and protection of these riches is essential. This paper deals with social and environmental issues of great importance for the country, such as the protection of ethnic groups and tribal communities, their right to remain in isolation, and the protection of their lands and the natural resources contained in the territory.

An issue for the indigenous peoples of Peru and possibly for those in the rest of Latin America is the lack of awareness about their existence and, consequently, of their rights and jurisdiction within our territories. When we speak of community-based, peasant or indigenous jurisdictions, etc., we are not contradicting the principle that no State can exist within the limits of another State. Rather, we simply point to two different realities: one is that of the city, with ordinary men and women; citizens. The other is the reality of those people who voluntarily move away from civilization to lead a more natural life, to return, in the words of Rousseau, to *man's original state*.

**Keywords:** Constitutional law, Indigenous peoples, collective rights, Protection of the environment, Natural resources, Indigenous peoples, Politics and government, Prior consultation.

## 1. Introducción

Nuestra Constitución, erigida sobre el reconocimiento de la dignidad de la persona, del que emanan los principios de libertad, igualdad y solidaridad, debe ser concebida desde una óptica pluralista que tutele las diferentes formas de percibir y actuar en la realidad. Los pueblos indígenas vienen reclamando derechos individuales y en mayor

medida derechos colectivos, tales como el derecho a la consulta previa, que será objeto de nuestras reflexiones.

## 2. Derecho a la consulta previa

### 2.1. El derecho a la consulta en el ordenamiento jurídico peruano

Si bien la Constitución no hace referencia explícita al derecho objeto de nuestro estudio, destacamos que éste se encuentra consagrado en el Convenio 169 de la OIT, norma internacional que tal como lo ha dejado establecido el Tribunal Constitucional, forma parte del ordenamiento jurídico peruano, siendo obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales. Además, este colegiado ha señalado que los “tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento, sino que además detentan rango constitucional”.<sup>1</sup> Por consiguiente, en virtud del artículo V del título preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar –normativa e interpretativamente– las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas, las que a su vez concretan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes.

En el sistema peruano este derecho ha sido objeto de desarrollo jurisprudencial por parte del Tribunal Constitucional. Su desarrollo legislativo ha sido de reciente data: en el año 2011 se publicó la Ley n.º 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa, y posteriormente (2012) se publicó su reglamento (Decreto Supremo n.º 001-2012-MC).

#### 2.1.1. Concepto

El derecho a la consulta es la facultad que tienen los pueblos indígenas u originarios de exigir ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente.

De manera más específica, la Ley n.º 29785 se refiere a una afectación directa de sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. Asimismo, precisa que también corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos.

Se considera que una medida legislativa o administrativa afecta directamente al o los pueblos indígenas cuando contiene aspectos que pueden producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de tales pueblos.

La consulta debe ser implementada por el Estado. En ese sentido, son las entidades del Estado que van a emitir medidas legislativas o administrativas relacionadas de for-

<sup>1</sup> STC n.º 00025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, fundamento 26.

ma directa con los derechos de los pueblos indígenas u originarios las competentes para realizar el proceso de consulta previa.

### **2.1.2. Titulares del derecho a la consulta**

Los titulares del derecho a la consulta son los pueblos indígenas u originarios. Para identificarlos como sujetos colectivos se toman en cuenta criterios objetivos y subjetivos. En ese sentido, ponemos de relieve los criterios que han sido especificados por la Ley n.º 29785. Así, constituyen criterios objetivos los siguientes: (a) descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional; (b) estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan; (c) instituciones sociales y costumbres propias; y (d) patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional. El criterio subjetivo se encuentra relacionado con la conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria.

### **2.1.3. Contenido constitucionalmente protegido**

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Exp. 022-2009-PI/TC) el contenido constitucionalmente protegido de este derecho es:

- a) El acceso a la consulta
- b) El respeto de las características esenciales del proceso de consulta
- c) La garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta.

No forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa o la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta.

### **2.1.4. El acceso a la consulta**

A este respecto cabe precisar que si se prevé que una medida legislativa o administrativa será susceptible de afectar directamente a algún pueblo indígena, y no se realiza la consulta, es manifiesto que el derecho de consulta sería pasible de ser afectado.

### **2.1.5. El respeto de las características esenciales del proceso de consulta**

Sobre este particular advertimos que los principios rectores del derecho a la consulta son los siguientes:

*Oportunidad:* el proceso de consulta se realiza de forma previa a la medida legislativa o administrativa que adopten las entidades estatales.

*Interculturalidad*: el proceso de consulta se desarrolla reconociendo, respetando y adaptándose a las diferencias existentes entre las culturas y contribuyendo al reconocimiento y valor de cada una de ellas.

*Buena fe*: las entidades estatales analizan y valoran la posición de los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de consulta, en un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo. El Estado y los representantes de las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios tienen el deber de actuar de buena fe. Está prohibido todo proselitismo partidario y conductas antidemocráticas.

*Flexibilidad*: la consulta debe desarrollarse mediante procedimientos apropiados al tipo de medida legislativa o administrativa que se busca adoptar, así como tomando en cuenta las circunstancias y características especiales de los pueblos indígenas u originarios involucrados.

*Plazo razonable*: el proceso de consulta se lleva a cabo considerando plazos razonables que permitan a las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios conocer, reflexionar y realizar propuestas concretas sobre la medida legislativa o administrativa objeto de consulta.

*Ausencia de coacción o condicionamiento*: la participación de los pueblos indígenas u originarios en el proceso de consulta debe ser realizada sin coacción o condicionamiento alguno.

*Información oportuna*: los pueblos indígenas u originarios tienen derecho a recibir por parte de las entidades estatales toda la información que sea necesaria para que puedan manifestar su punto de vista, debidamente informados, sobre la medida legislativa o administrativa objeto de consulta. El Estado tiene la obligación de brindar esta información desde el inicio del proceso de consulta y con la debida anticipación.

En ese sentido, si la consulta se lleva a cabo sin que se cumpla con las características esenciales establecidas, se estaría vulnerando el derecho de consulta, por ejemplo, la realización de la consulta sin que la información relevante haya sido entregada al pueblo indígena, o que no se le haya dado un tiempo razonable para poder ponderar los efectos de la medida materia de la consulta.

### **2.1.6. La garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta**

Este supuesto implica proteger a las partes de la consulta, tutelando los acuerdos arribados en el proceso. De este modo, si es que una vez alcanzado el acuerdo, posteriormente este es desvirtuado, los afectados podrán interponer los recursos pertinentes a fin de que se cumpla con los acuerdos producto de la consulta. La consulta realizada a los pueblos indígenas tiene como finalidad llegar a un acuerdo; ello no implica otorgar un derecho de veto a los pueblos indígenas.

A este respecto resulta pertinente destacar que en el *Informe sobre la promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo* (ONU), se ha señalado que “los principios de consulta y consentimiento no confieren a los pueblos indígenas un derecho a imponer unilate-

ralmente su voluntad a los Estados que actúan legítimamente y de buena fe en bien del interés del público. Los principios de consulta y consentimiento están más bien encaminados a evitar que se imponga la voluntad de una parte sobre la otra y a que, en lugar de ello, se procure llegar a un entendimiento mutuo y adoptar decisiones por consenso”.<sup>2</sup>

### **2.1.7. Etapas del proceso de consulta**

Conforme a lo establecido en la Ley 29785, se debe cumplir con las siguientes etapas mínimas del proceso de consulta:

- Identificación de la medida legislativa o administrativa objeto de consulta.
- Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados.
- Publicidad de la medida legislativa o administrativa.
- Información sobre la medida legislativa o administrativa.
- Evaluación interna en las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios sobre la medida legislativa o administrativa que les afecte directamente.
- Proceso de diálogo entre representantes del Estado y representantes de los pueblos indígenas u originarios.
- Decisión.

### **2.1.8. El derecho a la consulta en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano**

En el sistema jurídico peruano ha sido el Tribunal Constitucional el que por vía jurisprudencial ha impulsado el desarrollo del derecho a la consulta. Destacamos que la sentencia recaída en el expediente n.º 00022-2009-PI/TC, ha sido aquella en la que se han expuesto los principales planteamientos con relación a este tema. Por otra parte, el Colegiado ha expedido las siguientes resoluciones que versan sobre esta temática:

- STC 3343-2007-PA/TC. Cordillera Escalera.
- STC 5427-2009-PC/TC. AIDSESEP-Ministerio de Energía y Minas.
- STC 6316-2008-PA/TC. Pueblos indígenas en aislamiento.
- STC 0023-2009-PI/TC. Decreto Legislativo n.º 1079. Establece medidas que garanticen el patrimonio de las áreas naturales protegidas.
- STC 0025-2009-PI/TC. Ley n.º 29338. Ley de Recursos Hídricos.
- STC 0027-2009-PI/TC. Decreto Legislativo n.º 1020. Promueve la organización de los productores agrarios y la consolidación de la propiedad rural para el crédito agrario.

<sup>2</sup> James Anaya: *Informe sobre la promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*, A/HRC/12/34, Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, 12 período de sesiones, 15 de julio de 2009, párrafo 49.

- STC 0024-2009-PI/TC. Decreto Legislativo 994. Promueve la inversión privada en proyectos de irrigación para la ampliación de la frontera agrícola.

### ***2.1.9. Derecho a la consulta de los pueblos no contactados***

En este caso los demandantes interpusieron demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto legislativo 1089, norma que establecía un régimen temporal extraordinario de formalización y titulación de predios rurales, alegando que “sin entrar al fondo del contenido de la norma”, ésta fue promulgada sin efectuar ninguna consulta previa e informada a los pueblos indígenas, tal como lo ordena el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), afectándose con ello los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, como el derecho a la consulta previa y el derecho colectivo al territorio ancestral, establecidos en los artículos 6, 15 y 17 del mencionado convenio. De igual forma, expresan que no se tomaron en cuenta los artículos 19, 30 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) aprobado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

Alegaron que con dicha norma se afectan otros derechos establecidos en el Convenio n° 169, como el derecho sobre las tierras de los pueblos indígenas (Arts. 13-19), en el considerando de que no se tomaron en cuenta medidas que garanticen la protección de sus derechos de propiedad y posesión. Refieren que se afecta también el derecho a la libre determinación de las comunidades nativas, previsto en el artículo 17 del Convenio, que declara el respeto de sus formas tradicionales de transmisión de sus territorios. Por último, alegan que se estaría vulnerando lo previsto en el artículo 19 del Convenio en cuanto se afecta el derecho al desarrollo de políticas agrarias adecuadas para los pueblos indígenas.

Expresan, asimismo, que este decreto legislativo “es de espíritu inconstitucional”, ya que tiene el evidente propósito de derogar el Decreto Ley n.º 22175 (Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva) y su reglamento, el Decreto Supremo 003-79-AA, dejando vigente el Decreto Legislativo n° 667, Ley de Registro de Predios Rurales.

El Tribunal Constitucional del Perú ha reconocido explícitamente el contenido del derecho a la consulta en la sentencia recaída en la STC n.º 00022-2009-PI/TC, destacando su obligatoriedad, así como también la imposibilidad de que las comunidades nativas puedan ejercer un veto ante las medidas legislativas o administrativas sometidas a consulta.

Se establece una serie de principios y etapas obligatorias del proceso consultivo. Así, en caso de que las comunidades nativas rechacen en un primer momento las medidas consultadas, transcurrido un plazo razonable éstas podrán volver a ser sometidas a consulta, tomando –teniendo en cuenta en la medida de lo posible– los legítimos intereses de las comunidades nativas.

Se destaca además el principio de coparticipación en los beneficios de la riqueza a favor de las comunidades nativas. Este concepto implica la obligación del Estado de generar el desarrollo verdaderamente integral que se haya visto afectado. Por primera

vez, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado de manera extensa sobre el derecho de consulta. Si bien en la STC n.º 03343-2007-PA/TC se expusieron algunos puntos al respecto, con la sentencia de la STC n.º 0022-2009-PI/TC se da un paso más hacia la consolidación e integración de las cláusulas del Convenio n.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

Mediante esta sentencia el TC declara infundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el Decreto Legislativo n.º 1089, que establece el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales. En dicha sentencia se partió por reconocer la dimensión multicultural y pluriétnica desplegada a lo largo de la Constitución, resaltando las diferentes formas de manifestación de la nacionalidad peruana.

A manera de un diálogo intercultural, el derecho de consulta ha sido reconocido como un derecho fundamental que posibilitará mejores atenciones y beneficios para las comunidades nativas, equilibrando sus pretensiones de integración y desarrollo con la explotación sostenida de los recursos naturales.

Otro caso es el recaído en el expediente 05427-2009-PC/TC. En éste el Tribunal Constitucional estableció que el Ministerio de Energía y Minas había incurrido en un incumplimiento parcial de su deber de reglamentar el derecho a la consulta, en materias específicas de su competencia, como concesiones mineras y de hidrocarburos. En consecuencia, ordenó a esta entidad estatal cumplir con reglamentar, en el más breve lapso posible, el derecho a la consulta previa e informada de los pueblos indígenas reconocido en los artículos 6.1, 6.2 y 15.2 del Convenio n.º 169 de la OIT.

En efecto, luego de analizar la diversa reglamentación emitida por el Ministerio de Energía y Minas en esta materia, determinó que dichos reglamentos no contenían los elementos mínimos del derecho a la consulta, tal y como lo prescribía el Convenio 169 y como había sido interpretado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por la propia OIT y por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú en el caso *Gonzalo Tuanama Tuanama* (STC 0022-2009-PI/TC).

Por otro lado, el Tribunal estableció que en la controversia planteada por la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva (AIDASEP), se produjo una “inconstitucionalidad por omisión normativa”, al no haberse desarrollado legislativa o reglamentariamente el derecho de consulta, por un periodo de tiempo suficientemente prolongado para llevar a cabo dicho desarrollo y dadas las condiciones de conflictividad social y desprotección de los pueblos indígenas que requerían una regulación pronta y adecuada de este derecho fundamental de las comunidades indígenas de nuestro país. A este respecto, el Tribunal exhortó al Congreso de la República a que, dentro del marco de sus competencias establecidas en el artículo 108 de la Constitución, culmine con el trámite de promulgación de la “Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio n.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, aprobada en la sesión ordinaria del 19 de mayo del 2010, en el término más inmediato posible.

Con esta decisión el Tribunal amplía el marco de protección sobre los derechos de los pueblos indígenas, no sólo fijando los elementos mínimos de configuración cons-



titucional del derecho a la consulta, sino ordenando y exhortando a la aprobación inmediata de la regulación necesaria para hacer efectivo en el más breve lapso posible la consulta a los pueblos indígenas sobre decisiones administrativas o legislativas que les afecten, especialmente en temas conflictivos de concesiones mineras y de hidrocarburos. Además, inicia el camino hacia un control constitucional más estricto de las omisiones inconstitucionales (inconstitucionalidad por omisión) y omisiones ilegales (ilegalidad por omisión) en el desarrollo de los derechos fundamentales inscritos en la Constitución o en Tratados Internacionales de Derechos Humanos que ostentan también rango constitucional.

## 2.2. El derecho a la consulta en el Sistema Interamericano

El artículo VI del Código Procesal Constitucional prescribe: “El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, *así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos* constituidos según tratados de los que el Perú es parte” (énfasis añadido). En ese sentido resulta relevante exponer el desarrollo de dicho derecho en el ámbito de la Corte Interamericana.

Este Tribunal ha establecido la obligación de los Estados de consultar a los pueblos indígenas, entre otros, en los siguientes asuntos:

- a) El proceso de delimitación, demarcación y otorgamiento de título colectivo del territorio.
- b) El proceso mediante el cual se otorgue a los miembros del pueblo el reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva correspondiente a la comunidad que ellos integran.
- c) El proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias a fin de reconocer, proteger, garantizar y dar efecto legal al derecho a ser titulares de derechos bajo forma colectiva sobre el territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado.
- d) El proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho de ser efectivamente consultado, de conformidad con sus tradiciones y costumbres.
- e) Sobre los resultados de los estudios previos de impacto social y ambiental.
- f) En relación con cualquier restricción a los derechos de propiedad del pueblo, particularmente respecto a planes de desarrollo o inversión dentro o que afecten el territorio del pueblo.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 12 de agosto de 2008, párrafo 16.

La Corte enfatiza que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los pueblos, sino también de obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones.<sup>4</sup>

### 3. El Derecho ambiental y el Tribunal Constitucional del Perú

Es insoslayable el no hablar de las comunidades indígenas, ancestrales, étnicas y pluriculturales sin hablar de la casi simbiosis que tienen con la protección del medio ambiente, y es que ellas son las promotoras de la protección a un medio ambiente sano y equilibrado –sin dejar de serlo el Estado– por la simple razón de que viven en un estado natural, viven de él y es por eso que cuidan tanto una de las pocas cosas que podrán pasar a través de generaciones. Es por esta razón que ante la amenaza del medio ambiente, el Tribunal Constitucional del Perú ha sido defensor acérrimo de su protección, lo cual se puede observar en su jurisprudencia cauta y pegada a una intrínseca voluntad de proteccionismo ambiental.

#### 3.1. El medio ambiente y la Constitución

Los derechos fundamentales que la Constitución reconoce son efectivamente derechos subjetivos, pero también constituyen manifestación de un orden material y objetivo de valores constitucionales en los cuales se sustenta todo el ordenamiento jurídico. Esta última dimensión de los derechos fundamentales se traduce, por un lado, en exigir que las leyes se apliquen de conformidad a los derechos fundamentales (efecto de irradiación de los derechos en todos los sectores del ordenamiento jurídico) y, por otro, en imponer sobre todos los organismos públicos un deber de tutelar dichos derechos.

Ello no significa que tales derechos sólo puedan oponerse a los organismos públicos. El Tribunal Constitucional ha manifestado en múltiples ocasiones que en nuestro sistema constitucional los derechos fundamentales vinculan tanto al Estado como a los particulares. En el caso de autos, la responsabilidad del Estado la comparte, entre otros, con los particulares que promueven actividades que dañan o pueden dañar el medio ambiente.

Es sabido que a través de nuestra historia constitucional (Constituciones de 1979 y 1993) se ha puesto énfasis en el cuidado del medio ambiente. Tal es así que las citadas normas fundamentales dedican capítulos exclusivos para tutelar dichos derechos.

En el artículo 119 del capítulo II de la Constitución Política de 1979, se señala que “El Estado evalúa y preserva los recursos naturales. Asimismo, fomenta su racional aprovechamiento. Promueve su industrialización para impulsar el desarrollo económico”. De

---

<sup>4</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 28 de noviembre de 2007, párrafos 127 y 128.

igual manera, el numeral 22 del artículo 1º del capítulo I de la Constitución de 1993 dice que toda persona tiene derecho a “A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida” (énfasis añadido). Así también el artículo 67 del capítulo II señala que el Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales, además de estar obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas.

Dichas normas constitucionales no hacen sino respaldar el desarrollo constitucional de protección al medio ambiente en nuestro país, establecido por los convenios y tratados internacionales que el Perú ha ratificado. El derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, reconocido en el artículo 2º, inciso 22 de la Constitución, supone el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad. De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría carente de contenido. En ese sentido, el derecho al medio ambiente equilibrado y adecuado se encuentra ligado a los derechos fundamentales a la vida y a la salud de las personas, pues por intermedio de él las personas humanas desarrollan su vida en condiciones dignas.

De otra parte, este derecho también se concretiza en el derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado, que entraña obligaciones ineludibles para los poderes públicos, de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute, y para los particulares de proceder de modo similar cuando sus actividades económicas incidan, directa o indirectamente, en el medio ambiente.

De este modo, en el Estado democrático y social de derecho no sólo se trata de garantizar la existencia de la persona o cualquiera de los demás derechos que en su condición de ser humano le son reconocidos, sino también de protegerla de los ataques al medio ambiente en el que esa existencia se desenvuelve, a fin de permitir que su vida se desarrolle normalmente en condiciones ambientales aceptables. En este contexto, el derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado debe considerarse como un componente esencial e indispensable para el goce efectivo de los demás derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos.

De ahí que este derecho, en su dimensión prestacional, imponga al Estado tareas u obligaciones destinadas a conservar el medio ambiente sano y equilibrado, las cuales se traducen, a su vez, en un haz de posibilidades. Desde luego, no sólo supone tareas de conservación, sino también de prevención de daños de ese ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de una vida digna. Dentro de las tareas de prestación que el Estado está llamado a desarrollar tiene especial relevancia la tarea de prevención y, desde luego, la realización de acciones destinadas a ese fin.

Así, la protección del medio ambiente sano y adecuado no sólo es una cuestión de reparación frente a daños ocasionados, sino y de manera especialmente relevante, de prevención de que ellos sucedan. De este modo, la protección del medio ambiente puede hacerse efectiva desde la previsión de medidas reactivas que hagan frente a los daños que ya se han producido, pasando por medidas que se ocupen de riesgos conocidos antes de

que se produzcan (prevención), hasta medidas que prevean y eviten amenazas de daños desconocidos o inciertos (precaución).

El Estado también debe velar por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida de las personas y defender y restaurar el medio ambiente dañado, puesto que el desarrollo sostenible involucra un conjunto de instrumentos, entre ellos los jurídicos, que hagan factible el progreso de las próximas generaciones en consonancia con un desarrollo armónico del medio ambiente.

Por tanto, el Estado puede afectar el derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado si es que, como consecuencia de decisiones normativas o prácticas administrativas que, por acción u omisión, en vez de fomentar la conservación del medio ambiente contribuyen a su deterioro o reducción y, en lugar de auspiciar la prevención contra el daño ambiental, descuida y desatiende dicha obligación.

En buena cuenta el Estado está obligado a velar por la conservación y debida protección del derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado, procurando que el desarrollo económico y social sea compatible con las políticas que buscan salvaguardar las riquezas naturales y el medio ambiente de la Nación.

Y es que la protección del medio ambiente involucra aspectos relacionados con el manejo, uso, aprovechamiento y conservación de los recursos naturales, el equilibrio de los ecosistemas, la protección de la diversidad biológica, la conservación de las áreas de especial importancia ecológica, el desarrollo sostenible y la calidad de vida del hombre en condiciones dignas.

### ***3.1.1. El derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado como límite a los derechos fundamentales***

En este punto conviene recordar nuestra asentada doctrina sobre la limitación de los derechos fundamentales. En ella se ha afirmado que no existen derechos fundamentales ilimitados y que, por el contrario, tienen los límites que en relación con los derechos fundamentales establece la Constitución por sí misma en algunos derechos, mientras que en otros el límite deriva de manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos fundamentales, sino también otros bienes constitucionales protegidos.

Pues bien, teniendo presente que los derechos fundamentales no son ilimitados, corresponde determinar si la protección de los derechos a un medio ambiente equilibrado y adecuado y a la salud constituye límites legítimos al ejercicio de los derechos al trabajo, a la libertad de empresa y a la libertad de contratación. Ello debido a que la realización de ciertas actividades como la importación de vehículos usados, motores, partes, piezas y repuestos usados para vehículos de transporte terrestre, el transporte público, la emanación de gases tóxicos por parte de las fábricas, todas éstas constituyen actividades económicas que están sujetas al cumplimiento de determinados requisitos para que puedan realizarse.

La libertad de empresa, consagrada por el artículo 59 de la Constitución, se define como la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. Consecuentemente, dicha libertad debe ser ejercida con sujeción a la ley, siendo sus limitaciones básicas aquellas que derivan de la seguridad, la salud, la moralidad o la preservación del medio ambiente.

Con relación a la libertad de trabajo, consagrada por el artículo 2º, inciso 15 de la Constitución, debe subrayarse que ésta debe ser ejercida con sujeción a la ley, siendo sus limitaciones básicas aquellas que derivan de la seguridad, la higiene, la salud, la moralidad o la preservación del medio ambiente.

En tal línea, el artículo 59º de la Constitución establece que el ejercicio de las libertades de trabajo y de empresa “no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas, ni al medio ambiente”. La protección del medio ambiente tiene entonces una doble dimensión: por un lado, constituye un principio que irradia todo el orden jurídico, puesto que es obligación del Estado proteger los recursos naturales de la nación, y por otro, aparece como el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de su vida en condiciones dignas.

### 3.2. La Constitución ecológica

Tomando en cuenta doctrina y jurisprudencia constitucional comparada, se ha denominado al conjunto de disposiciones de la Carta Fundamental referidas a las relaciones entre el individuo, la sociedad y el medio ambiente, *Constitución ecológica* (STC 3610-2008-PA/TC, fundamento 33). Así, el artículo 66 de la Constitución establece que los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la nación, y que el Estado es soberano en su aprovechamiento. Por su parte, el artículo 67 de la Constitución dispone que el Estado *determina* la política nacional del ambiente y promueve el uso sostenible de los recursos naturales. De otro lado, el artículo 68 de la Constitución prescribe: “El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas”. En esa línea, el artículo 69 señala: “El Estado promueve el desarrollo sostenible de la Amazonía”.

El Tribunal Constitucional ha señalado en la STC n.º 3610-2008-AA, la importancia de la *Constitución Ecológica*. Sobre este particular, el Tribunal entiende que la tutela del medio ambiente se encuentra regulada en nuestra *Constitución Ecológica*, que no es otra cosa que el conjunto de disposiciones de nuestra Carta Fundamental que fijan las relaciones entre el individuo, la sociedad y el medio ambiente, tema que ocupa un lugar medular en nuestra Ley Fundamental.

Tal como en su momento fue desarrollado por la Corte Constitucional colombiana, en criterio que es compartido por este Tribunal, la *Constitución Ecológica* tiene una triple dimensión:

- *Como principio* que irradia todo el orden jurídico, puesto que es obligación del Estado proteger las riquezas naturales de la nación.
- *Como derecho* de todas las personas a gozar de un ambiente sano, derecho constitucional que es exigible por diversas vías judiciales.
- *Como conjunto* de obligaciones impuestas a las autoridades y a los particulares, “en su calidad de contribuyentes sociales”.

De ahí que se derive un conjunto de acciones que el Estado se compromete a desarrollar y promover con el fin de preservar y conservar el ambiente frente a las actividades humanas que pudieran afectarlo. Esta política nacional debe permitir el desarrollo integral de todas las generaciones que tienen el derecho de gozar de un ambiente adecuado para el bienestar de su existencia.

Desarrollando los alcances de los artículos constitucionales referidos, el artículo 9° de la Ley General del Ambiente, Ley n.º 28611, establece: “La Política Nacional del Ambiente tiene por objetivo mejorar la calidad de vida de las personas, garantizando la existencia de ecosistemas saludables, viables y funcionales en el largo plazo; y *el desarrollo sostenible del país, mediante la prevención, protección y recuperación del ambiente y sus componentes, la conservación y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, de una manera responsable y congruente con el respeto de los derechos fundamentales de la persona*” (énfasis añadido).

El enunciado legal materializa lo determinado en la llamada *Constitución Ecológica*. Así, en primer lugar, al ser los recursos naturales, *in totum*, patrimonio de la nación, su explotación no puede ser separada del interés nacional, por ser una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de las generaciones presentes y futuras. En segundo lugar, los beneficios derivados de su utilización deben alcanzar a la nación en su conjunto; por ende, se proscriben su exclusivo y particular goce.

Una perspectiva que no debe ser soslayada es la relativa a la consideración de los servicios ambientales que prestan ciertas áreas del territorio de la nación. Recursos éstos que en algunos casos benefician no sólo al país, sino también a la región e inclusive a todo el planeta; por ejemplo, la captura de carbono realizada por la selva amazónica. De ahí la relevancia de que el Estado asuma la protección de esta riqueza mediante la exhaustiva fiscalización de la explotación de las riquezas ubicada en estas zonas. Una de las formas de proteger estas riquezas, que además suelen ser ecosistemas frágiles, es la implantación de áreas especialmente protegidas. Con ello se deberá evitar la afectación o disminución de la calidad de los servicios ambientales, como puede ser el caso de captación y almacenamiento de agua.

### **3.2.1. Desarrollo sostenible y generaciones futuras**

El uso sostenible de los recursos naturales comporta la utilización de componentes de la diversidad biológica de un modo y a un ritmo que no ocasione la disminución a largo plazo de dicha diversidad, con lo cual se mantienen las posibilidades de ésta de satisfacer

las necesidades y las aspiraciones de las generaciones actuales y futuras. De igual modo, cuando se explotan recursos no renovables, como los hidrocarbúricos, debe cuidarse en no comprometer aquella diversidad biológica.

Al respecto, la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas, conocida también como la Comisión Brundtland, emitió un informe en el que definió el *desarrollo sostenible* como aquel *proceso en donde se asegura la satisfacción de las necesidades humanas del presente sin que se ponga en peligro la capacidad de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades y que, por ende, involucre la utilización de recursos, la dirección de las inversiones y la orientación de los cambios tecnológicos e institucionales que acrecienten el potencial actual y futuro de los recursos naturales en aras de atender las necesidades y aspiraciones humanas* (véase STC 0048-2004-AI/TC).

En dicho informe también se expresa que el “desarrollo sostenible no es un estado concreto, sino un proceso de cambio en donde la explotación de recursos, la dirección de las inversiones, la orientación de los desarrollos tecnológicos y los cambios institucionales, deben ser consistentes con el futuro así como con el presente”.

Como se aprecia, la perspectiva del desarrollo sostenible busca equilibrar el esquema de la economía social de mercado con el derecho a vivir en un ambiente equilibrado y adecuado. Es una maximización de las ganancias o utilidad frente a la calidad del entorno que sufre el desgaste de la actividad económica. En tal sentido, con el principio de *sostenibilidad* (Art. V de la Ley General del Ambiente) se pretende modular esta actividad económica a la preservación del ambiente, el cual tendrá que servir de soporte vital también para las generaciones venideras. Así, los derechos de las actuales generaciones no deben ser la ruina de las aspiraciones de las generaciones futuras.

Cabría advertir, no obstante, que no se trata de preservar exclusivamente el legado ambiental, sino también aspectos relativos al ámbito cultural, es decir, que nuestra deuda con las generaciones futuras no se agota en aspectos ambientales, que si bien forman parte esencial del concepto *desarrollo sostenible*, no se agotan en él.

En suma, de una interpretación sistemática del artículo 2º, inciso 22 y de los artículos 66, 67, 68 y 69 de la Constitución, se concluye que una manifestación concreta del derecho de toda persona a disfrutar de un entorno ambiental idóneo para el desarrollo de su existencia es el reconocimiento de que los recursos naturales –especialmente los no renovables–, en cuanto patrimonio de la nación, deben ser objeto de un aprovechamiento razonable y sostenible, y que los beneficios resultantes de tal aprovechamiento deben ser a favor de la colectividad en general, correspondiendo al Estado el deber de promover las políticas adecuadas a tal efecto.

### **3.3. Política Nacional del Ambiente (STC n.º 0053-2004-AI/TC)**

El artículo 67 de la Constitución establece la obligación perentoria del Estado de instituir la *política nacional del ambiente*. Ello implica un conjunto de acciones que el Estado se compromete a desarrollar o promover con el fin de preservar y conservar el ambiente, dadas las actividades humanas que pudieran afectarlo.

Esta política nacional –entendida como el conjunto de directivas para la acción orgánica del Estado a favor de la defensa y conservación del ambiente– debe permitir el desarrollo integral de todas las generaciones de peruanos que tienen el derecho de gozar de un ambiente adecuado para el bienestar de su existencia. Esta responsabilidad estatal guarda relación con lo dispuesto en el artículo 2º, inciso 22 de la Constitución, que reconoce el derecho fundamental de toda persona “a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida”.

Dicha política debe promover el uso sostenible de los recursos naturales, *ergo* debe auspiciar el goce de sus beneficios resguardando el equilibrio dinámico entre el desarrollo socioeconómico de la nación y la protección y conservación de un disfrute permanente.

El uso sostenible obliga a la tarea de rehabilitar aquellas zonas que hubieren resultado afectadas por actividades humanas destructoras del ambiente y, específicamente, de sus recursos naturales. Por ende, el Estado se encuentra obligado a promover y aceptar únicamente la utilización de tecnologías que garanticen la continuidad y calidad de dichos recursos, evitando que su uso no sostenido los extinga o deprede. Es en ese contexto que el Estado se encuentra obligado a auspiciar la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales objeto de protección.

En consecuencia, de una interpretación sistemática del artículo 2º, inciso 22 y de los artículos 66 y 67 constitucionales, se concluye que una manifestación concreta del derecho de toda persona a disfrutar de un entorno ambiental idóneo para el desarrollo de su existencia, es el reconocimiento de que los recursos naturales –especialmente los no renovables– en cuanto patrimonio de la nación, deben ser objeto de un aprovechamiento razonable y sostenible, y los beneficios resultantes de tal aprovechamiento han de ser a favor de la colectividad en general, correspondiendo al Estado el deber de promover las políticas adecuadas a tal efecto.

### **3.4. El bloque de constitucionalidad para una mejor tutela del derecho de un ambiente equilibrado**

El Tribunal Constitucional ha señalado en su jurisprudencia la importancia del bloque de constitucionalidad para un mejor desarrollo interpretativo de los derechos fundamentales. Es así que en nuestro ordenamiento jurídico, la referencia al parámetro de constitucionalidad o bloque de la constitucionalidad tiene como antecedente inmediato el artículo 22 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que hoy se incorporó en el artículo 79 del Código Procesal Constitucional como principio de interpretación, cuyo tenor es: “... *para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona*” (énfasis añadido).

En estos casos, las infracciones directas a las normas que conforman el parámetro de constitucionalidad determinarán, por consiguiente, afectaciones indirectas a la je-



rarquía normativa de la Constitución, como lo prevé el artículo 75 del Código Procesal Constitucional.

En el caso concreto de los derechos fundamentales concernientes al medio ambiente equilibrado y adecuado, existe una serie de normas que si bien no gozan de rango constitucional, ayudan una mejor interpretación.

Es importante destacar que desde la reunión de Estocolmo –inclusive antes–, Johannesburgo (Sudáfrica), la Reunión Mundial de Asociaciones de Derecho Ambiental en Limoges, La Cumbre de la Tierra, entre otras, muchos Estados viables sin incorporar el tema en el marco constitucional de sus países, fueron desarrollando, vía jurisprudencial y normas locales, la preservación del medio ambiente y lo que es más importante, una conciencia ambiental en sus naciones; situación ésta que es hacia donde deberíamos orientarnos fundamentalmente, es decir, la utilización del desarrollo de la ciencia para el cuidado de la vida, orientada más que a la norma, a su cumplimiento, fortaleciendo la convicción consciente de su necesidad, algo como ciencia con conciencia.

### 3.4.1. *Convenios y tratados*

El Perú ha ratificado varios de los convenios y tratados en tema ambiental, entre ellos están:

- Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la *desertificación* en los países afectados por *sequía* grave o desertificación, en particular en África (UNCCD).
- Convención Marco de Naciones Unidas sobre *cambio climático* (UNFCCC).
- Convención relativa a los humedales de importancia internacional, especialmente como hábitat de aves acuáticas (*RAMSAR*).
- Convención sobre el comercio internacional de las especies amenazadas de fauna y flora silvestre (*CITES*).
- Convenio sobre *Diversidad Biológica* (CDB).
- *Convenio de Basilea* sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación.
- *Convenio de Rotterdam* sobre el procedimiento de consentimiento previo fundamentado aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional (PIC).
- *Convenio de Estocolmo* sobre contaminantes orgánicos persistentes (POP).
- *Convenio de Viena* para la protección de la capa de ozono.
- *Protocolo de Montreal* relativo a sustancias agotadoras de la capa de ozono.
- Convención sobre la conservación de las *especies migratorias de animales* (CMS).
- Convenio para el manejo y conservación de la *vicuña*.
- Convención internacional para la regulación de la caza de las *ballenas* (Comisión Ballenera Internacional).
- Convención sobre la conservación de los recursos marinos vivos antárticos (CCAMLR).

- Convención sobre la protección del *patrimonio mundial, cultural y natural*.
- Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible (*Johannesburgo 2002*).
- Proceso Cumbre de las Américas.
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (*Río, 1992*).

### 3.5. Jurisprudencia constitucional

#### 3.5.1. Caso Nextel (STC n.º 4223-2006-AA/TC)

Mediante sentencia n.º 4223-2006-AA/TC, el Tribunal Constitucional se pronunció acerca del caso Nextel, donde el demandante exigía vivir en un medio ambiente equilibrado, solicitando que se ordene el inmediato desmantelamiento de la antena de telecomunicaciones y demás equipos instalados por la empresa en un centro comunal. Su permanencia constituía una grave vulneración al derecho a la paz, a la tranquilidad y a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, así como el derecho a la salud de los pobladores de dicha urbanización.

El Colegiado puso bajo análisis varios principios establecidos en la jurisprudencia constitucional en cuanto al vínculo existente entre las actividades económicas y el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida: (1) *el principio de desarrollo sostenible* o sustentable, (2) *el principio de conservación*, en cuyo mérito se busca mantener en estado óptimo los bienes ambientales; (3) *el principio de prevención*, que supone resguardar los bienes ambientales de cualquier peligro que pueda afectar a su existencia; (4) *el principio de restauración*, referido al saneamiento y recuperación de los bienes ambientales deteriorados; (4) *el principio de mejora*, en cuya virtud se busca maximizar los beneficios de los bienes ambientales en pro del disfrute humano; (5) *el principio precautorio*, que comporta adoptar medidas de cautela y reserva cuando exista incertidumbre científica e indicios de amenaza sobre la real dimensión de los efectos de las actividades humanas sobre el ambiente; y (6) *el principio de compensación*, que implica la creación de mecanismos de reparación por la explotación de los recursos no renovables (STC 0048-2004-PI/TC).

Si bien el TC no dispuso el desmantelamiento de la antena de la referida empresa, puesto que ello sería irrazonable y desproporcionado, ya que no siempre la prohibición absoluta de determinada actividad es la única vía para alcanzar determinado grado de protección, pues dependiendo del caso y que éste puede ser alcanzado mediante la reducción de la exposición al riesgo, con el establecimiento de mayores controles y la imposición de ciertas limitaciones, sí dispuso la realización de diversas mediciones. Así, de los informes solicitados por el TC se concluyó que no existía riesgo de exposición radioeléctrica, lo cual no es razón para exceptuar la realización de las mediciones correspondientes de exposición radioeléctrica de la población, garantizando así la no afectación de los derechos fundamentales al medio ambiente y a la salud.

### **3.5.2. Caso Repsol - Cordillera Escalera (STC n.º 3343-2007-PA/TC)**

En la sentencia recaída en la STC n.º 03343-2007-PA/TC se declaró fundada la demanda de amparo y se ordenó la suspensión de la última fase de la etapa de exploración y la etapa de explotación dentro del área de conservación regional denominada Cordillera Escalera hasta que no cuente con un plan maestro, pudiendo reiniciarse tal actividad una vez que éste haya sido elaborado y se establezca la compatibilidad entre la actividad de exploración y explotación y los objetivos del área de conservación regional Cordillera Escalera.

Ello debido a que se comprobó la inexistencia del plan maestro, que ha sido responsabilidad de las autoridades estatales competentes y no de empresas emplazadas. Por esta razón, y con el propósito de emitir una decisión que denote un adecuado equilibrio entre la debida protección del medio ambiente y el aprovechamiento razonable de los recursos naturales, el Tribunal sólo suspendió las etapas referidas mientras no se cuente con el plan maestro.

Ciertamente, porque el área de conservación regional Cordillera Escalera, es un área relevante no sólo para el país en conjunto, sino en especial para la región San Martín, en tanto constituye una importante fuente de agua, facilita la captura de carbono, presenta una gran biodiversidad, etc.

De ahí que dicha área tenga como objetivos generales los siguientes: (a) conservar y proteger los recursos naturales y la diversidad biológica de los ecosistemas frágiles que se encuentran en la Cordillera Escalera; y (b) asegurar la comunidad de los procesos biológicos en los ecosistemas del área propuesta (Art. 2º del Decreto Supremo n.º 045-2005-AG), además, porque las áreas naturales protegidas por el Estado tienen por finalidad, entre otras cosas, asegurar la continuidad de los procesos ecológicos y evolutivos, mantener la biodiversidad, así como preservar la base de recursos, incluyendo los genéticos, que permitan desarrollar opciones para mejorar los sistemas productivos y encontrar adaptaciones ante eventuales cambios climáticos.

### **3.5.3. Caso autos usados (STC n.º 3610-2008-AA/TC)**

En este caso el TC declaró infundada la demanda interpuesta, ya que consideró que el Decreto Supremo n.º 017-2005-MTC constituye un límite legítimo al ejercicio de los derechos a la libertad de trabajo y empresa, pues el establecimiento de requisitos para la importación de vehículos usados, así como de motores, partes, piezas y repuestos usados para vehículos de transporte terrestre, tiene como fin constitucional la protección de los derechos al medio ambiente equilibrado y adecuado y a la salud, y ello porque la protección del medio ambiente impone un tratamiento cuyo propósito es mejorar progresivamente las condiciones de vida de las personas, pues la creciente degradación del medio ambiente pone en peligro potencial la propia base de la vida.

Este colegiado tuvo presente al momento de evaluar la sentencia que los derechos fundamentales no son ilimitados. Así, corresponde determinar si la protección de los derechos a un medio ambiente equilibrado y adecuado y a la salud constituyen límites

legítimos al ejercicio de los derechos al trabajo, a la libertad de empresa y a la libertad de contratación; ello debido a que la importación de vehículos usados, motores, partes, piezas y repuestos usados para vehículos de transporte terrestre es una actividad económica que está sujeta al cumplimiento de determinados requisitos para que pueda realizarse, los cuales a consideración de la demandante son restricciones inconstitucionales.

## **Bibliografía**

ANAYA, James: *Informe sobre la promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*, A/HRC/12/34. Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos, 12º período de sesiones, 15 de julio de 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, sentencia del 28 de noviembre de 2007.

\_\_\_\_\_ *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, sentencia del 12 de agosto de 2008.

Guillermo Padilla Rubiano (Colombia)\*

## Consulta previa en Colombia y sus desarrollos jurisprudenciales. Una lectura desde los pueblos indígenas, las empresas y el Estado

### RESUMEN

El presente artículo trata sobre el derecho a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado, sus antecedentes y desarrollo jurisprudencial, con un enfoque particular en Colombia, a partir de lecturas desde sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (Corte IDH), la Corte Constitucional de Colombia y otras de América Latina. Nuestra orientación va tanto en el sentido de identificar dificultades como aspectos positivos y potencialidades del ejercicio de este derecho, especialmente el despliegue de autoridad como expresión de la libre determinación a que tienen derecho los pueblos indígenas y afrodescendientes en el ejercicio de este derecho.

**Palabras clave:** democracia, derecho constitucional, pueblos indígenas, política y gobierno, derecho a la información, control de constitucionalidad, consulta y consentimiento previo, libre e informado, jurisprudencia.

### ZUSAMMENFASSUNG

Dieser Artikel behandelt das Recht auf Anhörung und vorherige, freie und informierte Zustimmung, seine Vorläufer und die Entwicklung der einschlägigen Rechtsprechung, und zwar unter besonderer Berücksichtigung Kolumbiens. Ausgangspunkt sind die Entscheidungen des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte, des kolumbianischen Verfassungsgerichts sowie anderer Verfassungsgerichte in Lateinamerika. Dabei wird beabsichtigt, sowohl die Schwierigkeiten als auch die positiven Aspekte und Potenziale der Ausübung dieses Rechts herauszuarbeiten, insbesondere im Hinblick auf die Entfaltung von Autorität im Rahmen der Ausübung des Rechts auf freie Selbstbestimmung, das den indigenen Völkern und den Gemeinschaften afrikanischer Abstammung zusteht.

---

\* Profesor/investigador del Centro de Investigación y Estudios Superiores en Antropología Social (Ciesas), Oaxaca, México.

**Schlagwörter:** Demokratie, Verfassungsrecht, indigene Völker, Politik und Regierung, Recht auf Information, Prüfung der Verfassungsmäßigkeit, Konsultation, freie und informierte vorherige Zustimmung, Rechtsprechung.

## ABSTRACT

This paper deals with the right to consultation and free, prior and informed consent, its background and development in case law, with a special focus on Colombia. It is based on the reading of judgments of the Inter-American Court of Human Rights, the Constitutional Court of Colombia and similar courts of other Latin American countries. We have strived to identify difficulties as well as positive aspects and opportunities for exercising this right, particularly the display of authority as an expression of the right of indigenous and Afro-descendant peoples to self-determination in this respect.

**Keywords:** Democracy, Constitutional law, indigenous peoples, Politics and government, Right to information, Constitutionality control, consultation and free, prior and informed consent, case law.

## 1. Introducción<sup>1</sup>

En las últimas décadas se ha estado dando en América Latina un proceso de transformación del Estado que lo aleja del facilismo de estructuras importadas, de Estados de una sola cultura, idioma, religión, pueblo. Pasamos a enfrentar el reto con las complicaciones propias del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural. Esto se da en el contexto global de una creciente demanda por recursos naturales y un incremento de la preocupación por el cambio climático y los conflictos de valores que se asocian a estos fenómenos. En este contexto aparece el derecho a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado. En el presente artículo procuraremos aportar elementos que contribuyan a identificar las distintas miradas confrontadas en la compleja trama de la aplicación de este derecho en América Latina, con particular énfasis en Colombia, procurando identificar y crear puentes de comunicación entre las diferentes perspectivas en juego: la de los pueblos indígenas, la del Estado y la de la iniciativa privada.

A partir de la segunda mitad del siglo xx, por una combinación de factores que incluyen la resistencia y las luchas de diversos sectores sociales contra la injusticia implícita de su marginación y despojo, la conformación de nuevas miradas, desde teóricos de las ciencias sociales hasta la aparición de cuerpos legales internacionales promovidos por agencias de Naciones Unidas y otros organismos internacionales, comenzaron a mudar la dinámica y el tipo de relación de los Estados con grupos sociales histórica y estructu-

---

<sup>1</sup> El presente trabajo es resultado de investigación de campo en Colombia de enero del 2011 a agosto del 2012 y forma parte de un proyecto comparativo realizado en Colombia, México y Guatemala sobre consulta previa.

ralmente subordinados, marginados y discriminados, como son las mujeres, los homosexuales y las llamadas comunidades étnicas.

En la actualidad, en razón de la globalización, de la expansión del Estado neoliberal así como de las reacciones y resistencias que se están generando frente a la arremetida extractivista de proyectos que afectan tanto a la naturaleza como a las poblaciones, se da un incremento en el interés desde diversos campos políticos y académicos en el estudio del derecho a la consulta previa. Este interés gira en torno, por un lado, de los cambios en la soberanía estatal a nivel global, y por otro, de reconstituciones de la relación Estado, nación, diversidad, legislación e instituciones internacionales y capital transnacional. Esto da lugar a debates desde la teoría jurídica, sociológica, antropológica y política con autores interesados en el tema y la región.

El derecho a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas es uno de los derechos que han alcanzado mayor relevancia y desarrollo en relación con el tema de los derechos indígenas en el ámbito internacional. Este derecho ha tenido un importante desarrollo en Colombia, tanto desde estructuras político-administrativas como desde las comunidades étnicas y particularmente a nivel jurisprudencial.

Es importante remarcar que este derecho a la consulta y la obligación correlativa del Estado es un derecho en sí, pero también constituye un medio para la vigencia de otros derechos, como el derecho a la participación política, el derecho a preservar y fortalecer sus culturas, lenguas e instituciones, el derecho a mantener sus territorios, y el derecho a la salud, a la educación y a su propio desarrollo, entre otros. Es también una forma de ejercer la libre determinación a la que tienen título como lo dispone la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas, entre otras disposiciones legales. La Corte IDH ha sentado diversos precedentes para definir los alcances del derecho a la consulta en casos específicos.<sup>2</sup>

La democratización del Estado y de la sociedad que prescriben varios cuerpos legales de origen internacional, así como la Constitución nacional, se encuentra correlacionada con un esfuerzo comunal e institucional de construcción histórica, durante el cual es indispensable que el ámbito de lo público y el sistema político estén abiertos al reconocimiento constante y progresivo de nuevos actores sociales. En consecuencia, una democracia representativa y participativa guarda una correspondencia adecuada con las diversas fuerzas que conforman la sociedad y permite a todas ellas participar en la adopción de las decisiones que les conciernen. Ello es especialmente importante en un Estado Social de Derecho que pretende superar la concepción de una democracia restrictiva, cuyo ejercicio en el mejor de los casos se limita a los tres minutos cada cuatro años, el tiempo que toma votar, para acoplarse mejor a la realidad e incluir dentro del debate público, en cuanto sujetos activos, a los distintos grupos sociales, fomentando así su participación en los procesos de toma de decisión a todo nivel, particularmente cuando esto atañe a sus derechos fundamentales, en el caso de pueblos indígenas: autonomía, tierra y cultura.

---

<sup>2</sup> Corte IDH: Casos *Saramaka vs. Surinam*, *Moiwana vs. Surinam*, *Yatama vs. Nicaragua*, *Myagana (Sumo) Awas Tiwni vs. Nicaragua*, entre otros.

## 2. La reconstitución del Estado en América Latina

Cuando nos planteamos el tema de la relación entre el Estado y la nación, ambos conceptos nos llevan inevitablemente a preguntarnos sobre el derecho; definido éste como el conjunto de principios y reglas, escritas o no, que sirven como medio de control de la vida social y como mecanismo que facilita la convivencia. Es en este sentido que adquiere vigencia la afirmación de Ulpiano, jurista de la antigua Roma: “donde está la sociedad, está el derecho” (Petit, 1975, p. 19).

Otra mirada señala al derecho como una expresión del ejercicio de la violencia como partera de la historia (Marx, 2002, p. 940) y el derecho como instrumento para consolidar la dominación que surge de ésta. En particular, para la apropiación y defensa de la propiedad individual de lo que antes era de la comunidad.<sup>3</sup>

Iván Illich (1982) utiliza la voz inglesa *commons* para referirse a aquello fuera de la posesión del individuo, pero sobre lo cual toda persona tenía un derecho reconocido de uso, reglamentado por el derecho consuetudinario, no para la producción de mercancías, sino para la subsistencia de sus congéneres (Esteva, 2010).

Como señala Hobbes en el *Leviatán*: “Pero ninguno de nosotros acusa por ello a la naturaleza del hombre. Los deseos, y otras pasiones del hombre, no son en sí mismos pecado. No lo son tampoco las acciones que proceden de estas pasiones, hasta que conocen una ley que las prohíbe. Ni puede hacerse ley alguna hasta que hayan acordado la persona (o personas) que lo hará” (2008 [1651], cap. XIII). Es en Europa durante lo que se conoce como la modernidad, cuyo punto de partida según Quijano (1992) es 1492, cuando ocurren los cambios más importantes en el ordenamiento político que dan lugar a la aparición de lo que hoy entendemos como el Estado moderno, concebido como un territorio con fronteras determinadas, la existencia de un gobierno común y un sentimiento compartido de identificación cultural y nacional entre sus habitantes.

El Estado liberal que emerge de la Revolución Francesa surge como respuesta a las necesidades de la revolución industrial y a la nueva configuración de clase que comienza a darse en las naciones. Los planteamientos de ideólogos como Rousseau, Montesquieu, Diderot, Voltaire, Smith, Ricardo, Malthus, Locke y Hobbes, entre otros, dan cuerpo y lugar a la aparición de un nuevo modelo de Estado: el liberal-burgués.

Éste es el modelo que los padres fundadores de nuestros nacientes Estados independientes toman en cuenta para el continente latinoamericano, pero que no logran hacer corresponder con la realidad que nos habían dejado trescientos años de vida colonial. Los Estados, capturados desde su origen por élites criollas, patriarcales, propietarias de tierras, esclavos e indios, mayoritariamente católicas y esencialmente europeas en cuanto a su formación e identificación cultural, dejaban por fuera de la retórica de la libertad, la igualdad y la ciudadanía los indígenas, las mujeres y los afrodescendientes. Los años que

---

<sup>3</sup> Aquí nos referimos al proceso histórico que Marx llama de “acumulación originaria” y que consiste en la separación entre el productor y los medios de producción, lo cual obliga al productor a sobrevivir por medio de la venta de su fuerza de trabajo (Marx, 1867).



tuvieron que pasar antes que esa retórica comenzara a tornarse en realidad dejaron una herencia que ha dificultado la concreción del tipo de nación que necesitaba acompañar la consolidación del Estado.

En la medida en que desde la antropología el Estado es definido como una formación cultural, los estudios sobre modernidad, subalternidad y poscolonialidad interrogan las maneras como se impone desde el Estado, por medio de sus acciones y silencios, un dominio que se torna hegemónico y que a la par que promueve el individualismo, la competencia, el lucro y un consumo depredador, tiene graves implicaciones tanto para la sobrevivencia de la diversidad étnica y cultural como para la salud ecológica y ambiental del planeta (Dussel, Escobar, Quijano, Mignolo, Guha y Mohanti).

Es de este contexto que en 1989 surge el Convenio 169, que aun cuando es perfectible, como toda obra, puntualiza respecto a temas sensibles y cruciales para estos pueblos. Mientras que el Convenio 107 partía de la idea de la inevitabilidad de la desaparición de las poblaciones indígenas y tribales, en tanto se fueran integrando a las sociedades dominantes, el Convenio 169 acoge una actitud de respeto y valoración por la diversidad de culturas y formas de vida de los pueblos y reconoce sus derechos colectivos, incluyendo los derechos a la propiedad sobre tierras poseídas tradicionalmente, el ser consultados como colectividades sociales por medio de sus propias instituciones representativas y el derecho colectivo a sus costumbres (Anaya, 2006, p. 29). Es de destacar su derecho inalienable a una existencia perdurable, a la libre determinación y a un desarrollo definido por los mismos pueblos.

En el Convenio 169 aparece por primera vez el derecho a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado, lo que constituye parte esencial de un nuevo paradigma en las relaciones con los pueblos indígenas. Así, estos pueblos pasan de ser objeto de las políticas públicas y proyectos de desarrollo a ser sujetos activos de consulta y cuya opinión debe ser tomada en cuenta, con diferentes niveles de obligatoriedad, según la materia de la consulta que los pueda afectar (Rodríguez y Meghan, 2010). Este derecho reconoce la existencia de otros saberes y valida la expresión de otros conocimientos invisibilizados durante siglos, lo que en estos momentos se traduce en la capacidad de contribuir a la búsqueda de un balance entre la demanda en los mercados por recursos naturales y la protección ecológica, ambiental y cultural del planeta.

Sin embargo, y por otra parte, el derecho a la consulta previa aparece en el contexto de políticas neoliberales que menguan el poder del Estado. Con este derecho se pretende generar espacios donde los pueblos indígenas y los empresarios inversionistas se puedan sentar en una mesa de negociación, haciendo caso omiso de la asimetría que existe entre unos y otros. Basta imaginar estos espacios considerando las diferencias respecto a la disponibilidad de equipos legales, acceso a la información, recursos financieros y relaciones con los poderes locales, nacionales e internacionales, entre otros, situación ésta que se agrava con la presencia disminuida del Estado e incluso, algunas veces, con su ausencia en estos espacios de negociación. Con la concepción y práctica de estas alternativas de negociación directa entre comunidades étnicas y empresarios, se produce un desplazamiento de la concertación –que caracterizó las relaciones sociales en las décadas ante-

riores— a la transacción como la norma en la actualidad (Escobar, 2010), pretendiendo normativizar la razón “precio” detrás de cada relación, derecho o negociación.

Son cuatro las características fundamentales que creemos determinan el contexto en el que se generan estos cambios de rumbo en las políticas de intervención respecto a derechos de los pueblos indígenas: primera, América Latina atraviesa en estos momentos por una arremetida del capital transnacional que busca concesiones para explotaciones e industrias extractivas, construcción de hidroeléctricas, explotación de otros recursos naturales y varios tipos de megaproyectos que afectan tierras y territorios de pueblos indígenas y tribales (Harvey, 2003 y 2008). Segunda, estamos frente a un incremento de una preocupación global por el cambio climático y la crisis ecológica en general, la cual ha llevado a impulsar políticas y programas tipo UN-REDD<sup>4</sup> y otras iniciativas orientadas hacia la conservación de la biodiversidad y la protección de la diversidad étnica y cultural. Tercera, estamos frente al reconocimiento internacional, expansión y apropiación de un contexto legal que marca un nuevo paradigma en la relación entre los Estados y los llamados grupos étnicos (Escobar, 1999). Finalmente, cuarta, se observa un incremento de organizaciones indígenas y negras, tanto en el modelo de organizaciones no gubernamentales como de orden más orgánico y tradicional, incrementando su visibilidad, movilización política e incidencia frente al Estado (ONIC, 2011; Grueso, 1998).

El contexto en el que ocurren estas reformas es la propagación del modelo neoliberal en cuya agenda se incluyen principios que coinciden hasta cierto punto con las demandas de estos sectores excluidos. La ampliación de la ciudadanía a aquellos sectores sociales históricamente discriminados: todos son bienvenidos al mercado: mujeres, indígenas, afrodescendientes, homosexuales, etc. En tanto que así es definida la ciudadanía por el neoliberalismo, en términos de acceso al mercado con énfasis en elementos más pragmáticos que doctrinarios (Ong, 2006), el Estado neoliberal plantea varias diferencias respecto al modelo anterior del estado liberal-capitalista. Una diferencia importante es la redistribución de la responsabilidad y el riesgo, dando fin al Estado de bienestar: los servicios de salud, educación, comunicaciones, etc., se privatizan y se convierten en fuente de ganancia privada. Incluso las guerras se convierten en negocios, vitrina de nueva tecnología armamentista para el mercado de armas y espectáculo de consumo mediático. En la ideología neoliberal, el Estado se desprende de un fin común moral para tomar una opción primordial por los negocios; transfiere su papel de planificador al mercado; se incrementa el énfasis en la descentralización y la regionalización y se genera una descentralización fiscal y administrativa dentro de los Estados/naciones (Harvey, 2010). Todo ello se acompaña de una exaltación de la figura de la fiscalización/participación como un tipo de perfil que “otorga” poder al ciudadano ante la disminución de la centralidad del Estado (Poole y Das, 2004). También hay un énfasis en la normatividad como eje del gobierno, pero con mayores exigencias para el ciudadano de a pie que para el aparato estatal, dado

---

<sup>4</sup> UN-REDD pretende incidir en los efectos dañinos de la humanidad sobre la naturaleza, atribuyendo a los bosques un valor monetario basado en su capacidad de almacenar carbono y conseguir así la reducción de la emisión de gases de efecto invernadero.

que este último funciona sobre la base de la excepcionalidad (Ong, 2006), lo que hace que la transparencia que proclama este modelo sea también en gran parte retórica e ilusoria.

Es en esta coyuntura que comienzan a surgir en toda la región de América Latina reformas constitucionales que definen a las naciones como multiétnicas, pluriculturales y multilingües. En las constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia (2009), por ejemplo, se redefine el Estado como plurinacional y aparecen en los textos constitucionales nuevas narrativas que retan lo que hasta ese momento era monopolio de sistemas de representación jurídica y constitucional de tipo occidental. Así mismo, se trasladan a los pueblos indígenas algunas funciones que antes eran responsabilidad estatal. Hay una creciente descentralización que funciona a favor del papel de los pueblos indígenas ante la justicia, la educación, la salud y hasta cierto punto la administración de sus territorios. Esto se acompaña de un incremento en la capacidad de incidencia en el Estado y en la conformación y proyección de movilizaciones y acción política por la defensa de lo local, su tierra y la naturaleza.

El caso colombiano es un buen ejemplo del efecto de este nuevo marco que emerge del bloque constitucional. Con la Constitución Política de 1991 se crearon nuevos espacios de participación para indígenas y afros, a varios niveles de la organización administrativa y política del Estado (Grueso, Rosero y Escobar, 1998). Las circunscripciones electorales especiales les garantizan cupos en las corporaciones públicas nacionales y se da una expansión de derechos a estos sectores de la población en una diversidad de materias. Un efecto visible de esto es un nuevo tipo de ciudadano cada vez más reglado por normas. En foros internacionales sobre temas de derechos indígenas y afrodescendientes llama la atención el énfasis en la cita de leyes y un lenguaje saturado de tecnicismos jurídicos en las intervenciones de los representantes colombianos. La aparición en el marco legal colombiano de derechos y garantías ha generado un nuevo modelo de ciudadano que toma conciencia de que el Estado y las políticas públicas son asuntos de su incumbencia y que su participación puede hacer una diferencia (Padilla, 2012).

Esta transformación de la forma como el Estado es concebido y el nuevo tipo de relación con los distintos sectores sociales que constituyen la nación, hacen que aparezca la necesidad de una nueva institucionalidad, el establecimiento de puentes entre realidades diversas y disciplinas que facilitan el abordaje de una nueva configuración del Estado. Es aquí donde aparecen conceptos como el etnodesarrollo, la etnoeducación, el pluralismo jurídico, el peritaje antropológico y la consulta y el consentimiento previos, entre otros. Pero ésta es sólo una cara de la moneda. La otra, de la violencia, el conflicto armado, la arremetida extractivista y la débil presencia del Estado en escenarios claves lleva a la conclusión de la Relatoría de Pueblos Indígenas de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en sus informes de 2004 y 2010, según la cual el 65% de los pueblos indígenas del país se encuentran amenazados de desaparición. Según cifras del Observatorio del Programa Presidencial de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, citadas por la oficina de la ONU, en Colombia se cometieron 94 asesinatos de indígenas entre enero y octubre del 2009.

En los diagnósticos hechos por la Corte Constitucional de Colombia en 2009 y 2010, al menos 35 grupos indígenas se encuentran en inminente peligro de extinción a causa

del conflicto armado y el desplazamiento que afectan sus territorios (auto 004 de 2009 y auto 382 de 2010). Algunos se encuentran en situaciones más críticas que los demás. La protección a estas comunidades vulnerables, presente en la legislación y en la Constitución colombiana, obliga al Estado a garantizar su sobrevivencia, y en este sentido se orientan los autos de la Corte Constitucional, que constituyen un ejemplo admirable de activismo judicial.

### 3. Colombia: la búsqueda de un nuevo consenso social

La importancia del derecho a la consulta y el consentimiento previo, libre e informado se observa no sólo como un acto de justicia para poblaciones que han padecido y siguen padeciendo todo tipo de violencia, despojo, explotaciones, discriminaciones, sino también desde el punto de vista de la validación de saberes, la verificación sobre el terreno de lo que algunos autores (Escobar, 2008; Tilley, 1994) describen como conocimientos indígenas ligados al lugar. A lo largo de cientos y aun miles de años estos pueblos han generado saberes y prácticas que exaltan la relación sagrada de los humanos con la naturaleza, lo que tiene implicaciones ecológicas fundamentales, en particular en este periodo de grave crisis ambiental y cambio climático. Profundizar en esta aproximación es vital en la presente expansión del capitalismo que destaca el lucro como la razón superior. La consulta abre un canal a través del cual estas voces pueden ser escuchadas y tenidas en cuenta al momento de tomar una decisión. Corroborar este aspecto sobre el terreno ha sido algo fundamental del trabajo etnográfico que hicimos en la investigación comparativa (Padilla, 2010).

Otro aspecto esencial del trabajo etnográfico ha sido verificar sobre el terreno el grado de correlación entre el papel de los actores locales, en particular las autoridades ancestrales e intelectuales (orgánicos y públicos), y los cuerpos legales de origen internacional, así como sus efectos. El caso que estudiamos con el pueblo arhuaco de la Sierra Nevada de Santa Marta ilustra la apelación directa de las comunidades a esos cuerpos legales internacionales en la aplicación propia de mecanismos de defensa como son las consultas. En Colombia con las reivindicaciones de sus derechos específicos (ONIC, 2011), los movimientos indígenas han contribuido a desarrollar el nuevo marco constitucional y legal internacional que reconoce los derechos indígenas, incluyendo la defensa de sus territorios, no sólo como base de su subsistencia, sino también por su carácter de espacio cultural y sagrado.

La Corte IDH en la sentencia de Sarayaku,<sup>5</sup> de junio del 2012, establece respecto a la obligación de los Estados de respetar el derecho a la consulta que “La obligación de consultar a las Comunidades y Pueblos Indígenas y Tribales sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos reconocidos en la normatividad interna e internacional, así como la obligación de asegurar los derechos de los pueblos indígenas a la participación en las decisiones de los asuntos que conciernan a sus intereses, está en relación directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los

---

<sup>5</sup> Corte IDH: *Caso del Pueblo indígena kichwa de sarayaku vs. Ecuador*, sentencia de 27 de junio de 2012, fondo y reparaciones.

derechos reconocidos en la Convención (artículo 1.1). Esto implica el deber de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y, en general, de 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.<sup>6</sup>

Lo anterior conlleva la obligación de estructurar sus normas e instituciones de tal forma que la consulta a comunidades indígenas, autóctonas, nativas o tribales pueda llevarse a cabo efectivamente, de conformidad con los estándares internacionales en la materia.<sup>7</sup> De este modo, los Estados se encuentran obligados a incorporar esos estándares dentro de los procesos de consulta previa, bien sea por medio de la vía legislativa, como se hizo en Perú, con la aprobación de la primera ley de implementación de la consulta aprobada en América Latina, (Ley n.º 29785 de septiembre del 2011), o por la vía jurisprudencial que ha sido el mecanismo implementado en Colombia, donde la Corte Constitucional ha venido abordando el análisis de casos que conforma ya un bagaje jurisprudencial importante en este campo. La extensión de la práctica de este derecho, al tiempo que permite visualizar las dificultades que su implementación plantea, ha comenzado a crear canales de diálogos sostenidos, efectivos y confiables con los pueblos indígenas en los procedimientos de consulta y participación a través de sus instituciones representativas.

La Corte Constitucional de Colombia en la sentencia del 3 de marzo del 2011 ha puntualizado que el interés en el respeto a la naturaleza no es monopolio del Estado, sino un derecho y una obligación de todos: “la tarea de avanzar hacia un modelo de desarrollo que garantice la vida y protección de la naturaleza es de todos y no prerrogativa de los estados, [...] el derecho a un medio ambiente sano es a la vez un deber que involucra a toda la humanidad”, citando además las palabras del profesor Martín Mateo: “solo puede salvar a la humanidad y al planeta la sincronización de sus mutuas exigencias”.<sup>8</sup>

En sentencia de 1994 la Corte Constitucional de Colombia afirmó: “Ya ha dicho la Corte que el pluralismo establece las condiciones para que los contenidos axiológicos de la democracia constitucional tengan lugar y fundamento democrático. Dicho sintética-

<sup>6</sup> Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, fondo, sentencia de 29 de julio de 1988, serie C, n.º 4, párrafo 166, y *Caso Familia Barrios vs. Venezuela*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2011, serie C, n.º 237, párrafo 47.

<sup>7</sup> En ese sentido, el artículo 6.1 del Convenio 169 de la OIT, dispone que “[a] aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente [y] b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, [...] a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan”. Del mismo modo, el artículo 36.2 de la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas* establece que “los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán medidas eficaces para facilitar el ejercicio y asegurar la aplicación de este derecho”. Por otro lado, el artículo 38 del mismo instrumento dispone que “[l]os Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la [...] Declaración”.

<sup>8</sup> Sentencia T-129-2011, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, 3 de marzo de 2011, p. 78.

mente, la opción popular y libre por los mejores valores, está justificada formalmente por la posibilidad de escoger sin restricción otros valores, y materialmente por la realidad de una ética superior” (sentencia C-089/94, *ibíd.*).

La Corte IDH, al igual que otras del continente, en particular la Corte Constitucional de Colombia, cuestiona en alguna medida el modelo hegemónico de desarrollo en su afectación a los derechos humanos: “el riesgo al cual nos enfrentamos no es propiamente el de la destrucción del planeta sino el de la vida como la conocemos. El planeta vivirá con esta o con otra biosfera dentro del pequeño paréntesis biológico que representa la vida humana en su existencia de millones de años, mientras que con nuestra estulticia sí se destruye la biosfera que ha permitido nacer y desarrollarse a nuestra especie, estamos condenándonos a la pérdida de nuestra calidad de vida, la de nuestros descendientes y eventualmente a la desaparición de la especie humana”<sup>9</sup>

Es relevante anotar que según lo ha dicho en sentencia la Corte IDH,<sup>10</sup> resoluciones y sentencias de cortes superiores de justicia de países latinoamericanos, como en este caso de Colombia, constituyen una referencia de interpretación para otros países, en cuanto desarrollan un marco que facilita la lectura de principios y normas.

La jurisprudencia colombiana dice que hay deber de realizar la consulta de una medida legislativa cuando ésta sea susceptible de generar afectación directa en pueblos indígenas o comunidades afrodescendientes, y hay afectación directa cuando la ley modifique o altere el estatus de una persona o comunidad, porque le impone restricciones o gravámenes, o por el contrario, le confiere beneficios. La Corte señala que puede haber afectación directa cuando: “la materia del proyecto está relacionada con aspectos que tienen una vinculación intrínseca con la definición de la identidad étnica de dichos grupos, entre ellos, el derecho de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo, de preservar su cultura y la relación especial y colectiva con el territorio”<sup>11</sup>

#### 4. Consulta y consentimiento, retos y desarrollos

Se requiere consentimiento: (1) cuando el proyecto implique traslado de los pueblos indígenas de sus tierras tradicionales (Declaración ONU, Pueblos Indígenas, Art. 10); (2) cuando el proyecto implique el almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en sus territorios (Declaración ONU, Art. 29.2); (3) cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que pudieran tener un impacto mayor en los territorios indígenas (Corte IDH, *Caso Saramaka vs. Surinam*, párr. 133); (4) cuando se trate de actividades de extracción de recursos naturales en territorios indígenas que tengan impactos sociales, culturales y ambientales significativos (Anaya, 2010). Por impactos significativos, debemos entender: cuando dichas actividades de extracción de recursos

<sup>9</sup> Sentencia C-339 de 2002.

<sup>10</sup> Ver Corte IDH: *Caso Tiu Tojin vs. Guatemala*, párrafo 87.

<sup>11</sup> Corte Constitucional, sentencia C-030 de 2008.

amenacen u ocasionen: (1) la pérdida de territorios y tierra tradicional; (2) el desalojo; (3) la migración; (4) el posible reasentamiento; (5) el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural; (6) la destrucción y contaminación del ambiente tradicional; (7) la desorganización social y comunitaria; (8) negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración; (9) el abuso y la violencia.

La Corte Constitucional colombiana en una sentencia de tutela del 2011<sup>12</sup> estableció criterios aún más garantistas que contribuyen a esclarecer y determinar la prevalencia del consentimiento en el ejercicio de consulta; en esa oportunidad señaló: "... subyace la necesidad de responder la pregunta relativa a si el consentimiento sólo se debe buscar en los casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala.<sup>13</sup> Para la Sala la respuesta es negativa. Conforme a esta providencia *toda* medida administrativa, de infraestructura, de proyecto u obra que intervenga o tenga la potencialidad de *afectar* territorios indígenas o étnicos deberá agotar no sólo el trámite de la consulta previa desde el inicio, sino que se orientará bajo el principio de participación y reconocimiento en un proceso de diálogo entre iguales que *tendrá como fin el consentimiento*, previo, libre e informado de las comunidades étnicas implicadas"<sup>14</sup> (cursivas añadidas).

En consideración de la ampliación que la Corte Constitucional colombiana ha hecho en su interpretación sobre la prevalencia del consentimiento sobre la consulta cuando se prevean afectaciones a las tierras y territorios de indígenas, un primer interrogante que surge es cómo esto podría involucrar en la práctica el poder de veto de las comunidades sobre proyectos donde consideren que las amenazas son mayores que los beneficios. La Corte explica las dos vertientes que se han venido desarrollando desde el punto de vista normativo y jurisprudencial; una es la interpretación de la consulta con poder de veto, si no hay consentimiento, la que según la Corte estaría dentro de los términos de la Convención, pero genera varios tipos de resistencias. La otra es la consulta previa, entendida sólo como información, que no estaría conforme con la Convención, pero que es la que con más frecuencia se invoca para aparentar un cumplimiento de dicho instrumento.<sup>15</sup> Conforme a lo expuesto, para la Corte el criterio que permite conciliar estas posiciones está en directa relación con el grado de afectación a la comunidad, eventos específicos

<sup>12</sup> Sentencia T-129-2011, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, 3 de marzo de 2011.

<sup>13</sup> La Corte Constitucional colombiana alude a la sentencia T-769 del 2009, donde se afirmaba que "... cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del Estado no sólo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias; por lo que en estos casos las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes, debido al grave nivel de afectación que les acarrea..."

<sup>14</sup> Sentencia T-129-2011, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, 3 de marzo de 2011.

<sup>15</sup> Sentencia T-129-2011, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, 3 de marzo de 2011, p. 74.

en los que la consulta y el consentimiento pueden incluso llegar a determinar la medida menos lesiva, como medida de protección de las comunidades.

En relación con la primera vertiente, es decir, la que acepta la imposibilidad de llevar a cabo la obra por rechazo de la comunidad, la Corte Constitucional colombiana sugiera mirar más allá del veto y considerarlo como una experiencia de ejercicio de formación de cultura democrática: "... la Corte resalta la necesidad de que la discusión no sea planteada en términos de quién veta a quién, sino que ante todo se trata de un espacio de disertación entre iguales en medio de las diferencias, (es una) oportunidad para que los organismos estatales y concesionarios del estado puedan explicar de forma concreta y transparente cuáles son los propósitos de la obra y la comunidad pueda exponer cuáles son sus necesidades y puntos de vista frente a la misma". Por ello, el proceso, en el que participe la comunidad y la contraparte bajo el monitoreo del Estado, deberá efectuarse desde "la etapa de estudios de factibilidad o planeación y no al final, en el momento previo a la ejecución, ya que este tipo de práctica desconoce y vulnera los tiempos propios de las comunidades étnicas, situando el proceso de consulta y búsqueda del consentimiento en un obstáculo y no en la oportunidad de desarrollar un diálogo entre iguales en el que se respete el pensamiento del otro, incluido el de los empresarios".<sup>16</sup>

Con la promulgación en 2007 por parte de la ONU de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que reconoce su derecho a la libre determinación y a la autonomía, queda superado el punto que había sido cuestionado por muchos indígenas respecto a la advertencia en el artículo 1º, numeral 3 del Convenio 169, sobre que la utilización del término pueblos no deberá interpretarse en el sentido que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional. De acuerdo con ello, en la legislación internacional habría pueblos con derechos amplios y pueblos indígenas con derechos limitados. Con la declaración se logra un avance al respecto: "Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud a ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural" (Art. 3º), y "Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas" (Art. 4º).

La consulta, en el marco de la libre determinación de que gozan los pueblos indígenas, es un derecho, no una obligación. El Estado no puede imponer la consulta al pueblo indígena si el pueblo con el que quiere consultar manifiesta que no dará su consentimiento o que no considera procedente entrar en un procedimiento para alcanzar un acuerdo. La consulta, después de esta precisión en la Declaración, es complementaria a la auto-

---

<sup>16</sup> Sentencia T-129-2011, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, 3 de marzo de 2011. De esta sentencia extraemos la siguiente cita: "El antropólogo Roberto Pineda nos recuerda que la palabra 'consulta' puede ser una cosa u otra, dependiendo de quién lo interprete (Pineda, 2002). Puede significar tener en cuenta el punto de vista del otro, pero conservando la potestad de decidir. Pero también hay quienes creen que significa acordar, concertar y hasta otorgar o reconocer al consultado la capacidad de decidir; sin embargo, otros consideran que puede asimilarse a informar".



mía, pero no la sustituye. Lo que procede entonces es suspender cualquier proyecto de consulta hasta que el pueblo indígena esté en condiciones de tomarlo en consideración. Esto mediante la reconstitución y capacitación para el ejercicio de la libre determinación en términos de autonomía o libre determinación. En casos de una respuesta negativa de un pueblo indígena a una iniciativa que considera que lo lesiona gravemente, lo que se ejerce es el derecho a la libre determinación y no, como se pretende llamar, alguna forma de derecho de veto.

Afirma la Corte Constitucional colombiana que el ritual de la consulta previa y el consentimiento no son las únicas garantías que deben prestar el Estado y los concesionarios al momento de considerar los planes de “infraestructura o desarrollo”. Al promover la participación indígena lo que se debe buscar es que en el proceso de negociación, además de escuchar e incorporar su opinión, preocupaciones y objeciones, las empresas y concesionarias busquen la manera de compartir de forma razonable los beneficios del proyecto con el pueblo o comunidad étnica que sea directamente afectado.

La Corte Constitucional colombiana en esta sentencia señala a los empresarios e inversionistas que la mejor manera de avanzar hacia un consentimiento con las comunidades afectadas es negociando con ellas. Que la vieja forma de decisiones unilaterales y autoritarias es generadora de conflictos, choques, bloqueos, denuncias, interposición de recursos, amparos, etc., con lo que se incrementan considerablemente los gastos y muchas veces impiden, por fuera de argumentos puestos en debate, la realización de los proyectos originalmente planteados. En este proceso la CCC recomienda la fórmula de la “participación razonable en los beneficios derivados de cualquier explotación en sus territorios”.<sup>17</sup>

Pero lo que está de por medio no es sólo la expectativa de la comunidad afectada de recibir algunos beneficios de tipo económico o de servicios por el desarrollo de un proyecto de explotación de recursos naturales o de otro orden, tales como carreteras, hidroeléctricas, etc., sino también la posibilidad de incluir dentro del proceso del análisis global de la iniciativa, los puntos, objeciones, preocupaciones de quienes necesariamente tienen otra visión pues lo que está en juego y se argumenta es la viabilidad de su existencia misma, la vigencia de su derecho a “un presente y futuro de un pueblo, de un grupo humano que tiene derecho a auto-determinarse y defender su existencia física y cultural”.<sup>18</sup>

Una de las rupturas fundamentales que el ejercicio de la consulta plantea respecto a lo que fue usual en el pasado, es la eliminación de prejuicios sobre la supuesta superioridad de valores vinculados con la concepción hegemónica de progreso o desarrollo, usualmente asociada a grandes movimientos de capital. Una obra de infraestructura o de explotación extractiva de recursos, por cuantiosa que sea, no implica que sea jerárquicamente superior al imperativo estatal de protección de derechos culturales o formas de vida de pueblos indígenas o grupos étnicos o tribales. “... No se puede obligar a una comunidad étnica a renunciar a su forma de vida y cultura por la mera llegada de una

<sup>17</sup> Sentencia T-129-2011, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, 3 de marzo de 2011, p. 78.

<sup>18</sup> *Ibíd.*, p. 79.

obra de infraestructura o proyecto de explotación y viceversa. En virtud de ello, en casos excepcionales o límite los organismos del Estado y de forma residual el juez constitucional, si los elementos probatorios y de juicio indican la necesidad de que el consentimiento de las comunidades pueda determinar la alternativa menos lesiva, así deberá ser”.<sup>19</sup>

En esta sentencia la Corte Constitucional colombiana opta por que la voz indígena sea tomada seriamente en cuenta. Llega a ello a partir de considerar el nivel de deterioro del planeta y el hecho de que las culturas indígenas han probado suficientemente el impacto favorable que desde el punto de vista cultural significa poseer una imagen sacralizada y más respetuosa en su relación con la naturaleza. La Corte obliga a incorporar esta percepción entre las variables que deben ser tomadas en cuenta antes de decidir sobre la viabilidad de un proyecto. La relación humana con el medio ambiente no puede continuar siendo tan cerrilmente antropocentrista, argumenta la Corte, “... dicho esquema de correlación es el germen de la autodestrucción, por tanto se torna inaplazable y necesario entender que todo está holísticamente enlazado y que la protección, va más allá de la mera normativa y su cumplimiento, puesto que lo que está en juego no es solo la subsistencia de la especie humana, sino la vida como un todo”.<sup>20</sup>

Ahora bien, ¿qué sucede si la oposición de la comunidad, dada la magnitud del impacto, es irrenunciable y la alternativa menos lesiva resulte ser que ésta no se lleve a cabo? Dado este supuesto, la Corte ha destacado que “... [en caso que] resulte probado que todas (las alternativas) son perjudiciales y que la intervención conllevaría al aniquilamiento o desaparecimiento del grupo, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación pro homine”,<sup>21</sup> es decir, la aplicación de los principios legales y normas que sean más pertinentes para la protección de la dignidad humana, los derechos humanos y los derechos fundamentales reconocidos y protegidos en la Constitución y tratados y convenios internacionales.

## 5. La consulta, las empresas y el papel del Estado

La brecha entre estos enunciados teóricos y la práctica se ensancha en vez de acortarse. Con mucha frecuencia son las empresas las que toman la iniciativa, tienen el interés, los recursos y no escatiman esfuerzos para avanzar muchas veces por medio de procedimientos que no son totalmente compatibles con los marcos legales. La participación del Estado, en el contexto neoliberal actual, se ve disminuida respecto a la fortaleza de empresas que cuentan con excelente infraestructura, medios de transporte y recursos técnicos para avanzar en sus agendas de despejar el camino para las obras en las que tienen interés.

<sup>19</sup> *Ibíd.*, p. 76.

<sup>20</sup> Para mayor información relacionada con la Constitución ecológica o ambiental pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-411/92, C-305/95, C-671/01, T-760/07, C-750/08, C-944/08, C-443/09 y T-356/10.

<sup>21</sup> Sentencia T-129-2011, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, 3 de marzo de 2011, p. 76.

Un aumento notable de consultas en los últimos años en Colombia, dado el auge en la explotación extractiva de recursos, el incremento de obras de infraestructura y la necesidad de consultar a los pueblos indígenas respecto a iniciativas legales y de políticas públicas que los afectan, comienzan a fatigar a todos los sectores involucrados. Para algunos funcionarios del Poder Ejecutivo y empresas el problema de las consultas se resuelve con dinero. Muchos líderes de las comunidades étnicas le ponen precio a su visto bueno y la consulta se pervierte. El discurso en algunas sentencias sobre la participación y el fortalecimiento de la democracia se queda en el papel mientras en la práctica se expande la consulta como un espacio de negociación donde todo o casi todo tiene un precio.

El Gobierno mira para otro lado, pues algunas veces él mismo recurre a esta vía que es más expedita para despejar el camino para sus iniciativas que exigen este derecho. Algunas empresas prefieren pagar que entrar en controversias que implican demoras que pueden resultar al final más costosas. Tampoco desde el Ejecutivo se impugnan esas manifestaciones de compraventa del consentimiento, pues esto “podría interpretarse como sinónimo de insensibilidad frente a los miembros sufrientes de estas comunidades y también como incompreensión ante la posibilidad de obtener alguna ventaja para estas sociedades” (Sánchez, 2012).

Lo que esta actitud pasa por alto es que la función del Estado en el marco de principios constitucionales y convencionales debe tener en cuenta el valor superior de la protección y garantía de la conservación ambiental y cultural, en el marco de la promoción y fortalecimiento del Estado social de derecho. El reto para evitar la “consultitis”, entendiendo esto como una invocación excesiva de consultas que termina fatigando a las comunidades étnicas, implica la necesidad de desarrollar mecanismos ágiles, prácticos y representativos que sin menoscabar el derecho superior de los pueblos a su participación, permitan evitar que este derecho se convierta en un obstáculo que retrase o impida obras, y que se desarrolle como un mecanismo para que los proyectos e iniciativas se den en condiciones menos traumáticas, sus efectos negativos se disminuyan y los beneficios se amplifiquen, a partir de un ejercicio que fortalezca la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos.

La Corte IDH estableció<sup>22</sup> que para que la exploración o extracción de recursos naturales en los territorios ancestrales no implique una denegación de la subsistencia del pueblo indígena como tal, los Estados deben cumplir con las siguientes salvaguardias: (i) efectuar un proceso adecuado y participativo que garantice su derecho a la consulta, en particular, entre otros supuestos, en casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala; (ii) la realización de un estudio de impacto ambiental; y (iii) en su caso, compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales (como una forma de justa indemnización exigida por el artículo 21 de la Convención), según lo que la propia comunidad determine y resuelva respecto a quiénes serían los beneficiarios de tal compensación según sus costumbres y tradiciones.

---

<sup>22</sup> Corte IDH: *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, sentencia de 27 de junio de 2012, fondo y reparaciones.

Es necesario enfatizar que de acuerdo con el desarrollo normativo y jurisprudencial nacional e internacional, la obligación de consultar es responsabilidad del Estado y no de empresas o particulares, menos aún en la misma empresa interesada en la explotación de los recursos en el territorio de la comunidad sujeto de la consulta. Sobre este particular la Corte IDH, en relación con el caso del pueblo sarayaku ha dicho: “la Corte ha dado por probado que la compañía petrolera pretendió relacionarse directamente con algunos miembros del Pueblo Sarayaku, sin respetar la forma de organización política del mismo. Además, es un hecho reconocido por el Estado que no fue éste el que llevó a cabo esa ‘búsqueda de entendimiento’, sino la propia compañía petrolera. Así, de la posición sostenida por el Estado ante este Tribunal se desprende que aquél pretendió delegar *de facto* su obligación de realizar el proceso de consulta previa en la misma empresa privada que estaba interesada en explotar el petróleo que existiría en el subsuelo del territorio Sarayaku (*supra* párr. 199). Por lo señalado, el Tribunal considera que estos actos realizados por la compañía CGC no pueden ser entendidos como una consulta adecuada y accesible”.<sup>23</sup>

La razón fundamental por qué es al Estado a quien corresponde generar y supervisar la consulta, se debe a que como quedó dicho este derecho es a la vez un medio para garantizar la vigencia de otros derechos. El artículo 21 de la Convención Americana protege la estrecha vinculación que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de los territorios ancestrales y los elementos incorporales que se desprendan de ellos.<sup>24</sup> Entre los pueblos indígenas existe una tradición comunitaria sobre la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo, sino en el grupo y su comunidad. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección de tal disposición para millones de personas.<sup>25</sup>

Algunas veces puede ocurrir que ante la ausencia de la acción del Estado, como sucedió en el caso al que hemos hecho seguimiento en México,<sup>26</sup> ante el imperativo que la empresa tenía de avanzar en su iniciativa, realizó trámites, hizo convenios y comenzó la obra sin ninguna tipo de consulta. Cuando las comunidades afectadas, constituidas

<sup>23</sup> Corte IDH: *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, sentencia de 27 de junio de 2012, fondo y reparaciones.

<sup>24</sup> Cfr. Corte IDH: *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, párrafo 148 y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, párrafo 85; además, “Comisión Interamericana: Informe de seguimiento - Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia”, Doc. OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, párrafo 156.

<sup>25</sup> Cfr. Corte IDH: *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, párrafo 120 y *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, párrafo 87.

<sup>26</sup> Corte IDH: *Caso Cerro de Oro en el Municipio de Tuxtepec, Oaxaca, de conversión de un embalse en hidroeléctrica por parte de una empresa mexicana financiada con capital del gobierno de los Estados Unidos*.

en un 50% por indígenas, alegaron la ausencia de consulta, las obras fueron suspendidas, luego de haberse invertido varios millones de dólares, y continúan paralizadas con graves perjuicios económicos para la empresa. Los empresarios entrevistados alegaban con razón que ellos habían cumplido con todos los requisitos que las instituciones les exigían, que no sabían que las comunidades involucradas fueran indígenas y que jamás habían oído hablar del derecho a la consulta previa. La enseñanza de esta experiencia, donde seguramente el Estado terminará siendo demandado por la empresa por daños y perjuicios, ilustra la situación traumática que se genera ante la omisión de la acción del Estado que debería haber establecido con claridad desde un comienzo el procedimiento que la empresa hubiera debido seguir para avanzar en su inversión sobre bases claras y firmes. El Estado ha sido severamente censurado por las comunidades, por la empresa y los inversionistas extranjeros por su falencia al establecer procedimientos que despejen con claridad las reglas que deben seguirse ante este tipo de iniciativas.

Los empresarios en reciente reunión con el Comité de Medio Ambiente de AmCham Colombia,<sup>27</sup> con el fin de socializar los retos de la consulta previa a pueblos indígenas y étnicos para licenciamientos ambientales de proyectos, señalaron como aspectos problemáticos para las empresas la falta de información de las comunidades consultadas, la divergencia entre visiones de desarrollo y la ambigüedad metodológica del proceso. La marcada divergencia entre el concepto de desarrollo de estos pueblos y el de los empresarios, el gobierno y la sociedad, en donde entran en contradicción los intereses de protección de recursos y territorio y su explotación y aprovechamiento en diversas actividades económicas. Así mismo, la ambigüedad del procedimiento para la realización de la consulta representa problemas adicionales en el proceso, ya que da lugar a malas prácticas por parte de las empresas y al desconocimiento del derecho y deber constitucional de las comunidades implicadas. Los asistentes destacaron que a pesar que existen unos mínimos establecidos por la Corte Constitucional en distintas sentencias, éstos solamente dan luces sobre las características de la consulta previa (buena fe, informada, legítima, representativa) y no llegan a establecer derroteros oficiales. Esto fue lo que de acuerdo con la experiencia de expertos y empresarios reunidos por cuenta del Comité de Medio Ambiente de la Cámara de Comercio Colombo Americana-AmCham Colombia tendría que ser resuelto por el Estado en consulta con las comunidades étnicas para que la consulta pueda ser más expedita.

El tema de las reparaciones es de gran importancia. La experiencia del pueblo embera-katío del alto Sinú, que fue afectado por la construcción de la represa de Urrá en el departamento de Córdoba, en el noroccidente de Colombia, es ejemplarizante: este pueblo que era cazador y recolector y vivía en la selva que fue inundada, al ser desplazado de su territorio tradicional sufrió un impacto devastador en su forma de vida. La Corte Constitucional colombiana, seguramente con la mejor intención, después de evaluar los perjuicios que este pueblo había experimentado, emitió una sentencia en la cual ordenaba que la empresa constructora de la represa indemnizara al pueblo con un subsidio

---

<sup>27</sup> Press Releases: “Desafíos empresariales frente a la consulta previa”, 2 de octubre del 2012.

alimentario y de transporte: “pagará la firma propietaria del proyecto a cada uno de los miembros del pueblo indígena durante los próximos quince (15) años, a fin de garantizar la supervivencia física de ese pueblo, mientras adecúa sus usos y costumbres a las modificaciones culturales, económicas y políticas que introdujo la construcción de la hidroeléctrica sin que los embera fueran consultados, y mientras pueden educar a la siguiente generación para asegurar que no desaparecerá esta cultura en el mediano plazo”.<sup>28</sup> Este pago que las cabezas de hogar reciben mensualmente ha tenido un efecto aún más destructor que la construcción de la presa: el pueblo ha disminuido considerablemente su trabajo para resolver sus necesidades básicas pues prefiere esperar el cheque. En los viajes a la cabecera municipal, que se han incrementado, muchos de los indígenas gastan parte de su pago en alcohol y prostitutas, con graves efectos para su salud y la de sus familias.

El panorama visto desde la óptica de los inversionistas no resulta más positivo: muchas empresas que no aceptan la existencia de territorios que estén vedados a sus pretensiones comerciales optan por ignorar al Estado y hacen por su cuenta lo que para ellas sería equivalente a consultas previas. En esta dinámica es frecuente escuchar invocaciones al interés general o al interés nacional, en contraste con las reivindicaciones de los pueblos indígenas y de las comunidades afrocolombianas, que son definidas como de interés particular, descalificándose así sus pretensiones como expresiones de radicalidad política. No es raro que en muchos casos se utilicen procedimientos corruptos para ganarse las voluntades tanto de funcionarios públicos como de líderes de las comunidades étnicas.

El Estado no puede dejar en manos de la ilusoria igualdad que pueda darse en una negociación “privada” entre empresas y pueblos indígenas un derecho tan importante y complejo como es el derecho a la consulta. Ésta es una función fundamental que corresponde inequívocamente al Estado, en el contexto de sus obligaciones contempladas en el bloque de constitucionalidad, es decir, lo que establecen la Constitución Política y los convenios internacionales en materia de derechos humanos.

Debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, la protección del derecho a la propiedad, uso y goce sobre éste es necesaria para garantizar su supervivencia; es decir, el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los pueblos indígenas y tribales si no estuviera conectado con la protección de los recursos naturales que se encuentran en el territorio. Por ello, la protección de los territorios de los pueblos indígenas y tribales también deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez permite mantener su modo de vida. Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales que han usado tradicionalmente los pueblos indígenas y tribales, y que son necesarios para su supervivencia física y cultural, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión, es preciso protegerla bajo el artículo 21 de la Convención para garantizar que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema econó-

---

<sup>28</sup> Sentencia T-652, Urrá, 10 de noviembre de 1998.

mico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados.<sup>29</sup>

La Corte Interamericana, a su vez, ha destacado que los derechos territoriales de los pueblos indígenas se relacionan con “el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida”.<sup>30</sup>

En relación con el papel de los jueces en el proceso de implementación de los tratados y convenios internacionales, de cuya fuente deviene el derecho a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado, cabe mencionar que la Corte IDH ha establecido que los jueces y tribunales del poder judicial en los países signatarios, además de estar sujetos al imperio de orden jurídico interno, están obligados a tomar en cuenta todas las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. De manera que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana o el Convenio 169 de la OIT, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a aquél, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención o el instrumento respectivo no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin. En otras palabras, el poder judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y los instrumentos internacionales, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

La Corte Interamericana ha señalado así mismo que “para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”.<sup>31</sup> La Corte ha re-

<sup>29</sup> Cfr. Corte IDH: *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, párrafos 124, 135 y 137, y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, párrafos 118 y 121.

<sup>30</sup> Corte IDH: *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 17 de junio de 2005, serie C, n.º 125, párrafo 146. Para la Corte Interamericana, “La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural” [Corte IDH: *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 17 de junio de 2005, serie C, n.º 125, párrafo 146]. Los pueblos indígenas y tribales tienen un derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado; al afectar el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se pueden afectar otros derechos básicos como el derecho a la identidad cultural, o la supervivencia de las comunidades indígenas y sus miembros [Corte IDH: *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 17 de junio de 2005, serie C, n.º 125, párrafos 146 y 147]. La Corte IDH ha explicado en esta línea que el territorio ancestral reclamado por comunidades indígenas “es el único lugar donde tendrán plena libertad porque es la tierra que les pertenece” [Corte IDH: *Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Yakye Axa vs. Paraguay*, referidos en Corte IDH: *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 17 de junio de 2005, serie C, n.º 125, párrafo 120(g)].

<sup>31</sup> Corte IDH: *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de agosto de 2001, serie C, n.º 79, párrafo 149; *Caso Comunidad*

conocido igualmente en estas sentencias citadas que “al desconocerse el derecho ancestral de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros”. “La tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio”. Los Estados deben respetar esa especial relación para garantizar la supervivencia social, cultural y económica. Así mismo, se ha reconocido la estrecha vinculación del territorio con las tradiciones, costumbres, lenguas, artes, rituales, conocimientos y otros aspectos de la identidad de los pueblos indígenas, señalando que “[e]n función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas”.<sup>32</sup>

## 6. Conclusión

Recapitulando algunos de los elementos esenciales del derecho a la consulta, tomando en cuenta la normativa y jurisprudencia interamericana, la práctica de los Estados y la evolución de los pronunciamientos de la Corte Constitucional colombiana, observamos el siguiente orden en cuanto al tema de principios:

- a. El carácter previo de la consulta.
- b. La buena fe y la finalidad de llegar a un acuerdo.
- c. La consulta adecuada y accesible.
- d. El estudio de impacto ambiental.
- e. La consulta informada.<sup>33</sup>

Conforme a la Directiva Presidencia 01 de 2010, los siguientes mecanismos deben ser utilizados en los procesos de consulta previa:

- a. El proceso de consulta previa siempre deberá cumplir las siguientes fases: i) pre-consulta, ii) apertura del proceso, iii) talleres de identificación de impactos y definición de medidas de manejo, iv) preacuerdos, v) reunión de protocolización, vi) sistematización y seguimiento al cumplimiento de acuerdos, vii) cierre del proceso de consulta previa. Estas fases se entenderán como un protocolo sugerido

---

*Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia 17 de junio de 2005, serie C, n.º 125, párrafos 124 y 131; *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, reparaciones y costas, sentencia de 19 de noviembre 2004, serie C, n.º 116, párrafo 85.

<sup>32</sup> Corte IDH: *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 17 de junio de 2005.

<sup>33</sup> Op. cit., p. 55.



por el Grupo de Consulta Previa y su aplicación estará supeditada a los acuerdos establecidos por la comunidad en consulta y el interesado.

- b. El Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior y de Justicia, con el apoyo de la Dirección de Acceso a la Justicia de este ministerio, velará por el cumplimiento de las fases señaladas bajo la prerrogativa de la protección de los derechos fundamentales.
- c. En los eventos que sea necesario, se expedirán resoluciones o actos administrativos, con el objeto de conminar el cumplimiento de todos los acuerdos previstos en los procesos de consulta previa.<sup>34</sup>

La consulta debe ser previamente informada, según fue señalado, en el sentido de que los pueblos indígenas tengan conocimiento de los posibles riesgos del plan de desarrollo o inversión propuesto, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad. Así, la consulta previa requiere que el Estado ordene, acepte y brinde información, así como una comunicación constante entre las partes.

El artículo 7.3 del Convenio n.º 169 de la OIT dispone que “[l]os gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas”.

Los estudios de impacto ambiental sirven entonces “... para evaluar el posible daño o impacto que un proyecto de desarrollo o inversión puede tener sobre la propiedad y comunidad en cuestión. El objetivo de [los mismos] no es [únicamente] tener alguna medida objetiva del posible impacto sobre la tierra y las personas, sino también [...] asegurar que los miembros del pueblo [...] tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad”, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto, “con conocimiento y de forma voluntaria”.<sup>35</sup>

La Corte IDH ha establecido que los estudios de impacto ambiental deben realizarse de conformidad con los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto. Así mismo, deben respetar las tradiciones y la cultura de los pueblos indígenas y ser concluidos de manera previa al otorgamiento de la concesión, ya que uno de los objetivos de la exigencia de dichos estudios es garantizar el derecho del pueblo indígena a ser informado acerca de todos los proyectos propuestos en su territorio. Por lo tanto, la obligación del Estado de supervisar los estudios de impacto ambiental coincide con su deber de garantizar la efectiva participación del pueblo indígena en el proceso de otorgamiento de concesiones y dar cumplimiento de esta forma al principio de la buena fe. Además, el

<sup>34</sup> Documento de trabajo interno DNP\_DDTS-SODT, Dirección de Desarrollo Territorial, Subdirección de Ordenamiento y Desarrollo Territorial.

<sup>35</sup> Corte IDH: *Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam*, excepciones preliminares fondo, reparaciones y costas y gastos.

tribunal agregó que uno de los puntos sobre el cual debiera tratar el estudio de impacto social y ambiental es el impacto acumulado que han ocasionado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos que hayan sido propuestos.

El Comité de Expertos de la OIT ha establecido, al examinar una reclamación en que se alegaba el incumplimiento por Colombia del Convenio n.º 169 de la OIT, que el requisito de consulta previa implica que ésta debe llevarse a cabo antes de tomar la medida o realizar el proyecto que sea susceptible de afectar a las comunidades, incluyendo medidas legislativas, y que las comunidades afectadas sean involucradas lo antes posible en el proceso.<sup>36</sup> Cuando se trate de consulta previa a la adopción de una medida legislativa, los pueblos indígenas deberán ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa, y dichas consultas no deben ser restringidas a propuestas.<sup>37</sup>

La buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes o terceros que actúen con su autorización o aquiescencia. Adicionalmente, la misma consulta de buena fe es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades afectadas.

La Corte Constitucional de Colombia determinó que es “necesario establecer relaciones de comunicación efectiva basadas en el principio de buena fe, en las que se ponderen las circunstancias específicas de cada grupo y la importancia para este del territorio y sus recursos”.<sup>38</sup> Así mismo, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala (21 de diciembre de 2009, apelación de sentencia de amparo, expediente 3878-2007, IV, V) señaló que la realización de la consulta de buena fe “implica que ésta no se debe abordar como un mero procedimiento formal a cumplir, ni como un trámite, sino como un proceso de raigambre constitucional, con un contenido sustantivo que le es propio y orientado a preservar los derechos fundamentales de los pueblos afectados” (sentencia C-461/08, 6.3.4.).

Del mismo modo, el Tribunal Constitucional del Perú manifestó que “el principio de buena fe conforma el núcleo esencial del derecho a la consulta [...] [y que] [c]on él se permite excluir una serie de prácticas, sutiles, implícitas o expresas, que pretendan vaciar de contenido el derecho de consulta” (Exp. n.º 0022-2009-PI/TC, párr. 27). La Corte Constitucional del Ecuador sostuvo que los “parámetros específicos desarrollados por la

<sup>36</sup> Cfr. Informe del comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (n.º 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), GB.276/17/1; GB.282/14/3 (1999), párrafo 90. Así mismo, OIT, Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), Observación individual sobre el Convenio n.º 169 de la OIT, Argentina, 2005, párrafo 8; Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, 5 de octubre de 2009, A/HRC/12/34/Add.6, apéndice A, párrafos 18 y 19.

<sup>37</sup> Cfr. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, 5 de octubre de 2009, A/HRC/12/34/Add.6, apéndice A, párrafo 20.

<sup>38</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-129/11, 8.1.iv.

OIT que deberían tomarse en cuenta son: [...] e. La obligación de actuar de buena fe por parte de todos los involucrados. La consulta debe constituirse en un verdadero ‘mecanismo de participación’, cuyo objeto sea la búsqueda el consenso entre los participantes, [y] f. El deber de difusión pública del proceso y la utilización de un tiempo razonable para cada una de las fases del proceso, condición que ayuda a la transparencia y a la generación de confianza entre las partes” (sentencia n.º 001-10-SIN-CC, casos n.º 0008-09-IN Y 0011-09-IN, sentencia de 18 de marzo del 2010, p. 53).

La Corte Constitucional colombiana remarca el carácter previo del mecanismo de consulta en el Convenio 169, cuya importancia “radica particularmente no solo en que dicho proceso consultivo se surta de manera previa cuando quiera que se trate sobre la explotación de recursos naturales existentes en territorio, sino porque dicha consulta previa habrá de hacerse extensiva a todas aquellas decisiones administrativas y legislativas del Estado que afecten o involucren intereses propios de dichas minoría [...] pues de esta manera se garantiza igualmente el derecho a su identidad”<sup>39</sup>

## Bibliografía

- ANAYA, James: “Los derechos de los pueblos indígenas”, en Mikel Berraondo (coord.): *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao: Universidad de Deusto, Instituto de Derechos Humanos, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Informe de su visita a Guatemala como Relator Especial de Pueblos Indígenas de la ONU*, 2010.
- BASTOS, Santiago y Manuela CAMUS: *Entre el Mecapal y el Cielo*. Guatemala: Flacso, 2003.
- BASTOS, Santiago y Aura CUMES (coord.): *Mayanización y vida cotidiana. La ideología multicultural en la sociedad guatemalteca* (volumen 1: Introducción y análisis generales). Guatemala: Flacso Guatemala, CIRMA, Cholsamaj, 2007.
- BATZ, Giovanni: *Informe de avances de la investigación de campo en la región IXIL, Guatemala*, Austin, TX, Estados Unidos, 2012.
- BOURDIEU, Pierre: *Meditaciones pascalianas*, Barcelona: Anagrama, 1991.
- \_\_\_\_\_. *La dominación masculina*, Barcelona: Anagrama, 2000.
- \_\_\_\_\_. *La fuerza del derecho. Elementos para una sociología del campo jurídico*, Bogotá: Ediciones Uniandes, Siglo del Hombre Editores, 2000.
- BOURGOIS, Philippe: *The continuum of violence in war and peace: post-cold*, 2001.
- \_\_\_\_\_. “The power of violence in war and peace. Post cold war lessons from El Salvador”, en *Ethnography*, London, vol. 2, n.º 1, pp. 5-34.
- BOURGOIS, Philippe y Nancy SCHEPER-HUGHES (eds.): *Violence in war and peace: An anthology*, Oxford: Blackwell Publishing, 2004.
- CLASTRES, Pierre: *La sociedad contra el Estado*. Barcelona: Virus Editorial, 1974.

<sup>39</sup> Corte Constitucional de Colombia: sentencia T-737 de 2005.

- CLAVERO, Bartolomé: “La consulta en serio”, Bolivia, 2011, <<http://clavero.derechosindigenas.org/wp-content/uploads/2012/04>>.
- COLOM, Yolanda: “*Mujeres en la alborada: Guerrilla y participación femenina en Guatemala*”, Antigua Guatemala, Ediciones el Pensativo, Colección Nuestra Palabra, 1998.
- COMISIÓN DE ESCLARECIMIENTO HISTÓRICO: *Informe de la Comisión de Esclarecimiento Histórico (CEH)*, Guatemala: Memoria del Silencio, 1999.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH): *Informe n.º 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice)*, 2004.
- \_\_\_\_\_*Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú*, Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev, 2000.
- \_\_\_\_\_*Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay*, Doc. OEA/Ser.L/VII.110, Doc. 52, 2001.
- CORREA, L.: “Litigio de alto impacto: estrategias alternativas para enseñar y ejercer el derecho”, en *Opinión Jurídica*, n.º 14, 2008, pp. 149-162.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Caso Tiu Tojin vs. Guatemala*, 2000.
- \_\_\_\_\_*Caso Comunidad Mayagma (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua*, sentencia de 31 de agosto de 2001.
- \_\_\_\_\_*Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, sentencia de 19 de noviembre de 2004.
- \_\_\_\_\_*Caso Comunidad Moiwana vs. Surinam*, sentencia de 15 de junio de 2005.
- \_\_\_\_\_*Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, sentencia de 17 de junio de 2005.
- \_\_\_\_\_*Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*.
- \_\_\_\_\_*Caso La Cantuta vs. Perú*.
- \_\_\_\_\_*Caso Radilla Pacheco vs. México*.
- DAGNINO, Evelina: “Sociedad civil, participación y ciudadanía: ¿de qué estamos hablando?”, en, Ernesto Isunza Vera y Alberto Olvera: *Democratización, rendición de cuentas y sociedad civil. Participación ciudadana y control social*, México: Porrúa, 2006.
- DAS, Veena y Arthur KLEINMAN: *Antropology in the margins of the State*, Oxford University Press, New Delhi, 2004.
- \_\_\_\_\_*“Introducción”*, en Das et ál. (eds.): *Violence and subjectivity*, Berkeley: University of California Press, 2000.
- DELEUZE, G. y Félix GUATTARI: *Mil mesetas. Capitalismo y esquizofrenia*, Madrid: Gedisa, 2000.
- DÍAZ CRUZ, Julio Antonio: “Hacia una geografía jurídica en América Latina: sobre la dimensión mítica de las relaciones derecho-territorio”, en *Revista Geográfica de América Central*, número especial EGAL, Costa Rica, II Semestre, 2011.
- DÍAZ y DÍAZ, Martín: “El régimen jurídico ambiental del subsuelo en México”, en *Pemex: Ambiente y energía: Los retos del futuro. Instituto de Investigaciones Jurídicas*, UNAM, México, 1995.
- DIDEROT, D.: *Pensamientos filosóficos: el combate por la libertad*, Barcelona, Editorial Proteus Libros, 2008.

- DUSSEL, E.: *1492: El encubrimiento del otro. El origen del mito de la modernidad. Conferencias de Frankfurt 1992*, Bogotá: Anthropos, 1992.
- ESCALANTE, Fernando: *La política del terror: apuntes para una teoría del terrorismo*, México: Fondo de Cultura Económica, 2009.
- ESCALÓN, Sebastián: *Plaza Pública, Periodismo de Profundidad*, página web, 2012.
- ESCOBAR, Arturo: *El final del salvaje*. Bogotá: CEREC-ICANH, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Más allá del Tercer Mundo: Globalización y diferencia*, Bogotá: ICANH, Universidad del Cauca, 2005.
- \_\_\_\_\_. “Los límites del Estado: territorio, autonomía y organización en el espacio de la Ley 70”, en XXIII Congreso de LASA, San Francisco, 2012.
- ESTEVA, Gustavo: “La insurrección en curso”, conferencia pronunciada en el Instituto de Investigaciones Económicas de la UNAM, 2010.
- EVANS-PRITCHARD, E.: *Los Nuer*, México: Porrúa, 1940.
- FEIXA, C. y F. FERNÁNDEZ (eds.): *Violencia y culturas*, Barcelona: FAAEE-ICA, 2002.
- FERGUSON, James y Akhil GUPTA: “Spatializing States: *Toward and ethnography of neoliberal governmentality*” [Espacializar los Estados: hacia una etnografía de la gubernamentalidad neoliberal], en *American Ethnologist*, Vol. 29, issues 4, p. 981-1002, nov. 2002.
- FOUCAULT, Michel: *La verdad y las formas jurídicas* (2ª ed.), Barcelona: Gedisa, 1991.
- \_\_\_\_\_. “Gubernamentalidad”, en *Seguridad, territorio, población*, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006.
- FREIRE, Paulo: *Pedagogy of the oppressed*, New York: Herder and Herder, 1970.
- GAVIRIA DÍAZ, Carlos: *Sentencias. Herejías constitucionales*, Colombia: Fondo de Cultura Económica, 2002.
- GRUESO, Libia, Carlos ROSERO y Arturo ESCOBAR: “The process of black community organizing in the southern Pacific coast of Colombia”, en Sonia Álvarez, Evelina Dagnino y Arturo Escobar (eds.): *Culture of politics and politics of culture: Revisioning Latin America social movements*, Boulder: Westview Press, 1998, pp. 196-219.
- GUPTA, Akhil: “Beyond culture: Space, identity, and the politics of difference”, en *Cultural Anthropology*, vol. 7, n° 1, 1992, pp. 6-23.
- GUHA, Ranajit (ed.): *Subaltern studies III: Writings on South Asian history and society*, Delhi: Oxford University Press, 1984.
- HARVEY, David: *The new imperialism*, Nueva York: Oxford University Press, 2003.
- \_\_\_\_\_. “La experiencia del espacio y tiempo”, en *La condición de la posmodernidad*, Buenos Aires: Amorrortu, 2008, pp. 223-356.
- \_\_\_\_\_. “The crises of capitalism lecture given at the RSA”, Londres, 2010.
- HOBBS, Thomas: *Leviatán: o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.
- ISUNZA VERA, Ernesto y Alberto OLVERA: *Democratización, rendición de cuentas y sociedad civil. Participación ciudadana y control social*, México: Porrúa, 2006.
- INFORME DE LA COMISIÓN DE ESCLARECIMIENTO HISTÓRICO (CEH): *Guatemala: Memoria del silencio* [Guatemala: Memory of silence: Commission for historical clari-

- fiction], website mantenido por el Programa de Ciencia y Derechos Humanos de la Asociación Americana del Avance de la Ciencia, 1999.
- ILLICH, Iván: *El género vernáculo*, Madrid: Porrúa, 1982.
- MARX, Karl: *El capital* (t. 1, vol. 3), México: Siglo XXI, 2002.
- MIGNOLO, Walter D.: *The darker side of the Renaissance. Literacy, territoriality and colonialism*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1995.
- MITCHELL, Timothy: "The limits of the State: Beyond statist approaches and their critics", en *American Political Science Review*, vol. 85, n° 1, 1991.
- MOHANTY, Chandra: "Under western eyes: Feminist scholarship and colonial discourses", en MOHANTY, Chandra, Ann RUSSO y Lourdes TORRES (eds.), *Third world women and politics of feminism*, Broomington: Indiana University Press, 1991, pp. 51-81.
- NASH, Claudio: *Protección de los derechos humanos indígenas: tendencias internacionales y realidad de los pueblos indígenas del norte de Chile*. Iquique: Universidad Arturo Prat, 2003.
- ONG, Aihwa: *Neoliberalism as exception: Mutations in citizenship and sovereignty*, Duke University Press, 2006.
- ORGANIZACIÓN NACIONAL INDÍGENA DE COLOMBIA (ONIC): "Violaciones graves a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario perpetradas en contra de los pueblos indígenas en Colombia", en *Boletín*, enero-octubre, 2011.
- PADILLA, Guillermo: *Consulta previa, autonomía y legislación internacional*, Oaxaca: Ciesas, 2010.
- \_\_\_\_\_ "El principio de legalidad y el debido proceso en contextos de interculturalidad", en *Manual para jueces y funcionarios judiciales sobre pluralismo jurídico*, México: KAS, 2012.
- PETIT, Eugène: *Tratado elemental de derecho romano*, México: Edinal Impresora, 1975.
- POOLE, Deborah: "Los usos de las costumbres. Hacia una antropología jurídica del Estado neoliberal", en *Revista Alteridades*, México, n.º 31, 2006, pp. 9-21.
- QUIJANO, Aníbal: "Coloniality of power, ethnocentrism, and Latin America", en *Nepantla*, vol. 1, n° 3, 2000, pp. 533-580.
- QUIJANO, Aníbal e Immanuel WALLERSTEIN: "Americanness as a concept, or the Americas in the modern world-system", en *International Social Science Journal*, 1992, n.º 134, pp. 459-559.
- RATZEL, Friedrich: "El territorio, la sociedad y el Estado" en Números 5-78 de *Cuadernos de geopolítica*. Instituto Geográfico de Chile, Depto II Política y Difusión. Santiago de Chile, 1987.
- RECUPERACIÓN DE LA MEMORIA HISTÓRICA (REMHI): Guatemala, 1999.
- RICARDO, David: *Principios de economía política y tributación*, México: Fondo de Cultura Económica, 1972.
- ROBERTS, Tobías: "Hidroeléctricas en Guatemala y violación de DDHH", 2011, <Rebellion.org>.
- RODRIGUEZ GARAVITO, César: "La difícil construcción de la plurinacionalidad". Bogotá: Universidad de los Andes, 2010.

- RODRÍGUEZ GARAVITO, César y Meghan MORRIS (dir.): *La consulta previa a pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional*, Bogotá: Universidad de los Andes, 2010.
- ROJAS, Farit: Correspondencia privada, 2012.
- SANTOS, Boaventura de Sousa: *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del sur*, Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad ILLS, 2010.
- \_\_\_\_\_. La difícil construcción de la plurinacionalidad, 2010.
- SANTOS, Boaventura DE SOUSA y Mauricio GARCÍA VILLEGAS: *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 2004, pp. 11-83.
- SIERRA, Teresa: "Interlegalidad, justicia y derechos en la Sierra Norte de Puebla", en *Haciendo justicia. Interlegalidad, derecho y género en regiones indígenas*, México: Ciesas, Porrúa, 2004.
- SIEDER, Rachel (ed.): *Multiculturalism in Latin America. Indigenous rights, diversity and democracy*, Londres: Institute Studies, 2002.
- SLACK, Keith: "Derechos humanos e industrias extractivas en América Latina", en *Revista Aportes*, año 4, n.º 15, 2011.
- STAVENHAGEN, Rodolfo: *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*, México, 2003.
- TILLEY, Charles: *A Phenomenology of landscape: Places, paths and monuments*, Oxford: Berg, 1994.
- SPURLIN, Paul M.: *Montesquieu in America, 1760-1801*, Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1941 (reimpreso: New York: Octagon Books, 1961).
- \_\_\_\_\_. "War lessons from El Salvador". en *Ethnography*, vol. 2, n.º 1 pp. 5-34, Rosaldo: 2000, Cultura y Verdad, México, Grijalbo.





Néstor Pedro Sagüés (Argentina)\*

## Derechos de los pueblos originarios: ¿El derecho al propio derecho y a la propia jurisdicción?\*

### RESUMEN

Los pueblos originarios fueron tratados de algún modo por el constitucionalismo norteamericano (1787) e hispano inicial (1812). Actualmente, los textos constitucionales aluden a sus nuevos derechos, como el de contar con sus propios órdenes normativos y con autoridades jurisdiccionales indígenas. Concurren para justificar estos dispositivos razones históricas, políticas, axiológicas y directrices provenientes del derecho internacional. El tema ha obligado a diseñar reglas constitucionales de preferencia entre tales órdenes, reglas de delimitación entre la jurisdicción indígena y la ordinaria, y reglas de articulación entre ambas, nutriendo así de nuevos capítulos al derecho procesal constitucional.

**Palabras clave:** derecho indígena, derecho constitucional, jurisdicción indígena, derecho comparado, pueblos indígenas.

### ZUSAMMENFASSUNG

Die Ureinwohner wurden bereits zu Beginn der nordamerikanischen (1787) und der hispanoamerikanischen Verfassungsbewegung (1812) in gewisser Weise berücksichtigt. Heute verweisen die Verfassungstexte auf ihre neuen Rechte, darunter das Recht auf eine eigene Rechtsordnung und indigene Rechtsprechungsorgane. Zur Rechtfertigung dieser Bestimmungen werden historische, politische und axiologische Gründe und Maximen herangezogen, die aus dem Völkerrecht stammen. Dadurch wurde es notwendig, Verfas-

---

\* Profesor emérito, Universidad de Buenos Aires. Profesor investigador, Universidad Católica Argentina. Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, presidente honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, presidente del Centro Argentino de Derecho Procesal Constitucional. <npsagues@gmail.com>.

\*\* El presente trabajo se inserta en el programa de investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario de la Universidad Católica Argentina.

sungsvorschriften über das Rangverhältnis zwischen den Rechtsordnungen, Vorschriften über die Kompetenzabgrenzung zwischen der indigenen und der ordentlichen Gerichtsbarkeit, und Abstimmungsregeln zwischen diesen zu entwickeln, was dem Verfassungsprozessrecht weitere Kapitel hinzugefügt hat.

**Schlagwörter:** Indigenes Recht, Verfassungsrecht, indigene Gerichtsbarkeit, Rechtsvergleichung, indigene Völker.

## ABSTRACT

The early United States (1787) and Hispanic American (1812) constitutional texts already mentioned the original peoples. Currently, constitutions deal with their new rights, such as having their own systems of rules and indigenous judicial authorities. These mechanisms are justified on historical, political and axiological grounds, as well as by the guidelines provided by international law. This topic has led to the creation of constitutional regulations to establish an order of preference between these sets of rules, to define the boundaries between indigenous and common jurisdictions and develop devices for their harmonization, thus adding new chapters to procedural constitutional law.

**Keywords:** Indigenous law, Constitutional law, Indigenous jurisdiction, Comparative law, Indigenous peoples.

## 1. Introducción. Los pueblos originarios en el primer movimiento constitucionalista. Estados Unidos y España

Si una Constitución debe ocuparse de temas muy relevantes, el elemento indígena tendría que ser un capítulo obligado de muchas de ellas, en tanto y en cuanto tuviere presencia en su caudal poblacional. Y así ha ocurrido, efectivamente, aunque con distinta intensidad. Seleccionamos, al respecto, dos documentos testigo.

La Constitución norteamericana de 1787, tal vez la primera del mundo en sentido estricto (como texto orgánico, escrito y con supremacía), se ocupó del tema en su artículo I, sección ocho, párrafo tercero, en la llamada “cláusula comercial”. En concreto, estableció que el Capitolio tenía poder *para reglar el comercio con las naciones extranjeras y entre los diversos Estados, y con las tribus indias*.

La interpretación jurisprudencial de este precepto ha sido de sumo interés. La Corte Suprema determinó, por ejemplo, que las palabras “tratado” y “nación” se aplicaban a las tribus indias, incluso considerando a tales tribus como comunidades políticas di-

ferenciadas, aptas para celebrar tratados.<sup>1</sup> Sin embargo, aclaró que ellas no contaban con la plena soberanía política como para ser reputadas como un pueblo separado, con poder para reglamentar sus relaciones internas y sociales. En definitiva, puntualizó el Tribunal, tenían habilitación constitucional para realizar negociaciones propias de un tratado, pero “sujetas al poder y a la autoridad de las leyes de los Estados Unidos, cada vez que al Congreso se le ocurriera ejercer su poder legislativo”.<sup>2</sup> Tal interpretación, de tipo restrictivo, podría quizá calificarse como una exégesis mutativa por sustracción, en el sentido que recortó otras posibles versiones de la norma constitucional, en su caso más propicias para la autonomía organizativa de aquellas tribus y el ejercicio de un “derecho propio” en y por ellas.

Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre las tribus indias ha sido mutante. En ciertos casos adoptó un perfil paternalista, aludiendo al poder del Congreso Federal para regularlas, “para su protección, así como para la seguridad de los habitantes entre los cuales ella reside”,<sup>3</sup> definiendo a ese poder federal como “tutor” de aquellas tribus.<sup>4</sup> En otros, ha amparado el derecho de una tribu a “gobernarse con independencia de la ley estadual” (de Montana), cuando se trataba de una adopción en donde todas las partes eran indios y residentes en una reserva.<sup>5</sup>

Veinticinco años después de la Constitución de Filadelfia, la “Pepa”, como coloquialmente se llama a la Constitución de Cádiz (promulgada el día de san José, el 19 de marzo de 1812), volvía específicamente sobre el tema indígena, de gran relevancia para América. Lo hizo en uno de sus artículos más olvidados, el 335, inciso 10, ubicado dentro del título VI: “Del gobierno interior de las provincia y de los pueblos”, en particular en su capítulo II: “Del gobierno político de las provincias y de las diputaciones provinciales”; y en concreto, respecto de las de *ultramar*, vale decir, las situadas en América y Asia.

La cláusula en cuestión encomendaba a tales diputaciones velar *sobre la economía, orden y progresos de las misiones para la conversión de los indios infieles, cuyos encargados les darán razón de sus operaciones en este ramo, para que se eviten los abusos...* El artículo 336, a su turno, puntualizaba que si alguna diputación “abusare de sus facultades”, el rey podía suspender a sus vocales, dando parte a las Cortes.

<sup>1</sup> Ver los casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos *Worcester vs. Georgia* (1832), *Talton vs. Mayes* (1896) y *Holden vs. Joy* (1872), en *La Constitución de los Estados Unidos de América* (t. I), traducida por Segundo V. Linares Quintana y Mario Amadeo, Buenos Aires: Kraft, 1949, p. 643.

<sup>2</sup> Cfr. asimismo los casos *United States vs. Kagama*, (1886), *Cherokee Nation vs. Southern Kansas Co.* (1895), y *Stephens vs. Cherokee Nation* (1899), en *La Constitución de los Estados Unidos de América*, ibíd.

<sup>3</sup> Ibíd., caso *United States vs. Kagama*.

<sup>4</sup> Caso *Morton vs. Mancari* (1974). Ver Edward S. Corwin: *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, revisada por Harold W. Chase y Craig R. Ducat, traducción de Aníbal Leal, Buenos Aires, Fraternal, 1987, p. 119, texto al que derivamos al lector sobre la evolución jurisprudencial de la cláusula comercial con relación a las tribus indígenas.

<sup>5</sup> Caso *Fisher vs. Dist. Court of 16<sup>th</sup> Dist.* (1976), citado por Edward S. Corwin: op. cit., p. 120.

Esta disposición constitucional, de neto corte paternalista, se vinculaba directamente con una razón histórica basal de la autoridad española sobre América, conferida desde la bula *Inter Ceterae* (“entre los cielos”), emitida en 1493 por el papa, también español, Alejandro VI Borgia: el deber de proteger y evangelizar a los indios.

El mensaje gaditano no fue efímero. Por ejemplo, el artículo 67 inciso 15 de la Constitución argentina de 1853/60, dispuso que al Poder Legislativo le correspondía “... conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo”. La norma estuvo vigente hasta 1994.

## **2. La situación en el constitucionalismo latinoamericano actual: el derecho al propio derecho y a la propia jurisdicción**

En el último cuarto del siglo xx, la posición del constitucionalismo latinoamericano respecto de los denominados *pueblos originarios*, cambia notoriamente. En primer término, se les reconocen derechos diferenciados a los indígenas (respeto de sus tradiciones, del hábitat, del lenguaje, etc.). Algunas Constituciones, dando un paso en adelante, van a enunciar dos en particular, de tipo colectivo, conferidos a las tribus o naciones: (a) el derecho a contar y ejercer su propio derecho (habitualmente, consuetudinario); (b) el derecho a operar con órganos judiciales propios (la “justicia indígena”). En otras palabras, el derecho al propio derecho y a la propia jurisdicción.

Sobre el tema caben tres actitudes, conforme surgen de los ejemplos que, a título meramente enunciativo y sin pretender agotar el listado de las constituciones del área, citamos a continuación:

- a) Una es la de omitir, en el texto constitucional, la admisión expresa del derecho indígena y de la jurisdicción indígena. Así ocurre, por ejemplo, en el artículo 75, inciso 17 de la Constitución argentina, texto según la reforma constitucional de 1994:

17. Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos.

Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afectan. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.

La cláusula constitucional no menciona, por ende, al derecho indígena, ni a las autoridades indígenas con funciones gubernativas o judiciales. Tal silencio

puede entenderse, en una primera aproximación, como negación de ambos. Una lectura más permisiva podría recepcionar, sin embargo, al derecho indígena con el mismo valor genérico de cualquier costumbre (derecho consuetudinario), en la medida en que ella sea operativa en la rama jurídica del caso. Incluso, podría tener mayor gravitación, por ejemplo en aras de cimentar la identidad de esos pueblos, objetivo éste que sí está reconocido de manera explícita en el texto constitucional, como, igualmente, para afirmar los otros derechos especialmente tutelados en la cláusula a que aludimos. El debate queda abierto.

b) Otra postura es la de reconocer la existencia de un derecho indígena propio, normalmente consuetudinario según apuntamos, inferior o paralelo, según los casos, al derecho estatal formal. Ello puede significar admitir una pluralidad de órdenes normativos, dentro de un mismo Estado, bien que con distintos ámbitos de vigencia. La Constitución de México, por ejemplo, acepta la aplicación de sus propios sistemas normativos, en la regulación y solución de los conflictos internos de los pueblos indígenas (Art. 2.A.II). El derecho consuetudinario indígena también está aludido, verbigracia, por la Constitución del Paraguay (Art. 63, aunque especifica que ello está subordinado a la “voluntaria sujeción” a tales normas, por tales pueblos), o por el artículo 149 de la Constitución del Perú (Art. 149), para las comunidades nativas y campesinas. Desde luego, el derecho indígena es francamente admitido por la Constitución del Ecuador (que define al país como un “Estado de *derechos*” en su artículo 1º, y que en su artículo 57 enuncia el derecho de los pueblos indígenas a “crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario”), y en la de Bolivia, que confiere a las mismas comunidades la competencia para ejercer sus sistemas jurídicos, conforme su cosmovisión (Art. 30-II-14).

c) Otra alternativa, a más de consentir un derecho indígena propio, avanza en aras de aceptar, también, una *jurisdicción* indígena especial y distinta de la ordinaria.

En efecto, puede haber derecho indígena reconocido de manera oficial por el Estado, pero no necesariamente aplicado por las autoridades nativas, sino por los tribunales ordinarios. El texto de la Constitución del Paraguay parece inclinarse en tal sentido, ya que determina en su artículo 63 *in fine* que “En los conflictos jurisdiccionales, se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena”.

Son varias las Constituciones que en nuestros días reconocen la existencia de una jurisdicción indígena, para la aplicación de su derecho nativo. El asunto fue expresamente admitido por el artículo 246 de la Constitución colombiana de 1991, que aclaró que tal autoridad operaría “de conformidad con sus propias normas y procedimientos”. Años después, en 1999, la Constitución de Venezuela seguiría igual camino, admitiendo “instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales”. Hoy en día, el texto más definitorio es probablemente el de Bolivia, que diseña tres jurisdicciones: la ordinaria, la agroambiental y la indígena, aparte del tribunal constitucional. La Constitución de-

clara a la jurisdicción ordinaria y a la indígena originario campesina, como de la misma jerarquía (Art. 179).

De vez en cuando la Constitución se ocupa incluso de temas concernientes a la integración de la justicia indígena. La de Ecuador garantiza, al respecto, la “participación y decisión de las mujeres” (Art. 171).

### 3. Conflictos y armonías

Cuando la Constitución admite un derecho indígena propio, y más todavía, cuando acepta una jurisdicción indígena propia, surgen situaciones de eventual incompatibilidad que exigen remedios constitucionales apropiados. Ellos consisten en *reglas de preferencia*, *reglas de delimitación* y *reglas de articulación*.

- a) *Reglas de preferencia entre el derecho estatal y el derecho indígena*. Su enunciado implica la prioridad que da la Constitución a uno o más insumos jurídicos sobre otros, comenzando, generalmente, por ella misma. Veamos algunas de esas soluciones.
  - i. La primera, bastante típica, es asignar superioridad a la Constitución sobre el derecho indígena, como se verá a continuación. Tiene distintas alternativas.
  - ii. La Constitución de Venezuela ensancha los límites de la superioridad del derecho formal, al incluir a la Constitución, “a la ley y al orden público” (Art. 260). La de Colombia, a la “Constitución y leyes de la República” (Art. 246).
  - iii. Otra regla de preferencia son los “derechos fundamentales de la persona”, superiores a la normatividad de las comunidades nativas: artículo 149, Constitución del Perú.
  - iv. Una cuarta fórmula de excepción son los “derechos constitucionales” (así, artículo 57-10 de la Constitución de Ecuador, que agrega: “en particular de los niños, niñas y adolescentes”). La de Paraguay alude a los “derechos fundamentales establecidos en esta Constitución” (Art. 63).
  - v. La Constitución de México diseña el siguiente bloque de superioridad normativa, sobre el derecho indígena: la Constitución, las garantías individuales, los derechos humanos, y, de manera relevante, “la dignidad e integridad de las mujeres” (Art. 2.A.II), adhiriéndose así, en esta temática, a una perspectiva de género.
  - vi. La Constitución de Ecuador alude a la aplicación de las normas y procedimientos de la justicia indígena, “que no sean contrarios a la constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales” (Art. 171).
  - vii. También con ciertos énfasis, la Constitución de Bolivia aclara que la jurisdicción indígena “respeto el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente constitución” (Art. 190-II).

b) *Reglas de delimitación*. Es llamativo que diversas Constituciones han establecido encuadres o topes a las competencias de la jurisdicción indígena.

- i. Algunos son *personales*: ejerce autoridad respecto de los integrantes de los pueblos indígenas (Art. 260, Constitución de Venezuela, Art. 191, de Bolivia. Se ha apuntado, por ello, que una persona “no indígena” no debe aquí estar sometida a los tribunales nativos).<sup>6</sup>
- ii. En otros casos, resultan *geográficos*: dentro del territorio de la comunidad indígena (Art. 246, Constitución de Colombia, artículo 57, inciso 10 de la de Ecuador. La de Bolivia, con mayor precisión, determina en su artículo 191 que la jurisdicción indígena es sobre “relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos de producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino”).
- iii. Otra limitación es en función de la *materia*: para la aplicación del derecho indígena (Constitución de Bolivia, artículo 191, que alude a la atención de “los asuntos indígena originario campesino de conformidad con lo establecido en una Ley de Deslinde jurisdiccional”. La de México, en su artículo 2.A.II, reserva la autonomía jurisdiccional indígena para “aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos”).

c) *Reglas de articulación entre la jurisdicción indígena, la ordinaria y la constitucional*

- i. De vez en cuando la Constitución crea una *regla de reconocimiento* del valor de los fallos de la justicia indígena, al establecer, verbigracia, que las autoridades públicas deberán acatar sus disposiciones (Bolivia, Art. 192-I), o respetarlas (Constitución de Ecuador, Art. 171).
- ii. Pero también la Constitución contempla mecanismos de subordinación de la jurisdicción indígena a la Constitución. La de Ecuador anticipa que sus resoluciones están sujetas al control de constitucionalidad, a más de los dispositivos de coordinación y cooperación entre aquella y la jurisdicción ordinaria (Art. 171). Ello ha provocado el diseño de un proceso constitucional específico: la “acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena”, regulada por la “Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional”.

Se trata del instrumento normativo tal vez más perfeccionado en esta materia. Da legitimación activa a la persona inconforme con la decisión de las decisiones de la función jurisdiccional indígena, “por violar los derechos constitucionalmente garantizados o discriminar a la mujer por el hecho de

<sup>6</sup> Cfr. José Julio Fernández Rodríguez y Jacqueline Argüello Lemus: “Aspectos constitucionales del multiculturalismo en América Latina: el caso de los pueblos indígenas”, en *Pensamiento constitucional*, Lima: Universidad Católica del Perú, 2012, n.º 16, pp. 129 y 130.

ser mujer” (Art. 65). Se diligencia ante la Corte Constitucional, que deberá respetar la comprensión intercultural de los hechos y la interpretación intercultural de las normas aplicables, a fin de evitar una interpretación etnocéntrica y monocultural (Art. 66-1), partiendo del supuesto de la coexistencia y desarrollo de los sistemas normativos, usos y costumbres de las nacionalidades, pueblos indígenas y comunidades, de conformidad con el carácter plurinacional, pluriétnico y pluricultural del Estado (Art. 66-2). Hay pues un punto liminar importante: la existencia de un derecho indígena propio, cuyo “entendimiento intercultural” integra el principio constitucional del debido proceso (Art. 66-4).

El trámite de esta acción es fundamentalmente oral, y se legisla a partir del inciso 5° del artículo 66 de la norma de referencia. Puede ser presentada (también por escrito) por cualquier persona o grupo de personas (si el promotor actúa a nombre de la comunidad indígena, deberá demostrar la calidad por la que comparece). El plazo para hacerlo es de veinte días desde que la resolución de la autoridad jurisdiccional indígena “haya sido conocida”. En la interposición, tendrán que manifestarse las razones por las que se acude a la Corte Constitucional y las violaciones a los derechos que acusa. De aceptarse el trámite, el juez ponente de la Corte convoca a una audiencia donde se grabará su desarrollo, a fin de escuchar a las autoridades indígenas que pronunciaron el fallo objetado. El juez podrá solicitar la opinión técnica de una persona experta en temas relacionados con la justicia indígena, y recibir opiniones de organizaciones especializadas en ese tema.

Después, el mismo magistrado elabora un proyecto de sentencia, sometido a la Corte Constitucional. Dicha sentencia “puede ser modulada para armonizar los derechos constitucionalmente garantizados y los derechos propios de la comunidad, pueblo o nacionalidad” (Art. 66-12). Esta directriz, comprensible y audaz al mismo tiempo, da a entender que la misma Constitución puede tener distintas lecturas según se la proyecte en el ámbito de la jurisdicción ordinaria o de la indígena, a fin de compatibilizar la coexistencia de órdenes jurídicos distintos con la ley suprema.

La sentencia versa, fundamentalmente, sobre la “constitucionalidad de las decisiones indígenas”, tiene que estar motivada y se notifica oralmente a los promotores de la acción y a las autoridades nativas. Se expresará también por escrito, en castellano y en la lengua propia de la comunidad del caso.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Ver también, sobre el tema, Osvaldo Chiriboga: “La justicia indígena en el Ecuador: pautas para una compatibilización con el derecho estatal”, en C. Gamboa et ál., *Aportes andinos sobre derechos humanos. Investigaciones monográficas*, Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Unión Europea, Cosude, Abya Yala, 2005. El trabajo es anterior a la Constitución en vigor que mencionamos en el texto.



iii. Bolivia ha programado otro dispositivo procesal constitucional: la “consulta de autoridades indígena originaria campesina sobre la aplicación de sus normas jurídicas a un caso concreto”, disciplinada en la Constitución (Art. 202-8), pero fundamentalmente desplegada por el Código Procesal Constitucional de 2012. El instituto tiene por meta garantizar que las normas indígenas guarden conformidad con los principios, valores y fines de la Constitución (Art. 128, Código Procesal Constitucional), y la articula cualquier autoridad indígena que conozca de un caso concreto, ante el Tribunal Constitucional Plurinacional, planteando sus dudas sobre la constitucionalidad y aplicación del precepto del caso (Art. 131). La resolución del Tribunal Constitucional tiene vigor solamente para la nación o pueblo indígena consultante (Art. 132). Para parte de la doctrina, esa consulta, junto con la competencia del Tribunal Constitucional Plurinacional para resolver los conflictos de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la indígena (Art. 202-11 de la Constitución), son fórmulas de sometimiento al control constitucional de esta última.<sup>8</sup> Volvemos sobre el tema más adelante.

Bueno es constatar, desde luego, que la *acción extraordinaria* del derecho ecuatoriano, y la *consulta* de Bolivia, son sustancialmente diferentes. La primera es un medio de impugnación de resoluciones de la justicia indígena. La segunda, un dispositivo que instrumenta la propia justicia indígena para requerir un dictamen aclaratorio por parte del Tribunal Constitucional. Los dos flamantes mecanismos, eso sí, forman parte, cada uno en su país, del derecho procesal constitucional, que como hemos dicho reiteradamente, atiende a la magistratura constitucional y a los procesos constitucionales.

#### 4. Evaluación. Nuevos capítulos para el derecho procesal constitucional

La decisión del constituyente de reconocer la existencia de ordenamientos jurídicos indígenas, e incluso de admitir una jurisdicción indígena singular, importa una decisión política muy significativa. Significa renunciar a la idea de un Estado soberano central que monopoliza la actividad nomogenética. También implica reconocer autoridades que no han sido generadas ni designadas por ese Estado central, y que cuentan con títulos propios para gobernar. En términos histórico-figurados, ello tal vez produzca el retorno a una suerte de *neofeudalización* del organigrama de poder, o a algo próximo a cierto federalismo sui generis.

El reconocimiento de un derecho indígena propio, en síntesis, puede ser el resultado de una exigencia política, derivada de fuertes demandas sociales en tal sentido, inclu-

---

<sup>8</sup> Ver Idón Moisés Chivi Vargas: “El órgano judicial”, en Álvaro García Linera et ál., *Miradas. Nuevo texto constitucional*, La Paz: Universidad Mayor de San Andrés, Vicepresidencia del Estado, Idea, 2010, p. 419.

so irreprimibles o inexorables, o también resultar de un acto de reparación histórica y de cambios de paradigmas axiológicos en cuanto el concepto mismo de justicia, si se entiende que la idea de un solo derecho formal y nacional, propia del Estado nacional, central y soberano nacido durante el Renacimiento, y refinado después de la Revolución Francesa (al que algunos llaman “Estado jacobino”), no es la correcta, y que ciertos grupos humanos tienen, con toda legitimidad, el derecho de autogestionarse, e incluso de que no se les aplique *in totum* el derecho creado por un ocupante histórico (y por sus sucesores), al que algunas veces califican como usurpador.<sup>9</sup>

Digamos igualmente que el derecho internacional de los derechos humanos aporta en los últimos lustros fluidas razones que coadyuvan para la autonomía del derecho indígena, como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo o la “Declaración de Naciones Unidas sobre los pueblos indígenas” (2007). Esta última, por ejemplo, destaca en su artículo 3º que los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. El artículo 4º añade que en ejercicio de esta libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos o locales. Y el artículo 34 suma que los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos y prácticas y, cuando existieran, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de los derechos humanos. Es visible que aquí están las bases al derecho al propio derecho y a la propia jurisdicción.

Ocasionalmente, el rescate de un derecho indígena propio puede venir de la mano de ciertos tribunales regionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A título de ejemplo: en el caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, fallado en 2001, la Corte reconoció la existencia de un derecho indígena propio. Afirmó, en efecto, que “el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata” (Párr. 151). Aquí la Corte aludía a la propiedad comunitaria y de la posesión de la tierra.<sup>10</sup>

En todo caso, surgen problemas jurídicos de compatibilización entre los órdenes jurídicos comunitarios y el derecho estatal, y entre la jurisdicción ordinaria y la indígena.

En términos generales, los países que han definido constitucionalmente el problema han partido de *directrices de preferencia* (a favor de la Constitución y de tratados internacionales de derechos humanos), aunque matizadas, de vez en cuando, por una doble lectura de la Constitución (en Ecuador, particularmente, con los objetivos de *modulación* de la ley suprema, según regule o no relaciones aludidas por el derecho indígena). Ello puede provocar, como advertimos, interpretaciones diferentes de la Constitución, en tanto se la efective en las relaciones ordinarias, o en las captadas por la justicia indíge-

<sup>9</sup> Basta leer al respecto el preámbulo de la Constitución boliviana de 2009, que es un himno a favor de los pueblos originarios y de la “sublevación indígena anticolonial”.

<sup>10</sup> Ver también Bartolomé Clavero: “El derecho indígena entre el derecho constitucional y el derecho interamericano, Venezuela y Awas Tingni”, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, n.º 39, 2004, p. 257.

na. De hecho, ello puede significar también un cierto quiebre del principio de igualdad, aunque esta postura diferenciatoria quizá registre antecedentes (tal vez remotos), en la doctrina de la doble lectura de la Constitución, según se trate de épocas de normalidad o de momentos de emergencia, o en las raíces del federalismo, donde no siempre los derechos son vividos del mismo modo en todas las provincias, estados o regiones de la federación.<sup>11</sup>

En un orden paralelo de ideas, si se acepta la tesis de una jurisdicción indígena igualmente propia, surge la necesidad de dirimir los conflictos de competencia entre ella y la justicia ordinaria, así como la de dibujar mecanismos que en definitiva aseguren la supremacía de la Constitución y del derecho internacional de los derechos humanos (aunque las pretensiones de universalidad de este último sean contradichas hoy por el multiculturalismo). Se enuncian, al respecto, como vimos, *reglas de delimitación y de articulación*.<sup>12</sup>

En el caso de Ecuador, el derecho procesal constitucional ha generado una acción puntual y específica, aunque de tipo extraordinario, para revisar por la Corte Constitucional los fallos últimos de la justicia comunitaria. Bolivia intenta otra vía, con las consultas de compatibilidad constitucional que puede formular esta última al Tribunal Constitucional Plurinacional. Ahora bien: si no hubiera, constitucional o legalmente, mecanismos recursivos contra las resoluciones de esta jurisdicción indígena, ¿sus veredictos quedarían firmes en tal sede, o correspondería habilitar, doctrinaria o pretorianamente, las escaleras de revisión para afianzar, por ejemplo, la supremacía constitucional? En el caso boliviano, parte de la doctrina entiende que ese camino recursivo tendría de todos modos que abrirse, a fin de afianzar, de modos claro, la superioridad constitucional.<sup>13</sup> La tesis es convincente: no es bueno que queden pronunciamientos exentos de dicho control de constitucionalidad.

En conclusión, el derecho al propio derecho y el derecho a la propia jurisdicción indígena, han impactado en el derecho procesal constitucional, abriendo nuevas instancias de desarrollo de esta disciplina. En efecto, ya hay trámites específicos y novedosos, ante las cortes o tribunales constitucionales, destinados a fiscalizar tanto el derecho indígena

---

<sup>11</sup> Nos hemos referido al tema de la doble lectura constitucional para momentos de normalidad y de emergencia, en Néstor Pedro Sagüés: *El tercer poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial*, Buenos Aires: LexisNexis, 2005, p. 139.

<sup>12</sup> Ver Néstor Pedro Sagüés: “Derechos humanos: universalismo y relativismo. Conflictos y eventuales vías de solución”, en *Memorias. Neoconstitucionalismo, derechos humanos y pluralismo*, Chuquisaca: Colegio de Abogados, 2012, pp. 15 y ss.

<sup>13</sup> El distinguido constitucionalista boliviano J. Antonio Rivera, en dictamen remitido al autor, apunta que el artículo 12.II de la Ley de Deslinde Jurisdiccional de Bolivia declaró irrecurribles las decisiones de la justicia indígena ante la jurisdicción ordinaria, la agroambiental y las otras creadas por ley. A su entender, sin embargo, para asegurar la supremacía de la Constitución sobre dichos pronunciamientos (establecida, como vimos, por el artículo 190 de la misma), tiene que habilitarse de todos modos la vía de la acción de amparo, ante los tribunales pertinentes, de mediar infracción a la Constitución en las sentencias indígenas, con posterior capacidad revisora por el Tribunal Constitucional Plurinacional (Art. 202-6 de la Constitución).

como las resoluciones de la judicatura indígena. Los especialistas tienen entonces un nuevo campo de estudio, en torno al radio de cobertura, el funcionamiento y el resultado de estos mecanismos procesal-constitucionales, como respecto de los silencios o lagunas que pueda tener el derecho vigente en esos temas.

## Bibliografía

- CLAVERO, Bartolomé: “El derecho indígena entre el derecho constitucional y el derecho interamericano, Venezuela y Awastingni”, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n.º 39, 2004.
- CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA: Traducida por Segundo V. Linares Quintana y Mario Amadeo, Buenos Aires: Kraft, 1949.
- CORWIN, Edward S.: *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, revisada por Harold W. Chase y Craig R. Ducat, traducción de Aníbal Leal, Buenos Aires: Fraterna, 1987.
- CHIRIBOGA, Osvaldo: “La justicia indígena en el Ecuador: pautas para una compatibilización con el derecho estatal”, en C. Gamboa et ál., *Aportes andinos sobre derechos humanos. Investigaciones monográficas*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Unión Europea, Cosude, Abya Yala, 2005.
- CHIVI VARGAS, Idón Moisés: “El órgano judicial”, en Álvaro García Linera et ál., *Miradas. Nuevo texto constitucional*, La Paz: Universidad Mayor de San Andrés, Vicepresidencia del Estado, Idea, 2010.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio y Jacqueline ARGÜELLO LEMUS: “Aspectos constitucionales del multiculturalismo en América Latina: el caso de los pueblos indígenas”, en *Pensamiento Constitucional*, Lima, Universidad Católica del Perú, n.º 16, 2012.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro: *El tercer poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial*, Buenos Aires: LexisNexis, 2005.
- \_\_\_\_\_ “Derechos humanos: universalismo y relativismo. Conflictos y eventuales vías de solución” en *Memorias. Neoconstitucionalismo, derechos humanos y pluralismo*, Chuquisaca, Bolivia: Colegio de Abogados, 2012.

## **VI. Derecho Internacional de los Derechos Humanos: control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial**

- Roberto De Figueiredo Caldas, Brasil  
O Controle de Constitucionalidade e o Controle de Convencionalidade no Brasil
- Valerio De Oliveira Mazzuoli, Brasil  
O controle jurisdicional da convencionalidade das leis no Brasil
- Jânia Maria Lopes Saldanha; Lucas Pacheco Vieira, Brasil  
Controle jurisdicional de convencionalidade e reenvio prejudicial interamericano: Um diálogo de ferramentas processuais em favor da efetivação do direito internacional dos direitos humanos
- Jerónimo Mejía Edward, Panamá  
Control de constitucionalidad y de convencionalidad en Panamá
- Claudio Nash Rojas, Chile  
Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
- Humberto Nogueira Alcalá, Chile  
Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile

Roberto de Figueiredo Caldas (Brasil)\*

## O Controle de Constitucionalidade e o Controle de Convencionalidade no Brasil

### RESUMO

A interação entre o controle de constitucionalidade e o de convencionalidade no Brasil é ainda muito recente. O Supremo Tribunal Federal nunca examinou diretamente essa dinâmica de julgamento, embora já haja analisado a estatura dos tratados internacionais sobre direitos humanos no ordenamento jurídico nacional. O Supremo analisou o tema em julgamento sem maioria absoluta e por diferença de apenas um voto, e decidiu que o *status* atribuído aos tratados tem caráter de supralegalidade, um patamar entre as leis infraconstitucionais e a Constituição, e não grau constitucional atribuído em outros países. Dois temas julgados pelo Supremo e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos são analisados no artigo: a prisão civil de depositário infiel e a validade de aplicação da Lei de Anistia da época da ditadura também em favor de agentes do Estado. Neles se expressam conclusões aparentemente colidentes. Uma grande mudança de composição do Supremo, com uma maioria de ministros que não participaram das decisões anteriores, pode levar a mudanças nos dois casos. Há que se aguardar a maturação das posições a serem adotadas pelo Supremo do Brasil.

**Palavras-chave:** direito internacional sobre direitos humanos, Controle de constitucionalidade, controle de convencionalidade, Lei de anistia, direito constitucional, Brasil, Jurisprudencia constitucional, Direitos humanos.

### ZUSAMMENFASSUNG

Der Zusammenhang zwischen der Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit des nationalen Rechts und seiner Vereinbarkeit mit internationalen Verträgen ist in Brasilien erst vor Kurzem ins Bewusstsein gerückt. Im Rahmen seiner Gerichtsentscheidungen hat das oberste Bundesgericht Brasiliens diese Dynamik zwar bisher nie direkt untersucht, es hat

---

\* Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos (2013-2018). Advogado, atua na proteção dos Direitos Sociais perante os tribunais superiores do Brasil, especialmente no Supremo Tribunal Federal.

sich jedoch bereits zur Stellung der internationalen Menschenrechtsverträge in der nationalen Rechtsordnung geäußert. In einer ohne absolute Mehrheit und mit einer relativen Mehrheit von gerade einmal einer Stimme getroffenen Entscheidung hat das oberste Bundesgericht dieses Thema erörtert und ist dabei zu dem Schluss gekommen, dass der Rang der internationalen Verträge über dem der einfachen Gesetze liegt, zwischen den einfachen Gesetzen und der Verfassung, dass aber die internationalen Verträge nicht wie in anderen Ländern selbst Verfassungsrang haben. Zwei vom obersten Gerichtshof und vom Interamerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte entschiedene Rechtsfragen werden in dem Artikel erörtert: der Arrest von Personen, die anvertrautes Vermögen veruntreuen, und die Rechtmäßigkeit der Anwendung des Amnestiegesetzes für die Zeit der Diktatur zugunsten von Vertretern des Staates. Daraus scheinen sich übereinstimmende Rechtsfolgen zu ergeben. Eine weitgehende Veränderung der Zusammensetzung des obersten Gerichtshofes mit der Folge, dass die Mehrheit der jetzigen Richter nicht mehr an den früheren Entscheidungen beteiligt war, kann jedoch zu Rechtsprechungsänderungen in beiden Fälle führen. Es wird abzuwarten sein, welche Positionen der oberste Gerichtshof Brasiliens einnehmen wird.

**Schlagwörter:** Internationales Recht der Menschenrechte, Prüfung der Verfassungsmäßigkeit, Prüfung der Vereinbarkeit mit völkerrechtlichen Verträgen, Amnestiegesetz, Verfassungsrecht, Brasilien, Verfassungsrechtsprechung, Menschenrechte.

## ABSTRACT

In Brazil, the interaction between constitutionality control and conventionality control is still very recent. The Supreme Federal Court has never made a direct review of the dynamics of these judgments, although it has analyzed the importance of international human rights treaties within the national legal system. The Supreme Court dealt with the topic in a judgment rendered by a majority of only one vote, holding that treaties have supra-legal status, at a level between infra-constitutional laws and the constitution, and not the constitutional hierarchy which they are given in other countries. The paper reviews two topics that have been decided by the Supreme Federal Court and by the Inter-American Court of Human Rights: civil imprisonment of unfaithful bailees and the validity of applying the Amnesty Law of the dictatorship in favor of state agents. Apparently contradictory conclusions are expressed. A significant change in the composition of the Supreme Court, with a current majority of judges who did not participate in earlier rulings, may produce a shift in the way cases are decided. We must await the development of the Supreme Court's positions.

**Keywords:** International human rights law, constitutionality control, conventionality control, Amnesty law, Constitutional law, Brazil, Constitutional case law, Human rights.

## 1. A internalização dos tratados internacionais sobre direitos humanos no Brasil

1. A Constituição brasileira de 1988, surgida no início do período de mais recente redemocratização do País, trouxe em seu conteúdo um largo catálogo de dispositivos com salutar foco na pessoa humana, razão pela qual foi batizada de “Constituição Cidadã”. Ela é o esteio do mais longo período de vivência democrática já experimentado pela Nação e teve a sabedoria de incorporar as normas internacionais de Direitos Humanos, dedicando também a esses direitos lugar privilegiado de norma fundacional, de pilar do sistema constitucional. Os tratados sobre direitos humanos integram, a partir de então, o núcleo duro da Constituição.

2. Em sua redação originária, ela parecia evidenciar a elevação dos tratados internacionais ao *status* constitucional. Com efeito, o § 2º do artigo 5º merece análise atenta:

§ 2º – Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

3. O dispositivo claramente incorpora os tratados internacionais ao conjunto dos direitos fundamentais. Entretanto, ainda existem debates sobre a formalidade constitucional desses instrumentos. A doutrina defende um *status* hierárquico constitucional, o que o Supremo Tribunal Federal não aceitou até o advento da Emenda Constitucional 45/2004. *Materialmente*, parece inegável que os direitos humanos reconhecidos por tratados internacionais integram o núcleo de direitos fundamentais, do que se extrai do dispositivo transcrito. Foi nesse sentido que se posicionou o professor e juiz Cançado Trindade, proponente desse dispositivo perante a Assembleia Nacional Constituinte, segundo quem entender o contrário tornaria o § 2º do artigo 5º inócuo e sem efetividade, contrariando o princípio da máxima eficácia da Constituição.

4. A definição de qual norma deve prevalecer, interna ou internacional, não se baseia na superioridade hierárquica, mas na superioridade substancial. Em outras palavras, deve prevalecer aquela norma que conferir a proteção mais ampla ao ser humano; claro está que os direitos humanos constituem pilares substantivos do sistema constitucional, reforçando-o, complementando-o e densificando-o.

5. No entanto, se a interpretação constitucional que vinha sendo realizada pelo Supremo Tribunal Federal negava a incorporação com a devida força aos tratados internacionais, somou-se a ela a criticada Emenda Constitucional nº 45, de 2004, para muitos um retrocesso porque adicionou ao artigo 5º da Constituição Federal (CF) o § 3º, assim redigido:

§ 3º – Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.



6. Como visto, tornou-se o procedimento mais extenso, restritivo e dificultoso para a plena incorporação dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos: passou a exigir aprovação nas duas casas do Congresso Nacional, em dois turnos e por três quintos dos votos dos respectivos congressistas, após o que serão equivalentes às emendas constitucionais. Em realidade a mudança de procedimento foi tal que se passou a exigir aprovação congressional como se fora um projeto ordinário de emenda constitucional. Assim, os tratados sobre direitos humanos internalizados sob esse estrito procedimento é que se tornarão livres do debate sobre serem material e formalmente constitucionais.

2. O fato é que, mesmo após a aprovação da Emenda Constitucional (EC) nº 45, permanece a discussão a respeito da posição normativa dos tratados de direitos humanos promulgados em período anterior a essa inovação, e até quanto aos posteriores que não venham a seguir o processo de internalização estabelecido pela Emenda. Vale ressaltar que na primeira hipótese se encontram diversos tratados importantes ratificados pelo Brasil, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH ou Convenção), objeto deste artigo.

3. Em 2008, o Supremo Tribunal Federal emitiu seu posicionamento mais recente sobre o tema, consignado nos acórdãos<sup>1</sup> dos Recursos Extraordinários (RE) nº 466.343-1/SP e nº 349.703-1/RS e dos Habeas Corpus (HC) nº 87.585-8/TO e nº 92.566-9/SP<sup>2</sup>, nos quais se discutiu a prisão civil do depositário infiel<sup>3</sup> e a possibilidade de sua aplicação após a ratificação da Convenção Americana<sup>4</sup>. Segue a ementa do acórdão no RE nº 349.703-1:

“PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar

<sup>1</sup> No Brasil, “acórdão” significa sentença proferida por tribunal, decisão coletiva.

<sup>2</sup> O julgamento dos processos em questão foi finalizado no dia 3 de dezembro de 2008. O RE nº 349.703-1/RS começou a ser analisado em 2003, o RE nº 466.343-1/SP em 2006, o HC nº 87.585-8/TO em 2007 e o HC 92.566-9/SP no próprio dia 3 de dezembro de 2008. Esses dados são importantes para que se atente à ocorrência de mudanças na composição do Supremo Tribunal Federal durante esse período.

<sup>3</sup> O artigo 5º, LXVII, da Constituição Federal estabelece que não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

<sup>4</sup> Em decorrência do julgamento dos RE nº 349.703 e 466.343, foi aprovada súmula vinculante com o seguinte teor: É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002)”. (Recurso Extraordinário nº 349.703-1/ Rio Grande do Sul. Relator Originário: Ministro Carlos Ayres Britto. Relator para o acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Supremo Tribunal Federal – Tribunal Pleno. Dje nº 104. Publicação: 05/06/2009 – grifo nosso).

4. No Supremo Tribunal Federal (STF), portanto, a questão sobre a hierarquia jurídica dos tratados sobre direitos humanos foi discutida de forma incidental ao se analisar a possibilidade de prisão do depositário infiel no ordenamento jurídico atual. Na ocasião, a tese vencedora, encabeçada pelo ministro Gilmar Mendes, posiciona os tratados internacionais sobre direitos humanos acima das leis ordinárias e abaixo da Constituição<sup>5</sup>. Entendeu o Ministro que a inclusão do § 3º no artigo 5º da Constituição é uma declaração eloquente de que os tratados sobre direitos humanos ratificados anteriormente não são equivalentes às normas constitucionais e, ao mesmo tempo, ressalta o caráter especial destes tratados em relação aos demais, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico. Assim, “os tratados sobre Direitos Humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana”<sup>6</sup>. Completou seu voto então no seguinte sentido:

“Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, **tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.**

Nesse sentido, é possível concluir que, **diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pelo ato de adesão**

<sup>5</sup> Vale ressaltar que nem todos os ministros se manifestaram de forma expressa durante o julgamento das ações destacadas. A tese da supralegalidade, por exemplo, contou com os votos da Ministra Cármen Lúcia e do Ministro Ricardo Lewandowski, que não discutiram sobre a temática, resumindo-se a acompanhar o relator Ministro Gilmar Mendes no RE nº 349.703-1. Da mesma forma, o Ministro Marco Aurélio entendeu não ser necessário abordar a hierarquia dos tratados de Direitos Humanos para resolver a questão principal do processo. De todo modo, contando com votos implícitos e explícitos, a corrente da supralegalidade foi defendida pelos ministros Gilmar Mendes, Carlos Britto, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski, somando quatro votos. Há ainda a posição do Ministro Menezes Direito, consubstanciada no entendimento de que os tratados de Direitos Humanos possuem hierarquia especial.

<sup>6</sup> Gilmar Mendes. Voto: Recurso Extraordinário nº 349.703-1, p. 727.

**do Brasil** ao Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), **mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional** que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969.

(...)

Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), **não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel**<sup>7</sup> (destaques nossos).

5. É importante ressaltar, entretanto, que foi apertada a vitória da tese da inexistência de índole constitucional: apenas um voto de diferença, sendo que os cinco votos a favor do *status* constitucional dos tratados sobre direitos humanos internalizados antes do advento da EC nº 45/2004<sup>8</sup> foram firmes no sentido de que seriam materialmente constitucionais em razão do § 2º do artigo 5º da CF, segundo o qual os direitos e garantias previstos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. De acordo com esse entendimento, os tratados sobre direitos humanos no Brasil seriam enquadrados da seguinte forma:

(...) “existência de **três distintas situações** concernentes a referidos tratados internacionais:

a) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País aderiu), e regularmente incorporados à ordem interna, em momento **anterior ao da promulgação da Constituição** de 1988 (tais convenções internacionais revestem-se de índole constitucional, porque formalmente recebidas, nessa condição, pelo § 2º do art. 5º da Constituição);

b) tratados internacionais de direitos humanos que venham a ser celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País venha a aderir) em **data posterior à da promulgação da EC nº 45/2004** (essas convenções internacionais, para se impregnarem de natureza constitucional deverão observar o “iter” procedimental estabelecido pelo § 3º do art. 5º da Constituição); e

<sup>7</sup> Gilmar Mendes. Voto: Recurso Extraordinário nº 349.703-1, pp. 733 e 734.

<sup>8</sup> Defenderam a constitucionalidade os ministros Ilmar Galvão, Celso de Mello, Ellen Gracie, Cezar Peluso e Eros Grau, todos de forma expressa.

<sup>9</sup> “§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

c) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País aderiu) **entre a promulgação da Constituição de 1988 e a superveniência da EC nº 45/2004** (referidos tratados assumem caráter materialmente constitucional, porque essa qualificada hierarquia lhes é transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade, que é “a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados”).<sup>10</sup> (destaques nossos).

6. O ministro Celso de Mello foi o principal defensor de tal posicionamento, sobre o qual fez a seguinte ressalva:

“Tenho por irrecusável, de outro lado, a supremacia da Constituição sobre todos os tratados internacionais celebrados pelo Estado brasileiro, inclusive aqueles que versarem o tema dos direitos humanos, desde que, neste último caso, as convenções internacionais que o Brasil tenha celebrado (ou a que tenha aderido) importem em supressão, modificação gravosa ou restrição a prerrogativas essenciais ou a liberdades fundamentais reconhecidas e asseguradas pelo próprio texto constitucional, eis que os direitos e garantias individuais qualificam-se, como sabemos, como limitações materiais ao poder reformador do Congresso Nacional.

(...)

É essencial reconhecer, neste ponto, que a inconstitucionalidade de tratados internacionais em geral – e, também, de convenções internacionais que eventualmente reduzam ou suprimam direitos e garantias individuais, tais como consagrados pela própria Carta Política – impedirá a aplicação de suas normas mais gravosas na ordem jurídica interna brasileira, porque violadoras de disposições fundamentais”.<sup>11</sup>

7. Assim, não obstante o caráter constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos, estes não se sobrepõem, conforme a interpretação do ministro Celso de Mello, à Constituição e a seus valores fundamentais, não sendo aplicadas as disposições que venham a causar retrocesso em relação às garantias já estabelecidas. Pode-se dizer que, *mutatis mutandis*, prevalecerá a Convenção se a Constituição for menos protetiva.

8. Do mesmo modo que não há posição definitiva sobre a estatura das normas internacionais sobre direitos humanos no ordenamento jurídico interno, não há consenso no STF sobre os efeitos da incorporação desses diplomas em relação à legislação infraconstitucional. Ao tratar da prisão civil do depositário infiel, o ministro Gilmar Mendes fala em efeito paralisante dos tratados sobre a legislação ordinária. O ministro Celso de Mello, por seu turno, entende que os dispositivos legais contrários à Convenção Americana não foram recebidos pelo ordenamento constitucional em vigor<sup>12</sup>. Já o ministro

<sup>10</sup> Celso de Mello. Voto: Recurso Extraordinário nº 349.703-1, pp. 795-797.

<sup>11</sup> Celso de Mello. Voto: Recurso Extraordinário nº 349.703-1, pp. 813-815.

<sup>12</sup> “(...) o Decreto-Lei n. 911/69 – no ponto em que, mediante remissão ao que consta no Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do CPC (art. 904 e respectivo parágrafo único), permite a prisão civil do deve-

Marco Aurélio, embora não se filie a nenhuma das duas correntes, se manifestou no sentido de que as normas infraconstitucionais foram revogadas pelo Pacto de São José<sup>13</sup>.

9. Nota-se que, embora a posição a respeito da impossibilidade da prisão civil do depositário infiel se tenha consolidado, permanecem importantes divergências sobre a hierarquia dos tratados sobre direitos humanos e suas consequências. Apesar de a maioria dos votos em 2008 ter sido contrária a considerar os referidos tratados como de estatura constitucional, é importante ressaltar que apenas quatro dos nove participantes do julgamento (embora a composição total seja onze ministros, dois não participaram) votaram pela tese da supralegalidade, além de um voto que se somou à corrente no sentido de entender que tais tratados não têm natureza constitucional, mas especial (Ministro Menezes Direito). Do outro lado, foram quatro votos por considerar de estatura constitucional, uma maioria colhida por apenas um voto de diferença. Daquela composição que votou, atualmente apenas seis ministros permanecem no STF<sup>14</sup>, sendo que dois deles ainda não se manifestaram sobre o assunto: os ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa,<sup>15, 16, 17</sup>

---

*dor fiduciante – não foi recebido pelo vigente ordenamento constitucional, considerada a existência de incompatibilidade material superveniente entre o referido diploma legislativo e a vigente Constituição da República.* Celso de Mello. Voto: Recurso Extraordinário nº 349.703-1, p. 822.

<sup>13</sup> “*Em síntese, com a introdução, no cenário jurídico nacional, do Pacto Referido, restaram derogadas as normas estritamente legais definidoras da prisão do depositário infiel.*” Marco Aurélio. Voto: Habeas Corpus nº 87.585, p. 240.

<sup>14</sup> Composição do STF em 2008: Gilmar Mendes, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Menezes Direito e Joaquim Barbosa. Composição atual (junho de 2013): Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Luís Roberto Barroso.

<sup>15</sup> O ministro Celso de Mello resumiu o quadro de votos da seguinte maneira: “*Houve, no julgamento anterior, clara dispersão dos fundamentos que deram suporte às correntes que se formaram, nesta Corte, no exame da controvérsia em referência. De um lado, e conferindo natureza constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, situam-se os votos dos Ministros ELLEN GRACIE, CEZAR PELUSO, EROS GRAU, além do meu próprio. De outro lado, estão os votos dos Ministros que atribuem hierarquia especial (Ministro MENEZES DIREITO) ou conferem caráter de supralegalidade às referidas convenções internacionais (Ministros GILMAR MENDES, RICARDO LEWANDOWSKI, CÁRMEN LÚCIA e CARLOS BRITTO). O eminente Ministro MARCO AURÉLIO não perfiou qualquer dessas duas orientações. (...) Observo, por relevante, que, embora majoritária (cinco votos), a tese da supralegalidade ainda não foi acolhida pela maioria absoluta do Supremo Tribunal Federal, eis que a corrente que confere natureza constitucional aos tratados internacionais em referência foi sufragada por 04 (quatro) votos (o meu próprio e os votos dos Ministros ELLEN GRACIE, CEZAR PELUSO e EROS GRAU). Vê-se, desse modo, que somente 09 (nove) Ministros se pronunciaram sobre as 02 (duas) posições debatidas nesta causa, pois, além do Ministro MARCO AURÉLIO – que entendeu desnecessário aderir a qualquer das 02 (duas) correntes em discussão (critério da supralegalidade x critério da constitucionalidade) para resolver a controvérsia jurídica –, também o eminente Ministro JOAQUIM BARBOSA não se pronunciou sobre essa específica questão.*” Celso de Mello. Voto: Habeas Corpus nº 92.566-9, pp. 466 e 467.

<sup>16</sup> Vale ressaltar que o ministro Marco Aurélio, ao relatar o HC nº 92.566, expressou entendimento inicial de que a Convenção Americana possui *status* de legislação ordinária: “*Assim, a nova disciplina da matéria, ocorrida a partir de 6 de novembro de 1992, implicou a derrogação das normas estritamente legais disciplinadoras da prisão do depositário infiel. Em síntese, o preceito da Convenção*

bem como os ministros Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Luís Roberto Barroso, que passaram a integrar a Corte em período posterior ao julgamento das ações em comento. Em suma, observa-se que na atual composição do Supremo apenas quatro se manifestaram e sete não se pronunciaram sobre o *status* constitucional ou não das normas internacionais sobre direitos humanos.<sup>18</sup>

10. De qualquer sorte, deixando de lado o debate sobre a CADH ser de estatura constitucional ou supralegal, é importante observar que o STF levou em consideração os termos da Convenção Americana e adotou a jurisprudência da Corte Interamericana de modo a interpretar a legislação ordinária e também a própria Constituição! Sim, porque mesmo ao afirmar que a Constituição prevalece em relação aos tratados internacionais sobre direitos humanos e não pode por estes ser revogada, entendeu que os tratados internacionais paralisam a legislação ordinária de regulamentação da Constituição e impedem o surgimento de leis novas neste sentido por colisão com a Convenção e com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Ao admitir a impossibilidade de regulamentação da Constituição (*art. 5º, LXVII: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”*), cujos termos contrariam a CADH, paralisou a eficácia também da Constituição para todo o sempre, embora sem redução de texto. Desta forma, o Supremo realizou verdadeiro controle de convencionalidade e deu prevalência prática aos termos da CADH e da jurisprudência da Corte IDH em face da Constituição.

11. Em conclusão, pelo fato de (a) a maioria ter sido de um único voto contra a estatura constitucional, (b) de a composição que participou daquele importante julgamento ter sido de apenas nove dos onze ministros, e (c) ter havido grande mudança na composição do Supremo no período, leva-se a crer que o debate sobre a hierarquia jurídica dos tratados sobre direitos humanos no ordenamento brasileiro está em aberto e que ela pode ser revertida em um novo julgamento.

---

*Americana sobre Direitos Humanos limitador de prisão por dívida passou a vigor com estatura de legislação ordinária, suplantando, assim, enfoques em contrário.* Min. MARCO AURÉLIO. Voto: Habeas Corpus nº 92.566, p. 456. Não tornou, contudo, a expressar esse posicionamento nos votos dos demais processos em análise, optando por acompanhar o voto do Ministro Gilmar Mendes no RE nº 349.703-1. Observa-se, então, que o Ministro tem implicitamente se filiado à corrente da supralegalidade, o que também pode ser extraído do seguinte trecho do voto que proferiu no RE nº 466.343: “(...) *subscrevemos o Pacto de San José da Costa Rica. Fizemo-lo não para tê-lo no mesmo patamar dos dispositivos constitucionais, porque há uma exigência maior, indispensável para que se alcance essa envergadura, que se observe o mesmo procedimento alusivo às emendas constitucionais. Quando subscrevemos esse Pacto, a legislação regulamentadora do texto constitucional quanto ao depositário infiel ficou suplantada.*” Marco Aurélio. Voto: Recurso Extraordinário nº 466.343, p. 1.208.

<sup>17</sup> O ministro Joaquim Barbosa, embora não tenha se pronunciado sobre a questão, já fez declaração nos seguintes termos: “(...) *na hipótese de eventual conflito entre regras domésticas e normas emergentes de tratados internacionais, a prevalência (...) há de ser outorgada à norma mais favorável ao indivíduo*” Joaquim Barbosa. Voto: Recurso Extraordinário nº 466.343, p. 1.201.

<sup>18</sup> Dos ministros que já se pronunciaram: Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski são a favor da supralegalidade, lembrando que estes dois últimos apenas acompanharam o voto do ministro Gilmar Mendes; e o ministro Celso de Mello é a favor da constitucionalidade.

12. Exposto o estado da arte no Supremo dos tratados sobre direitos humanos, segue análise de um importante caso sobre aplicação da Constituição Nacional e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos alusivamente à validade ou nulidade da Lei de Anistia do regime militar (1979) para favorecer agentes do Estado, em que é possível observar as implicações práticas desse quadro indefinido.

## 2. Controle de constitucionalidade vs. controle de convencionalidade: a Lei de Anistia de 1979

### 2.1. O Supremo Tribunal Federal e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153

13. Em 2008, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) propôs Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 153)<sup>19</sup> com o objetivo de ver declarado o não recebimento do artigo 1º, § 1º, da Lei nº 6.683, de 19 de dezembro de 1979 (Lei de Anistia)<sup>20</sup> pela Constituição Federal de 1988. A OAB requereu ainda que o

---

<sup>19</sup> A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental abarca tanto o controle concentrado como o controle difuso de constitucionalidade e possui caráter subsidiário. Tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público. O Supremo Tribunal Federal não possui um conceito fechado sobre quais seriam os preceitos fundamentais. Entretanto, adota como indicativo o voto do ministro Gilmar Mendes na ADPF nº 33-5/PA, que possui o seguinte teor: “É muito difícil indicar, a priori, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e o julgamento da arguição de descumprimento. Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional. Assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais (art. 5º, dentre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da Constituição, quais sejam, a forma federativa de Estado, a separação de Poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico. Por outro lado, a própria Constituição explicita os chamados “princípios sensíveis”, cuja violação pode dar ensejo à decretação de intervenção federal nos Estados-membros (art. 34, VII).” Gilmar Mendes. Voto: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 33, p. 11. Tal posicionamento foi invocado pelo Ministro Eros Graus no julgamento da ADPF nº 153, a ser analisada mais adiante. Vale ressaltar, porém, que referido conceito não é unânime entre os membros do STF, tal como explícita o ministro Carlos Ayres Britto: “É que tenho a tendência de fixar constitucionalmente a expressão “preceito fundamental” enquanto direito ou garantia que a própria Constituição chama de fundamental. E a Constituição só usa o adjetivo “fundamental” em duas oportunidades: para caracterizar os princípios (Título I – Dos Princípios Fundamentais); e para caracterizar certos direitos e garantias (Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais). Por isso é que me inclino a pensar, cada vez mais, que “preceito fundamental” é apenas aquele inserto no Título II da Constituição, é aquela regra que está a serviço de um princípio fundamental da República.” Ayres Britto. Voto: Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 33, p. 40.

<sup>20</sup> Art. 1º – É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram, crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos

STF, dando interpretação conforme à Constituição, declarasse que a anistia aos crimes políticos ou conexos não se estendia aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos durante a ditadura militar.

14. Em 29 de abril de 2010, por sete votos a dois<sup>21</sup> (neste julgamento também não participou a composição completa com os onze ministros), o STF confirmou o caráter amplo e geral da Lei de Anistia, incorrendo na manutenção da interpretação de que a anistia teria sido bilateral, abrangendo tanto os agentes da ditadura como as vítimas do regime, bem como sua recepção pela ordem constitucional democrática. Ressalvadas as opiniões dos ministros Ricardo Lewandowski e Carlos Ayres Britto, a Corte foi uníssona ao entender por crimes conexos aos crimes políticos, e, portanto, anistiados, os crimes de qualquer natureza praticados pelos agentes do Estado. Nos termos do voto do Relator, ministro Eros Grau:

“Essa expressão, crimes conexos a crimes políticos, conota sentido a ser sindicado no momento histórico da sanção da lei. Sempre há de ter sido assim. A chamada Lei de Anistia diz com uma conexão *sui generis*, própria ao momento histórico da transição para a democracia. Tenho que a expressão ignora, no contexto da Lei n. 6.683/79, o sentido ou os sentidos correntes, na doutrina, da chamada conexão criminal. Refere o que ‘se procurou’, segundo a inicial, vale dizer, estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. (...) A arguente tem razão: o legislador procurou estender a conexão aos crimes praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado de exceção. Daí o caráter bilateral da anistia, ampla e geral. Anistia que somente não foi irrestrita porque não abrangia os já condenados – e com sentença transitada em julgado, qual o Supremo assentou, veremos logo adiante – pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal.”<sup>22</sup>

15. No entendimento do Relator, a Lei de Anistia enquadra-se nas leis-medida, as quais “*configuram ato administrativo completável por agente da Administração, mas tra-*

---

Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

§ 1º – Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

<sup>21</sup> No entanto, dos sete votantes pela corrente majoritária, continuam no STF apenas quatro ministros: Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia. Aposentaram-se Eros Grau, relator, Ellen Gracie e César Peluso. Os ministros Carlos Ayres Britto (que também se aposentou) e Ricardo Lewandowski votaram pela invalidade parcial da Lei. Joaquim Barbosa e Dias Toffoli não participaram daquele julgamento porque estavam respectivamente em licença médica e impedido no processo específico. Também não votaram no processo, porque ainda não integravam o Tribunal, os ministros Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Luís Roberto Barroso. A grande mudança de composição favorece a modificação do precedente.

<sup>22</sup> Eros Grau. Voto: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, p. 26.



zendo em si mesma o resultado específico pretendido, ao qual se dirigem”.<sup>23</sup> Assim, não haveria espaço para uma interpretação atual do significado da anistia: a “*Lei de Anistia veicula uma decisão política naquele momento – o momento da transição conciliada de 1979 – assumida*”. A “*Lei nº 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada*”.<sup>24</sup>

16. Destaca-se ainda o voto do ministro Celso de Mello, o qual se referiu expressamente à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, considerando-a não aplicável ao caso:

“Reconheço que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em diversos julgamentos – como aqueles proferidos, p. ex., nos casos contra o Peru (“Barrios Altos”, em 2001, e “Loayza Tamayo”, em 1998) e contra o Chile (“Almonacid Arellano e outros”, em 2006), proclamou a absoluta incompatibilidade, com os princípios consagrados na Convenção Americana de Direitos Humanos, das leis nacionais que concederam anistia, unicamente, a agentes estatais, as denominadas ‘leis de auto-anistia’. (...) É preciso ressaltar, no entanto, como já referido, que a lei de anistia brasileira, exatamente por seu caráter bilateral, não pode ser qualificada como uma lei de auto-anistia, o que torna inconsistente, para os fins deste julgamento, a invocação dos mencionados precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos.”<sup>25</sup>

17. Ocorre que, ao efetuar posteriormente controle concentrado de convencionalidade, a Corte Interamericana rechaçou a interpretação acima e julgou a Lei de Anistia brasileira incompatível com os preceitos da Convenção Americana. Fala-se do caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, em que se determinou a inaplicabilidade da Lei nº 6.683/79 naquilo em que é interpretada como anistiando agentes do Estado, interpretação esta contrária não só à Convenção, mas também à reiterada jurisprudência da Corte Interamericana<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> Eros Grau. Voto: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, p. 31.

<sup>24</sup> Eros Grau. Voto: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, p. 34.

<sup>25</sup> Celso de Mello. Voto: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, pp. 183 e 184.

<sup>26</sup> Corte IDH. Caso Bairros Altos vs. Peru. Mérito. Sentença de 14 de março de 2001. Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006; e Caso La Cantuta vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de novembro de 2006.

## 2.2. A Corte IDH e o caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil

18. Em 26 de março de 2009, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu à Corte uma demanda contra o Brasil, que se originou na petição apresentada em 7 de agosto de 1995 pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e pela organização não governamental *Human Rights Watch/Americas*, em nome de pessoas desaparecidas no contexto da Guerrilha do Araguaia e seus familiares. Posteriormente, somaram-se ao caso, como peticionários, a Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos do Instituto de Estudos da Violência do Estado, a senhora Ângela Harkavy e o Grupo Tortura Nunca Mais do Rio de Janeiro.

19. A demanda refere-se à responsabilidade do Estado pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre membros do Partido Comunista do Brasil e camponeses da região, como resultado de operações do Exército brasileiro empreendidas entre 1972 e 1975 com o objetivo de erradicar a Guerrilha do Araguaia, no contexto da ditadura militar do Brasil (1964–1985). A Comissão também submeteu o caso à Corte porque, em virtude da Lei nº. 6.683/79 (Lei de Anistia), o Estado não realizou investigação penal com a finalidade de julgar e punir as pessoas responsáveis pelo desaparecimento forçado de 70 vítimas e a execução extrajudicial de Maria Lúcia Petit da Silva; porque os recursos judiciais de natureza civil, com vistas a obter informações sobre os fatos, não foram efetivos para assegurar aos familiares dos desaparecidos e da pessoa executada o acesso a informação sobre a Guerrilha do Araguaia; porque as medidas legislativas e administrativas adotadas pelo Estado restringiram indevidamente o direito de acesso à informação pelos familiares; e porque o desaparecimento das vítimas, a execução de Maria Lúcia Petit da Silva, a impunidade dos responsáveis e a falta de acesso à justiça, à verdade e à informação afetaram negativamente a integridade pessoal dos familiares dos desaparecidos e da pessoa executada.

20. Em 24 de novembro de 2010, poucos meses após o julgamento do STF, a Corte Interamericana de Direitos Humanos determinou que as disposições da Lei de Anistia que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos carecem de efeitos jurídicos e não podem continuar a representar um obstáculo para a investigação dos fatos, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem impactar outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana.<sup>27</sup>

21. Determinou ainda, entre as principais reparações, que o Estado conduza a *investigação de forma eficaz, processe e puna os agentes da ditadura, garantindo que as ações penais contra os responsáveis militares sejam examinadas na jurisdição civil ordinária*. A Corte determinou, ainda, que os familiares das vítimas possuem o direito de identificar o paradeiro de seus mortos e desaparecidos. Condenou o Brasil também a publicar a

---

<sup>27</sup> Corte IDH. Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Parágrafo 174.

sentença em diferentes meios; realizar ato público de reconhecimento da responsabilidade internacional em relação aos fatos do caso; indenizar pelos danos materiais e morais causados; estabelecer programa de Direitos Humanos nas Forças Armadas; tipificar o crime de desaparecimento forçado; fortalecer o marco normativo de acesso à informação; e estimulou a instalação de uma Comissão da Verdade.

22. Quanto à característica de a anistia brasileira configurar-se uma anistia propriamente dita, uma autoanistia ou um acordo político, pontos também presentes no julgamento do STF, a Corte expressou o seguinte entendimento:

“(...) a incompatibilidade em relação à Convenção inclui as anistias de graves violações de direitos humanos e não se restringe somente às denominadas “autoanistias”. Além disso, como foi destacado anteriormente, o Tribunal, mais que ao processo de adoção e à autoridade que emitiu a Lei de Anistia, se atém à sua *ratio legis*: deixar impunes graves violações ao direito internacional cometidas pelo regime militar. A incompatibilidade das leis de anistia com a Convenção Americana nos casos de graves violações de direitos humanos não deriva de uma questão formal, como sua origem, mas sim do aspecto material na medida em que violam direitos consagrados nos artigos 8 e 25, em relação com os artigos 1.1 e 2 da Convenção.”<sup>28</sup>

23. Assim, a Corte Interamericana, ao analisar a Lei de Anistia, verificou sua incompatibilidade com a Convenção Americana. Nesse sentido, a Corte considerou que a posição majoritária do Poder Judiciário brasileiro, ratificada pelo STF, não efetuou sua obrigação de realizar o controle de convencionalidade da referida norma, como decorre de suas obrigações internacionais.

“No presente caso, o Tribunal observa que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado e que, pelo contrário, a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia, sem considerar as obrigações internacionais do Brasil derivadas do Direito Internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento. O Tribunal estima oportuno recordar que a obrigação de cumprir as obrigações internacionais voluntariamente contraídas corresponde a um princípio básico do direito sobre a responsabilidade internacional dos Estados, respaldado pela jurisprudência internacional e nacional, segundo o qual aqueles devem acatar suas obrigações convencionais internacionais de boa-fé (*pacta sunt servanda*). Como já salientou esta Corte e conforme dispõe o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, os Estados não podem, por razões de ordem interna, descumprir obrigações internacionais. As obrigações convencionais dos

---

<sup>28</sup> Corte IDH. Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Parágrafo 175.

Estados Parte vinculam todos seus poderes e órgãos, os quais devem garantir o cumprimento das disposições convencionais e seus efeitos próprios (*effet utile*) no plano de seu direito interno.”<sup>29</sup>

24. Trata-se de um caso típico de decisão de tribunal internacional diametralmente oposta à jurisprudência nacional pacificada.

25. De fato, está-se diante de situação peculiar. A Convenção Americana foi ratificada e internalizada pelo Brasil sem reservas significativas<sup>30</sup> e com o reconhecimento total da competência da Corte Interamericana.<sup>31</sup> Assim, o presente tratado é materialmente compatível com a Constituição Federal. Ao mesmo tempo, o STF atribui aos tratados sobre direitos humanos, incluída a Convenção Americana, posição supralegal no ordenamento jurídico brasileiro. Ou seja, a Convenção está acima da Lei de Anistia, sendo parâmetro de validade e interpretação desta última.

26. Ao julgar, porém, o STF não analisou a Lei de Anistia em face da Convenção, de modo a exercer seu papel no controle de convencionalidade. Simplesmente considerou a lei constitucional. Ocorre que, ao analisar a prisão civil do depositário infiel<sup>32</sup>, o STF considerou vigente o artigo constitucional que versa sobre o tema, mas as leis infraconstitucionais que o regulamentam tiveram a sua eficácia paralisada em razão da internalização da Convenção. Questiona-se, então, qual o motivo de esse raciocínio não ter sido adotado na ADPF nº 153, adequando a interpretação da Lei de Anistia aos padrões hermenêuticos da Corte Interamericana<sup>33</sup>. Ou seja, seguindo a tese da supralegalidade,

---

<sup>29</sup> Corte IDH. Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Parágrafo 177.

<sup>30</sup> Declaração formulada pelo Brasil no ato de adesão à Convenção Americana: O Governo do Brasil entende que os artigos 43 e 48, d, não incluem o direito automático de visitas e investigações in loco da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que dependerá da anuência expressa do Estado. Fonte: <[http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/d.Convencao\\_Americana\\_Ratif.htm](http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/d.Convencao_Americana_Ratif.htm)>. Acesso em 8 de novembro de 2012.

<sup>31</sup> Reconhecimento da competência da Corte: “O Governo da República Federativa do Brasil declara que reconhece, por tempo indeterminado, como obrigatória e de pleno direito a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em todos os casos relacionados com a interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos, em conformidade com o artigo 62, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a esta declaração”. Fonte: <[http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/d.Convencao\\_Americana\\_Ratif.htm](http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/d.Convencao_Americana_Ratif.htm)>. Acesso em 8 de novembro de 2012.

<sup>32</sup> Ver tópico 1 do artigo.

<sup>33</sup> Vale lembrar que a anistia política está prevista no artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT): É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-Lei nº 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos.

o artigo da Constituição não teria sido revogado, mas a Lei de Anistia deveria ser aplicada de forma compatível com a Convenção, restando paralisada se contrária a ela. Ante o exposto, percebe-se que a decisão do STF na ADPF nº 153 deixou de analisar ângulo fundamental alusivo à tese da supralegalidade firmada por sua própria jurisprudência; muito menos atende à jurisprudência da Corte Interamericana.

27. Ao mesmo tempo, a Corte Interamericana descartou a validade de qualquer discussão a respeito da origem da Lei de Anistia brasileira e de sua interpretação corrente, anulando o argumento vencedor no STF de que a anistia brasileira ampla é fruto de um acordo político e não imposição do regime ditatorial para possibilitar a transição.

28. Não há dúvidas de que a jurisprudência sobre controle de convencionalidade exercido em último grau pela Corte deverá ser seguida por todos os países que reconhecem sua jurisdição contenciosa, fazendo-a prevalecer quanto à interpretação da CADH. Entre a Constituição nacional e a CADH deve aplicar-se sempre a mais benéfica na proteção das pessoas. Ademais, o controle de convencionalidade não se aplica somente às leis internas, mas também às Constituições dos Estados nacionais.

29. Para além de definitivas e inapeláveis, as sentenças da Corte são de cumprimento obrigatório (artigo 68 da Convenção Americana). Ao reconhecer a competência contenciosa da Corte, o Estado assume o compromisso de cumprir as suas decisões por meio da modificação de sua legislação interna e adequação da jurisprudência local.

30. Nesse aspecto, vale observar que não prosperam eventuais interpretações no sentido de que o cumprimento da decisão da Corte Interamericana implicaria afronta à soberania nacional. Essa é uma discussão antiga e superada no âmbito do Direito Internacional. Os Estados são livres e soberanos para optarem pelos tratados internacionais que desejem ratificar, mas uma vez que o tiverem feito não podem escusar-se de cumpri-los. No caso sob análise, tanto a ratificação da Convenção Americana quanto o reconhecimento da competência jurisdicional contenciosa da Corte Interamericana pelo Brasil se baseiam em atos de soberania do País. Ambos foram praticados em observância da Constituição Federal brasileira e são decorrência dos seus artigos 4º, inciso II<sup>34</sup>; 5º, §§ 2º e 3º<sup>35</sup>; bem como do artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias<sup>36</sup>. Descumprir sentenças da Corte IDH constituiria, sim, mácula à decisão soberana brasileira de a ela se submeter.

---

<sup>34</sup> Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

II – prevalência dos direitos humanos.

<sup>35</sup> Art. 5º

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

<sup>36</sup> Art. 7º da ADCT: O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos.

31. A responsabilidade internacional do Estado, advinda de ato soberano de aceitação, é o pilar da obrigação de cumprir decisão oriunda da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de modo que o Estado deve cumpri-la de boa-fé, como reafirmado pela Corte no caso Gomes Lund, sem que se valha de motivos de âmbito interno para subsidiar recusa em fazê-lo. As obrigações convencionais dos Estados-membros da Convenção vinculam todos os seus poderes e órgãos, que por sua vez devem garantir o cumprimento das disposições desse instrumento legal e seus efeitos próprios no plano de seu direito interno.

32. Não se pode olvidar que para todos os Estados do continente americano que livremente a adotaram, a Convenção Americana equivale a uma Constituição supranacional atinente aos direitos humanos. Desse modo, todos os poderes públicos e esferas nacionais, bem como as respectivas legislações federais, estaduais e municipais de todos os Estados aderentes, estão compelidos a respeitá-la e a ela se adequar<sup>37</sup>.

33. Por um meio ou por outro, pela responsabilidade internacional assumida, pelo compromisso de respeito aos direitos humanos conjuminado com o princípio da maior proteção, mesmo que diante de conflito entre um controle de constitucionalidade realizado pela mais alta corte do país e um controle de convencionalidade realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, não há outro caminho que não o de fazer com que esse último prevaleça.

34. É o que se espera do Brasil, que se propõe a respeitar os direitos humanos e a implementar as sentenças da Corte Interamericana, como o fez em outros casos nos quais foi demandado perante a Corte IDH.

35. Até o momento a Corte IDH não emitiu nenhuma resolução sobre a supervisão do cumprimento da sentença do Caso Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia) e as considerações presentes não podem ser consideradas como apreciações prévias, haja vista que realizadas em caráter perfunctório sem o rigor de um julgamento. Entretanto, cabe destacar que o governo brasileiro vem, aparentemente, envidando devidos esforços para cumprir com o determinado na decisão. Nesse sentido, pode-se destacar a criação da Comissão Nacional da Verdade e o trabalho que ela vem desenvolvendo<sup>38</sup>, a promulgação da Lei de Acesso à Informação<sup>39</sup> e as expedições que estão sendo realizadas pelo Grupo de Trabalho Araguaia para localizar os corpos dos desaparecidos políticos.

36. Por outro lado, no que se refere à responsabilização criminal dos torturadores da ditadura, parece ainda haver um longo caminho pela frente. Não obstante o oferecimento de denúncias contra Sebastião Rodrigues de Moura (conhecido como Sebastião Curió)<sup>40</sup>

---

<sup>37</sup> Corte, IDH. Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Voto fundamentado do juiz *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas na Sentença de 24 de novembro de 2010. Parágrafo 6.

<sup>38</sup> Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2011.

<sup>39</sup> Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.

<sup>40</sup> Processo nº 1162-79.2012 da 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Marabá. Há ainda o Processo nº 0011580-69.2012.403.6181 da 9ª Vara Federal Criminal de São Paulo.

e Lício Augusto Ribeiro Maciel (codinome Dr. Asdrúbal)<sup>41</sup> — agentes da ditadura militar brasileira — pelo Ministério Público Federal e o seu recebimento pelo Poder Judiciário, caso mantida a atual posição do Supremo Tribunal Federal sobre a validade da Lei de Anistia permanece pouco provável a sua efetiva punição<sup>42</sup>.

37. Vale destacar que a regularização da justiça e o restabelecimento da igualdade perante a lei, “*entendida como restabelecimento substancial do Estado de Direito, com a devida proteção judicial às vítimas e a consecução da obrigação do Estado em investigar e punir crimes, mais notadamente as violações graves aos Direitos Humanos*”<sup>43</sup>, é uma das etapas fundamentais no processo de justiça de transição após experiências autoritárias. Ocorre que, no Brasil, esse processo vem sendo estruturado principalmente pelas medidas de reparação, ao passo que as medidas relativas à justiça não vêm sendo desenvolvidas no mesmo ritmo. Segundo Paulo Abrão, presidente da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça, a “*ausência de um processo de depuração do Poder Judiciário pós-ditadura permitiu que ali se mantivesse viva uma interpretação da lei compatível com o discurso de legitimação do regime autoritário. (...) Isso permitiu que, nas carreiras jurídicas brasileiras, sobrevivesse uma mentalidade conservadora que, parcialmente, se mantém transgeracionalmente*”<sup>44</sup>.

38. Nesse sentido, em comparação à Argentina e ao Chile, (...)

“o Brasil foi o que, após a transição democrática, apresentou o menor grau de justiça transicional, em parte porque sua legalidade autoritária gradualista e conservadora contava com a participação de uma boa parcela dos sistemas estabelecidos, tanto Judiciários quanto militares, que continuaram a desfrutar de legitimidade na democracia. O Brasil, portanto, não teve que passar pela reação reformista que ocorreu na Argentina e no Chile, onde coalizões com significativo apoio político

---

<sup>41</sup> Processo nº 4334-29.2012 da 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Marabá, Estado do Pará.

<sup>42</sup> Sobre o conflito de interesses entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário a respeito do cumprimento da sentença da Corte IDH no Caso Guerrilha do Araguaia, é pertinente ressaltar que, durante a audiência pública sobre o Caso Barrios Altos, realizada em 27 de agosto de 2012, o juiz Eduardo Vio Grossi se manifestou no sentido de que a posição internacional do Estado é uma, ou seja, ele é visto como uma entidade única, não interessando as discrepâncias internas. Assim, por mais que o Governo Federal esteja desenvolvendo medidas no seu âmbito de competência para cumprir a sentença da Corte IDH, a manutenção da postura do STF em relação à Lei de Anistia poderia colocar o Brasil numa situação de descumprimento de obrigação internacional.

<sup>43</sup> Paulo Abrão: “Direito à verdade e à justiça na transição política brasileira”, em Paulo Abrão e Tarso Genro: *Os direitos da transição e a democracia no Brasil. Estudos sobre a Justiça de Transição e a Teoria da Democracia*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 64.

<sup>44</sup> Paulo Abrão: “Direito à verdade e à justiça na transição política brasileira”, em Paulo Abrão e Tarso Genro: *Os direitos da transição e a democracia no Brasil. Estudos sobre a Justiça de Transição e a Teoria da Democracia*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 70.

conseguiram derrubar aspectos importantes da legalidade autoritária e reformar as forças armadas ou o judiciário, ou ambos.”<sup>45</sup>

39. A interpretação herdada do período autoritário estaria preponderando no Supremo Tribunal?

40. Ou a questão seria outra, de não aprofundamento naquele momento no Direito Internacional para debater o tema? Quero acreditar que, no presente caso, possa ter sido precisamente isto que prevaleceu e ocorreu naquele momento. Um aspecto importante a ser considerado é que o julgamento do Supremo se deu antes do julgamento da Corte IDH sobre a Lei de Anistia e de lá para cá o STF não voltou a se pronunciar a respeito. No referido julgamento do Supremo os debates em torno da Convenção Americana foram feitos de forma meramente incidentais por uma minoria de ministros. A maioria sequer levou em consideração a necessidade de aplicação do Direito Internacional à espécie, vale dizer: de realizar o controle de convencionalidade da Lei de Anistia, além do controle de constitucionalidade. Vale observar que foi a primeira vez após o julgamento do STF do caso apresentado no primeiro capítulo, sobre prisão civil de fiel depositário, que o Supremo se deparou com a necessidade de cotejar profundamente os dispositivos convencionais aplicáveis. Ao fazê-lo por escassa maioria, sem levar em consideração como tema principal a aplicação de tratado internacional sobre direitos humanos e a respectiva jurisprudência da Corte Interamericana (controle de convencionalidade, um tema realmente novo para o Judiciário brasileiro), o Supremo pode ter ido em direção à qual não iria se houvesse sopesado esses aspectos.

41. A verdade é que nunca houve qualquer manifestação do Supremo em sessão de julgamento desapreciadora da jurisprudência da Corte. Ao contrário: o diálogo entre os dois Tribunais tem ocorrido de maneira fluida e positiva, ao ponto de a Corte IDH haver sido convidada a realizar sessão extraordinária no Brasil pelo ministro Joaquim Barbosa, presidente do Supremo Tribunal Federal.

42. Igualmente, importante manifestação pública em entrevista concedida pelo presidente Barbosa a jornalistas correspondentes internacionais em fevereiro de 2013, muito assertiva neste sentido, também leva a crer em uma mudança de jurisprudência a respeito do tema em um próximo julgamento<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> Anthony W. Pereira: *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina*, São Paulo: Paz e Terra, 2010. p. 290.

<sup>46</sup> MELITO, L. Barbosa afirma que a Lei de Anistia pode ser modificada. Portal EBC, disponível em: <<http://www.ebc.com.br/cidadania/2013/02/barbosa-afirma-que-a-lei-de-anistia-pode-ser-modificada>>. Acesso em 7 de junho de 2013.

*Brasília - A Lei de Anistia brasileira de 1979 pode sofrer modificações e até ser revogada se houver uma demanda, afirmou nesta quinta-feira (28) o presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) Joaquim Barbosa.*

*Durante coletiva de imprensa com correspondentes estrangeiros na capital federal, Barbosa destacou que esteve ausente durante a ratificação da lei em 2010, mas garantiu que votaria contra. Ele ressaltou que os magistrados de agora não são os mesmos daquele período, assim como as condições*



43. A resposta definitiva a tais questões será dada em futuro próximo pelo próprio Supremo Tribunal Federal, único competente para tanto.

44. O Brasil, portanto, tem um grande desafio por diante. O cumprimento pelo STF e pelos demais tribunais do país da decisão da Corte Interamericana é um ponto fundamental no processo nacional de justiça de transição. Assim, espera-se que o controle de convencionalidade realizado pela Corte IDH seja reconhecido e replicado internamente, de modo a dar total cumprimento a sua sentença. O deslinde desse conflito dos controles de constitucionalidade e de convencionalidade fará transparecer o real comprometimento do Estado brasileiro com os Direitos Humanos e com os compromissos internacionais assumidos.

### 3. Conclusão

45. Como o controle de constitucionalidade trata da adequação da legislação nacional frente à Constituição de cada país, o controle de convencionalidade verifica a compatibilidade dos atos normativos e leis face ao tratado internacional pertinente. Se aos tribunais supremos ou aos constitucionais cabe a última palavra no âmbito interno quanto à constitucionalidade, à Corte Interamericana cabe a última palavra quanto ao controle de convencionalidade da Convenção Americana sobre Direitos Humanos<sup>47</sup>.

46. Vale lembrar, porém, que o controle de convencionalidade no âmbito internacional não prescinde do seu exercício em âmbito interno. Importante reafirmar que os direitos humanos nas Américas precisam de respeito e promoção para que aqui se tornem uma realidade. É um esforço conjunto a ser obtido pelo trabalho convergente das instâncias internacional e nacional, o que demanda a superação de todo e qualquer obstáculo que venha a impedir a implementação da Convenção Americana de Direitos Humanos.

47. Diante desse quadro, o Brasil tem um grande desafio: adequar-se à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos via controle interno de convencionalidade, tanto no que se refere ao *status* dos tratados internacionais sobre direitos humanos, quanto à interpretação da Lei de Anistia, de modo a caminhar rumo a uma justiça de transição real, efetiva e harmônica com a jurisprudência da Corte e dos principais Países da América Latina. Por alguns sinais externos do Supremo Tribunal Federal, a expectativa é de que essa harmonização ocorra em muito breve.

---

atuais são outras. “Se existisse um requerimento para mudar essa normativa, o STF o faria”, afirmou Barbosa.

O máximo representante do Supremo estimou que uma variação ou anulação da lei poderia ocorrer nos próximos cinco anos. O pronunciamento de Barbosa ocorre um ano depois que o governo federal descartou qualquer tipo de discussão, nacional ou internacional sobre a Lei de Anistia que exonerou os responsáveis de abusos de direitos humanos cometidos durante a ditadura militar entre 1964 e 1985.

<sup>47</sup> Corte IDH. Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Voto Fundamentado do Juiz *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas na Sentença de 24 de novembro de 2010. Parágrafo 5.

## Referências Bibliográficas

- ABRÃO, Paulo: “Direito à verdade e à justiça na transição política brasileira”, em Paulo Abrão e Tarso Genro: *Os direitos da transição e a democracia no Brasil. Estudos sobre a Justiça de Transição e a Teoria da Democracia*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.
- PEREIRA, Anthony W.: *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina*, São Paulo: Paz e Terra, 2010.
- MELITO, L.: Barbosa afirma que a Lei de Anistia pode ser modificada. Portal EBC, disponível em: <<http://www.ebc.com.br/cidadania/2013/02/barbosa-afirma-que-a-lei-de-anistia-pode-ser-modificada>>. Acesso em 7 de junho de 2013.

## Jurisprudência

- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 33/PA. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2030720>>. Acesso em 7 de janeiro de 2013.
- \_\_\_\_\_ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2644116>>. Acesso em 7 de janeiro de 2013.
- \_\_\_\_\_ Habeas Corpus nº 87.585/TO. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2345410>>. Acesso em 7 de janeiro de 2013.
- \_\_\_\_\_ Habeas Corpus nº 92.566/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2560488>>. Acesso em 7 de janeiro de 2013.
- \_\_\_\_\_ Recurso Extraordinário nº 349.703. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2035659>>. Acesso em 7 de janeiro de 2013.
- \_\_\_\_\_ Recurso Extraordinário nº 466.343/SP. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2343529>>. Acesso em 7 de janeiro de 2013.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, nº 219.
- \_\_\_\_\_ Proposta de Modificação da Constituição Política da Costa Rica Relacionada à Naturalização. Opinião Consultiva OC-4/84 de 19 de janeiro de 1984. Série A, nº 4.

Valério de Oliveira Mazzuoli (Brasil)\*

## O controle jurisdicional da convencionalidade das leis no Brasil

### RESUMO

Este ensaio se propõe estudar o controle de convencionalidade das leis no Brasil. Trata-se de estudo pioneiro entre nós, jamais versado na doutrina brasileira anteriormente. O texto analisa os limites (nacionais e, principalmente, os internacionais) que a produção normativa doméstica deve respeitar para ter validade no plano jurídico interno, especialmente depois do advento da EC 45/2004, que trouxe a possibilidade do controle concentrado de convencionalidade no Brasil.

**Palavras-chave:** controle de convencionalidade, direito internacional dos direitos humanos, Brasil, direito constitucional, direito internacional.

### ZUSAMMENFASSUNG

Dieser Beitrag untersucht die Überprüfung der völkerrechtlichen Vertragskonformität von Gesetzen in Brasilien. Es handelt sich um die erste Studie dieser Art im Land; dieses Thema wurde in der brasilianischen Rechtslehre bisher noch nicht behandelt. Der Text analysiert die (nationalen und vor allem internationalen) Schranken, welche die innerstaatliche Normsetzung beachten muss, um innerstaatlich wirksam zu sein, insbesondere nach der Verfassungsänderung Nr. 45/2004, die ein Verfahren zur konzentrierten Überprüfung der völkerrechtlichen Vertragskonformität in Brasilien eingeführt hat.

---

\* Doutor *summa cum laude* em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS (Brasil). Mestre em Direito Internacional pela Universidade Estadual Paulista – UNESP (Brasil). Professor Adjunto de Direito Internacional Público e Direitos Humanos na Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT (Brasil). Coordenador do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT (Brasil). Membro efetivo da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas (ABCD). Advogado e parecerista. E-mail: <mazzuoli@ufmt.br>.

**Schlagwörter:** Prüfung der Vereinbarkeit nationalen Rechts mit internationalen Verträgen, Internationales Recht der Menschenrechte, Brasilien, Verfassungsrecht, Völkerrecht.

## ABSTRACT

The aim of this paper is to study conventionality control in Brazilian law. It is a groundbreaking approach which has not been attempted previously by Brazilian legal scholars. The text analyzes the (national and mainly international) limits that must be observed in the production of national legislation for it to be valid in the internal context, especially after Constitutional Amendment 45/2004, which introduced the possibility of conventionality control in Brazil.

**Keywords:** Conventionality control, International Human Rights Law, Brazil, Constitutional law, International law.

## 1. Introdução

Este ensaio tem por finalidade estudar o controle jurisdicional da convencionalidade das leis no Brasil. Trata-se de tema que é bastante recente no direito brasileiro e apresenta diversas peculiaridades. Não obstante o seu aparecimento ter ocorrido no Brasil a partir da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45/2004, o certo é que passados vários anos dessa alteração constitucional nenhum jurista pátrio (constitucionalista ou internacionalista) o havia ainda desenvolvido. Não se havia percebido, no Brasil, a amplitude e a importância dessa nova temática, capaz de modificar todo o sistema de controle no direito brasileiro.

Sem falsa modéstia, fomos nós que, pioneiramente no Brasil, versamos o tema do controle jurisdicional da convencionalidade das leis, cuja síntese vem agora estampada nas linhas que seguem.<sup>1</sup>

Enfim, a novidade que este estudo apresenta diz respeito à possibilidade de se proceder à compatibilização vertical das leis (ou dos atos normativos do Poder Público), não só tendo como parâmetro de controle a *Constituição*, mas também os *tratados internacionais* (notadamente os de direitos humanos) ratificados pelo governo e em vigor no país.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Para um estudo completo do assunto, v. Valério de Oliveira Mazzuoli. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. (Coleção “Direito e Ciências Afins”, vol. 4). São Paulo: RT, 2009, 144p.

<sup>2</sup> Sobre a conclusão dos tratados em Portugal, v. Jorge Miranda, *Curso de direito internacional público: uma visão sistemática do direito internacional dos nossos dias*, 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 96-98.

## 2. O controle de convencionalidade brasileiro e a teoria da dupla compatibilidade vertical material

É bem sabido que a EC 45/2004, que acrescentou o § 3.º ao art. 5.º da Constituição Federal brasileira de 1988, trouxe a possibilidade de os tratados internacionais de direitos humanos serem aprovados com um *quorum* qualificado, a fim de passarem (desde que *ratificados e em vigor* no plano internacional) de um *status* materialmente constitucional para a condição (formal) de tratados “equivalentes às emendas constitucionais”.<sup>3</sup> Tal acréscimo constitucional trouxe ao direito brasileiro um novo tipo de controle à produção normativa doméstica, até hoje desconhecido entre nós: o controle *de convencionalidade* das leis. À medida que os tratados de direitos humanos são *materialmente* constitucionais (art. 5.º, § 2.º, CF) ou *material e formalmente* constitucionais (art. 5.º, § 3.º, CF),<sup>4</sup> é lícito entender que, para além do clássico *controle de constitucionalidade*, deve ainda existir (doravante) um *controle de convencionalidade* das leis, que é a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país.

Em outras palavras, se os tratados de direitos humanos têm “*status* de norma constitucional”, nos termos do art. 5.º, § 2.º, da CF/1988, ou se são “equivalentes às emendas constitucionais”, pois aprovados pela maioria qualificada prevista no art. 5.º, § 3.º, da mesma Carta, significa que podem eles ser paradigma de controle das normas infraconstitucionais no Brasil.<sup>5</sup> Ocorre que os tratados internacionais *comuns* (que versam temas alheios aos direitos humanos) também têm *status* superior ao das leis internas.<sup>6</sup> Se bem que não equiparados às normas constitucionais, os instrumentos convencionais comuns têm *status* supralegal no Brasil, por não poderem ser revogados por lei interna posterior, como estão a demonstrar vários dispositivos da própria legislação infraconstitucional brasileira, dentre eles o art. 98 do Código Tributário Nacional.<sup>7</sup> Neste último caso, tais tratados (comuns) também servem de paradigma ao controle das normas infraconstitucionais, por estarem situados acima delas, com a única diferença (em relação aos tratados de direitos humanos) que não servirão de paradigma do controle *de*

---

<sup>3</sup> Para um estudo aprofundado do significado do art. 5.º, § 3.º, da CF/1988, Valério de Oliveira Mazzuoli. “O novo § 3.º do art. 5.º da Constituição e sua eficácia”, in *Revista Forense*, vol. 378, ano 101, Rio de Janeiro, mar.-abr. 2005, p. 89-109.

<sup>4</sup> Sobre essa distinção entre tratados *materialmente constitucionais e material e formalmente constitucionais*, bem como para o seu melhor entendimento, veja-se o nosso estudo citado na nota anterior.

<sup>5</sup> Cf. Gilmar Ferreira Mendes. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 239.

<sup>6</sup> V. a comprovação dessa assertiva em Valério de Oliveira Mazzuoli. *Curso de direito internacional público*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 366-379.

<sup>7</sup> Para uma análise do art. 98 do CTN à luz da supremacia do direito internacional, v. Valério de Oliveira Mazzuoli. *Curso de direito internacional público*, cit., p. 385-393.

*convencionalidade* (expressão reservada aos tratados com nível constitucional), mas do controle de *supralegalidade* das normas infraconstitucionais.

Isto tudo somado demonstra que, doravante, todas as normas infraconstitucionais que vierem a ser produzidas no país devem, para a análise de sua compatibilidade com o sistema do atual Estado Constitucional e Humanista de Direito, passar por dois níveis de aprovação: (1) a *Constituição* e os *tratados de direitos humanos* (material ou formalmente constitucionais) ratificados pelo Estado; e (2) os *tratados internacionais comuns* também ratificados e em vigor no país. No primeiro caso, tem-se o controle de convencionalidade das leis; e no segundo, o seu controle de supralegalidade. A este estudo interessa-nos, porém, apenas o controle de *convencionalidade* das leis.<sup>8</sup>

Pois bem, o ensaio que ora se apresenta tem por finalidade analisar esta nova teoria segundo a qual as normas domésticas também se sujeitam a um controle de convencionalidade (compatibilidade vertical do direito doméstico com os tratados de direitos humanos em vigor no país), para além do clássico e já bem conhecido controle de constitucionalidade das leis.

A primeira ideia a fixar-se, porém, para o correto entendimento do que doravante será exposto, é a de que a compatibilidade da lei com o texto constitucional não mais garante a essa lei *validade* no plano do direito interno. Para tal, deve a lei ser compatível com a Constituição e com os tratados internacionais (de direitos humanos e comuns) ratificados pelo governo. Caso a norma esteja de acordo com a Constituição, mas não com eventual tratado já ratificado e em vigor no plano interno, poderá ela ser até considerada *vigente* (pois, repita-se, está *de acordo* com o texto constitucional e não poderia ser de outra forma) – e ainda continuará perambulando nos compêndios legislativos publicados –, mas não poderá ser tida como *válida*, por não ter passado imune a um dos limites verticais materiais agora existentes: os tratados internacionais em vigor no plano interno. Ou seja, a incompatibilidade da produção normativa doméstica com os tratados internacionais em vigor no plano interno (ainda que tudo seja compatível com a Constituição) torna *inválidas*<sup>9</sup> as normas jurídicas de direito interno.

Como se sabe, a dogmática positivista clássica confundia *vigência* com a *validade* da norma jurídica. Kelsen já dizia que uma norma vigente é válida e aceitava o mesmo reverso, de que uma norma válida é também vigente: em certo momento falava em “uma ‘norma válida’ (‘vigente’)” e, em outro, na “vigência (validade) de uma norma”.<sup>10</sup> Porém,

<sup>8</sup> Para um estudo do controle de “supralegalidade”, v. Valério de Oliveira Mazzuoli, *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 222-226.

<sup>9</sup> Cf., em paralelo, Norberto Bobbio. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 137-138.

<sup>10</sup> V. o trecho ao qual aludimos: “Então, e só então, o dever-ser, como dever-ser ‘objetivo’, é uma ‘norma válida’ (‘vigente’), vinculando os destinatários. É sempre este o caso quando ao ato de vontade, cujo sentido subjetivo é um dever-ser, é emprestado esse sentido objetivo por uma norma, quando uma norma, que por isso vale como norma ‘superior’, atribui a alguém competência (ou poder) para esse ato”. E mais à frente, leciona: “Se, como acima propusemos, empregarmos a palavra ‘dever-ser’ num sentido que abranja todas estas significações, podemos exprimir a *vigência (validade) de uma*

na perspectiva do Estado Constitucional e Humanista de Direito esse panorama muda, e nem toda norma *vigente* deverá ser tida como *válida*. Não são poucos os autores atuais que rechaçam a concepção positivista legalista de vigência e validade das normas jurídicas (v. *infra*).<sup>11</sup>

De nossa parte, também entendemos que não se poderá mais confundir *vigência* com *validade* (e a consequente *eficácia*) das normas jurídicas. Devemos seguir, a partir de agora, a lição de Ferrajoli, que bem diferencia ambas as situações.<sup>12-13</sup> Para Ferrajoli, a identificação da *validade* de uma norma com a sua *existência* (determinada pelo fato de se pertencer a certo ordenamento e estar conforme as normas que regulam sua produção) é fruto “de uma simplificação, que deriva, por sua vez, de uma incompreensão da complexidade da legalidade no Estado constitucional de direito que se acaba de ilustrar”.<sup>14</sup> Com efeito, continua Ferrajoli, “o sistema das normas sobre a produção de normas – habitualmente estabelecido, em nossos ordenamentos, com nível constitucional – não se compõe somente de normas formais sobre a competência ou sobre os procedimentos de formação das leis”, incluindo também “normas substanciais, como o princípio da igualdade e os direitos fundamentais, que de modo diverso limitam e vinculam o Poder Legislativo, excluindo ou impondo-lhe determinados conteúdos”, o que faz com que “uma norma – por exemplo, uma lei que viola o princípio constitucional da igualdade – por mais que tenha existência formal ou vigência, possa muito bem ser inválida e, como tal, suscetível de anulação por contrastar com uma norma substancial sobre sua produção” (trad. livre).<sup>15</sup>

Com efeito, a existência de normas *inválidas*, ainda segundo Ferrajoli, “pode ser facilmente explicada distinguindo-se duas dimensões da regularidade ou legitimidade das normas: a que se pode chamar ‘vigência’ ou ‘existência’, que faz referência à *forma* dos atos normativos e que depende da conformidade ou correspondência com as *normas*

---

*norma* dizendo que certa coisa deve ou não deve ser, deve ou não ser feita” (grifos nossos) (Hans Kelsen. *Teoria pura do direito*. 7. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 11).

<sup>11</sup> Cf. Luigi Ferrajoli. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madri: Trotta, 1999, p. 20; Luiz Flávio Gomes. *Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*. São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 75; Luiz Flávio Gomes & Rodolfo Luis Vigo. *Do Estado de direito constitucional e transnacional: riscos e precauções (navegando pelas ondas evolutivas do Estado, do direito e da justiça)*. São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 19.

<sup>12</sup> Cf. Luigi Ferrajoli. *Op. cit.*, p. 20-22.

<sup>13</sup> A dificuldade de precisão desses conceitos já foi objeto dos comentários de Kelsen, nestes termos: “A determinação correta desta relação é um dos problemas mais importantes e ao mesmo tempo mais difíceis de uma teoria jurídica positivista. É apenas um caso especial da relação entre o dever-ser da norma jurídica e o ser da realidade natural. Com efeito, também o ato com o qual é posta uma norma jurídica positiva é – tal como a eficácia da norma jurídica – um fato da ordem do ser. Uma teoria jurídica positivista é posta perante a tarefa de encontrar entre os dois extremos, ambos insustentáveis, o meio-termo correto”. (*Op. cit.*, p. 235).

<sup>14</sup> Luigi Ferrajoli. *Op. cit.*, p. 20.

<sup>15</sup> *Idem*, p. 20-21.

*formais* sobre sua formação; e a ‘validade’ propriamente dita ou, em se tratando de leis, a ‘constitucionalidade’ [e, podemos acrescentar, também a *convencionalidade*], que, pelo contrário, têm a ver com seu *significado* ou conteúdo e que depende da coerência com as *normas substanciais* sobre sua produção” (trad. livre).<sup>16</sup> Nesse sentido, a *vigência* de determinada norma guardaria relação com a *forma* dos atos normativos, enquanto que a sua *validade* seria uma questão de *coerência* ou de *compatibilidade* das normas produzidas pelo direito doméstico com aquelas de caráter substancial (a Constituição e/ou os tratados internacionais em vigor no país) sobre sua produção.<sup>17</sup>

No direito brasileiro, é certo que toda lei vigora formalmente até que seja revogada por outra ou até alcançar o seu termo final de vigência (no caso das leis excepcionais ou temporárias). A vigência pressupõe a publicação da lei na imprensa oficial e seu eventual período de *vacatio legis*; se não houver *vacatio*, segue-se a regra do art. 1.º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), da entrada em vigor após 45 dias. Então, tendo sido aprovada pelo Parlamento e sancionada pelo Presidente da República (com promulgação e publicação posteriores), a lei é *vigente* (ou seja, *existente*)<sup>18</sup> em território nacional (podendo ter de respeitar, repita-se, eventual período de *vacatio legis*), o que não significa que será materialmente *válida* (e, tampouco, *eficaz*). Perceba-se a própria redação da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo a qual (art. 1.º): “Salvo disposição contrária, a lei começa a *vigorar* em todo o país 45 (quarenta e cinco) dias depois de oficialmente publicada” (grifo nosso). Portanto, ser *vigente* é ser *existente* no plano legislativo. Lei *vigente* é aquela que já *existe*,<sup>19</sup> por ter sido elaborada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente da República,<sup>20</sup> promulgada e publicada no *Diário Oficial da União*.

Depois de verificada a *existência* (vigência) da lei é que se vai aferir sua *validade*, para, em último lugar, perquirir sobre sua *eficácia*. Esta última (a eficácia legislativa) está ligada à realidade social que a norma almeja regular; conota também um meio de se dar “aos jurisdicionados a confiança de que o Estado exige o cumprimento da norma, dispõe para

<sup>16</sup> Idem, p. 21.

<sup>17</sup> Idem, p. 21-22.

<sup>18</sup> Para nós, *existência* (formal) e *vigência* têm o mesmo significado. Cf., nesse exato sentido, Luigi Ferrajoli. *Op. cit.*, p. 21.

<sup>19</sup> Perceba-se que o próprio Kelsen aceita esta assertiva, quando leciona: “Com a palavra ‘vigência’ designamos a *existência* específica de uma norma. Quando descrevemos o sentido ou o significado de um ato normativo dizemos que, com o ato em questão, uma qualquer conduta humana é preceituada, ordenada, prescrita, exigida, proibida; ou então consentida, permitida ou facultada” (*Op. cit.*, p. 11).

<sup>20</sup> Em caso de veto do Presidente, pode o Congresso Nacional brasileiro *derrubá-lo* em sessão conjunta e por maioria absoluta de votos (art. 66, § 4.º, da CF/1988), devendo ser novamente enviado ao Presidente da República, agora para promulgação (art. 66, § 5.º, da CF/1988). Se a lei não for promulgada dentro de 48 horas pelo Presidente da República, nos casos dos §§ 3.º e 5.º, o Presidente do Senado a promulgará, e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo (art. 66, § 7.º, da CF/1988). Após a promulgação, a lei é *publicada*, devendo entrar em *vigência* a partir desse momento, se assim dispuser expressamente. Se não o fizer e não houver período de *vacatio legis*, entrará vigor em 45 dias (art. 1.º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).



isso de mecanismos e força, e os tribunais vão aplicá-las”.<sup>21</sup> Mas vigência e eficácia não coincidem cronologicamente, uma vez que a lei que existe (que é *vigente*) e que também é *válida* (pois de acordo com a Constituição e com os tratados – de direitos humanos ou comuns – em vigor no país), já pode ser aplicada pelo Poder Judiciário, o que não significa que possa vir a ter *eficácia*.<sup>22</sup> Não há como dissociar a eficácia das normas à realidade social ou à produção de efeitos concretos no seio da *vida social*. O distanciamento (ou inadequação) da eficácia das leis com as realidades sociais e com os valores vigentes na sociedade gera a falta de produção de efeitos concretos, levando à falta de *efetividade* da norma e ao seu consequente *desuso* social.

Doravante, para que uma norma seja *eficaz*, dependerá ela de também ser *válida*, sendo certo que para ser válida deverá ser ainda *vigente*. A recíproca, contudo, não é verdadeira, como pensava o positivismo clássico, que confundia lei vigente com lei válida. Em outras palavras, a *vigência* não depende da *validade*, mas esta depende daquela, assim como a *eficácia* depende da validade<sup>23</sup> (trata-se de uma escala de valores na qual em primeiro lugar se encontra a *vigência*, depois a *validade* e, por último, a *eficácia*).<sup>24</sup> Por isso, não aceitamos os conceitos de *validade* e *vigência* de Tércio Sampaio Ferraz Jr., para quem norma *válida* é aquela que cumpriu o processo de formação ou de produção normativa (que, para nós, é a lei *vigente*), e *vigente* a que já foi *publicada*. O autor conceitua

<sup>21</sup> David Schnaid. *Filosofia do direito e interpretação*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2004, p. 62-63. O mesmo autor, páginas à frente, conclui: “A *eficácia* de uma norma está na sua obrigatoriedade, tanto para os sujeitos passivos como para os órgãos estatais, que devem aplicá-la efetivamente” (Idem, p. 93).

<sup>22</sup> Nesse sentido, v. a posição coincidente de Hans Kelsen. *Op. cit.*, p. 12, nestes termos: “Um tribunal que aplica uma lei num caso concreto imediatamente após a sua promulgação – portanto, antes que tenha podido tornar-se eficaz – aplica uma norma jurídica válida [para nós, uma norma *vigente*, que poderá não ser *válida*, a depender da conformidade com o texto constitucional e com os tratados internacionais (de direitos humanos ou comuns) em vigor no país]. Porém, uma norma jurídica deixará de ser considerada válida quando permanece duradouramente ineficaz”. Depois, contudo, Kelsen afirma: “A eficácia é, nesta medida, condição da vigência, visto ao estabelecimento de uma norma se ter de seguir a sua eficácia para que ela não perca a sua vigência”. Perceba-se, nesta parte final, a confusão kelseniana mais uma vez estampada. Trataremos de esclarecer as diferenças atuais entre *vigência*, *validade* e *eficácia* logo mais à frente.

<sup>23</sup> Daí a afirmação de Miguel Reale, de que quando se declara “que uma norma jurídica tem *eficácia*, esta só é jurídica na medida em que pressupõe a validade [ou *validade*] da norma que a insere no mundo jurídico, por não estar em contradição com outras normas do sistema, sob pena de tornar-se inconsistente” (*Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 4). Em outro momento, contudo, Reale coloca a expressão *vigência* entre parênteses depois de falar em *validade*, no seguinte trecho: “A exigência trina de *validade* (*vigência*), de *eficácia* (*efetividade*) e de *fundamento* (*motivação axiológica*) milita em favor da compreensão da vida jurídica em termos de *modelos jurídicos*, desde a instauração da fonte normativa até a sua *aplicação*, passando pelo momento de *interpretação*, pois o ato hermenêutico é o laço de comunicação ou de mediação entre validade e eficácia” (Idem, p. 33).

<sup>24</sup> Cf., por tudo, Luigi Ferrajoli. *Op. cit.*, p. 20-22. V., também, Luiz Flávio Gomes & García-Pablos de Molina, Antonio. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Ed. RT, 2007. vol. 2, para quem: “A lei ordinária incompatível com o tratado não possui validade”.

vigência como “um termo com o qual se demarca o tempo de validade de uma norma” ou, em outros termos, como “a norma válida (pertencente ao ordenamento) cuja autoridade *já* pode ser considerada imunizada, sendo exigíveis os comportamentos prescritos”, arrematando que uma norma “pode ser válida sem ser vigente, embora a norma vigente seja sempre válida”.<sup>25</sup> Não concordamos (também com o apoio de Ferrajoli)<sup>26</sup> com essa construção segundo a qual uma norma “pode ser válida sem ser vigente”, e de que “a norma vigente seja sempre válida”.<sup>27</sup>

Para nós, lei formalmente *vigente* é aquela elaborada pelo Parlamento, de acordo com as regras do processo legislativo estabelecidas pela Constituição, que já tem condições de *estar em vigor*; lei *válida* é a lei vigente compatível com o texto constitucional<sup>28</sup> e com os tratados (de direitos humanos ou não) ratificados pelo governo, ou seja, é a lei que tem sua autoridade respeitada e protegida contra qualquer ataque (porque compatível com a Constituição e com os tratados em vigor no país). Daí não ser errôneo dizer que a norma *válida* é a que respeita o princípio da hierarquia.<sup>29</sup> Apenas havendo compatibilidade vertical material com ambas as normas – a Constituição e os tratados – é que a norma infraconstitucional em questão será *vigente* e *válida* (e, conseqüentemente, *eficaz*). Caso contrário, não passando a lei pelo exame da compatibilidade vertical material com os tratados (segunda análise de compatibilidade), ela não terá qualquer validade (e eficácia) no plano do direito interno brasileiro, devendo ser rechaçada pelo juiz no caso concreto.

Para que exista a *vigência* e a concomitante *validade* das leis, necessário será respeitar-se uma dupla compatibilidade vertical material, qual seja: a compatibilidade da lei (*a*) com a Constituição e os tratados de direitos humanos em vigor no país e (*b*) com os demais instrumentos internacionais ratificados pelo Estado brasileiro. Portanto, a inexistência de decisão definitiva do STF, em controle tanto concentrado quanto difuso de constitucionalidade (nesse último caso, com a possibilidade de comunicação ao Senado Federal para que este – nos termos do art. 52, X, da CF/1988 – suspenda, no todo ou em parte, os efeitos da lei declarada inconstitucional pelo STF), mantém a *vigência* das leis no país, as quais, contudo, não permanecerão *válidas* se incompatíveis com os tratados internacionais (de direitos humanos ou comuns) de que o Brasil é parte.<sup>30</sup>

---

<sup>25</sup> V. Tércio Sampaio Ferraz Jr. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003, p. 198.

<sup>26</sup> V. Luigi Ferrajoli. *Op. cit.*, p. 20-22.

<sup>27</sup> Leia-se, a propósito, Luiz Flávio Gomes, para quem: “(...) nem toda lei vigente é válida” (*Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*, cit., p. 75).

<sup>28</sup> V. Hans Kelsen. *Op. cit.*, p. 218, para quem: “Esta norma [a Constituição], pressuposta como norma fundamental, fornece não só o fundamento de validade como o conteúdo de validade das normas dela deduzidas através de uma operação lógica”.

<sup>29</sup> Cf. David Schnaid. *Op. cit.*, p. 123.

<sup>30</sup> Segundo Luiz Flávio Gomes: “Uma vez declarada inválida uma lei (no sistema concentrado), já não pode ser aplicada (perde sua eficácia prática). A lei declarada inválida, neste caso, continua vigente (formalmente), até que o Senado a retire do ordenamento jurídico (art. 52, X, da CF/1988), mas não tem nenhuma validade (já não pode ter nenhuma aplicação concreta, ou seja, cessou sua eficácia). (...) No plano sociológico, uma lei vigente e válida pode não ter eficácia quando não tem

Do exposto, vê-se que a produção normativa doméstica depende, para sua *validade* e consequente *eficácia*, de estar de acordo tanto com a Constituição como com os tratados internacionais (de direitos humanos ou não) ratificados pelo governo. O respeito à *Constituição* se faz por meio do que se chama de *controle de constitucionalidade* das leis, e o respeito *aos tratados* que sejam de *direitos humanos* se faz pelo até agora pouco conhecido (pelo menos no Brasil) *controle de convencionalidade* das leis.

### **3. O respeito aos tratados de direitos humanos e o controle de convencionalidade (difuso e concentrado) das normas infraconstitucionais**

Como já se falou, não basta que a norma de direito doméstico seja compatível apenas com a Constituição Federal: deve também estar apta para integrar a ordem jurídica internacional sem violação de qualquer dos seus preceitos. *A contrario sensu*, não basta a norma infraconstitucional ser compatível com a Constituição e incompatível com um tratado ratificado pelo Brasil (seja de direitos humanos, que tem a mesma hierarquia do texto constitucional, seja um tratado comum, cujo *status* é de norma supralegal), pois nesse caso se operará de imediato a terminação da *validade* da norma (que, no entanto, continuará *vigente*, por não ter sido expressamente revogada por outro diploma congêner de direito interno).

A compatibilidade do direito doméstico com os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no país se faz por meio do *controle de convencionalidade*, que é complementar e coadjuvante do conhecido controle de constitucionalidade.<sup>31</sup> O chamado “controle de convencionalidade” tem então por finalidade compatibilizar verticalmente as

---

incidência prática. Quando, entretanto, a lei vigente é declarada inválida pelo STF, naturalmente perde sua eficácia (jurídica e prática), isto é, não pode mais ser aplicada. Sua vigência, entretanto, perdura, até que o Senado Federal elimine tal norma do ordenamento jurídico (a única exceção reside na declaração de inconstitucionalidade formal, posto que, nesse caso, é a própria vigência da lei que é afetada). (...) A partir dessa declaração em ação concentrada, ou quando o tema é discutido em tese pelo Pleno, de eficácia prática (da lei) já não se pode falar. Ela continua vigente no plano formal, mas substancialmente perdeu sua validade (e, na prática, cessou sua eficácia). O efeito *erga omnes* da decisão definitiva do STF é indiscutível em relação ao controle concentrado. (...) Para que não pare dúvida, logo após a declaração de invalidade de uma lei (pelo Pleno), deveria o STF: (a) comunicar ao Senado (para o efeito do art. 52, X [no caso apenas de a decisão ter sido em sede de controle *difuso*]) e, sempre que possível, (b) emitir uma súmula vinculante (recorde-se que a súmula vinculante exige *quorum* qualificado de 2/3 dos Ministros do STF)” (*Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*, cit., p. 85-86).

<sup>31</sup> Para um paralelo entre os controles de convencionalidade e de constitucionalidade na França, v. Luis Alejandro Silva Irarrazábal. “El control de constitucionalidad de los actos administrativos en Francia y el control indirecto de constitucionalidad de la ley: la teoría de la ley pantalla”, in *Ius et Praxis*, vol. 12, n. 2, 2006, p. 201-219.

normas domésticas (as espécies de leis, *lato sensu*, vigentes no país) com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional.<sup>32</sup>

Nesse sentido, entende-se que o controle de convencionalidade deve ser exercido pelos órgãos da justiça nacional relativamente aos tratados aos quais o país se encontra vinculado. Trata-se de *adaptar* ou *conformar* os atos ou leis internas aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado, que criam para este deveres no plano internacional com reflexos práticos no plano do seu direito interno.<sup>33</sup> Doravante, não somente os tribunais internacionais (ou supranacionais<sup>34</sup>) devem realizar esse tipo de controle, mas também os tribunais internos. O fato de os tratados internacionais (notadamente os de direitos humanos) serem imediatamente aplicáveis no âmbito do direito doméstico garante a legitimidade ao controle de convencionalidade das leis no Brasil.<sup>35</sup>

Para realizar o controle de convencionalidade das normas infraconstitucionais os tribunais locais não requerem qualquer autorização internacional. Tal controle passa, doravante, a ter também caráter *difuso*, a exemplo do controle difuso de constitucionalidade, a respeito do qual qualquer juiz ou tribunal pode se manifestar. À medida que os tratados forem sendo incorporados ao direito pátrio, os tribunais locais – estando tais tratados em vigor no plano internacional – poderão, desde já e independentemente de qualquer condição ulterior, compatibilizar as leis domésticas com o conteúdo dos tratados (de direitos humanos ou comuns) vigentes no país.<sup>36</sup> Em outras palavras: os

---

<sup>32</sup> V., por tudo, Valério de Oliveira Mazzuoli. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*, cit., pp. 178-226.

<sup>33</sup> V., assim, a lição de Humberto Nogueira Alcalá. “Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales”, in *Estudios constitucionales*. n. 1, año 5. Universidad de Talca, 2007, p. 87: “Los órganos que ejercen jurisdicción constitucional e interpretan el texto constitucional, Tribunal Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Cortes de Apelaciones, deben realizar sus mejores esfuerzos en armonizar el derecho interno con el derecho internacional de los derechos humanos. Asimismo, ellos tienen el deber de aplicar preferentemente el derecho internacional sobre las normas de derecho interno, ello exige desarrollar un control de convencionalidad sobre los preceptos legales y administrativos en los casos respectivos, como ya lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Almonacid”.

<sup>34</sup> Para um estudo do papel dos três mais importantes tribunais internacionais existentes (Corte Internacional de Justiça, Corte Interamericana de Direitos Humanos e Corte Europeia de Direitos Humanos), no que tange aos direitos humanos, v. respectivamente, Raymond Goy. *La cour internationale de justice et les droits de l’homme*. Bruxelas: Bruylant, 2002; Hélène Tigroudja. *La cour interaméricaine des droits de l’homme: analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse*. Bruxelas: Bruylant, 2003; Valério de Oliveira Mazzuoli. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica* (com Luiz Flávio Gomes). São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 239-296; e Jean-Pierre Marguenaud. *La cour européenne des droits de l’homme*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2005.

<sup>35</sup> Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso trabajadores cesados del congreso v. Peru*, de 24.11.2006, voto apartado do Juiz Sergio García Ramírez, parágrafos 1-13.

<sup>36</sup> A esse respeito, assim se expressou o Juiz Sergio García Ramírez, no seu voto citado: “Si existe esa conexión clara y rotunda – o al menos suficiente, inteligible, que no naufrague en la duda o la diversidad de interpretaciones –, y en tal virtud los instrumentos internacionales son inmediatamente aplicables en el ámbito interno, los tribunales nacionales pueden y deben llevar a cabo su propio

tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro passam a ter eficácia paralisante (para além de derogatória) das demais espécies normativas domésticas, cabendo ao juiz coordenar essas fontes (internacionais e internas) e escutar o que elas dizem.<sup>37</sup> Mas, também, pode ainda existir o controle de convencionalidade *concentrado* no STF, como abaixo se dirá, na hipótese dos tratados de direitos humanos (e somente destes) aprovados pelo rito do art. 5.º, § 3.º, da CF/1988<sup>38</sup> (uma vez ratificados pelo Presidente, após esta aprovação qualificada). Tal demonstra que, de agora em diante, os parâmetros de controle concentrado no Brasil são a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país.

Assim, é bom deixar claro que o controle de convencionalidade *difuso* existe entre nós desde a promulgação da Constituição, em 05.10.1988, e desde a entrada em vigor dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil após esse período, não obstante jamais qualquer doutrina no Brasil ter feito referência a esta terminologia. Já o controle de convencionalidade *concentrado*, este sim nascera apenas em 08.12.2004, com a promulgação da EC 45/2004.

Como se disse, deve haver *dupla* compatibilidade vertical material para que a produção do direito doméstico seja vigente e válida dentro da ordem jurídica brasileira. A *primeira* compatibilidade vertical se desdobra em duas: a da Constituição e a dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Cabe agora verificar a compatibilidade das leis com os tratados de direitos humanos em vigor no país. Esta segunda parte da primeira compatibilidade vertical material diz respeito, frise-se, somente aos tratados de direitos humanos, sem a qual nenhuma lei na pós-modernidade sobrevive.

A falta de compatibilização do direito infraconstitucional com os direitos previstos nos tratados de que o Brasil é parte *inválida* a produção normativa doméstica, fazendo-a cessar de operar no mundo jurídico. Frise-se que tais normas domésticas infraconstitucionais, que não passaram incólumes à segunda etapa da primeira compatibilização vertical material, deixam de ser *válidas* no plano jurídico, mas ainda continuam *vigentes* nesse mesmo plano, uma vez que sobreviveram ao primeiro momento da primeira compatibilidade vertical material (a compatibilidade com a Constituição). Por isso, a partir de agora, dever-se-á ter em conta que nem toda lei *vigente* é uma lei *válida*,<sup>39</sup> e o juiz estará obrigado a deixar de aplicar a lei inválida (contrária a um direito previsto em

---

‘control de convencionalidad’. Así lo han hecho diversos órganos de la justicia interna, despejando el horizonte que se hallaba ensombrecido, inaugurando una nueva etapa de mejor protección de los seres humanos y acreditando la idea – que he reiterado – de que la gran batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complemento, pero no sustituto, el internacional” (Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso trabajadores cesados del congreso v. Peru*, de 24.11.2006, voto apartado do Juiz Sergio García Ramírez, parágrafo 11).

<sup>37</sup> V. Erik Jayme. “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne”, in *Recueil des Cours*, vol. 251, 1995, p. 259.

<sup>38</sup> Cf. Gilmar Ferreira Mendes. *Jurisdição constitucional...* cit., p. 239.

<sup>39</sup> Cf. Luigi Ferrajoli. *Op. cit.*, p. 20-22.

tratado de direitos humanos em vigor no país), não obstante ainda vigente (porque de acordo com a Constituição).

No que tange ao respeito que deve ter o direito doméstico aos tratados de direitos humanos, surge, ainda, uma questão a ser versada. Trata-se daquela relativa aos tratados de direitos humanos aprovados por três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, tal como estabelece o art. 5.º, § 3.º, da CF/1988. Neste caso, ter-se-á no direito brasileiro o controle de convencionalidade *concentrado*, como passaremos a expor. Antes disso, porém, merece ser citada – para fins de críticas – a lição de José Afonso da Silva, para quem somente haverá inconstitucionalidade (*inconvenionalidade...*) se as normas infraconstitucionais “violarem as normas internacionais acolhidas na forma daquele § 3.º”, ficando então “sujeitas ao sistema de controle de constitucionalidade na via incidente [controle *difuso*] como na via direta [controle *concentrado*]”. Quanto às demais normas que não forem acolhidas pelo art. 5.º, § 3.º, segundo o mesmo José Afonso da Silva, elas “ingressam no ordenamento interno no nível da lei ordinária, e eventual conflito com as demais normas infraconstitucionais se resolverá pelo modo de apreciação da colidência entre *lei especial e lei geral* [que são os clássicos critérios de solução de antinomias]”.<sup>40</sup>

No raciocínio do professor José Afonso da Silva, apenas os tratados de direitos humanos acolhidos na forma do art. 5.º, § 3.º, seriam paradigma de controle de constitucionalidade (para nós, de *convencionalidade*), tanto na via incidente (*controle difuso*) como na via direta (*controle concentrado*). Os demais tratados (de direitos humanos ou não) que forem incorporados sem a aprovação qualificada não valeriam como paradigma de compatibilização vertical, caso no qual o conflito de normas seria resolvido pela aplicação dos critérios clássicos de solução de antinomias (segundo o autor, “pelo modo de apreciação da colidência entre *lei especial e lei geral*”).<sup>41</sup>

Contrariamente a essa posição, da qual também outros autores já divergiram,<sup>42</sup> podemos lançar algumas observações.

A primeira delas é a de que se sabe que não é necessária a aprovação dos tratados de direitos humanos pelo *quorum* qualificado do art. 5.º, § 3.º, da CF/1988, para que tais instrumentos tenham *nível* de normas constitucionais. O que o art. 5.º, § 3.º, do texto constitucional fez foi tão-somente atribuir *equivalência de emenda* a tais tratados, e não o *status* de normas constitucionais que eles já detêm pelo art. 5.º, § 2.º, da CF/1988. Portanto, dizer que os tratados são “equivalentes às emendas” não é a mesma coisa que dizer que eles “têm *status* de norma constitucional”.<sup>43</sup> Sem retomar esta discussão, a qual não

<sup>40</sup> V., por tudo, José Afonso da Silva. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 179.

<sup>41</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>42</sup> V. as críticas de Artur Cortez Bonifácio, *O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2008, p. 211-214, a esse pensamento de José Afonso da Silva, mas com fundamentos diferentes dos nossos.

<sup>43</sup> V. explicação detalhada em Valério de Oliveira Mazzuoli. *Curso de direito internacional público*, cit., p. 817-847. V. ainda, idem, O novo § 3.º do art. 5.º da CF/1988 e sua eficácia, cit., p. 89-109.

tem lugar neste estudo, importa dizer que, uma vez aprovado determinado tratado de direitos humanos pelo *quorum* qualificado do art. 5.º, § 3.º, da CF/1988, tal tratado será *formalmente constitucional*, o que significa que ele passa a ser paradigma de controle da legislação infraconstitucional.<sup>44</sup> Assim, à medida que estes tratados passam a ser *equivalentes às emendas constitucionais*, fica autorizada a propositura (no STF) de todas as *ações constitucionais* existentes para garantir a estabilidade da Constituição e das normas a ela equiparadas, a exemplo dos tratados de direitos humanos formalmente constitucionais.

Em outras palavras, o que se está aqui a defender é o seguinte: quando o texto constitucional (no art. 102, I, *a*, CF/1988) diz competir precipuamente ao STF a “guarda da Constituição”, cabendo-lhe julgar originariamente as ações diretas de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, ou a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, está autorizando que os legitimados próprios para a propositura de tais ações (constantes do art. 103 da CF/1988) ingressem com essas medidas sempre que a *Constituição* ou *quaisquer normas a ela equivalentes* (v.g., os tratados de direitos humanos internalizados com *quorum* qualificado) estiverem sendo violadas por quaisquer normas infraconstitucionais. A partir da EC 45/2004, é necessário entender que a expressão “guarda da Constituição”, utilizada pelo art. 102, I, alberga, além do texto da Constituição propriamente dito, também as normas constitucionais por equiparação. Assim, ainda que a Constituição silencie a respeito de um determinado direito, mas estando este mesmo direito previsto em tratado de direitos humanos *constitucionalizado* pelo rito do art. 5.º, § 3.º, passa a caber, no STF, o controle concentrado de constitucionalidade (v.g., uma ação direta de inconstitucionalidade) para compatibilizar a norma infraconstitucional com os preceitos do tratado constitucionalizado.<sup>45</sup>

A rigor, não se estaria, aqui, diante de controle de *constitucionalidade* propriamente dito (porque no exemplo dado a lei infraconstitucional é *compatível* com a Constituição, que silencia a respeito de determinado assunto), mas diante do controle de *convencionalidade* das leis, o qual se operacionaliza tomando-se por empréstimo uma ação do controle concentrado de constitucionalidade (v.g., uma ação direta de inconstitucionalidade ou uma ação de descumprimento de preceito fundamental), na medida em que o tratado-paradigma em causa é *equivalente* a uma norma constitucional.

Ora, se a Constituição possibilita sejam os tratados de direitos humanos alçados ao patamar constitucional, com *equivalência de emenda*, por questão de lógica deve tam-

---

<sup>44</sup> Cf. Luís Roberto Barroso. “Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno”, in Menezes Direito, Carlos Alberto; Cançado Trindade, Antonio Augusto e Pereira, Antonio Celso Alves. *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 207.

<sup>45</sup> V., nesse exato sentido, Gilmar Ferreira Mendes. *Jurisdição constitucional...* cit., p. 239, que diz: “Independentemente de qualquer outra discussão sobre o tema, afigura-se inequívoco que o Tratado de Direitos Humanos que vier a ser submetido a esse procedimento especial de aprovação [nos termos do § 3.º do art. 5.º da CF/1988] configurará, para todos os efeitos, parâmetro de controle das normas infraconstitucionais.”

bém garantir-lhes os meios que garante a qualquer norma constitucional ou emenda de se protegerem contra investidas não autorizadas do direito infraconstitucional. Nesse sentido, é plenamente possível defender a possibilidade de ação direta de inconstitucionalidade (para eivar a norma infraconstitucional de *inconvencionalidade*), de ação declaratória de constitucionalidade (para garantir à norma infraconstitucional a *compatibilidade* vertical com um tratado de direitos humanos formalmente constitucional), ou até mesmo de arguição de descumprimento de preceito fundamental para exigir o cumprimento de um “preceito fundamental” encontrado em tratado de direitos humanos formalmente constitucional.

Então, pode-se dizer que os tratados de direitos humanos internalizados pelo rito qualificado do art. 5.º, § 3.º, da CF/1988 passam a servir de meio de controle concentrado (agora de *convencionalidade*) da produção normativa doméstica, para além de servirem como paradigma para o controle *difuso*.

Quanto aos tratados de direitos humanos não internalizados pelo *quorum* qualificado, passam eles a ser paradigma apenas do controle *difuso* de constitucionalidade/convencionalidade. Portanto, para nós – contrariamente ao que pensa o ilustrado José Afonso da Silva – não se pode dizer que as antinomias entre os tratados de direitos humanos não incorporados pelo referido rito qualificado e as normas infraconstitucionais somente poderão ser resolvidas “pelo modo de apreciação da colidência entre *lei especial e lei geral*”.<sup>46</sup> Os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil – independentemente de aprovação com *quorum* qualificado – têm nível de normas constitucionais e servem de paradigma ao controle de constitucionalidade/convencionalidade, sendo a única diferença a de que os tratados aprovados pela maioria qualificada do § 3.º do art. 5.º da CF/1988 servirão de paradigma ao controle *concentrado* (para além, evidentemente, do *difuso*), enquanto que os demais (tratados de direitos humanos não internalizados com aprovação congressional qualificada) apenas servirão de padrão interpretativo ao controle *difuso* (via de *exceção* ou *defesa*) de constitucionalidade/convencionalidade.

Em suma, todos os tratados que formam o *corpus juris* convencional dos direitos humanos de que um Estado é parte devem servir de paradigma ao controle de constitucionalidade/convencionalidade, com as especificações feitas acima: (a) tratados de direitos humanos internalizados com *quorum* qualificado são paradigma do controle concentrado (para além, obviamente, do controle *difuso*), cabendo ação direta de inconstitucionalidade no STF a fim de nulificar a norma infraconstitucional incompatível com o respectivo tratado equivalente à emenda constitucional; (b) tratados de direitos humanos que têm apenas “*status* de norma constitucional” (não sendo “*equivalentes* às emendas constitucionais”, uma vez que não foram aprovados pela maioria qualificada do art. 5.º, § 3.º, da CF/1988) são paradigma apenas do controle *difuso* de constitucionalidade/convencionalidade.

---

<sup>46</sup> José Afonso da Silva. *Comentário contextual à Constituição*, cit., p. 179.



## 4. Conclusão

O que se pode concluir ao fim e ao cabo desta exposição teórica é que o direito brasileiro está integrado com um novo tipo de controle das normas infraconstitucionais, que é o *controle de convencionalidade* das leis, tema que antes da EC 45/2004 era totalmente desconhecido entre nós.

Pode-se também concluir que, doravante, a produção normativa doméstica conta com um duplo limite vertical material: (a) a Constituição e os tratados de direitos humanos (1.º limite) e (b) os tratados internacionais comuns (2.º limite) em vigor no país. No caso do primeiro limite, no que toca aos tratados de direitos humanos, estes podem ter sido ou não aprovados com o *quorum* qualificado que o art. 5.º, § 3.º, da CF/1988 prevê. Caso não tenham sido aprovados com essa maioria qualificada, seu *status* será de norma (apenas) materialmente constitucional, o que lhes garante serem paradigma de controle somente *difuso* de convencionalidade; caso tenham sido aprovados (e entrado em vigor no plano interno, após sua ratificação) pela sistemática do art. 5.º, § 3.º, tais tratados servirão também de paradigma do controle *concentrado* (para além, é claro, do *difuso*) de convencionalidade.

Os tratados de direitos humanos paradigma do controle concentrado autorizam que os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade previstos no art. 103 da CF/1988 proponham tal medida no STF como meio de retirar a validade de norma interna (ainda que *compatível* com a Constituição) que viole um tratado internacional de direitos humanos em vigor no país.

Quanto aos tratados internacionais comuns, temos como certo que eles servem de paradigma de controle *de supralegalidade* das normas infraconstitucionais, de sorte que a incompatibilidade destas com os preceitos contidos naqueles invalida a disposição legislativa em causa em benefício da aplicação do tratado.

## 5. Referências bibliográficas

- AMARAL JÚNIOR, Alberto do: *Introdução ao direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2008.
- BACHOF, Otto: *Normas constitucionais inconstitucionais?* Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.
- BANK, Roland: *Tratados internacionales de derechos humanos bajo el ordenamiento jurídico alemán*. *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, 10 año, t. II, Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2004, p. 721-734.
- BARROSO, Luís Roberto: *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- \_\_\_\_\_. Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno. In: MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CAÑADO

- TRINDADE, Antonio Augusto e PEREIRA, Antonio Celso Alves. *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 185-208.
- BIDART CAMPOS, German J.: *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. III (El derecho internacional de los derechos humanos y la reforma constitucional de 1994). Buenos Aires: Ediar, 1995.
- BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio: *O controle jurisdiccional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- BOBBIO, Norberto: *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- BONIFÁCIO, Artur Cortez: *O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2008.
- CANTOR, Ernesto Rey: Controles de convencionalidad de las leyes. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer e LELLO DE LARREA, Arturo Zaldívar (coords.). *La ciencia del derecho procesal constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam/Marcial Pons, 2008, p. 225-262.
- CARNELUTTI, Francesco: *Teoria geral do direito*. Trad. A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006.
- FACCHIN, Roberto: *L'interpretazione giudiziaria della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*. Pádua: Cedam, 1990.
- FERRAJOLI, Luigi: *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madri: Trotta, 1999.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio: *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves: *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GOMES, Luiz Flávio: *Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*. São Paulo: Premier Máxima, 2008.
- \_\_\_\_\_y Rodolfo Luis VIGO. *Do Estado de direito constitucional e transnacional: riscos e precauções (navegando pelas ondas evolutivas do Estado, do direito e da justiça)*. São Paulo: Premier Máxima, 2008.
- GOMES, Luiz Flávio & Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA: *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Ed. RT, 2007. vol. 2.
- GONZÁLEZ PEREZ, Jesus: *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986.
- GOY, Raymond: *La Cour Internationale de Justice et les droits de l'homme*. Bruxelas: Bruylant, 2002.
- GROS ESPIELL, Hector: La Convention américaine et la Convention européenne des droit de l'homme: analyse comparative. *Recueil des Cours*, vol. 218 (1989-VI), p. 167-412.
- HÄBERLE, Peter: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madri: Dykinson, 2003.

- JAYME, Erik: Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours*, vol. 251 (1995), p. 9-267.
- KELSEN, Hans: *Teoria pura do direito*. 7. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MARGUÉNAUD, Jean-Pierre: *La Cour Européenne des Droits de l'Homme*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2005.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira: *Prisão civil por dívida e o Pacto de San José da Costa Rica: especial enfoque para os contratos de alienação fiduciária em garantia*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- \_\_\_\_\_. O novo § 3.º do art. 5.º da Constituição e sua eficácia. *RF* 378/89-109, ano 101. Rio de Janeiro: Forense, mar.-abr. 2005.
- \_\_\_\_\_. Eficácia e aplicabilidade dos tratados em matéria tributária no direito brasileiro. *RF* 390/583-590, ano 103. Rio de Janeiro: Forense, mar.-abr. 2007.
- \_\_\_\_\_. O controle de convencionalidade das leis. *Revista jurídica consulex* 290/42-43, ano 13. Brasília: Consulex, fev. 2009.
- \_\_\_\_\_. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. (Coleção "Direito e Ciências Afins", vol. 4). São Paulo: RT, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito internacional público*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- \_\_\_\_\_. y Luiz Flávio GOMES: *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica*. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira: *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MIRANDA, Jorge: *Curso de direito internacional público: uma visão sistemática do direito internacional dos nossos dias*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto: Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales. *Estudios Constitucionales* 1, año 5. Universidad de Talca: 2007, p. 59-88.
- PEREIRA, André Gonçalves e Fausto de QUADROS: *Manual de direito internacional público*. 3. ed. rev. e aum. (reimpressão). Coimbra: Almedina, 2001.
- RAMOS, André de Carvalho: Tratados internacionais: novos espaços de atuação do Ministério Público. *Boletim científico – Escola Superior do Ministério Público da União* 7/86-88, ano 2. Brasília: ESMPU, abr.-jun. 2003.
- \_\_\_\_\_. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- \_\_\_\_\_. Responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos. *Revista CEJ* 29/53-63. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, abr.-jun. 2005.
- REALE, Miguel: *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.

RIDEAU, Joel: Le rôle de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'homme. Recueil des Cours, vol. 265 (1997), p. 9-480.

ROSS, Alf: *Direito e justiça*. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000.

SCHNAID, David: *Filosofia do direito e interpretação*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2004.

SILVA IRARRAZAVAL, Luis Alejandro: El control de constitucionalidad de los actos administrativos en Francia y el control indirecto de constitucionalidad de la ley: la teoría de la ley pantalla. *Ius et Praxis*, 2, vol. 12 (2006), p. 201-219.

SILVA, José Afonso da: *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TIGROUDJA, Hélène: *La cour interaméricaine des droits de l'homme: analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse*. Bruxelas: Bruylant, 2003.

Jânia Maria Lopes Saldanha (Brasil)\*  
Lucas Pacheco Vieira (Brasil)\*\*

## Controle jurisdicional de convencionalidade e reenvio prejudicial interamericano: Um diálogo de ferramentas processuais em favor da efetivação do direito internacional dos direitos humanos

*“A riqueza da América Latina está no fato de ela ser muitas coisas ao mesmo tempo, o que faz dela um microcosmo no qual coabitam quase todas as raças e culturas do mundo”.*

Mario Vargas Llosa. *Sabres e utopias. Visões da América Latina*

### RESUMO

O controle de convencionalidade e o reenvio prejudicial interamericano são dois mecanismos processuais de aperfeiçoamento institucional do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. O exame da compatibilidade das ordens nacionais com o direito internacional dos direitos humanos já vem sendo aplicado pela Corte Interamericana de forma consistente. O reenvio prejudicial, por outro lado, é instrumento de direito comunitário europeu que se propõe neste trabalho seja adotado, com as devidas adaptações, ao sistema interamericano de proteção do ser humano. Por fim, são analisadas as contribuições dos dois mecanismos processuais ao sistema interamericano, dentro do contexto das reformas necessárias ao sistema, juntamente com as articulações essenciais à implantação de ambos no panorama dos blocos comunitários do continente.

**Palavras-chave:** Controle de constitucionalidade, controle de convencionalidade, Direito Internacional dos Direitos Humanos.

---

\* Doutora em Direito. Docente do Curso de Direito da UFSM. Docente do Programa de Pós-Graduação em Direito e do Curso de Direito da UNISINOS. Esse artigo foi produzido no âmbito da pesquisa intitulada “Entre o neoliberalismo e a democratização: Os relatórios do Banco Mundial e os Impactos para a Reforma do Poder Judiciário brasileiro confortados ao imperativo da desfuncionalidade estrutural” realizado sob os auspícios do CNPQ.

\*\* Graduando do 9º Semestre da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Maria. Pesquisador do Grupo de Estudos sobre a Internacionalização do Direito.

## ZUSAMMENFASSUNG

The control as to whether national law is compatible with international law conventions (*controle de convencionalidade*) and the Interamerican preliminary ruling are two procedural mechanisms for institutional improvement of the Interamerican system for the protection of human rights. The test as to whether national law is compatible with international human rights law is already applied in a consistent manner by the Interamerican Court. The Interamerican preliminary ruling, on the other hand, is an instrument from European community law that this article proposes to be incorporated, with the appropriate adaptations and in the context of the necessary reform of the system, into the Interamerican system to protect human rights. Lastly, the article analyzes the contributions the two procedural mechanisms could make if they were to be incorporated, with their essential elements, into the supranational communities of regional integration on the continent.

**Schlagwörter:** Prüfung der Verfassungsmäßigkeit, Prüfung der Vereinbarkeit nationalen Rechts mit internationalen Verträgen, Internationales Recht der Menschenrechte.

## ABSTRACT

Conventionality control and Inter-American preliminary ruling are two procedural mechanisms for institutional improvement of the Inter-American human rights protection system. The Inter-American Court is already performing a consistent analysis of the compatibility of national legal systems with international human rights law. Additionally, this paper suggests the implementation of the preliminary ruling mechanism, a European community law instrument which could be adapted to the Inter-American system for the protection of human beings. Finally, we analyze the contributions of these two procedural mechanisms to the Inter-American system, considering both the reforms and the structural coordination which are needed in order to apply them in the different regional blocs of the continent.

**Keywords:** Constitutionality control, conventionality control, International Human Rights Law.

## 1. Introdução

Neste início de século XXI as Américas vivem um momento de estabilidade política e jurídica que não tem equivalente em sua história. A maior parte dos países realiza eleições periódicas e vem desenvolvendo mecanismos que resguardam o regime democrático.

A queda das ditaduras e o arrefecimento do nacionalismo em suas diversas formas, ressalvados alguns casos, permitiram que se operasse a relativização da soberania dos países. O fortalecimento da sociedade civil vem promovendo avanços na defesa dos cidadãos contras os diversos abusos de que são vítimas.

Neste contexto, o direito internacional dos direitos humanos é peça fundamental. As Constituições democráticas recentemente promulgadas ostentam declarações de direitos diretamente influenciadas pelos diversos documentos internacionais de proteção do ser humano.

Esses avanços institucionais internos desafiam aqueles que pensam o sistema de proteção dos direitos humanos do continente americano. Vencidos determinados obstáculos impostos pelos Estados anteriormente, deparam-se com novos problemas. O presente artigo procura enfrentar com algumas propostas a questão da dinamização e eficácia dos mecanismos processuais de aplicação dos direitos previstos nos instrumentos interamericanos de direitos humanos.

O primeiro tema abordado é o controle jurisdicional de convencionalidade. A definição, suas origens e os modelos são estudados à luz da doutrina tradicional sobre o tema e de uma perspectiva renovada, particularmente no que tange ao histórico da ferramenta de compatibilização do direito internacional com o direito interno. São analisados também a aplicação no Brasil e os desdobramentos constitucionais do controle de convencionalidade.

Em seguida, examina-se o reenvio prejudicial na União Europeia, na Comunidade Andina e no Sistema da Integração Centro-Americana. Reflete-se, ainda, de forma propositiva, sobre o quadro atual da Unasul e sobre a necessidade da criação de uma ordem jurídica e judicial comunitária onde se poderia aplicar o reenvio prejudicial num cenário mais amplo que os blocos existentes.

Estudado o mecanismo do reenvio prejudicial nos diferentes contextos comunitários, apresenta-se a sugestão de adaptação da ferramenta ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. São feitas ponderações sobre as possíveis implicações que a criação do reenvio prejudicial interamericano traria nesse contexto, que goza de peculiaridades em relação ao direito comunitário.

A exposição sobre o controle jurisdicional de convencionalidade juntamente com o reenvio prejudicial interamericano conduzem ao desafio de pensar no modo de articular as duas ferramentas no contexto do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, em especial quanto à Corte de San José.

Na busca de uma apreciação ampla do problema, cuidou-se igualmente das reformas necessárias ao atual sistema interamericano de proteção dos direitos humanos – afinal,

as mudanças propostas são parte de um conjunto de medidas para aperfeiçoar as instituições atuais. Nesta senda, abordou-se rapidamente o direito de petição individual direta à Corte Interamericana e a indispensável inclusão de novos mecanismos que confirmem efetividade às sentenças proferidas pela CIDH.

Ao final, propõe-se a articulação entre controle de convencionalidade e reenvio prejudicial interamericano em matéria de direitos humanos no panorama das diversas cortes regionais das Américas. A previsão nos diplomas comunitários americanos da competência exclusiva da Corte Interamericana sobre questões relativas a direitos humanos é a solução indicada. Os tribunais regionais, como o Tribunal Andino, conservariam sua competência para julgar casos de direito comunitário, porém deixariam para a CIDH o julgamento da temática dos direitos humanos.

## **2. O controle jurisdicional de convencionalidade: definição, origens e modelos**

### **a) Definição e origens**

O controle jurisdicional de convencionalidade é o exame judicial da compatibilidade das leis nacionais em relação à normativa internacional. É realizada por órgãos judiciais internacionais, como, por exemplo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, e por juízes e órgãos judiciais dos Estados nacionais.

Fundamentais para compreender a origem da ideia de controle jurisdicional de convencionalidade são dois sistemas jurídicos internacionais: o sistema comunitário europeu e o sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

O direito comunitário europeu, um subsistema de direito internacional regional<sup>1</sup>, é um dos marcos da mudança de paradigma operada nas relações entre o direito internacional e o direito interno. No panorama comunitário, o Tribunal de Luxemburgo<sup>2</sup>, órgão jurisdicional de cúpula da União Europeia, vem exercendo desde sua criação um papel fundamental na garantia do equilíbrio das instituições comunitárias e na preservação da unidade, coerência e eficácia da ordem jurídica comunitária.<sup>3</sup> Como nota João Mota de Campos, quando o Tribunal de Luxemburgo busca obrigar os Estados a seguir as disposições do direito comunitário se assemelha, por vezes, a um tribunal internacional.<sup>4</sup>

A obrigação de conformar-se ao direito comunitário foi sintetizada no princípio de primazia do direito comunitário sobre o direito interno dos Estados. Trata-se de cons-

---

<sup>1</sup> Shaw, Malcolm. *Direito Internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 40.

<sup>2</sup> Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, o seu nome mudou de Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias para Tribunal de Justiça da União Europeia.

<sup>3</sup> Campos, João Mota de; Campos, João Luiz Mota de. *Manual de direito comunitário*. 4ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2004. p. 187.

<sup>4</sup> Idem. loc. cit.



trução pretoriana do Tribunal de Justiça da União Europeia, cuja origem se remonta ao Caso COSTA/ENEL, de julho de 1964, em que um juiz milanês submeteu ao Tribunal uma questão de interpretação de certas disposições comunitárias. O acórdão afirmou a superioridade da ordem jurídica comunitária sobre as ordens nacionais. Colacionamos os fundamentos maiores da decisão:

Esta integração no direito de cada país membro, de disposições provenientes de fonte comunitária e, mais genericamente, os termos e o espírito do Tratado, têm por corolário a impossibilidade para os Estados-membros de fazer prevalecer, contra uma ordem jurídica por eles aceite numa base de reciprocidade, uma medida unilateral ulterior. (...)

Resulta do conjunto destes elementos que, emanado de uma fonte autónoma, o direito resultante do Tratado não poderia, em razão de sua natureza originária específica, ver-se judiciariamente confrontado com um texto de direito interno, qualquer que este fosse, sem perder o seu carácter comunitário e sem que fossem postos em causa os fundamentos jurídicos da própria comunidade. (...)

As obrigações contraídas em virtude do Tratado que institui a Comunidade não seriam incondicionais, mas tão-somente eventuais se pudessem ser postas em causa por actos legislativos ulteriores dos signatários.<sup>5</sup>

Este acórdão foi fruto de uma questão prejudicial enviada para o Tribunal de Luxemburgo em virtude da previsão do art. 234 do Tratado das Comunidades Europeias<sup>6</sup>. Este dispositivo ordenava que quando o juiz nacional fosse confrontado com uma dificuldade de interpretação ou de apreciação da validade de normas comunitárias, deveria enviar a questão de forma prejudicial ao Tribunal de Luxemburgo para que fosse esclarecido o sentido da norma. É a figura do reenvio prejudicial, instrumento processual que proporciona a qualquer juiz nacional a possibilidade de um diálogo construtivo com os juízes de Luxemburgo.<sup>7</sup>

O princípio da primazia do direito comunitário sobre o direito interno dos países membros foi reafirmado e aprofundado no Acórdão Simmenthal, de março de 1978. O Tribunal de Luxemburgo decidiu no sentido da primazia absoluta e incondicional do Direito Comunitário, estando esta ordem acima inclusive das disposições constitucionais dos Estados. Além disso, por força da referida primazia, as disposições comunitárias diretamente aplicáveis ao caso têm por efeito tornar inaplicável de pleno direito qualquer disposição contrária da legislação nacional existente.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> Ibid., p. 399.

<sup>6</sup> Equivalente ao art. 267 do Tratado de Lisboa.

<sup>7</sup> Campos, João Mota de; Campos, João Luiz Mota de. *Contencioso Comunitário*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002. p. 109.

<sup>8</sup> Campos, João Mota de; Campos, João Luiz Mota de. *Manual de direito comunitário*. 4ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2004. p. 400-401.

A construção jurisprudencial da primazia do direito comunitário auxiliada pela figura do reenvio prejudicial transformou a prestação jurisdicional na Europa integrada. O constante diálogo entre as jurisdições nacionais e comunitárias fortaleceu a observância das normas da comunidade, que, em última análise, dependem dos juízes nacionais para serem aplicadas.

A mais importante implicação dessas decisões do Tribunal de Luxemburgo foi realçar o papel fundamental dos juízes nacionais para a concretização do direito comunitário. Os magistrados estavam incumbidos de conferir efetividade ao direito europeu, e o direito interno deveria ser afastado caso entrasse em conflito com a ordem comunitária.

É neste espírito de diálogo entre jurisdições internacionais e nacionais, motivado pela busca de efetivação de normas internacionais por juízes dos Estados e de compatibilização das legislações nacionais a um ordenamento extraterritorial, que se encontra o cerne da ideia de controle jurisdicional de convencionalidade.

A doutrina especializada<sup>9</sup> aponta a Decisão 74-54 DC, de 15 de janeiro de 1975, proferida pelo Conselho Constitucional Francês, como a origem do controle de convencionalidade.<sup>10</sup> Luis Jimena Quesada assevera que a França é o país onde o controle de convencionalidade está mais perfeitamente adaptado, melhor até mesmo que o controle de constitucionalidade.<sup>11</sup>

Sem divergir desta tese, assinalamos que se as raízes formais do controle de convencionalidade se fixam na jurisprudência francesa, sua essência material repousa na tradição de primazia do direito comunitário afirmada pelo Tribunal de Luxemburgo desde o Caso COSTA/ENEL. É neste contexto que surgiram e amadureceram as características fundamentais do controle de convencionalidade: o diálogo interjurisdicional, o protagonismo do juiz nacional na efetivação do direito internacional e o dever de compatibilizar as ordens nacionais ao direito internacional.

Nas Américas, a expressão “controle de convencionalidade” foi empregada pela primeira vez no voto concorrente do Juiz Sergio García Ramírez no Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 25 de

---

<sup>9</sup> Jimena Quesada, Luis. *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: ¿un desafío para los Tribunales Constitucionales en la Unión Europea?* VIII Congreso de la ACE. “Derecho constitucional europeo”. San Sebastián/Donosti: 4-5 de fevereiro de 2010. p. 11. Disponível em: <<http://www.acoes.es/congresoVIII/documentos/Jimena.Ponencia.pdf>> Acesso em: 22 jul. 2011. Mazzuoli, Valério de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 182.

<sup>10</sup> O caso envolvia a compatibilidade de uma lei recém aprovada (relacionada à interrupção voluntária da gravidez) com a normativa internacional. Na espécie, o Conselho Constitucional se declarou incompetente para exercer o controle de convencionalidade. Pouco tempo depois, em 24 de maio de 1975, a Corte de Cassação decidiu pela prevalência das normas internacionais sobre leis ordinárias no caso *Société des Cafés Jacques Vabre*. Jimena Quesada, Luis. Op. cit. p. 12.

<sup>11</sup> Jimena Quesada, Luis. Op. cit. p. 11.

novembro de 2003.<sup>12</sup> O magistrado asseverava que a jurisdição da Corte Interamericana trazia consigo um controle de convencionalidade sobre as ações dos Estados.

No Caso *Tibi vs. Equador*, de 7 de setembro de 2004, García Ramírez comparava a função da Corte Interamericana com a dos tribunais constitucionais. A primeira deveria conformar as atividades dos Estados com as normas, princípios e valores da ordem internacional, enquanto que as cortes constitucionais conformam estas atividades às Constituições. De um lado, a Corte Interamericana resolveria questões relativas à convencionalidade dos atos do poder público e outros agentes sociais; de outro, os tribunais constitucionais controlariam a constitucionalidade desses atos.<sup>13</sup>

Em outro voto concorrente, desta vez no Caso *López Álvarez vs. Honduras*, de 2006, o juiz García Ramírez classificou o controle de convencionalidade como a verificação da compatibilidade entre a conduta do Estado e as disposições da Convenção.<sup>14</sup> No Caso *Vargas Areco vs. Paraguai*, também julgado em 2006, o jurista mexicano fez uma ressalva a respeito dos limites do exercício do controle de convencionalidade pela Corte Interamericana. Afirmou que a Corte Interamericana não pode nem pretende converter-se

---

<sup>12</sup> Comungam com este entendimento os juristas Victor Bazán, Karlos Castilla e Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Bazán, Víctor. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes nacionales: acerca del control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional sustentable*. VIII Congresso Mundial da Associação Internacional de Direito Constitucional. “Constituciones y Principios” México: 6 a 10 de dezembro de 2010. p. 6. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/215.pdf>. Acesso em: 22 de julho de 2011. Castilla, Karlos. El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del Caso Radilla Pacheco. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. Vol. XI, 2011. p. 601. Disponível em: <http://www.bibliojuridica.org/estrev/pdf/derint/cont/11/pim/pim20.pdf>. Acesso em: 22 de julho de 2011. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. “El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional. In: Fix-Zamudio, Héctor e Valadés, Diego, Formación y perspectiva del estado mexicano. México: UNAM. p. 174. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>. Acesso em: 22 de julho de 2011.

<sup>13</sup> O extrato original: “En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados –disposiciones de alcance general– a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa.

Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público –y, eventualmente, de otros agentes sociales– al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía.” Corte IDH. *Caso Tibi vs. Equador*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. 07 de setembro de 2004. Voto concorrente do Juiz Sergio García Ramírez. Parágrafo 3.

<sup>14</sup> Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Mérito, reparações e custas, 1 de fevereiro de 2006. Voto concorrente do Juiz Sergio García Ramírez. Parágrafo 30.

em uma nova e última instância para conhecer uma controvérsia suscitada na ordem interna.<sup>15</sup>

Somente no Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, de 26 de setembro de 2006, a Corte Interamericana se pronunciou a respeito do controle de convencionalidade. O Poder Judiciário dos Estados tem o dever de exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” – diz a Corte – entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana de Direitos Humanos. No cumprimento desta tarefa, o juiz deve levar em conta não apenas o Pacto de San José, mas também a interpretação realizada pela Corte Interamericana.<sup>16</sup> Pouco tempo depois, no Caso *Trabalhadores demitidos do Congresso vs. Peru*, de 24 de novembro de 2006, a Corte aprofundou seu entendimento sobre o controle de convencionalidade e declarou que os juízes nacionais também deveriam exercê-lo *ex officio*.<sup>17</sup>

Em 2010, julgando o Caso *Gomes Lund*, a Corte Interamericana declarou que a Lei de Anistia do Brasil é incompatível com o Pacto de San José. Na sentença, a Corte reprecende o Supremo Tribunal Federal por não ter exercido o controle de convencionalidade quando decidiu pela validade da Lei de Anistia.<sup>18</sup>

Numa demonstração de abertura ao diálogo interjurisdicional, a Corte Interamericana, no Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, reforça sua doutrina do controle de convencionalidade e faz referência a decisões dos tribunais constitucionais da Costa Rica, da Bolívia, da República Dominicana, do Peru, da Argentina e da Colômbia.<sup>19</sup>

## b) Modelos

A questão dos modelos de controle de convencionalidade é polêmica na doutrina. O ponto de partida são os modelos do controle de constitucionalidade, ou seja, concentrado e difuso. As dificuldades residem em definir qual seria o órgão jurisdicional com poderes para emitir decisões vinculativas; se o aspecto da obrigatoriedade da sentença deve ser tratado separadamente no plano nacional e internacional; e, ainda, se os tribunais de cúpula dos Estados podem vincular o Poder Judiciário nacional a entendimento diverso daquele esposado pela Corte Internacional.

---

<sup>15</sup> Corte IDH. *Caso Vargas Areco vs. Paraguai*. Sentença, 26 de setembro de 2006. Voto concorrente do Juiz García Ramírez. Parágrafo 6.

<sup>16</sup> Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. Sentença sobre exceções preliminares, mérito, reparações e custas. 26 de setembro de 2006. Parágrafo 124.

<sup>17</sup> Corte IDH. *Caso Trabalhadores demitidos do Congresso vs. Peru*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. 24 de novembro de 2006. Parágrafo 128.

<sup>18</sup> Corte IDH, *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. 24 de novembro de 2010. Parágrafos 49, 176 e 177.

<sup>19</sup> Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. 26 de novembro de 2010. Parágrafos 225-232.

O jurista mexicano Eduardo Ferrer Mac-Gregor sustenta que, no plano interamericano, a Corte de San José exerce o controle de convencionalidade na modalidade concentrada, enquanto que a modalidade difusa é função das jurisdições nacionais.<sup>20</sup>

A forma concentrada obedece às faculdades inerentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos ao resolver casos contenciosos submetidos a sua consideração, enquanto guardiã e intérprete final da Convenção Americana. O controle de convencionalidade, segundo o jurista mexicano, constitui a razão de ser da Corte Interamericana: realizar um controle de compatibilidade entre atos de violação (em sentido lato) e o Pacto de San José (e seus protocolos adicionais).<sup>21</sup>

O fundamento legal do controle concentrado de convencionalidade realizado pela CIDH repousa nos artigos 67 e 68 do Pacto de San José. O artigo 67 prevê que a sentença proferida pela Corte será definitiva e inapelável, enquanto que o artigo 68 dispõe que os Estados-partes na Convenção se comprometem a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.

Consagra-se a vinculação do juiz nacional, em sentido amplo, à jurisprudência internacional. É o embrião de um princípio da supremacia da convenção, numa analogia ao seu equivalente constitucional. O entendimento lança bases para uma futura *rule of law* internacional.

O controle de convencionalidade difuso seria realizado pelos juízes nacionais dos Estados que se submetem à jurisdição da Corte Interamericana. Mac-Gregor identifica no controle de convencionalidade difuso executado pelos juízes nacionais uma nova manifestação do fenômeno da constitucionalização do direito internacional. É reconhecida a força normativa das convenções internacionais, que abrange também critérios jurisprudenciais fixados pelas Cortes Internacionais.<sup>22</sup>

Karlos Castilla<sup>23</sup> diverge da tese de Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Defende uma separação rígida entre controle de constitucionalidade e controle de convencionalidade. O critério é o plano de atuação do órgão jurisdicional. Se o órgão se situa no plano dos Estados-membros, opera-se o controle de constitucionalidade. Em se tratando de tribunais internacionais, realiza-se o controle de convencionalidade.

Referindo-se ao Poder Judiciário mexicano, Castilla sustenta que estão equivocados aqueles que pretendem que um tribunal constitucional ou tribunais nacionais em geral levem a cabo um controle de convencionalidade puro. A jurisdição nacional e a interna-

---

<sup>20</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. "El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional. In: Fix-Zamudio, Héctor e Valadés, Diego, Formación y perspectiva del estado mexicano. México: UNAM. p. 173. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>. Acesso em: 22 de julho de 2011.

<sup>21</sup> Idem. p. 173.

<sup>22</sup> Idem. p. 176.

<sup>23</sup> Castilla, Karlos. El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del Caso Radilla Pacheco. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. Vol. XI, 2011. p. 623. Disponível em: <http://www.bibliojuridica.org/estrev/pdf/derint/cont/11/pim/pim20.pdf>. Acesso em: 22 de julho de 2011.

cional são chamadas a guardar e impor a supremacia de normas diferentes. Os juízes dos Estados-membros devem primar pelo respeito às normas constitucionais, enquanto que os tribunais internacionais buscam impor as normas inscritas nos tratados e convenções internacionais.<sup>24</sup> O controle de convencionalidade seria realizado exclusivamente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. O fundamento dessa tese é uma interpretação estrita da declaração da CIDH, no caso Mack Chang, de que a jurisdição da Corte traz consigo a faculdade de exercer o controle de convencionalidade.<sup>25</sup>

O trabalho efetuado pelas jurisdições nacionais seria somente de interpretação de direitos e liberdades de acordo com os tratados.<sup>26</sup> Mesclar os dois sistemas, constitucional e convencional, poderia gerar conflitos onde não há, assim como provocar maior resistência no plano interno às normas internacionais.<sup>27</sup>

Valério Mazzuoli apresenta uma visão diversa dos dois outros autores. Sua tese vai na direção da inserção do direito internacional no plano interno dos Estados por meio da realização do controle de convencionalidade por juízes e tribunais nacionais.

O controle de convencionalidade, para Mazzuoli, é complementar e coadjuvante (jamais subsidiário) do controle de constitucionalidade. No plano nacional, os órgãos da justiça estão encarregados de adaptar ou conformar os atos ou leis internas aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado.<sup>28</sup>

Não somente os tribunais internacionais devem realizar tal controle, mas também os tribunais internos. Para isso, estes não precisam de qualquer autorização internacional, permitindo o controle em caráter difuso, em que qualquer juiz ou tribunal se pode manifestar a respeito.<sup>29</sup>

Mazzuoli entrevê a possibilidade de um controle concentrado de convencionalidade no Brasil, a ser realizado pelo Supremo Tribunal Federal. O fundamento legal é o artigo 5º, § 3º da Constituição Federal de 1988, que prevê que os tratados internacionais

---

<sup>24</sup> Idem.

<sup>25</sup> Ibid., p. 602. O trecho original é este: “No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio –sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto– y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.” Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Sentença de Mérito, reparações e custas, 25 de novembro de 2003. Voto concorrente do Juiz Sergio García Ramírez. Parágrafo 27.

<sup>26</sup> Castilla, Karlos. El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del Caso Radilla Pacheco. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. Vol. XI, 2011. p. 601 e 604. Disponível em: <http://www.bibliojuridica.org/estrev/pdf/derint/cont/11/pim/pim20.pdf>. Acesso em: 22 de julho de 2011.

<sup>27</sup> Idem. p. 624.

<sup>28</sup> Mazzuoli, Valério de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 208.

<sup>29</sup> Idem. p. 209.

de direitos humanos aprovados com quorum específico serão equivalentes a emendas constitucionais.<sup>30</sup>

A questão dos modelos de controle de convencionalidade está longe de ser pacífica na doutrina. A visão de cada autor depende da forma como interpreta a interação entre direito internacional e direito interno. Aqueles afeitos ao resguardo da ordem jurídica estatal tendem a evitar diálogos abertos com a jurisdição internacional.

Os internacionalistas, por outro lado, costumam defender o fortalecimento da ordem internacional, a vinculatividade da jurisprudência das Cortes Internacionais e um diálogo interjurisdicional. O presente estudo endossa essa última corrente, estando mais próximo da linha de Mac-Gregor e Mazzuoli do que do ponto de vista de Carlos Kastilla.

Conclusões preliminares podem ser extraídas dessas divergências de posicionamentos. Talvez a mais significativa seja mesmo aquela que demonstra estarem as posições vinculadas ao nível evolutivo dos próprios processos de integração regionais e do que se espera dos mesmos, caracterizados, em geral, como refere Delmas-Marty<sup>31</sup> pela geometria e por geografias variáveis. Geometria variável quando oscilam da harmonização/unificação, ascendentes/descendentes. Geografia variável por serem variáveis os níveis tratados, ou seja, locais/regionais/mundiais. Essa variedade reflete-se, ainda que veladamente, na construção da ideia de controle de convencionalidade.

### 3. O controle jurisdicional de convencionalidade no Brasil

No Brasil, levando-se em conta o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, o controle jurisdicional de convencionalidade pode ser exercido somente em relação aos tratados internacionais de direitos humanos. O principal documento internacional paramétrico, aquele que serve de referência para a conformação da ordem jurídica interna, é o Pacto de San José da Costa Rica.

A jurisprudência da Corte Interamericana não tem vinculado as decisões do Supremo Tribunal Federal, apesar dos esforços realizados pela CIDH e pela doutrina. Os interesses nacionais, a conveniência política e a interpretação da Constituição e das leis brasileiras têm sido os critérios para o STF adotar ou não um posicionamento da CIDH.

Serve de exemplo da não vinculatividade a sentença que considerou válida a Lei de Anistia. Prevaleceu a interpretação de que a referida lei está de acordo com a Constituição, independentemente da jurisprudência interamericana.

Por outro lado, em decisões como o RE 466.343, a respeito da prisão civil do depositário infiel, e o RE 511.961, relativo à exigência de diploma para o exercício do jornalismo, o Supremo Tribunal Federal acolheu o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

<sup>30</sup> Ibid., p. 210.

<sup>31</sup> Delmas-Marty, Mireille. *Critique de l'intégration normative*. Paris: Puf, 2004, p. 35.

Numa visão realista, pode-se afirmar que o controle difuso de convencionalidade é o modelo com maior probabilidade de ser realizado no País. Funciona de forma análoga ao controle difuso de constitucionalidade, sendo exercido por juízes singulares, pelos tribunais e pelo Pretório Excelso.<sup>32</sup> Estes devem, sempre que a situação reclamar, compatibilizar a ordem jurídica interna à normativa internacional de direitos humanos, podendo, em caso de conflito, declarar a inconvenção da disposição legal pátria.<sup>33</sup>

Pode-se entrever também, conforme exposto anteriormente, um controle concentrado de convencionalidade por meio das ações próprias do controle abstrato de constitucionalidade sempre que o conflito for primordialmente relacionado com as normas de direitos humanos.<sup>34</sup> O Tribunal competente seria, evidentemente, o Supremo Tribunal Federal.

Gilmar Ferreira Mendes reconhece em trabalho doutrinário a possibilidade de os tratados de direitos humanos virem a ser parâmetro de controle das normas infraconstitucionais, desde que cumprido o procedimento disciplinado no § 3º, do art. 5º, da Constituição.<sup>35</sup> A visão do renomado jurista, porém, é constitucionalista. Os tratados de direitos humanos apenas ampliariam os parâmetros do controle de constitucionalidade, não se podendo pensar na aplicação do controle de convencionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Analisando outro aspecto do tema, depreende-se da jurisprudência atual do STF que os tratados internacionais comuns não seriam parâmetro para o exercício do controle jurisdicional de convencionalidade, pois gozam de status de mera legalidade, e não da supralegalidade a que estão submetidos os tratados de direitos humanos.

Divergimos desta linha jurisprudencial. A doutrina internacionalista, os preceitos constitucionais que prevêm uma abertura ao processo de internacionalização do direito e os que cuidam das relações entre tratados e legislação interna, além da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (art. 27) e da jurisprudência da Corte Internacional de Justiça, são fundamentos suficientes para justificar uma modificação da tese vigente na Corte Suprema do Brasil.

Os tratados internacionais, independentemente de sua natureza, estão acima da legislação interna infraconstitucional, não podendo ser revogados ou ter suas disposições enfraquecidas por leis infraconstitucionais. Localizam-se hierarquicamente em patamar

---

<sup>32</sup> Saldanha, Jânia Maria Lopes; Vieira, Lucas Pacheco. “O controle difuso de convencionalidade das leis na Justiça do Trabalho com base nas convenções da Organização Internacional do Trabalho: caminhos para a internacionalização do direito.” *Pensar: Revista de Ciências Jurídicas*, Vol. 15, n. 2. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2010. p. 481.

<sup>33</sup> Da mesma forma que no controle difuso de constitucionalidade, a declaração de inconvenção pelos tribunais deve obedecer a cláusula de reserva de plenário exigida pela Constituição Federal no art. 97. Ao juiz singular, assim como no controle de constitucionalidade, é permitido inaplicar a lei em conflito com a normativa internacional de direitos humanos.

<sup>34</sup> Mazzuoli, Valério de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 210 e 218.

<sup>35</sup> Meirelles, Hely Lopes; Wald, Arnoldo; Mendes, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009. p. 375.



supralegal. Entendimento diverso, como o que vige na jurisprudência da Corte Suprema, desvaloriza e condena à inefetividade os diplomas internacionais ratificados pelo Brasil.

Destarte, sustenta-se a possibilidade do exercício do controle difuso de convencionalidade das leis no Brasil por juízes e tribunais tendo como parâmetro os tratados internacionais comuns. A implicação da verificação da convencionalidade é a paralisação da eficácia das normas infraconstitucionais conflitantes com os documentos internacionais.

#### **4. Reenvio prejudicial na União Europeia, na Comunidade Andina, no Sistema da Integração Centro-Americana e na Unasul**

##### **a) União Europeia**

O reenvio prejudicial é um mecanismo processual do direito comunitário europeu. Tem sido o instituto processual por meio do qual é veiculada grande parte das matérias julgadas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.<sup>36</sup>

A característica principal do reenvio prejudicial foi inicialmente a de possibilitar a cooperação “horizontal por entrecruzamento” entre os juízes nacionais e os juízes do tribunal supranacional, no sentido de aumento da permeabilidade do direito nacional à ordem externa, como refere Delmas-Marty<sup>37</sup>. Esse instrumento processual foi o responsável pela emergência dos princípios da aplicabilidade imediata, da primazia e do efeito direto das normas comunitárias. Mas tal cooperação horizontal por entrecruzamento, como refere a autora,<sup>38</sup> ao longo dos anos avançou para uma “integração vertical por harmonização”, quiçá por unificação. Assim, quando o juiz nacional se depara com dificuldades na interpretação de uma norma comunitária envia uma questão prejudicial para o Tribunal de Luxemburgo. Este, por sua vez, fornece a correta interpretação da norma, de modo que a aplicação do direito comunitário seja não só uniforme em toda União Europeia<sup>39</sup>, como também harmônica. Favorece, pois, o exercício de um “modelo

---

<sup>36</sup> São mais de duzentas as decisões prejudiciais proferidas anualmente. Disponível em: [http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-05/ra09\\_stat\\_cour\\_final\\_en.pdf](http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-05/ra09_stat_cour_final_en.pdf) Acesso em: 20 de novembro de 2010.

<sup>37</sup> Delmas-Marty, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006. p. 39-40.

<sup>38</sup> A harmonização é uma fase mais avançada dos processos de interação (ou integração regional). Mas a unificação é a fase mais avançada e, por isso, mais difícil. Exige uma “hibridação” que seria representada pelo exercício de uma “gramática comum” entre diferentes sistemas e, por isso, um distanciamento com as formas nacionais. Orientações nesse sentido: Delmas-Marty, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*, op. cit., p. 215.

<sup>39</sup> Saldanha, Jânia Maria Lopes. *Cooperação jurisdicional: reenvio prejudicial: um mecanismo de direito processual a serviço do direito comunitário: perspectivas para sua adoção no Mercosul*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001. p. 15.

nacional integrado” com vistas a uma harmonização progressiva, uma vez ser raro que essa ocorra de forma totalmente espontânea.

O diálogo jurisdicional promovido pelo reenvio prejudicial não apenas fortalece a função do Tribunal de Justiça da União Europeia como intérprete maior do direito comunitário, mas também cria no plano interno uma cultura de respeito às normas da comunidade. Afinal, os juízes nacionais são os aplicadores natos do direito comunitário, o que os dota da condição de verdadeiros juízes comunitários.

## **b) Comunidade Andina**

A Comunidade Andina é um bloco econômico de integração regional instituído pelo Acordo de Cartagena em 1969. Os cinco países que fundaram o bloco são a Bolívia, a Colômbia, o Chile, o Equador e o Peru. Os objetivos do então chamado Grupo Andino eram promover o desenvolvimento equilibrado e harmônico dos países membros em condições de equidade mediante a integração e a cooperação econômica e social, e acelerar o crescimento econômico e a geração de empregos, além de promover a formação gradual de um mercado comum latino-americano.<sup>40</sup>

A Venezuela entrou no bloco em 1973 e se retirou em 2006. O Chile, membro fundador, se retirou em 1976, sendo membro associado desde 2006.

Em 1996, os presidentes dos países membros firmaram o Protocolo de Trujillo, que reformou o Acordo de Cartagena. O Grupo Andino então passou a se chamar Comunidade Andina, através de mudança operada no art. 5 do Acordo de Cartagena.

No plano judicial, o Acordo de Cartagena previa a instituição de um Tribunal de Justiça como órgão jurisdicional do bloco nos arts. 40 e 41. A sede do Tribunal é na cidade de Quito.

A norma do Acordo de Cartagena sobre a criação do Tribunal Andino foi materializada apenas em 1979, iniciando suas atividades em 02 de janeiro de 1984<sup>41</sup>. O Protocolo de Cochabamba, assinado em 1996, reformou o Tratado de Criação do Tribunal, alterando o nome da Corte para Tribunal de Justiça da Comunidade Andina (‘TJCA’).

Cinco magistrados integram o Tribunal Andino, os quais devem ser nacionais de origem dos países-membros, gozar de alta consideração moral e reunir as condições requeridas em seu país para o exercício das mais altas funções judiciais, ou ser jurisconsultos de notória competência (art. 6 do Tratado de Criação do TJCA, ‘TCTJCA’). Os magistrados são nomeados para um período de seis anos, podendo ser reeleitos apenas uma vez (art. 8/TCTJCA).

---

<sup>40</sup> Art. 1 do Acordo de Cartagena. Disponível em: [http://intranet.comunidadandina.org/IDocumentos/c\\_Newdocs.asp?GruDoc=14](http://intranet.comunidadandina.org/IDocumentos/c_Newdocs.asp?GruDoc=14). Acesso em: 2 de março de 2012.

<sup>41</sup> Vigil Toledo, Ricardo. “La consulta prejudicial en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* 2004, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2004. p. 939.

As decisões do Tribunal Andino obrigam os Estados-membros, sendo diretamente aplicáveis a partir da data de sua publicação (arts. 2 e 3/TCTJCA). As sentenças não requerem homologação ou exequatur em nenhum dos membros da Comunidade Andina (art. 41/TCTJCA).

O Tribunal tem competência para decidir ações de nulidade (art. 17-22/TCTJCA), ações de descumprimento (art. 23-31/TCTJCA), interpretações prejudiciais (art. 32-36/TCTJCA), recurso por omissão ou inatividade (art. 37/ TCTJCA) e lides laborais (art. 40/ TCTJCA), além de poder exercer função arbitral (art. 38 e 39/TCTJCA). No presente artigo, analisar-se-á apenas o tema das interpretações prejudiciais, da mesma forma como foi feito quando da abordagem sobre a experiência europeia.

Tomando como referência o marco normativo comunitário do Velho Continente, a Comunidade Andina instituiu a interpretação prejudicial como ferramenta para articular a cooperação entre jurisdições nacionais e a jurisdição supranacional com o objetivo de atingir a uniformidade na aplicação do direito comunitário. A redação do art. 32 do Tratado de Criação do TJCA confirma esta descrição:

Artículo 32.- Corresponderá al Tribunal interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros.

A relação entre os magistrados nacionais e os do Tribunal Andino é regida pela cooperação e lealdade, não se configurando qualquer hierarquia entre os órgãos jurisdicionais.<sup>42,43</sup>

A consulta prejudicial pelo juiz nacional se divide em obrigatória e facultativa, segundo o art. 33 do TCTJCA. A primeira abrange todos os casos em que a decisão do tribunal nacional, ao aplicar o direito comunitário andino, não seja suscetível de recursos no sistema jurídico interno. Por outro lado, será facultativa sempre que contra a sentença existirem vias recursais que permitam sua revisão. Neste caso haverá discricionariedade na consulta.

Ponto de alta relevância nesta seara é o posicionamento da corte comunitária a respeito das teorias do ato aclarado e do ato claro, desenvolvidas pela jurisprudência do Tribunal de Luxemburgo. A teoria do ato aclarado é aquela que permite ao juiz nacional decidir uma lide que envolve direito comunitário com base na jurisprudência da corte comunitária. Já a teoria do ato claro designa as situações em que a obrigação de consulta

---

<sup>42</sup> Dueñas Muñoz, Juan Carlos. “La interpretación prejudicial, ¿piedra angular de la integración andina?”, em Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2011, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2011. p. 42.

<sup>43</sup> Perotti, Alejandro. *Algunas consideraciones sobre la interpretación prejudicial obligatoria en el derecho andino*. Lima: Secretaría General de la CAN, Biblioteca Digital Andina, 2005. p. 3.

prejudicial desaparece em virtude de não haver dúvida razoável a respeito do sentido e alcance da norma comunitária em questão.<sup>44</sup>

Alejandro Perotti afirma que ambas as teorias não foram recepcionadas pelo Tribunal Andino. O posicionamento do Tribunal em relação à doutrina do ato aclarado foi expresso no precedente *Aktiebolaget Volvo*, no qual pronunciou que suas sentenças regem tão-somente o caso objeto da consulta, não eximindo o juiz nacional da obrigação de realizar a consulta mesmo em casos similares ou análogos. A doutrina do ato claro foi igualmente rechaçada no caso *Kadoch* pelo Tribunal e pela Secretaria Geral da Comunidade Andina em sua Resolução nº 210.<sup>45</sup>

Os filtros admitidos pelo Tribunal Andino são a exigência de uma dúvida razoável e de ter importância prática a consulta, não sendo fruto de meras especulações ou curiosidades teóricas.<sup>46</sup>

Assim como ocorre no direito comunitário europeu, o Tribunal Andino não está autorizado a interpretar o conteúdo e o alcance do direito nacional nem a qualificar os fatos do processo, apesar de poder referir-se aos fatos quando for estritamente necessário. A Corte Comunitária deverá pronunciar-se apenas sobre a inteligência das normas que conformam o ordenamento jurídico da Comunidade Andina, consoante prevê o art. 34 do TCTJCA.

A sentença proferida pelo Tribunal Andino deverá ser adotada pelo juiz nacional em sua decisão. Nas palavras de Ricardo Vigil Toledo, presidente do TJCA, “la sentencia que dicte el Tribunal es vinculante.”<sup>47</sup>

Pode-se observar que mesmo havendo divergências na aplicação do direito comunitário, o Tribunal Andino demonstra ser influenciado em grande escala pela jurisprudência comunitária europeia. Assim como na prática da União Europeia, o mecanismo da consulta prejudicial proporciona a colaboração entre os juízes nacionais e os magistrados do tribunal comunitário em favor da uniformização e integridade do direito comunitário.

### c) Sistema da Integração Centro-americana

O Sistema da Integração Centro-Americana (SICA) é o marco institucional da Integração Regional Centro-Americana<sup>48</sup>. Foi constituído pelo Protocolo de Tegucigalpa em 1991, o qual reformou a Carta da Organização dos Estados Centro-Americanos (ODECA), tendo entrado em vigor em 1º de fevereiro de 1993.

Os países que fundaram o Sistema da Integração Centro-Americana são a Costa Rica, El Salvador, a Guatemala, Honduras, a Nicarágua e o Panamá.<sup>49</sup> Posteriormente, Belize

---

<sup>44</sup> Idem. p. 3.

<sup>45</sup> Ibid., pp. 3-5.

<sup>46</sup> Ibid., pp. 5 e 9.

<sup>47</sup> Vigil Toledo, Ricardo. Op. cit. p. 944.

<sup>48</sup> Art. 2 do Protocolo de Tegucigalpa.

<sup>49</sup> Art. 1 do Protocolo de Tegucigalpa.

foi aceita como Estado membro. A República Dominicana é Estado Associado, enquanto que o México, a Argentina, o Chile e o Brasil figuram como Observadores Regionais. A Espanha, a China, a Alemanha, a Itália e o Japão são observadores extra-regionais.

O SICA tem como objetivo fundamental a realização da integração da América Central a fim de constituir uma região de Paz, Liberdade, Democracia e Desenvolvimento.<sup>50</sup> A pedra fundamental para a concretização desses propósitos são a tutela, o respeito e a promoção dos Direitos Humanos.<sup>51</sup>

O Protocolo de Tegucigalpa estabelece em seu art. 12 a criação da Corte Centro-Americana de Justiça para garantir o respeito do direito na interpretação e execução deste protocolo e seus instrumentos complementares ou atos derivados do mesmo. A integração, funcionamento e atribuições da Corte seriam regulados pelo Estatuto da Corte, que seria negociado e subscrito pelos Estados Membros. Todas as controvérsias sobre a aplicação ou interpretação das disposições contidas no protocolo devem ser submetidas à Corte, conforme dispõe o art. 35 do diploma centro-americano.

O Estatuto da Corte Centro-Americana de Justiça foi firmado em 1992, constituindo a Corte como Órgão Judicial principal e permanente do Sistema da Integração Centro-Americana, cuja jurisdição e competência regionais são de caráter obrigatório para os Estados.<sup>52</sup> É composta por dois magistrados titulares e dois suplentes de cada país membro do SICA<sup>53</sup> e tem sede na cidade de Manágua.

A Corte Centro-Americana de Justiça iniciou suas atividades em 12 de outubro de 1994, tendo julgado 110 casos, 69 contenciosos e 41 consultivos, até março de 2011.<sup>54</sup> As decisões da Corte de Manágua tem autoridade de coisa julgada e sua doutrina tem efeitos vinculantes para todos os Estados, órgãos e organizações que formem o SICA ou dele participem, e para sujeitos de direito privado.<sup>55</sup>

O direito comunitário centro-americano está ancorado em cinco princípios estabelecidos pela Corte de Manágua no Caso Dr. José Vicente Coto Ugarte. São eles: autonomia, aplicabilidade imediata, efeito ou aplicabilidade direta, primazia e responsabilidade do Estado. O princípio da autonomia significa que o direito comunitário centro-americano possui como referência seu próprio ordenamento normativo. A aplicabilidade imediata expressa a automática incorporação do direito comunitário às ordens jurídicas nacionais sem que seja necessário qualquer ato de internalização, além da obrigação das autoridades de dar efetividade à legislação comunitária. O princípio do efeito ou aplicabilidade direta materializa a possibilidade de as normas comunitárias criarem por si próprias direitos e obrigações para os particulares ou imporem aos Estados membros sua concre-

<sup>50</sup> Art. 3 do Protocolo de Tegucigalpa.

<sup>51</sup> Art. 4, a) do Protocolo de Tegucigalpa.

<sup>52</sup> Art. 1 do Estatuto da Corte Centro-americana de Justiça.

<sup>53</sup> Cf. art. 8 do Estatuto da Corte e o site da Corte: <http://portal.ccj.org.ni/CCJ2/Default.aspx?tabid=68>

<sup>54</sup> Site da Corte Centro-americana de Justiça. <http://portal.ccj.org.ni/ccj2/Historia/tabid/57/Default.aspx>

<sup>55</sup> Art. 3 do Estatuto da Corte Centro-americana de Justiça.

tização para que sejam plenamente eficazes. A primazia do direito comunitário centro-americano significa que as normas comunitárias ocupam lugar prioritário em relação às normas nacionais, dado que sua aplicação é preferencial ou prioritária em relação aos ordenamentos jurídicos internos dos Estados membros. Esta primazia alcança inclusive normas constitucionais, já que não teria sentido que seus efeitos pudessem ser anulados pelos Estados. Por fim, o princípio da responsabilidade afirma que os Estados estão obrigados a reparar os danos causados aos particulares como consequência da violação de normas comunitárias.<sup>56</sup>

No que tange à consulta prejudicial centro-americana, sua previsão legal encontra-se na alínea k), do art. 22, que estabelece como competente a Corte para:

k) Resolver toda consulta prejudicial requerida por todo Juez o Tribunal Judicial que estuviere conociendo de un caso pendiente de fallo encaminada a obtener la aplicación o interpretación uniforme de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del «Sistema de la Integración Centro-americana» creado por el «Protocolo de Tegucigalpa» sus instrumentos complementarios o actos derivados del mismo.

Em primeiro lugar, observa-se que existem dois atores nacionais responsáveis pela realização da justiça comunitária: o Juiz e o Tribunal de Justiça de cada Estado membro.<sup>57</sup> O motivo fundamental para a solicitação de consultas prejudiciais provém do fato de que os Juízes e Tribunais nacionais podem se deparar com dúvidas ou incertezas em casos envolvendo a aplicação do direito comunitário centro-americano.<sup>58</sup>

As decisões prejudiciais emanadas pela Corte de Manágua garantem a aplicação e interpretação uniforme das normas que compõem o Sistema da Integração Centro-Americana. Em virtude do princípio da primazia do direito comunitário, esses julgados vinculam o Juiz e o Tribunal que submeteram a questão prejudicial.

A primeira consulta prejudicial foi solicitada pelo Secretário Geral da SICA, Róger Haroldo Rodas Melgar, e julgada em 2003. A Corte decidiu pela inadequação da via processual escolhida. Nem a opinião consultiva nem a consulta prejudicial se prestavam para resolver a questão, relacionada à contradição de um julgamento da Corte Suprema de Justiça de El Salvador com uma decisão da Corte de Manágua. Digna de nota é a passagem em que se sublinha que a faculdade consultiva com caráter obrigatório ou-

---

<sup>56</sup> Corte Centro-americana de Justiça. Caso Dr. José Vicente Coto Ugarte contra la Universidad de El Salvador por Desconocimiento del Convenio sobre el Ejercicio de Profesiones Universitarias y Reconocimiento de Estudios Universitarios. Manágua: 5 de marzo de 1998. In: Gallardo, Carlos Guerra. "La Corte de Justicia de la Comunidad Centroamericana y la Consulta Prejudicial. *Seminario sobre "La Consulta Prejudicial"*. Nicaragua: 9 e 10 de outubro de 2006. p. 16-17. Disponível em: [http://cendoc.cj.org.ni/Documentos/Biblioteca/1792/15288/La\\_CCJ%20Yla\\_Consulta\\_Prejudicial-%20CARLOS%20GUERRA.pdf](http://cendoc.cj.org.ni/Documentos/Biblioteca/1792/15288/La_CCJ%20Yla_Consulta_Prejudicial-%20CARLOS%20GUERRA.pdf) Acesso em: 22 de março de 2012.

<sup>57</sup> Gallardo, Carlos Guerra. "La Corte de Justicia de la Comunidad Centroamericana y la Consulta Prejudicial. *Seminario sobre "La Consulta Prejudicial"*. Nicaragua: 9 e 10 de outubro de 2006. p. 2. Disponível em: [http://cendoc.cj.org.ni/Documentos/Biblioteca/1792/15288/La\\_CCJ%20Yla\\_Consulta\\_Prejudicial-%20CARLOS%20GUERRA.pdf](http://cendoc.cj.org.ni/Documentos/Biblioteca/1792/15288/La_CCJ%20Yla_Consulta_Prejudicial-%20CARLOS%20GUERRA.pdf) Acesso em: 22 de março de 2012.

<sup>58</sup> Idem. p. 5.

torgada ao Tribunal tem por finalidade um *controle preventivo de legalidade*, a qual está corroborada, entre outras, na letra k) do artigo 22 do Estatuto da Corte, quando trata da consulta prejudicial, e faz alusão ao propósito da mesma, que é “obter a aplicação ou interpretação uniforme das normas que conformam o ordenamento jurídico do “Sistema da Integração Centro-Americana”, criado pelo Protocolo de Tegucigalpa, seus instrumentos complementares ou atos derivados do mesmo.

Percebe-se que a Corte de Manágua já em sua primeira decisão prejudicial indica que está a realizar uma espécie de controle da aplicação e interpretação do direito comunitário por meio da consulta prejudicial, justamente a temática tratada neste estudo.

De 2003 até o presente momento foram muitas as consultas prejudiciais julgadas, tendo-se revelado o principal mecanismo de cooperação entre a jurisdição comunitária e a nacional, enfatizando-se sempre que o direito comunitário não é aplicado somente pela Corte, mas também por todos os juízes nacionais dos Estados membros, conforme observa Carlos Gallardo, ex-presidente da Corte Centro-americana de Justiça.<sup>59</sup>

A competência da Corte Centro-americana está prevista no art. 22 de seu Estatuto, porém é importante mencionar o disposto no art. 25. Este prescreve que a competência da Corte não se estende à matéria de direitos humanos, a qual corresponde exclusivamente à Corte Interamericana de Direitos Humanos. À frente será demonstrada a importância vital desse dispositivo para a articulação entre controle jurisdicional de convencionalidade, reenvio prejudicial interamericano e as Cortes regionais americanas.

#### **d) Unasul**

A Unasul, União de Nações Sul-Americanas, é uma organização regional formada pelos doze países da América do Sul inspirada na experiência da União Europeia. Consolidando-se a Unasul, haverá a integração de dois blocos econômicos da região: o MERCOSUL e a Comunidade Andina.

O Tratado Constitutivo da Unasul foi aprovado em 23 de maio de 2008, tendo como precedentes as Declarações de Cusco, em 2004, de Brasília, em 2005, e de Cochabamba, em 2006. Dez Estados já ratificaram o Tratado (Argentina, Brasil, Bolívia, Chile, Equador, Guiana, Peru, Suriname, Uruguai e Venezuela), completando o número mínimo de ratificações necessárias para a sua entrada em vigor no dia 11 de março de 2011.<sup>60</sup>

A estrutura da Unasul é composta por quatro instituições, conforme o art. 4 do Tratado Constitutivo: o Conselho de Chefes de Estado e de Governo, o Conselho de Ministros das Relações Exteriores, o Conselho de Delegados e a Secretaria Geral. A solução das controvérsias será realizada, segundo o art. 21, por meio de negociações diretas entre os Estados.

---

<sup>59</sup> Idem. p. 4.

<sup>60</sup> Informações do Ministério das Relações Exteriores do Brasil. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/temas/america-do-sul-e-integracao-regional/unasul>. Acesso em: 30 de dez. 2011.

Apesar de ser um avanço em relação ao MERCOSUL e à Comunidade Andina por agregar todas as nações sul-americanas, a Unasul carece atualmente de instituições judiciais que possam servir de apoio para sua consolidação. Estabelecer as fontes jurídicas (art. 11) e o objetivo de promover a cooperação das autoridades judiciais dos Estados-membros (art. 3, r) sem um Tribunal que possa uniformizar a interpretação das normas comuns é apostar numa frágil harmonia, pautada na dispersão, ignorando os resultados positivos da experiência europeia e da própria Comunidade Andina.

É urgente que se reflita sobre a criação de um Tribunal no marco da União das Nações Sul-Americanas para decidir as controvérsias surgidas neste contexto de integração e também com o objetivo de fazer-se respeitar a normativa já estabelecida. A efetivação do respeito ao ordenamento comum depende essencialmente de mecanismos capazes de promover o diálogo e a lealdade entre órgãos judiciais nacionais e o órgão supranacional, o que vem sendo realizado com êxito por meio do reenvio prejudicial nas diferentes experiências comunitárias e deve servir como modelo para esta nova organização regional.

## 5. O reenvio prejudicial interamericano

O direito internacional dos direitos humanos é um ramo relativamente novo e de grande complexidade. Declarações, tratados e pactos dos sistemas global e regional de proteção dos direitos humanos fazem parte de forma ainda acanhada da formação da maior parte dos profissionais do direito, de maneira que não raro surgem dúvidas sobre a interpretação destes marcos normativos para o órgão jurisdicional nacional.

O eixo que orienta o novo instituto processual de diálogo jurisdicional é harmonizar a interpretação do âmbito, ou núcleo de proteção, dos direitos humanos. A harmonização<sup>61</sup> pode ser considerada uma alternativa à codificação para além dos Estados, em face das diversidades culturais, jurídicas, históricas, políticas e sociais. Evita-se, assim, o inconveniente da construção de jurisprudências nacionais sobre direitos humanos previstos em documentos internacionais, que poderiam flutuar ao sabor de critérios jurisdicionais solipsistas, amiúde discricionários<sup>62</sup> ou governamentais variáveis de país

---

<sup>61</sup> Delmas-Marty, Mireille diz que a harmonização instauraria uma relação do tipo vertical entre o “alto” – níveis internacional, regional ou mundial – e o “baixo” – nível nacional - mas que, de que qualquer sorte, não seria unívoca porquanto respeitaria o princípio da subsidiariedade do direito comunitário e o da complementaridade, previsto no Estatuto do Tribunal Penal Internacional. *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*, op. cit., p. 72-73.

<sup>62</sup> Tema que perpassa uma discussão mais ampla referente à motivação das decisões dos juízes, da qual não escapam os juízes nacionais, assim como também os internacionais, uma vez ser necessário reconhecer a impropriedade do silogismo judiciário, oriundo das concepções normativistas, para compreender-se o fenómeno da motivação, diante dos seus efeitos práticos e das práticas concretas do Direito. Veja-se: Jouannet, Emmanuelle. *La motivation ou le mystère de la boîte noire*. In: Ruiz Fabri, Hélène. Sorel, Jean-Marc. *La motivation des décisions des juridictions internationales*. Paris: Pedone, 2008, p. 251-285.



para país<sup>63</sup>. Se em nível interno de cada Estado crescem em importância as discussões acerca da necessidade de construção de uma teoria da decisão que respeite a integridade e a coerência do direito interno<sup>64</sup>, a problemática não é diferente quanto às decisões no plano judicial internacional, supranacional e regional, sobretudo porque a necessidade de levar o Direito a sério implica dizer da premência de levar os “direitos humanos” a sério. Essa é a lição de Dworkin acerca de sua leitura moral dos valores e da qual os juizes não estão afastados. Segundo o autor, os princípios estabelecidos na Declaração de Direitos, tomados em conjunto, comprometem o Estado – no caso, referia-se aos Estados Unidos da América – a tratar todas as pessoas sujeitas ao seu domínio como dotadas do mesmo *status* moral e político.<sup>65</sup>

Com efeito, é urgente – e necessário – que se pense em uma comunidade política e jurídica global. Política, admitindo-se o exercício do princípio da soberania partilhada e não absoluta. Jurídica, se fundada no princípio da solidariedade, com vistas à construção de um destino comum<sup>66</sup>, propondo e assumindo, assim, uma transformação profunda nos modelos político-jurídicos modernos sem, no entanto, resvalar para uma desagregação completa que leve a humanidade a um retorno à barbárie.<sup>67</sup> Para tanto, a internacionalização dos juizes nacionais é parte significativa do fermento da mundialização dos direitos humanos. E o primeiro passo é a sua interpretação e aplicação harmônica. Os juizes nacionais, no exercício da aplicação dos textos normativos internacionais e regionais, como que se emancipam de seu direito interno. Todavia, até mesmo ante o princípio da subsidiariedade do direito internacional, resta assegurada aos mesmos uma “margem nacional de apreciação”<sup>68</sup>.

---

<sup>63</sup> Campos, João Mota de; Campos, João Luiz Mota de. *Contencioso Comunitário*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002. p. 106-107.

<sup>64</sup> Streck, Lenio Luiz, *Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 506.

<sup>65</sup> Dworkin, Ronald. *A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 10-11.

<sup>66</sup> Delmas-Marty, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (III). La refundacion des pouvoirs*. Paris: Seuil, 2007. p. 14 e 108 e ss.

<sup>67</sup> Lembra a autora que esta essa foi a invocação - e o sonho - da União Europeia para mais de 400 milhões de pessoas que integram o bloco, seja proclamando-se solidárias entre elas e solidárias com o futuro do planeta. Lamentavelmente, as políticas anti-imigratórias adotadas no ano em curso, negam tal sonho. Melhor lembrar da solidariedade a partir do pensamento de SUPLOT, Alain ao referir-se ao “círculo de solidariedade” que deve estar presente nas relações entre vizinhos, com o Estado e nas relações globalizadas. *L'Esprit de philadelphie. La justice sociale face au marché total*. Paris: Seuil, 2010, p. 166-173. Ainda: Bolzan de Moraes, Jose Luis. *Costituzione o barbarie*. Col. Costituzionalismi Difficili. Lece: Pensa editore. 2004.

<sup>68</sup> A noção de margem nacional é importante quando se fala em processos de interação por harmonização. Trata-se, segundo Delmas-Marty de um conceito chave para tratar da noção de pluralismo ordenado e está inserido no contexto das relações centrípetas e centrífugas entre as diversas ordens jurídicas, nacionais, regionais e internacionais. Delmas-Marty, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*, op. cit., p. 78-80.

Assim, de acordo com o sistema sugerido, sempre que no âmbito da Convenção Americana de Direitos Humanos e seus Protocolos (além da Declaração de Bogotá, de 1948, e de outros tratados com esta temática) um juiz ou tribunal nacional se deparar com dificuldade na interpretação de certa norma de direitos humanos esse órgão poderá: a) resolver ele próprio a questão; ou b) submeter a sua resolução à CIDH, mediante devolução de uma questão prejudicial.

A solução que envolve a Corte Interamericana atende aos requisitos que John Tobin propõe sejam satisfeitos em uma interpretação do direito internacional dos direitos humanos: “the interpretation offered should be clear and practical, coherent, and context-sensitive”<sup>69</sup>. A experiência acumulada pela CIDH nas decisões contenciosas e nas opiniões consultivas permite enfrentar o desafio interpretativo do reenvio prejudicial, que envolve não apenas a delimitação de um núcleo jurídico do texto legal como também a persuasão da comunidade de intérpretes de que aquela é a interpretação mais adequada para a constituição da norma. A adoção pelos juizes nacionais desse “acqui” jurisprudencial pode ser identificada como resultado do fenômeno da “emulação”<sup>70</sup> porque estimulados a romper com a tradição de seu sistema jurídico e reconstruir os capítulos do romance em cadeia, a partir da própria ideia – imaginável e possível – de reinterpretação do direito.<sup>71</sup>

Quanto à obrigatoriedade do reenvio por parte de tribunais cujas decisões não são passíveis de recurso, como ocorre no modelo de reenvio europeu e no modelo do Tribunal Andino<sup>72</sup>, é possível pensar que o sistema interamericano siga o mesmo caminho. Dado que nenhum juiz está autorizado a negar a integridade ao Direito, a hermenêutica do caso concreto é que dará a resposta adequada quanto à necessidade de remeter-se a matéria objeto da dúvida interpretativa à CIDH quando a decisão não for de última instância. Se fosse exigível a obrigatoriedade do reenvio em qualquer caso, seria preciso reconhecer que a aceitação dessa obrigatoriedade fatalmente inflacionaria a pauta da CIDH embora essa pudesse responder sinteticamente os reenvios sobre questões em que já se tivesse manifestado previamente no modelo contencioso ou consultivo.

Ainda, mesmo que a obrigação de praticar o reenvio fosse imposta em qualquer caso – com esgotamento ou não das instâncias recursais –, de todo modo a possibilidade de existir entendimentos diferentes restaria sempre aberta, o quê, aliás, não pode ser reputado como nocivo, dado que a própria Corte Interamericana pode mudar suas linhas

---

<sup>69</sup> Tobin, John. “Seeking to Persuade: a Constructive Approach to Human Rights Treaty Interpretation”, *Harvard Human Rights Journal*, United States, 2010, Volume 23, Issue 1. p. 49.

<sup>70</sup> Delmas-Marty, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (III). La refondation des pouvoirs*. Paris : Seuil, 2007. p. 48-49.

<sup>71</sup> Dworkin, Ronald. *A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 495.

<sup>72</sup> Montano Bedoya, Julia Victoria. Derecho processual constitucional desde la perspectiva de la comunidad andina “CA”. In: Velandia Canosa, Eduardo. (Org.) *Derecho procesal constitucional*. Bogotá: Agencia Imperial, 2010. p. 629-641.

jurisprudenciais (algo comum em qualquer tribunal, inclusive nos de uniformização de jurisprudência, devido às mudanças que são naturais no mundo do direito).

Na verdade, o que provocaria desconfiança em relação à uniformidade da interpretação dos direitos humanos previstos na Convenção Americana seriam as posições divergentes dos tribunais supremos. Entretanto, reconhecer o risco de decisões divergentes não implica a admissão de que o mecanismo estaria fadado à ineficácia, visto que as matérias objeto dos direitos humanos, ao contrário do direito comunitário europeu, fonte inspiradora da ferramenta processual em comento, tendem a ter um núcleo universalizável.

Uma vez estabelecido o reenvio prejudicial interamericano, seria proporcionada a qualquer juiz nacional a possibilidade de um diálogo construtivo com os juizes da CIDH e, para usar uma expressão hoje consagrada, uma fertilização recíproca<sup>73</sup>, condicionada a referências, tanto de órgãos jurisdicionais nacionais à CIDH quanto o inverso. Esse “jogo de referências cruzadas” de uma jurisdição a outra pode ser mais exercido pelas jurisdições nacionais em face das redes, cada vez mais comuns, de Cortes Supremas e entre essas e as Cortes regionais<sup>74</sup> que fomentam a “conversação” ou “diálogo”<sup>75</sup> entre si e reduzem a possibilidade da divergência das decisões.

É necessário se perceber ser inexorável o enriquecimento do panorama institucional nos últimos decênios ante a proliferação dos tribunais. Trata-se de dar às jurisdições nacionais e às novas jurisdições “uma realidade sensível e visual, papel que se atribui à cultura”<sup>76</sup>. E também esperar dos juizes aquele *esprit de finesse*,<sup>77</sup> para lembrar Pascal, ou seja, a fina sintonia entre suas visões de mundo e a exigência de dar a resposta adequada à Constituição e às Convenções assumidas.

Assim, o diálogo proporcionado pelas “comunicações transversais”<sup>78</sup> entre a jurisdição nacional e a regional conduz necessariamente à atitude de cooperação, em verdadeiro exercício de uma “fertilização cruzada constitucional”<sup>79</sup> que nasce de uma jurisprudência global em matéria de direitos humanos dotada de autoridade persuasiva. A distinta doutrina da *judicial comity*<sup>80</sup>, orienta os tribunais nacionais a darem deferência aos tribunais estrangeiros como uma questão de respeito devido de juiz para juiz, ao invés de um respeito mais geral devido de uma nação a outra, situação que endossa a afirmação anterior e conduz necessariamente à atitude de cooperação.

---

<sup>73</sup> Allard, Julie; Garapon, Antoine. *Os juizes na mundialização. A nova revolução do direito*, Lisboa, Instituto Piaget, 2008. p. 24.

<sup>74</sup> Delmas-Marty, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006. p. 48-49.

<sup>75</sup> Neves, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 117

<sup>76</sup> Allard, Julie; Garapon, Antoine. *Os juizes na mundialização. A nova revolução do direito*, Lisboa, Instituto Piaget, 2008. p. 255.

<sup>77</sup> A referência é de Konder Comparato, Fábio. *Rumo à Justiça*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 280.

<sup>78</sup> Neves, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 117-118.

<sup>79</sup> Slaughter, Anne-Marie. *A new world order*. Princeton: Princeton University Press, 2004. p. 69.

<sup>80</sup> Idem. p. 67.

Seguramente pode ser afirmado que o reenvio prejudicial operaria como uma “ponte de transição”<sup>81</sup> entre a ordem jurídica nacional e a ordem regional, justamente porque é construída, segundo Marcelo Neves, a partir dos juízes e tribunais que se encontram ao centro dessas ordens jurídicas.

Os juízes passariam a desempenhar o papel de agentes mais ativos da difusão dos direitos fundamentais e, por conseguinte, de engenheiros da transformação que este processo acarreta.<sup>82</sup> O diálogo provocaria duas consequências bastante significativas no que diz respeito à atividade jurisdicional: de uma parte, expressaria a “autonomia” dos juízes nacionais em relação ao seu próprio sistema jurídico e, de outra, conformaria “emulação”<sup>83</sup> dos mesmos juízes diante da influência recíproca provocada pela troca de fundamentações decisórias.

Mas é certo que, embora o reconhecimento do diálogo como frutificador da coordenação por entrecruzamento e, quiçá, da harmonização interpretativa, seja importante, permanece em aberto a questão ainda não resolvida das diversidades culturais e de tradição de cada País.

Porém, o respeito à Convenção Americana de Direitos Humanos tem sido o primeiro passo dessa harmonização, porque, juntamente com o sistema europeu e africano, consiste em texto que, por um lado, torna mais efetivos os direitos humanos proclamados em nível mundial e, por outro, permite a adaptação às culturas regionais particulares.<sup>84</sup> Como observam com argúcia Accioly, Casella e Nascimento e Silva em relação ao último ponto, “bases culturais comuns podem conferir estabilidade ao conjunto institucional e normativo internacional.”<sup>85</sup>

Daí que todo o desafio é lançado quando se pretende, como afirmou Pascal Lamy,<sup>86</sup> construir-se democracias “alternacionais”, ou seja, regidas por um poder conjunto, um outro tipo de poder, de cariz transnacional, capaz de dar conta, de modo visível e transparente, acerca das questões comuns da humanidade, não fundado em um povo historicamente constituído tão-somente, mas, antes, fundada numa “comunidade alargada” de povos conscientes de seu destino comum e que estejam maduros para fazer a defesa de bens públicos mundiais que necessitam de proteção.<sup>87</sup> Trata-se de outra perspectiva

---

<sup>81</sup> Neves, Marcelo. Op. cit. p. 117.

<sup>82</sup> Allard, Julie; Garapon, Antoine. Op. cit. p. 8.

<sup>83</sup> Essa análise é feita por Delmas-Marty, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (III). La refondation des pouvoirs*. Paris: Seuil, 2007, p. 41-68.

<sup>84</sup> Jouanet, Emmanuelle. *Qu'est-ce qu'une société internationale juste? Le droit international entre développement et reconnaissance*. Paris: Pedone, 2011, p. 231.

<sup>85</sup> Accioly, Hildebrando; Casella, Paulo Borba; Do Nascimento e Silva, G.E. *Manual de direito internacional público* São Paulo: Saraiva, 2011. p. 950.

<sup>86</sup> Lamy, Pascal. *La démocratie-monde. Pour une autre gouvernance globale*. Paris: Seuil, 2004, p. 59.

<sup>87</sup> Kaul, Inge. Grunberg, Isabelle. Stern, Marc. *Les biens publics mondiaux. La coopération internationale au XXI siècle*. Paris: Econômica, 2002. Saldanha, Jânia Maria Lopes. Bolzan de Moraes, José Luis. Limberger, Têmis. *Bens publicos mundiais na encruzilhada entre a internacionalização*

teórica,<sup>88</sup> da emergência de um direito global, desenraizado dos sistemas nacionais, distinto do internacional e que, por tal razão, escapa da mera pretensão de simplesmente harmonizar as diferentes leis nacionais, condição essa para lidar com questões como as ambientais e as relativas às violações dos direitos humanos.

## **6. O controle jurisdicional de convencionalidade e o reenvio prejudicial interamericano no panorama das reformas necessárias ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos**

O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos carece de uma modernização que garanta maior efetividade de seus diplomas e resguarde melhor os indivíduos contra violações.

Como nas seções anteriores foram tratados separadamente o controle de convencionalidade e o reenvio prejudicial interamericano, nesta será esboçado um contexto das reformas apontadas pela doutrina como necessárias e, posteriormente, as relações entre as duas ferramentas processuais propugnadas no presente artigo.

No contexto da modernização do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos destacam-se duas mudanças que proporcionariam grande avanço. Em primeiro lugar, o reconhecimento do direito de petição pelo indivíduo, diretamente à Corte Interamericana, em casos de violação, independentemente do juízo de admissibilidade da Comissão Interamericana. Seria um passo enorme em direção do acesso à justiça no plano internacional.

Longe de ser uma inovação utópica no âmbito internacional, aos indivíduos já foi garantido em outros contextos esse direito. Malcolm Shaw lembra que o artigo 304 (b) do Tratado de Versalhes (1919) assegurava aos nacionais dos Estados aliados e Associados, agindo em nome próprio, o direito de acionar judicialmente a Alemanha perante o Tribunal Misto de Arbitragem para obter indenizações por perdas de guerra. E ainda: o Tratado que criou o Tribunal de Justiça Centro-Americano, celebrado em 1907 por cinco Estados centro-americanos, previa a possibilidade de os indivíduos acionarem diretamente o tribunal.<sup>89</sup>

O modelo mais recente é o da Convenção Europeia de Direitos Humanos. A partir da entrada em vigor do Protocolo 11<sup>90</sup> à Convenção, foram realizadas muitas reformas, entre elas a garantia do direito de petição individual, independentemente de análise de

---

*dos juízes nacionais e a jurisdicionalização do direito internacional. Para uma nova compreensão hermenêutica da justiça como razão pública.*” No prelo.

<sup>88</sup> Sassen, Saskia. *Sociologia da globalização*. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 185

<sup>89</sup> Shaw, Malcolm. *Direito Internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 193.

<sup>90</sup> Publicado em 11 de junho de 1998. Disponível em: <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/europa/CEDH/1994-Protocolo11-ConvenioProteccionDerechosHumanosyLibertadesFundamentales.htm#Texto>. Acesso em 26 de abril de 2012.

admissibilidade por uma Comissão em virtude de a mesma ter sido abolida pelo referido Protocolo.

Não apenas os indivíduos, mas também um parente próximo pode também apresentar uma reclamação, por exemplo, em casos em que tenha sido pessoalmente prejudicado pela violação.

É indispensável que a violação alegada seja fundada em fato concreto. Não há direito a suscitar questões abstratas, apesar de que sob certas circunstâncias é admissível alegar-se ser vítima de uma violação ocasionada pela mera existência de medidas secretas.<sup>91</sup>

O exemplo de sucesso implementado pelo Protocolo 11 no contexto europeu pode ser adaptado seguramente ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, configurando um avanço extraordinário no sentido da abertura da jurisdição internacional aos cidadãos. É tema da ordem do dia e a sociedade civil dos países que ratificaram a Convenção deveria se mobilizar para conquistar esse direito. A pressão sobre os Estados em matérias como a situação desumana dos detentos nas prisões do continente americano teria resultados mais expressivos se houvesse a possibilidade de petição individual direta à CIDH.

O debate – é preciso reconhecer – se insere no contexto das discussões contemporâneas da passagem de uma ordem mundial centrada no Estado Nacional para outra que se pode denominar de cosmopolita, o que se daria a partir de um diálogo frutífero entre o direito internacional e os direitos humanos. Nesse sentido, cabe aqui invocar as reflexões de Ulrich Beck<sup>92</sup>, para quem a máxima da primeira modernidade estatal-nacional, de prevalência do direito internacional sobre os direitos humanos, seria substituída pela máxima da segunda modernidade, em que os direitos humanos prevaleceriam sobre o direito internacional. Nesse último caso, parece ser claro que os princípios da primeira modernidade como território, fronteiras e direito interno, cedem passo à coordenação entre globalização econômica e mundialização dos direitos humanos. No marco dessa compreensão, lembra Beck, o titular dos direitos humanos seria o indivíduo e não “um sujeito coletivo como o povo e o Estado”<sup>93</sup>, razão pela qual os direitos humanos seriam essencialmente “subjetivos”, pertencentes a todos para além de sua condição, classe, sexo, nacionalidade e religião. Reconhecer aos indivíduos legitimidade para demandarem individualmente também perante a CIDH consistiria, seguramente, na confirmação de uma nova orientação do próprio direito internacional para além dos Estados, ou seja, com base numa “sociedade mundial dos indivíduos juridicamente vinculante”<sup>94</sup>.

A segunda mudança imperiosa a ser feita no sistema interamericano é a previsão de um mecanismo eficaz de execução das sentenças da Corte. Atualmente, se o Estado

---

<sup>91</sup> Malcolm Shaw remete ao Caso *Klass* no que tange às medidas secretas. Shaw, Malcolm. Op. cit. p. 271.

<sup>92</sup> Beck, Ulrich. *La mirada cosmopolita o la guerra es la paz*. Barcelona: Paidós, 2005, p. 169-170.

<sup>93</sup> Ibid.,

<sup>94</sup> Id. Ibid., p. 170.

não cumprir uma decisão da CIDH estará incorrendo em nova violação à Convenção, havendo a possibilidade de novo procedimento contencioso.

Em regra, as condenações ao Estado de indenizar vítimas vem sendo cumpridas, porém as obrigações de investigar e punir os responsáveis pelas violações sofrem maiores dificuldades de concretização. O problema é que a Corte Interamericana pode apenas informar o descumprimento à Assembleia-Geral da OEA, no relatório sobre suas atividades no anterior, conforme o art. 65 do Pacto de San José. O poder de pressão dessa ferramenta sobre os Estados se tem mostrado insatisfatório, para não dizer nulo.

Uma possibilidade a ser pensada é a adoção de um mecanismo semelhante ao estabelecido na Europa. No sistema do velho continente, o Comitê de Ministros, no qual cada Estado-parte tem um representante, supervisiona a execução da sentença. A sanção mais gravosa para o descumprimento das sentenças da CEDH está prevista nos arts. 3º e 8º do Estatuto do Conselho da Europa, que é a ameaça de expulsão do Conselho.<sup>95</sup>

Ao contrário da inclusão de um direito de petição individual direta à CIDH, a solução europeia para obrigar os Estados-membros a cumprirem as decisões da Corte de Estrasburgo teria maior dificuldade de ser adaptada às Américas por dois motivos: primeiramente porque não há equivalente ao Conselho da Europa, nem um processo de integração regional sólido que reúna todos os Estados que ratificaram o Pacto de San José. Ademais, a ameaça de expulsão de qualquer país do sistema interamericano não tem o mesmo poder de persuasão do equivalente europeu, podendo ser uma medida temerária, pois alguns governos latino-americanos quase que desprezam o sistema de direitos humanos vigente.

É de se comemorar o fato de nunca ter havido no passado da América Latina tantos governos civis, surgidos de eleições mais ou menos livres, como agora, porém as democracias desse continente ainda vivem sob a sombra do populismo, do nacionalismo e da corrupção, que podem desestabilizar os governos eleitos.<sup>96</sup>

O próprio processo eleitoral ainda carece de maturidade. Numa aguda e concisa observação, Vargas Llosa diz que nessas eleições “parece que tudo está em jogo, voltando à estaca zero, desde a própria natureza das instituições até a política econômica e as relações entre o poder e a sociedade.” Tudo pode mudar, dependendo do resultado eleitoral, e, conseqüentemente, o país pode regredir de repente, perdendo da noite para o dia tudo aquilo que conquistou durante anos, ou continuar perseverando no erro infinitamente.<sup>97</sup> Urge pensar um mecanismo mais adequado às condições políticas e culturais da região.

Deste modo, o reconhecimento do direito de petição do indivíduo diretamente à CIDH e a elaboração de uma ferramenta mais eficiente para a execução de sentenças da Corte são as duas reformas necessárias ao sistema interamericano de proteção dos

---

<sup>95</sup> Mazzuoli, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 5ª Ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 918-919.

<sup>96</sup> Llosa, Mario Vargas. *Sabres e utopias: visões da América Latina*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010. p. 304.

<sup>97</sup> Idem. p. 309.

direitos humanos atualmente. É a partir desse contexto que se deve pensar o controle de convencionalidade com base na normativa interamericana de direitos humanos e a introdução do reenvio prejudicial interamericano.

Ambos são formas de aperfeiçoamento institucional do sistema. O controle de convencionalidade realizado pela CIDH e por tribunais e juízes dos Estados-parte do Pacto de San José consagra a prevalência dos diplomas internacionais de direitos humanos sobre as legislações internas, criando uma cultura de respeito à ordem internacional pelo Poder Judiciário. Um importante estudo<sup>98</sup> comparado sobre Cortes de Justiça e poder na América Latina e na África concluiu serem as reformas processuais importantes fatores de acesso à Justiça quando as formalidades são reduzidas, como também são indutoras de mudança de comportamento em contextos distintos. Dessa última percepção, sobretudo, pode advir a inspiração para as mudanças aqui propostas.

O reenvio prejudicial interamericano, por outro lado, teria por escopo harmonizar o entendimento sobre os dispositivos positivados nos diplomas que compõem o sistema interamericano. É um instrumento que favoreceria o diálogo interjurisdicional e fomentaria uma troca frutuosa de experiências entre o Poder Judiciário dos Estados e a CIDH. Além disso, os casos objeto de consulta à Corte de San José permitiriam uma diversificação da jurisprudência desta, hoje relacionada predominantemente com o direito à vida.<sup>99</sup>

Como se pode observar, tanto o controle de convencionalidade, já adotado pela CIDH desde 2006, como o reenvio prejudicial interamericano se complementam. Induzem ao fortalecimento da cooperação judicial internacional, criam condições para a harmonização da interpretação do direito internacional dos direitos humanos e apontam para a dinamização e concretização da normativa de direitos humanos interamericana.

Pretende-se, desta forma, propor a inserção do reenvio prejudicial interamericano na Convenção de San José juntamente com o controle de convencionalidade numa perspectiva complementar, acrescentando dois procedimentos à pauta de reformas necessárias, que já conta com o direito de petição individual e a inovação na execução de sentenças da CIDH.

A dificuldade que se poderia apontar é o modo de convívio entre as duas ferramentas processuais na atual configuração do sistema judicial nas Américas. O processo de proliferação de Cortes e tribunais lança o desafio constante de promover uma administração institucional equilibrada que evite uma fragmentação caótica do direito internacional.

O caminho que se propõe no presente artigo é uma articulação entre cortes regionais. Enquanto a Corte Interamericana teria competência sobre a matéria de direitos humanos em todo o território dos blocos de integração do continente, às Cortes desses órgãos caberia julgar apenas sobre direito comunitário.

---

<sup>98</sup> Gloppen, Siri, Wilson, Bruce M. Gargarella, Roberto., et. all. *Courts and power in Latin America and Africa*. Nova York: Palgrave, 2010. p. 175.

<sup>99</sup> Mazzuoli, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 5ª Ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 925.



O controle de convencionalidade referente aos direitos humanos e o reenvio prejudicial interamericano seriam tarefa exclusiva da CIDH, enquanto a consulta prejudicial já prevista na ordem legal da Comunidade Andina, por exemplo, abrangeria as matérias de direito comunitário.

Conforme foi assinalado acima, o ambiente institucional ideal na América Latina para consolidar a aplicação dos dois mecanismos propostos seria uma união econômica e social nos moldes da incipiente Unasul. No campo cultural, as semelhanças são claramente maiores que as diferenças entre as nações – ressaltando-se que não se pode pensar jamais em construir uma “identidade latino-americana”, que só promoveria uma busca da homogeneização dos costumes e tradições.

Nesse cenário, a Corte Interamericana ganharia legitimidade e apoio institucional para o cumprimento de suas decisões. O modelo europeu é um exemplo bem sucedido a ser estudado e futuramente adaptado às características próprias do continente americano. Ressalte-se que a atual tendência ao descrédito das instituições da União Europeia devido à crise da moeda única não prejudica de maneira alguma as sugestões apresentadas nesse trabalho, pois a ordem jurídica comunitária do Velho Continente vem obtendo resultados positivos em diversas áreas desde sua criação.

Além disso, em um ambiente institucional equipado por dois sistemas jurídicos regionais fortes, um de direitos humanos e outro comunitário, abrir-se-ia a possibilidade de os países comprometidos com os direitos humanos pressionarem aqueles refratários à adoção de ações políticas, tanto no plano social como nos campos econômico e jurídico, no sentido da proteção e defesa do ser humano contra os abusos infelizmente comuns nessa área do globo.

Resta pugnar pelo amadurecimento jurídico-institucional da Unasul através da criação de diplomas comunitários e de uma Corte comunitária para julgar as lides. Esta, por sua vez, seria articulada com a Corte Interamericana, de modo a que fosse atribuída competência à CIDH para decidir sobre direitos humanos, como previsto na ordem jurídica do Sistema da Integração Centro-americana.

## **7. Considerações finais**

O presente trabalho procurou se alinhar com a tendência reformista característica do direito internacional a partir de meados do século XX. As mutações nesse campo têm sido uma constante. No intervalo de poucas décadas foram construídos sistemas de proteção dos direitos humanos de abrangência global e regional. O principal desafio hoje é projetar um arcabouço institucional mais eficiente para concretizar os direitos declarados nas convenções internacionais de direitos humanos.

É nesse panorama que se inserem o controle jurisdicional de convencionalidade e o reenvio prejudicial interamericano. Num estudo que primou pela análise comparada de ambos os mecanismos foram apresentadas propostas de reformas no sistema interamericano, sem esquecer outras também necessárias, que fomentam o diálogo inter-

jurisdicional entre a Corte de San José e o Poder Judiciário dos Estados-parte do Pacto de 1969. Esta aproximação seria facilitada ainda pela possibilidade de se harmonizar a interpretação dos dispositivos internacionais de direitos humanos que são guardados pela Corte Interamericana.

A articulação entre as Cortes regionais no sentido da efetivação dos direitos humanos e do direito comunitário é outro problema que foi enfrentado. Propõe-se que seja incluída nos diplomas comunitários vigentes – e, no futuro, no tratado de uma união latinoamericana que pode ser a Unasul em estágio amadurecido – uma cláusula que preveja serem de competência da CIDH as questões relativas a direitos humanos. Os tribunais dos blocos se limitariam a julgar lides sobre direito comunitário.

Enfim, a materialização das mudanças sugeridas talvez pareça distante, porém é preciso lembrar que a instituição de governos democráticos na ampla maioria dos países americanos também foi considerada uma tarefa quase impossível há poucas décadas. A relativização da soberania era praticamente impensável no contexto de regimes autoritários marcados pelo nacionalismo, pelo populismo e pela corrupção.

A sociedade civil nas Américas progrediu muito com a conquista das liberdades políticas. O panorama é auspicioso. Nessa paisagem, as propostas eminentemente técnicas apresentadas podem não ser palpáveis ou compreensíveis para a maioria dos cidadãos, porém provocariam mudanças que seguramente confeririam efetividade aos direitos humanos de todos os povos do continente.

## Bibliografia

- ACCIOLY, Hildebrando; Paulo Borba CASELLA; G.E. DO NASCIMENTO E SILVA: *Manual de direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine: *Os juízes na mundialização. A nova revolução do direito*, Lisboa, Instituto Piaget, 2008.
- BAZÁN, Víctor: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes nacionales: acerca del control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional sustentable*. VIII Congresso Mundial da Associação Internacional de Direito Constitucional. “Constituciones y Principios” México: 6 a 10 de dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/215.pdf>. Acesso em: 22 de julho de 2011.
- BECK, Ulrich: *La mirada cosmopolita o la guerra es la paz*. Barcelona: Paidós, 2005.
- CAMPOS, João Mota de; João Luiz Mota de CAMPOS: *Contencioso Comunitário*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Manual de direito comunitário*. 4ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2004.
- CASTILLA, Karlos: El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del Caso Radilla Pacheco. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*.

- Vol. XI, 2011. Disponível em: <http://www.bibliojuridica.org/estrev/pdf/derint/cont/11/pim/pim20.pdf>. Acesso em: 22 de julho de 2011.
- DELMAS-MARTY, Mireille: *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Les forces imaginantes du droit (III). La refondation des pouvoirs*. Paris: Seuil, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Critique de l'intégration normative*. Paris: Puf, 2004.
- DUEÑAS MUÑOZ, Juan Carlos: "La interpretación prejudicial, ¿piedra angular de la integración andina?", em *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2011*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2011.
- DWORKIN, Ronald: *A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo: "El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional. In: FIX-ZAMUDIO, Héctor e VALADÉS, Diego, Formación y perspectiva del estado mexicano. México: UNAM. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>. Acesso em: 22 de julho de 2011.
- GALLARDO, Carlos Guerra: "La Corte de Justicia de la Comunidad Centroamericana y la Consulta Prejudicial. Seminario sobre "La Consulta Prejudicial". Nicaragua: 9 e 10 de outubro de 2006. Disponível em: [http://cendoc.cj.org.ni/Documentos/Biblioteca/1792/15288/La\\_CCJ%20Yla\\_Consulta\\_Prejudicial-%20CARLOS%20GUERRA.pdf](http://cendoc.cj.org.ni/Documentos/Biblioteca/1792/15288/La_CCJ%20Yla_Consulta_Prejudicial-%20CARLOS%20GUERRA.pdf)
- GLOPPEN, Siri; Bruce WILSON; Roberto M. GARGARELLA et. al.: *Courts and power in Latin America and Africa*. Nova York: Palgrave, 2010.
- JIMENA QUESADA, Luis: *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: ¿un desafío para los Tribunales Constitucionales en la Unión Europea?* VIII Congreso de la ACE. "Derecho constitucional europeo". São Sebastião/Donosti: 4-5 de fevereiro de 2010. Disponível em: <http://www.acoes.es/congresoVIII/documentos/Jimena.Ponencia.pdf>.> Acesso em: 22 jul. 2011.
- JOUANNET, Emmanuelle: La motivation ou le mystère de la boîte noire. In: RUIZ FABRI, Hélène. SOREL, Jean-Marc. *La motivation des décisions des juridictions internationales*. Paris: Pedone, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ? Le droit international entre développement et reconnaissance*. Paris: Pedone, 2011.
- KAUL, Inge; Isabelle GRUNBERG; Marc STERN: *Les biens publics mondiaux. La coopération internationale au XXI siècle*. Paris: Econômica, 2002.
- LAMY, Pascal: *La démocratie-monde. Pour une autre gouvernance globale*. Paris: Seuil, 2004.
- LLOSA, Mario Vargas. *Sabres e utopias: visões da América Latina*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira: *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito internacional público*. 5ª Ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- MEIRELLES, Hely Lopes; Arnaldo WALD; Gilmar Ferreira MENDES: *Mandado de segurança e ações constitucionais*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009.

- MONTAÑO BEDOYA, Julia Victoria: Derecho processual constitucional desde la perspectiva de la comunidade andina “CA”. In: VELANDIA CANOSA, Eduardo. (Org.) *Derecho procesal constitucional*. Bogotá: Agencia Imperial, 2010.
- NEVES, Marcelo: *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- PEROTTI, Alejandro: *Algunas consideraciones sobre la interpretación prejudicial obligatoria en el derecho andino*. Lima: Secretaría General de la CAN, Biblioteca Digital Andina, 2005.
- SALDANHA, Jânia Maria Lopes: *Cooperação jurisdicional: reenvio prejudicial: um mecanismo de direito processual a serviço do direito comunitário: perspectivas para sua adoção no Mercosul*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.
- SALDANHA, Jânia Maria Lopes; Lucas Pacheco VIEIRA: “O controle difuso de convencionalidade das leis na Justiça do Trabalho com base nas convenções da Organização Internacional do Trabalho: caminhos para a internacionalização do direito.” *Pensar: Revista de Ciências Jurídicas*, Vol. 15, n. 2. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2010.
- SALDANHA, Jânia Maria Lopes; José Luis BOLZAN DE MORAIS; Têmis LIMBERGER: *Bens públicos mundiais na encruzilhada entre a internacionalização dos juízes nacionais e a jurisdicionalização do direito internacional. Para uma nova compreensão hermenêutica da justiça como razão pública.* No prelo.
- SASSEN, Saskia: *Sociologia da globalização*. Porto Alegre: Artmed, 2010.
- SHAW, Malcolm: *Direito Internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- SLAUGHTER, Anne-Marie: *A new world order*. Princeton: Princeton University Press, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz: *Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.
- TOBIN, John: “Seeking to Persuade: a Constructive Approach to Human Rights Treaty Interpretation”, *Harvard Human Rights Journal*, Estados Unidos: 2010, Volume 23, Issue 1.
- VIGIL TOLEDO, Ricardo: “La consulta prejudicial en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2004*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2004.

Jerónimo Mejía Edward (Panamá)\*

## Control de constitucionalidad y de convencionalidad en Panamá

### RESUMEN

El propósito de este artículo es poner de relieve brevemente cómo se ejerce el control de constitucionalidad y cómo se debería ejercer el control de convencionalidad en Panamá, a la luz del sistema de control de constitucionalidad previsto en la Constitución. Para ello haré, en primer lugar, una breve explicación sobre la evolución del bloque de constitucionalidad panameño, por ser la herramienta que sirvió de instrumento para efectuar inicialmente una suerte de control de convencionalidad, respecto de muy pocas normas convencionales. Luego explicaré el impacto que ha tenido la reforma constitucional del año 2004 en la tutela de los derechos humanos y, por ende, en el control de convencionalidad. Para finalizar con la explicación esquemática del control de constitucionalidad panameño y de la manera como debería realizarse el control de convencionalidad dentro de ese esquema.

**Palabras clave:** derecho constitucional, control de constitucionalidad, control de convencionalidad, jurisprudencia, derechos humanos, Panamá.

### ZUSAMMENFASSUNG

Dieser Artikel soll kurz skizzieren, wie in Panama die Verfassungsmäßigkeit innerstaatlichen Rechts kontrolliert wird und wie im Lichte der in der Verfassung vorgesehenen Prüfung der Verfassungsmäßigkeit die Überprüfung der völkerrechtlichen Vertragskonformität erfolgen sollte. Zu diesem Zweck werde ich zunächst kurz auf die Entwicklung des panamenischen „Verfassungsblocks“ eingehen, also des Instruments, mit dem zunächst eine Art Überprüfung der völkerrechtlichen Vertragskonformität eingeführt wurde, wenn auch nur hinsichtlich sehr weniger Normen aus solchen Verträgen. Dann werde ich erläutern, welchen Einfluss die Verfassungsreform aus dem Jahr 2004 auf den Schutz der Menschenrechte und damit die Überprüfung der völkerrechtlichen Vertragskonformität hatte. Abschließend wird anhand eines Schemas erläutert, wie derzeit in Panamá die

---

\* Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá.

Verfassungsmäßigkeit überprüft wird und wie entsprechend diesem Schema die völkerrechtliche Vertragskonformität überprüft werden sollte.

**Schlagwörter:** Verfassungsrecht, Prüfung der Verfassungsmäßigkeit, Prüfung der Vereinbarkeit mit völkerrechtlichen Verträgen, Rechtsprechung, Menschenrechte, Panama.

## ABSTRACT

This paper focuses on how constitutionality control is carried out in Panama and how conventionality control should be exercised, in the light of the provisions of the Constitution. First, there is a brief explanation of the evolution of the body of constitutional law in Panama, since this was the first tool used for a sort of conventionality control with regard to very few treaty-based rules. There follows a review of the impact of the constitutional reform of 2004 on the protection of human rights and therefore on conventionality control. Finally, the paper provides an outline of Panama's constitutionality control and how conventionality control should be carried out in this framework.

**Keywords:** Constitutional law, constitutionality control, conventionality control, Case law, Human rights, Panama.

## 1. Introducción

Los convenios internacionales sobre derechos humanos han tenido impacto en muchas facetas del derecho. En el derecho internacional público se modificó la regla conforme a la cual los sujetos del derecho internacional son los Estados, dando ello paso al reconocimiento de las personas como sujetos del derecho internacional. En el derecho constitucional, las constituciones iniciaron una progresiva y decidida internacionalización de los derechos humanos con la ratificación e incorporación en el ordenamiento doméstico, de los derechos consignados en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.<sup>1</sup> Además de la internacionalización, ha existido una constitucionalización de la internacionalización de los derechos humanos. De acuerdo con Allan Brewer-Carías, en el desarrollo de los mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos en el mundo contemporáneo se pueden distinguir diversas etapas que van desde una inicial, caracterizada por un proceso de constitucionalización de los derechos mediante su declaración en las constituciones, seguida de una intermedia, de internacionalización de la constitucionalización de tales derechos por su inclusión en los instrumentos inter-

---

<sup>1</sup> Héctor Fix-Zamudio: "Protección jurídico constitucional de los derechos humanos de fuente internacional en los ordenamientos de Latinoamérica", en *Derecho constitucional para el siglo XXI, Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (t. I), Navarra: Editorial Aranzadi, 2006, p. 1728.

nacionales, y se termina con la etapa actual, marcada por la constitucionalización de la internacionalización de los derechos humanos.<sup>2</sup>

Esa internacionalización y constitucionalización también ha tenido influencia en Panamá, sobre todo a partir de la última reforma constitucional ocurrida en el año 2004, que incorporó, entre otros aspectos, un segundo párrafo al artículo 17 de la Constitución, conforme al cual “Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona”. Las repercusiones de este precepto en nuestro ordenamiento jurídico son de gran envergadura. Algunas de ellas son el objeto de este trabajo.

En ese sentido, abordaremos inicialmente el tema del bloque de constitucionalidad, cómo surgió y cómo se fue integrando conforme la Corte Suprema de Justicia, en su calidad de defensora de la Constitución, fue profiriendo sentencias, ofreciendo una breve panorámica de lo que ocurría en Panamá antes de la referida reforma constitucional con la estructura del bloque de constitucionalidad y el lugar que ocupaban los tratados sobre derechos humanos en él. Luego analizaremos la ubicación de los derechos humanos en el derecho interno, a partir de la aludida reforma constitucional del año 2004 y de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 21 de agosto de 2008, en virtud de la cual el bloque de constitucionalidad fue ampliado al integrarse como elemento de éste a los tratados internacionales sobre derechos humanos, superando con ello la jurisprudencia de dicho tribunal que consideraba que sólo algunos artículos de algunos tratados sobre derechos humanos formaban parte del expresado bloque de constitucionalidad. Finalmente, desarrollaremos algunas implicaciones que se derivan para el control de constitucionalidad y de convencionalidad en Panamá, del hecho de que el bloque de constitucionalidad quede integrado con los convenios internacionales ratificados y aprobados por la República. Aquí se describirá sucintamente el control de constitucionalidad de las leyes y demás actos<sup>3</sup> y cómo habría que realizarse el control de convencionalidad a la luz del sistema jurídico panameño, para culminar con unas conclusiones o consideraciones finales.

## 2. El bloque de constitucionalidad en Panamá antes de la reforma constitucional de 2004

El bloque de constitucionalidad es definido por Arturo Hoyos, su promotor en Panamá, como “el conjunto normativo de jerarquía constitucional que la Corte Suprema de Jus-

<sup>2</sup> Cfr. Allan Brewer-Carías: *El amparo en América Latina: la universalización del régimen de la convención del régimen de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la necesidad de superar las restricciones nacionales*, texto preparado para el discurso como miembro correspondiente extranjero ante la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, septiembre de 2003, p. 2.

<sup>3</sup> En Panamá el control de constitucionalidad no se limita a las leyes. De conformidad con el artículo 206 de la Constitución, éste se extiende a: “... decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos que por razones de fondo o de forma” se impugnen.

ticia ha empleado para emitir juicio sobre la constitucionalidad de las leyes y de otros actos sujetos al control judicial de esa institución”<sup>4</sup> Según Hoyos, integran el bloque de constitucionalidad: la Constitución formal, la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia constitucional –siempre que sea compatible con el Estado de derecho y sin perjuicio de la potestad de la Corte de variar la doctrina cuando exista justificación suficiente para ello–, la costumbre constitucional, algunas disposiciones del Reglamento de la Asamblea Legislativa, las normas de la Constitución derogada de 1946, el Estatuto de Retorno Inmediato a la Plenitud del Orden Constitucional y algunas normas de derecho internacional, entre ellas ciertos derechos civiles y políticos.<sup>5</sup>

Lo expresado es la versión del bloque de constitucionalidad, que se ha utilizado por la Corte Suprema de Justicia como parámetro de constitucionalidad, al menos hasta el 21 de agosto de 2008.<sup>6</sup> En lo que sigue, describiremos brevemente cómo se creó y se fue integrando paulatinamente el bloque de constitucionalidad en Panamá y cuál fue el tratamiento que éste le dio a los derechos humanos.

## 2.1. Surgimiento e integración del bloque de constitucionalidad en Panamá

El 20 de marzo de 1990 salió publicado en el diario *El Panamá América* un artículo intitolado “La doctrina del bloque de constitucionalidad”. Su autor, el entonces magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Arturo Hoyos. En esta oportunidad, Hoyos se limitó a mencionar el desarrollo jurisprudencial europeo, que tiende a ampliar el concepto de Constitución, explicando el concepto de bloque de constitucionalidad en Francia, España e Italia. Posteriormente, el mismo magistrado publicó el 2 de mayo de 1990 otro artículo en el citado periódico, titulado “El bloque de constitucionalidad de Panamá”. En este último señaló que integraban el bloque de constitucionalidad “las normas formalmente constitucionales”, “la doctrina constitucional sentada en las sentencias de la

---

<sup>4</sup> Arturo Hoyos: “El control judicial y el bloque de constitucionalidad en Panamá”, en *Justicia, democracia y Estado de derecho*, Panamá: Imprenta del Órgano Judicial de la República de Panamá, Serie Ensayos y Monografías Judiciales, 1996, p. 22.

<sup>5</sup> La doctrina del “bloque de constitucionalidad” no fue bien acogida por el extinto constitucionalista César Quintero, para quien “las instituciones integradoras del Derecho Constitucional positivo, llámese ‘Constitución material’, Bloque constitucional o de cualquier otra manera, sólo deben cumplir la función de completar o perfeccionar el significado de específicas normas de la Constitución, a fin de que puedan ser interpretadas de manera más eficaz y realista. Pero tales elementos complementarios no deben ser por sí solos objeto de interpretación constitucional directa y aislada. La adopción de semejante práctica entrañaría, sin duda, serios peligros; porque engendraría arbitrariedad interpretativa e inestabilidad institucional” (César Quintero: “Método y técnica de la interpretación constitucional”, en *Simposio Internacional sobre Derecho del Estado (t. II), homenaje a Carlos Restrepo Piedrahita*, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1993, p. 611).

<sup>6</sup> Como veremos más adelante, el 21 de agosto de 2008, la Corte Suprema de Justicia dictó una sentencia en la que estableció que todos los tratados de derechos humanos vigentes en Panamá forman parte del bloque.



Corte Suprema de Justicia”, “los derechos fundamentales (individuales y sociales) y las garantías procesales previstas en la Constitución, y las que constan en la Convención Americana de Derechos Humanos y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, ratificadas por Panamá;<sup>7</sup> “la costumbre constitucional, siempre que no sea *contra constitutionem*”. Según Hoyos, los elementos enumerados eran los más importantes, y en esa oportunidad no mencionó ningún otro.

Con posterioridad, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de 30 de julio de 1990,<sup>8</sup> luego de referirse al bloque de constitucionalidad de Francia, España, Italia, Costa Rica, y de transcribir la explicación dada por Hoyos sobre el bloque de constitucionalidad en Panamá en la publicación aparecida el 2 de mayo de 1990 en *El Panamá América*, señaló: “En realidad, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia entiende que efectivamente existe un conjunto normativo que integra, junto con la Constitución un bloque de constitucionalidad que sirve a la Corte como parámetro para emitir un juicio sobre la constitucionalidad de una norma jurídica o acto sujeto al control judicial de constitucionalidad”.

Con la anterior sentencia se acoge, por vía jurisprudencial, la doctrina del bloque de constitucionalidad en Panamá. Cabe destacar que la lectura de dicha sentencia no permite inferir, a ciencia cierta, cómo queda integrado el bloque de constitucionalidad. Como se ha dicho, se limitó a transcribir la opinión vertida por el doctor Hoyos en el aludido artículo publicado el 2 de mayo de 1990 y a explicar cómo estaba integrado el bloque de constitucionalidad en Francia, España, Italia y Costa Rica. Sin embargo, sí quedó claro que “la doctrina constitucional sentada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia en sentencias constitucionales, al ser declarada como de carácter definitivo y obligatorio por el artículo 203 de la Constitución Política, es un elemento integrante del bloque de constitucionalidad,<sup>9</sup> siempre que sea compatible con el Estado de Derecho y sin perjuicio de la potestad de la Corte de variar la doctrina cuando exista justificación suficiente para ello”. Concluye la Corte, en el caso que analizaba, que “Como en el presente proceso ha

<sup>7</sup> Al referirse a este tema, Hoyos expresó que “En virtud de lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución, las normas que consagran derechos y garantías fundamentales (la libertad de expresión, de pensamiento, independencia judicial, debido proceso legal, etc.) contenidas en estos convenios internacionales sobre derechos humanos, ratificados por Panamá, se incorporan, en mi opinión, al conjunto de valores que integran el núcleo sustancial del orden constitucional. Los derechos fundamentales tienen, además, de su valor jurídico-individual una significación para la totalidad del orden jurídico que los convierte en *conductio sine qua non* del Estado de Derecho”.

<sup>8</sup> Publicada en *la Gaceta Oficial* n.º 21,726 de 18 de febrero de 1991.

<sup>9</sup> De esto se deducía, aunque no lo dijo la Corte, que no son todos los fallos del Pleno de la Corte los que poseen el mérito de pertenecer al bloque de constitucionalidad y, por tanto, de constituirse, como consecuencia consustancial de esta doctrina, en jurisprudencia obligatoria, sino que solamente participan de esa característica aquellas decisiones que contienen o producen una cuestión de principio, entendido como aquel criterio jurídico, social, económico o político que es susceptible de aplicación posterior para resolver situaciones similares (Jerónimo Mejía Edward: “La jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia como doctrina obligatoria”, en *El Panamá América*, 27 de mayo de 1993, p. 4A).

quedado establecido que el artículo 1768 del Código Judicial se encuentra conforme con la doctrina constitucional sentada por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del Pleno de 10 de febrero de 1972, la Corte debe declarar que dicha norma no es inconstitucional”.

Ahora bien, el bloque de constitucionalidad en Panamá se fue integrando conforme la Corte Suprema de Justicia iba dictando sus sentencias. Así, en la de 3 de agosto de 1990,<sup>10</sup> el Pleno de la Corte Suprema, como autoridad investida para defender la Constitución Política a la luz de lo previsto en esa época por el artículo 203, numeral 1º, de la Ley Fundamental, señaló:

Para emitir juicio sobre la inconstitucionalidad de una norma o acto sujeto al Control de Constitucionalidad, la Corte Suprema debe tomar en cuenta, además de las normas formalmente constitucionales vigentes otros elementos que junto con éstos integran un conjunto normativo de jerarquía constitucional que la doctrina moderna y la Corte en sentencia reciente (cfr. sentencia de 30 de julio de 1990) ha designado como bloque de constitucionalidad.

En el caso que nos ocupa la Constitución de 1946, ya derogada, es un elemento de este conjunto normativo ya que los autos de 28 de julio de 1969 y 26 de febrero de 1971 proferido por el Juez Primero del Circuito de Panamá surtieron sus efectos en el tiempo en que se encontraban vigentes las normas de la Constitución de 1946 que se invocan como violadas en la demanda. Por esta razón, los autos impugnados, al momento de ser dictados y de agotar sus efectos se encontraban sometidos a la Constitución de 1946 que era la norma jerárquicamente superior y, por tanto, es a la luz de las normas Constitucionales vigentes en ese momento que la Corte debe proferir su juicio sobre la Constitución de estos autos.<sup>11</sup>

La trascendencia de este fallo no solamente estriba en que a través de éste se integra la Constitución de 1946, derogada a la fecha de la sentencia, al bloque de constitucionalidad, como parámetro de constitucionalidad de los actos expedidos durante su vigencia, sino en que, a pesar de que el artículo 2564 del Código Judicial (actual 2573) establecía que las decisiones de la Corte proferidas en materia de inconstitucionalidad “no tienen efecto retroactivo”, la Corte Suprema le concedió efectos retroactivos a su sentencia, por tratarse de un acto jurisdiccional e individual, cuya impugnación era permitida de acuerdo a lo que establecía el artículo 203 de la Constitución (actual artículo 206).

Con posterioridad, mediante sentencia de 14 de febrero de 1991,<sup>12</sup> al conocer una demanda de inconstitucionalidad promovida contra el Decreto de Gabinete n.º 20, del 1º de febrero de 1990, en virtud del cual se facultó a diversas autoridades administrativas para que destituyeran a los servidores públicos que en los treinta meses anteriores participaron o pertenecieron a grupos paramilitares de los llamados Codepadis, Batallones de la Dig-

---

<sup>10</sup> Consultable en el Registro Judicial de agosto de 1990, pp. 16-37.

<sup>11</sup> Ídem, p. 33.

<sup>12</sup> Registro judicial de febrero de 1991, pp. 66-70.

nidad u otros similares, o que se dedicaron a las actividades de persecución, represión, amenaza, hostigamiento, destrucción y robo de las propiedades públicas y privada, o que atentaron contra la seguridad, integridad física y dignidad de sus compañeros de trabajo y demás panameños o extranjeros, la Corte integró al bloque de constitucionalidad la costumbre constitucional y el Estatuto de Retorno Inmediato a la Plenitud del Orden Constitucional, publicado en la Gaceta Oficial n.º 21, 440 de 21 de diciembre de 1989.<sup>13</sup> En esa sentencia la Corte señaló:

El Consejo de Gabinete fue facultado para ejercer provisionalmente todas las funciones que correspondían al Órgano Legislativo en materia legislativa [...] El Pleno considera que el Estatuto de Retorno Inmediato de la Plenitud del Orden Constitucional constituye un elemento del conjunto normativo que en el constitucionalismo moderno se designa como bloque de constitucionalidad. La afirmación anterior se fundamenta en que el Estatuto cumple una serie de requisitos sin los cuales no podría entenderse como parte del bloque de constitucionalidad. Si faltare siquiera uno de estos requisitos, un documento como el Estatuto no podría integrarse a dicho conjunto normativo. Estos requisitos son los siguientes: 1. El Estatuto fue expedido por los gobernantes legítimos de nuestro país. 2. El mencionado instrumento normativo fue dictado obedeciendo a un verdadero estado de necesidad. 3. Las medidas previstas en el Estatuto sólo suspendieron temporalmente la eficacia de algunas normas de la Constitución. 4. El resultado final de la aplicación del Estatuto fue el restablecimiento de un Estado de Derecho.

En la construcción del bloque de constitucionalidad desempeñó un papel importante la sentencia de 16 de octubre de 1991, mediante la cual se incorporan al bloque de constitucionalidad, “ciertas normas del Reglamento de la Asamblea Legislativa [...] que se refieren exclusivamente al ejercicio de la función legislativa de la Asamblea”. La Corte consideró que cuando una ley es expedida “en violación del procedimiento previsto en este Reglamento, la consecuencia es que aquella puede ser declarada inconstitucional, por el vicio de forma que presenta la ley así aprobada”.<sup>14</sup>

Finalmente, el bloque de constitucionalidad quedó construido con la incorporación de algunos artículos de la Convención Americana de Derechos Humanos y de otros

---

<sup>13</sup> Para la época en que se dictó el Estatuto de Retorno Inmediato a la Plenitud del Orden Constitucional, la República de Panamá había sido invadida el 20 de diciembre de 1989 por el ejército de los Estados Unidos de América, por causa del entonces general Manuel Antonio Noriega. Con anterioridad, se había celebrado en Panamá, el 7 de mayo de 1989, los comicios electorales para diversos cargos de elección popular, saliendo electo para presidente de la República, por amplia mayoría, Guillermo Endara Galimany, quien representaba a la oposición. La voluntad popular no fue respetada, implantándose un gobierno de facto, luego de lo cual se produjo la invasión, que trajo como consecuencia la extinción del gobierno de facto y la expedición del Estatuto de Retorno Inmediato a la Plenitud del Orden Constitucional.

<sup>14</sup> Arturo Hoyos: op. cit., p. 26.

convenios internacionales sobre la materia. Tiene razón Ana Sánchez Urrutia cuando afirma que a pesar de que las convenciones internacionales sobre derechos humanos “es un elemento enunciado desde los primeros Fallos que se refieren al bloque de constitucionalidad es el que ha sido tratado de manera menos uniforme por la Corte”.<sup>15</sup>

En las sentencias de 28 de septiembre de 1990 y de 8 de noviembre de 1990, la Corte sostuvo que el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos formaba parte del bloque de constitucionalidad. Sin embargo, en la sentencia de 23 de mayo de 1991, le negó la posibilidad de integrar el bloque de constitucionalidad a los convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo, tras argumentar que dichos pactos sólo tienen formalmente valor de ley y carecen de jerarquía constitucional.

No obstante, en otras sentencias entra a considerar las posibles infracciones de normas convencionales. Lo cierto es que la Corte en ningún momento abrió la posibilidad de que los derechos humanos, en general, reconocidos en tratados y convenciones internacionales, integraran el bloque de constitucionalidad. Esto sólo tuvo lugar, como veremos más adelante, luego de la reforma constitucional del año 2004 y a partir de la mencionada sentencia de 21 de agosto de 2008.

### **3. La ubicación de los derechos humanos en el derecho interno luego de las reformas constitucionales de 2004: algunas consecuencias**

Hemos señalado con anterioridad que con las reformas constitucionales del año 2004 se le añadió un párrafo al artículo 17 de la Constitución panameña. El texto de dicho párrafo es del siguiente tenor:

Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona.

Como antecedente remoto del precepto anterior, se tiene a la IX enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, en la que se estableció:

La enumeración en la Constitución de ciertos derechos no debe ser interpretada como negación o menosprecio de otros que el pueblo conserva.

El segundo párrafo del artículo 17 constitucional, al ser una cláusula abierta, 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 tratados y

---

<sup>15</sup> Ana Sánchez Urrutia: *El bloque de la constitucionalidad. Jurisprudencia sistematizada*, Panamá: Centro de Investigación Jurídica de la Universidad de Panamá, 1997, p. 29.

convenios internacionales vigentes en Panamá; permite la aplicación de principios de derecho internacional 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 previstos en la Constitución, entre otros.

### 3.1. Reconocimiento de derechos fundamentales fuera de la Constitución con efectos jurídicos vinculantes

Se trata de una norma que *reconoce expresamente* la existencia de derechos fundamentales que no figuran explícitamente en la Constitución, a los que se les conceden efectos jurídicos vinculantes. Lo anterior implica que los derechos fundamentales no se agotan en el catálogo previsto en la Constitución. Sobre el particular, Sagüés manifiesta que la existencia de este tipo de “cláusula abierta” permite a los operadores de la Constitución, y en particular a los jueces, reconocer a los habitantes, con rango constitucional, derechos que no eran vistos como tales al momento de dictarse la Constitución, pero que posteriormente son admitidos, según la conciencia jurídica dominante, como dignos de reconocimiento constitucional.<sup>16</sup>

### 3.2. La dignidad humana y los derechos fundamentales constituyen el vehículo en virtud del cual se incorporan otros derechos en la Constitución

Del citado artículo 17 de la Constitución se deduce que la dignidad humana y los derechos fundamentales previstos en la Constitución constituyen el vínculo o punto de conexión con aquellos derechos fundamentales que no figuran expresamente en la Constitución, pues para que se pueda considerar derechos fundamentales a aquellos derechos que no aparecen en la Constitución, es necesario que ellos incidan, esto es, que repercutan, que influyan, en la dignidad humana y en los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

En este orden de ideas, conviene señalar que el ser humano nace libre, con una serie de atributos inalienables e inherentes a la naturaleza del hombre, que le son comunes al género humano y, por tanto, les corresponde a todos por igual. Entre esos atributos, que están conformes con la naturaleza del hombre y que le otorgan esencia y valor intrínseco al ser humano, se encuentra la dignidad.

Humberto Nogueira Alcalá sostiene que “*la dignidad de la persona* es el rasgo distintivo de los seres humanos respecto de los demás seres vivos, la que constituye a la persona como un fin en sí mismo, impidiendo que sea considerada un instrumento o medio para

---

<sup>16</sup> Néstor Pedro Sagüés: *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*, México: Porrúa, 2004.

otro fin, además de dotarlo de capacidad de autodeterminación y de realización del libre desarrollo de la personalidad”.<sup>17</sup>

Kryistian Complak señala que la dignidad del ser humano “significa que un individuo está considerado como un valor más importante y paradigmático para otros valores y como su rasero definitivo”.<sup>18</sup>

El preámbulo de la Constitución establece que ésta se decreta “Con el fin supremo de [...] exaltar la dignidad humana”. Como se aprecia, la dignidad humana aparece como un valor supremo que debe ser exaltado. No se trata de una declaración retórica, sin trascendencia normativa. Por el contrario, constituye un parámetro axiológico y jurídico que irradia todo el ordenamiento jurídico y que debe ser tenido en cuenta en las actuaciones de los poderes del Estado y de los particulares. La dignidad humana dota al ordenamiento jurídico de fines y principios legítimos, que orientan las acciones u omisiones que han de efectuarse con el propósito de exaltar, promover y tutelar al ser humano y su dignidad. Por ello, merece ser respetada y protegida de toda violación, menoscabo e injerencia arbitraria, ya sea que provenga de los poderes públicos, o bien de los particulares.

Al ser fuente de derechos fundamentales, la dignidad sirve como parámetro de constitucionalidad de los actos públicos y privados. Nogueira expresa que la “dignidad humana se constituye en una barrera o límite inmanente a toda reforma constitucional, que pretenda desconocerla, suprimirla, degradarla o desnaturalizarla [...] es el *minimum invulnerable* que todo ordenamiento y operador jurídico debe asegurar y garantizar, sin que nunca pueda legitimarse un menoscabo del ser humano como persona digna”.<sup>19</sup> De ahí la importancia que tiene la dignidad como factor determinante a la hora de identificar los derechos fundamentales que se encuentran fuera del texto constitucional.

### 3.3. Los derechos humanos reconocidos en tratados y convenios internacionales vigentes en Panamá tienen rango constitucional

Con anterioridad vimos que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia solamente le reconocía rango constitucional a algunos artículos de algunos tratados internacionales sobre derechos humanos, pero no a los tratados de derechos humanos en general. A partir de la reforma del año 2004, particularmente tras la incorporación del segundo párrafo del artículo 17 constitucional, los derechos humanos previstos en tratados de derechos humanos tienen rango constitucional e, incluso, pueden ser tenidos como derechos fundamentales. Ello es así, porque, a mi juicio, los derechos fundamentales y los

<sup>17</sup> Humberto Nogueira Alcalá: *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, Chile: Librotecnia, 2006, p. 224.

<sup>18</sup> Kristian Complak: “La experiencia legislativo-jurisprudencial de la dignidad humana en Polonia”, en *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, Madrid: Dykinson, 2008, p. 333.

<sup>19</sup> Humberto Nogueira Alcalá: op. cit., p. 225.

derechos humanos comparten valores éticos, políticos y jurídicos y porque al igual que los derechos fundamentales, los derechos humanos:

- a. Protegen frente al Estado y contra los particulares.
- b. Tienen mecanismos de protección reforzados o especiales.
- c. El Estado está obligado a reconocerlos, promoverlos, satisfacerlos y tutelarlos.
- d. Pretenden garantizar una esfera de libertad necesaria para el desarrollo de la personalidad en sociedad.
- e. Encarnan aspiraciones éticas y políticas de los ciudadanos.
- f. Tienen en común a la dignidad humana como fuente y valor digno de ser reconocido, promovido y tutelado.
- g. Sirven como factor legitimador del poder.
- h. Condicionan la unidad, plenitud y coherencia del Ordenamiento, entre otros.

Desde este punto de vista, el principal efecto jurídico que produce el segundo párrafo del artículo 17 constitucional es el de reconocerle jerarquía constitucional a los derechos humanos previstos en los tratados y convenios internacionales vigentes sobre derechos humanos o en los tratados y convenios que, aunque no sean de derechos humanos, consagren derechos de esa naturaleza. Por ello, esos derechos humanos:

- a. Amplían el catálogo y refuerzan los derechos fundamentales y las garantías fundamentales jurisdiccionales previstas en la Carta Magna, y
- b. Sirven como parámetro de constitucionalidad de los actos susceptibles de ser impugnados a través de los mecanismos de defensa de la Constitución y de los actos que pueden ser impugnados mediante las acciones de tutela de los derechos fundamentales: amparo, hábeas corpus, hábeas data y tutela del derecho a la honra.

El artículo 17 de la Constitución Nacional le pone fin a la discusión sobre el valor jerárquico de los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos en Panamá y reafirma la obligación que tienen los operadores de justicia y demás autoridades del Estado de aplicar directamente las normas sobre derechos humanos, por ser normas autoaplicativas (*self executing*), así como la obligación que tienen los particulares de ajustar su conducta a los preceptos de derechos humanos. Es importante destacar que desde antes de la incorporación del segundo párrafo del artículo 17 a la Constitución Nacional, ya existía la obligación de acatar las normas del derecho internacional, conforme a lo estipulado por el artículo 4° constitucional.

El segundo párrafo del artículo 17 y el artículo 4° de la Constitución constituyen las normas de interacción e integración recíprocas del derecho internacional de derechos humanos (universal o regional) y la Constitución, todo lo cual conforma un sistema de derechos debidamente tutelados, en el plano interno y en el internacional, y un bloque de constitucionalidad de derechos.

Desde luego, las posibles tensiones que genera la interacción de los derechos humanos de origen internacional y los derechos fundamentales previstos en la Constitución, relacionadas con la aplicación e interpretación de tales derechos, se deben resolver mediante la aplicación de principios como el *pro homine*, dándole preferencia a la norma o interpretación que mejor tutele o que mejor beneficio le conceda al derecho humano de que se trate.

La integración e incorporación de los derechos humanos reconocidos en tratados y convenios internacionales de derechos humanos al bloque de constitucionalidad, mediante la aplicación del segundo párrafo del artículo 17 constitucional, tuvo lugar a través de la sentencia de 21 de agosto de 2008 proferida por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, al resolver un recurso de amparo de derechos fundamentales, sentencia de la cual tuve el honor de ser el ponente.<sup>20</sup> En la mencionada sentencia, la Corte concluyó que mediante la interpretación sistemática de los artículos 4º y 17 constitucionales, 1º, 25 y 29 convencionales:

- a. “[S]e amplía el catálogo de derechos y garantías fundamentales previstos en nuestra Constitución como mínimos”.
- b. Se amplía “el concepto de orden de hacer al concepto de acto establecido en la Convención Americana [...] de modo que no queden desprotegidos y sin posibilidad de acceder a la [...] 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”.
- c. “[L]os derechos fundamentales tutelables a través de un amparo pueden estar reconocidos en la Constitución, en los Tratados y Convenios Internacionales sobre derechos humanos vigentes en Panamá”.
- d. Todo lo anterior establece “las bases sólidas de un sistema de protección de derechos y garantías fundamentales”.

#### 4. Control de constitucionalidad y de convencionalidad

En Panamá existe un control de constitucionalidad concentrado. El artículo 206.1 de la Constitución establece que la guarda de la integridad de la Constitución le compete al Pleno de la Corte Suprema de Justicia, para lo cual “conocerá y decidirá, con audiencia del Procurador General de la Nación o del Procurador de la Administración, sobre la

---

<sup>20</sup> Cfr. Órgano Judicial de la República de Panamá, Búsqueda de fallos: *Acción amparo de garantías constitucionales presentada por el licenciado Guillermo Quintero Castañeda en representación de Roxana Alejandra Carcamo Ortega, 21 de agosto de 2008* [sitio web], <<http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>>.



inconstitucionalidad de las Leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos que por razones de fondo o de forma impugne ante ella cualquier persona”.

Se trata de un control de constitucionalidad que, como se aprecia en el artículo transcrito, no se limita a las leyes, pues quedan sujetos a él los decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos que sean impugnados por razones de fondo o de forma. Ni la Constitución ni el Código Judicial en el libro IV (denominado instituciones de garantía), establecen un plazo para que se puedan impugnar los actos sujetos al control de constitucionalidad.

Cabe destacar que el control se sustenta en una acción popular, habida consideración de que la legitimación para cuestionar la constitucionalidad de los actos sometidos al control de constitucionalidad recae en cualquier persona, no requiriéndose, por ende, una determinada legitimación.

El control de constitucionalidad también se realiza a través de un mecanismo incidental que tiene lugar durante la tramitación de un procedimiento, pero en este caso dicho control queda reducido al de las normas legales o reglamentarias que hayan de ser aplicadas por el funcionario que esté encargado de impartir justicia. En estos casos, cuando dicho funcionario estima que la norma jurídica que se va a aplicar para decidir infringe la Constitución, debe elevar una consulta al Pleno de la Corte Suprema de Justicia para que ella decida sobre su constitucionalidad. La consulta también procede cuando una de las partes le advierte al funcionario encargado de impartir justicia que es inconstitucional la disposición aplicable al caso para decidir, y no sólo tiene cabida durante la tramitación de una causa a cargo de tribunales de cualquier jurisdicción, sino también durante la sustanciación de cualquier procedimiento en el que haya un funcionario con capacidad de decidir, aunque técnicamente no ostente la condición de juez o tribunal.

Desde luego, al menos en los casos de consultas que no deriven de la advertencia de inconstitucionalidad que realice una de las partes en el proceso, el funcionario encargado de impartir justicia, antes de elevar la consulta, tiene la obligación de realizar una interpretación que sea conforme con el texto constitucional. En otras palabras, ha de desechar aquellas interpretaciones que no estén de acuerdo con la Constitución y utilizar la que se adecue a ésta. Sólo cuando no encuentre una interpretación compatible con la Carta Magna, puede elevar la correspondiente consulta. Sobre el particular, la Corte Suprema en la Sentencia de 7 de febrero de 2011 señaló que “El Tribunal de Habeas Corpus –y cualquier otro tribunal– está en la obligación de interpretar toda norma legal de **conformidad con la constitución** y de efectuar una interpretación sistemática de las normas legales y constitucionales” (énfasis en el original). Al referirse a la implicancia de la interpretación conforme, la Corte dijo que “los jueces ordinarios, pero también el tribunal constitucional, están en la obligación de interpretar las normas infraconstitucionales de conformidad con la Constitución, es decir, deben realizar una labor interpretativa de los textos legales que sea compatible con los valores, principios y reglas constitucionales, desechando aquella interpretación que contradiga el texto constitucional, con el propósito de salvar la aparente contradicción entre uno y otro, y de no expulsar una norma del ordenamiento jurídico que, interpretada conforme los cánones constitucionales, resulta compatible con el sistema jurídico de que se trate”.

El control de constitucionalidad también abarca el examen de los proyectos de leyes, así como las reformas constitucionales. En el primer caso la legitimidad para objetar un proyecto de ley, por considerarlo inexecutable, le corresponde al presidente de la República, quien cuenta con un plazo de seis días hábiles para enviar el proyecto de ley –que había objetado por considerarlo inexecutable y que la Asamblea Nacional por mayoría de las dos terceras partes insistió en su adopción– con las respectivas objeciones a la Corte Suprema de Justicia para que decida sobre su executableidad. Tratándose de una reforma constitucional, el Ejecutivo también es quien tiene legitimación para objetarla. Dicha iniciativa procede después que dicho órgano hubiese recibido para su promulgación la reforma constitucional y antes de que la promulgare.

En cuanto a los efectos de las sentencias constitucionales podríamos decir, brevemente, que de conformidad con el mencionado artículo 206 de la Constitución, las sentencias de la Corte Suprema “son finales, definitivas, obligatorias y deben publicarse en la Gaceta Oficial”, y el artículo 2573 del Código Judicial agrega que no tienen efectos retroactivos. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte revela que en diversas ocasiones el Pleno le ha otorgado efectos retroactivos a sus decisiones, sobre todo en aquellos casos en los que el contenido del acto es de naturaleza individual.

Junto al control de constitucionalidad de las leyes y demás actos que hemos sucintamente descrito, existe una jurisdicción constitucional subjetiva que tiene el propósito de proteger o tutelar derechos fundamentales a través de acciones de amparo, de hábeas corpus, de hábeas data y de tutela del derecho a la honra. A diferencia del carácter concentrado que tiene la jurisdicción constitucional objetiva, en el caso que ahora nos ocupa, la competencia aparece distribuida entre diversos tribunales ordinarios y el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, a los cuales la ley les asigna competencia para conocer algunas de las acciones antes mencionadas en razón de la competencia y jurisdicción territorial que tenga el funcionario que haya expedido el acto impugnado mediante amparo, hábeas data o hábeas corpus, según la circunstancias.

Hasta antes que se iniciara la construcción jurisprudencial del bloque de constitucionalidad, básicamente se utilizaban, para realizar el correspondiente juicio de constitucionalidad, las normas formalmente constitucionales, lo que, conviene decirlo, no significa que la Corte no utilizara dispositivos de fuente internacional para sustentar sus decisiones, sobre todo en materias relacionadas con los derechos humanos. Por ejemplo, la Corte acudió en algunas ocasiones a la Declaración Universal de Derechos Humanos para fundamentar algunas sentencias. Sin embargo, fue con la adopción de la doctrina jurisprudencial del bloque de constitucionalidad que se le concedió, inicialmente, a ciertas disposiciones de algunos convenios internacionales sobre derechos humanos, la capacidad de servir como parámetro de constitucionalidad, y no es sino hasta la sentencia de 21 de agosto de 2008, como se ha visto, cuando de una vez y por todas se integraron al bloque de constitucionalidad los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes en Panamá, y no sólo algunos preceptos de éstos, con lo cual, desde esa fecha, tales tratados, junto a la Constitución, condicionan la unidad, plenitud y coherencia del ordenamiento jurídico.

La existencia del bloque de constitucionalidad podría facilitar en gran medida el control de convencionalidad que, según ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en lo sucesivo la Corte IDH), los tribunales nacionales deben efectuar.

En el caso *Almonacid Arrellano y otros vs. Chile*, decidido el 26 de septiembre de 2006, la Corte IDH manifestó en el párrafo 124 que “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

A pesar de que la Corte IDH hace referencia a la obligación de ejercer “una especie” de control de convencionalidad, en realidad lo que la sentencia de 26 de septiembre de 2006 está indicando es que hay que realizar un control de convencionalidad. Es con esta sentencia con la que la Corte IDH establece la doctrina de control de convencionalidad, lo que no implica que antes de dicho pronunciamiento ella misma<sup>21</sup> y los tribunales domésticos no realizaran dicho control; estos últimos y en muchas ocasiones, mediante la integración de los convenios sobre derechos humanos al bloque de constitucionalidad, tal y como, incluso, aunque fragmentariamente, efectuó la Corte Suprema de Justicia Panameña hasta el 21 de agosto de 2008. Es de rigor señalar que antes de la mención expresa de la doctrina del control de convencionalidad, efectuada en la sentencia de 26 de septiembre de 2006, caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, dicha doctrina se había planteado en algunos votos razonados o concurrentes.

La lectura de la referida sentencia del caso *Almonacid Arellano vs. Chile* revela que inicialmente la Corte IDH describía el control de convencionalidad como aquel que debía realizar el Poder Judicial con el propósito de que “los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”, por lo cual el Poder Judicial “debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella”. Y al realizar esa tarea “el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

---

<sup>21</sup> El hecho de que la Corte IDH haya confrontado desde sus inicios los actos y hechos acaecidos en los Estados con la Convención Americana de Derechos Humanos, con el propósito de determinar si éstos se ajustaban o desconocían la Convención, evidencia que la Corte IDH siempre ha efectuado un control de convencionalidad, aunque no lo había denominado así hasta el 26 de septiembre de 2006.

Esta primera descripción del contenido del control de convencionalidad fue ampliada en la sentencia de 24 de noviembre de 2006 en el caso *Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. En esa oportunidad, en el párrafo 128 de la sentencia, la Corte IDH eliminó la referencia “como una especie” de control de constitucionalidad, para aseverar que los jueces deben realizar un control de convencionalidad, el cual, añade ahora, debe efectuarse de oficio y ejercerse “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”, con el objetivo de “velar porque el efecto útil de la convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin”. Conviene precisar que la Corte IDH al establecer la doctrina del control de convencionalidad como una obligación de los jueces, no desconoce que éstos también están obligados a realizar un control de constitucionalidad y aclara que, a pesar del deber que tienen de efectuar el control de convencionalidad de oficio, ello no “implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia”.

Al decidir el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, de 26 de noviembre de 2010, la Corte IDH hizo unas importantes precisiones a la doctrina del control de convencionalidad. En primer lugar, señaló que “cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin”. En segundo lugar, precisó que “Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”, y reiteró que “En esta tarea, los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

De todo lo expresado se puede concluir que, conforme a la jurisprudencia de la Corte IDH, todos los órganos del Estado, incluyendo a sus jueces, están sometidos a la Convención Americana y obligados a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. En ese sentido, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, en todos los niveles, están en la obligación de ejercer de oficio un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

Ahora, ¿por qué razón un juez y demás funcionarios panameños que imparten justicia o que participan en la administración de justicia deben realizar un control de convencionalidad? La primera respuesta que alguno pudiera ofrecer sería porque la Corte IDH así lo ha determinado. Sin embargo, daremos algunos argumentos desde el derecho interno y desde el derecho internacional, en virtud de los cuales se llega a la conclusión de que los jueces panameños y demás funcionarios que imparten justicia o que participan en

la administración de justicia –como sería el caso del Ministerio Público, por ejemplo–, independientemente de su jerarquía, están en la obligación de realizar un control de convencionalidad, de oficio, y dentro de sus respectivas competencias.

¿Cómo se realiza ese control de convencionalidad?, es una pregunta a la que se intentará dar una respuesta aproximada y amplia a la luz del sistema de control de constitucionalidad previsto en el país, sin abordar detalles que no son necesarios aquí y que la práctica se encargará de ir perfeccionando.

Para responder a la pregunta de por qué todos los jueces y demás funcionarios que imparten justicia o que participan en la administración de justicia –como sería el caso del Ministerio Público– independientemente de su jerarquía, están obligados a efectuar un control de convencionalidad de oficio, dentro de sus respectivas competencias, se ofrecerán algunos argumentos, que no son los únicos que pueden formularse. Dichos funcionarios están obligados a realizar un control de convencionalidad porque: (1) la Constitución es la norma suprema del Estado, a la cual están sometidos todos los poderes públicos y los particulares; (2) los jueces y demás funcionarios del Estado han jurado cumplir y hacer cumplir la Constitución; y (3) el artículo 17 constitucional dispone que los derechos y garantías establecidos en la Constitución se consideran como mínimos y no excluyentes de otros que incidan en la dignidad de la persona y en los derechos fundamentales, lo que implica que el texto constitucional no consagra un catálogo cerrado de derechos y garantías y que fuera de éste existen derechos y garantías que inciden sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona, que son dignos de ser reconocidos y tutelados con la misma prominencia que los previstos en la Constitución; (4) los derechos humanos reconocidos en convenios internacionales tienen la virtud de incidir en la dignidad de la persona y en los derechos fundamentales; (5) la Constitución establece en el artículo 4º que Panamá acata las normas del derecho internacional. Y los tratados sobre derechos humanos participan de esa naturaleza; (6) la Corte Suprema ha interpretado los artículos 4º y 17 de la Constitución en concordancia con los artículos 1º, 2º, 25 y 29 de la Convención Americana, y concluye que existe un bloque de constitucionalidad integrado por todas las convenciones y tratados internacionales sobre derechos humanos aprobados y ratificados por Panamá, a los que les ha asignado valor o rango constitucional; (7) en razón del principio de supremacía constitucional, de la obligación que deriva del primer párrafo del artículo 17 de la Constitución –conforme al cual las autoridades de la República están instituidas, entre otras razones, para cumplir y hacer cumplir la constitución–, y del juramento efectuado por los jueces y demás funcionarios de respetar la Constitución y someterse a ella, tales autoridades del Estado no sólo están sujetos a la Constitución, sino a los tratados de derechos humanos ratificados y aprobados por el Estado, pues éstos forman parte del bloque de constitucionalidad y poseen rango constitucional.

Respecto a los argumentos de derecho internacional, tenemos, sin ánimo de ser exhaustivos, los siguientes: (1) los Estados forman parte de la comunidad internacional, regidos por el derecho internacional; (2) cuando firman una convención se obligan a cumplirla de buena fe (Art. 26 Convención de Viena) y no pueden invocar su derecho in-

terno, aun el constitucional, con el propósito de desconocer el derecho internacional (Art. 27 Convención de Viena); (3) la falta de cumplimiento de una obligación internacional genera responsabilidad internacional, y ésta se puede producir cuando algún funcionario del Estado no cumpla con la obligación convencional, sea por acción, omisión o por cumplimiento imperfecto; (4) el artículo 1.1 de la Convención Americana preceptúa que los Estados firmantes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción; (5) por su parte, el artículo 2º de la Convención Americana señala que si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades, lo que implica que deben realizar las modificaciones en el derecho interno que sean necesarias y quitar cualquier obstáculo que impida el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención; (6) el artículo 4º de la Constitución dice que Panamá acata las normas del derecho internacional; (7) por ende, los jueces, los funcionarios que imparten justicia y los que participan en la administración de justicia, como ocurre con el Ministerio Público, al momento de aplicar una norma a un caso concreto, deben tener presente la Convención Americana y, por derivación lógica de los argumentos antes mencionados, el derecho convencional sobre derechos humanos aprobado y ratificado por Panamá, lo cual puede implicar la necesidad de efectuar una interpretación sistemática con el propósito de cumplir con las obligaciones internacionales, tal y como efectuó la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 21 de agosto de 2008.

Ahora bien, ¿cómo se debe realizar en Panamá el control de convencionalidad? El hecho de que los tratados sobre derechos humanos integren el bloque de constitucionalidad y que, en consecuencia tengan rango constitucional, hace que, en principio, el control de convencionalidad deba efectuarse a la luz de las disposiciones internas que reglamentan el control de constitucionalidad de las leyes y demás actos. Por ello, porque Panamá ha adoptado un control de constitucionalidad concentrado de las leyes y de otros actos jurídicos (como serían decretos-leyes, decretos de gabinetes, decretos ejecutivos, reglamentos, sentencias de tribunales, etc.), es por lo que mediante los mecanismos jurídicos que regulan el ejercicio de dicho control se debe efectuar, en principio, el control de convencionalidad.

En este orden de ideas, como se ha visto, existe un control concentrado de constitucionalidad a cargo del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, que puede ser activado por cualquier persona que considere que un acto sujeto a dicho control es contrario a la Constitución, el cual no está sujeto a ningún plazo. Ese tipo de control es el que debe ser utilizado y, en efecto se utiliza, para confrontar los actos jurídicos que sean contrarios al bloque de constitucionalidad, ahora integrado por los convenios sobre derechos humanos vigentes en Panamá. Esta es la manera como se puede y debe realizar el control abstracto de convencionalidad, dirigido a expulsar una norma del sistema jurídico, cuando no existe un proceso o caso concreto en el que se deba aplicar el bloque de constitucionalidad.

La práctica revela que en algunas ocasiones se plantean cargos de inconstitucionalidad sustentados en normas de convenciones sobre derechos humanos junto a normas constitucionales y la Corte efectúa el correspondiente análisis del precepto del convenio de que se trate, sin necesariamente vincularlo a precepto constitucional alguno. En otras ocasiones, refuerza la interpretación de un texto constitucional con el convencional y viceversa. Y se han dado casos en los que, sin que el recurrente haya invocado norma convencional alguna para sustentar la pretensión de inconstitucionalidad, la Corte de oficio ha utilizado algún precepto de derechos humanos para realizar el correspondiente juicio de constitucionalidad. Esto ha sido posible porque el sistema de control de constitucionalidad panameño, conforme lo dispuesto en el artículo 2566 del Código Judicial, permite que en las demandas de inconstitucionalidad la Corte no se limite “a estudiar la disposición tachada de inconstitucional únicamente a la luz de los textos citados en la demanda, sino que debe examinarla, confrontándola con todos los preceptos de la Constitución que estime pertinentes”.

Ahora bien, los jueces, los funcionarios que imparten justicia y los que participan en la administración de justicia, como ocurre con el Ministerio Público, tienen la obligación de no aplicar normas que sean contrarias a la Constitución. Por ello, deben buscar una interpretación que sea conforme con ésta, lo que implica que han de desechar aquella o aquellas interpretaciones que sean contrarias al texto constitucional, con el propósito de utilizar la que sea conforme a éste y a los valores constitucionales. En otras palabras, las expresadas autoridades deben discriminar y desechar las interpretaciones que no se adecuen a la Constitución y aplicar aquella que sea conforme con ésta. Siendo que existe un bloque de constitucionalidad integrado por los convenios internacionales de derechos humanos, que tienen jerarquía constitucional, dichas autoridades, al realizar la interpretación conforme a la Constitución, han de tener presentes dichos convenios. Y en este sentido, tratándose de temas relacionados con los derechos fundamentales y los derechos humanos, ha de optarse por la interpretación que en mejor forma desarrolle o tutele los derechos.

Ahora bien, si los mencionados funcionarios no encuentran una interpretación que sea conforme con la Constitución (y con el bloque de constitucionalidad integrado por los tratados de derechos humanos), deben elevar una consulta al Pleno de la Corte Suprema de Justicia con el propósito de que ésta decida, previa admisión y sustanciación de la consulta, si la norma que ha de aplicarse y que el juez considera contraria al bloque de constitucionalidad, es o no inconstitucional. Procedimiento parecido se utiliza cuando una de las partes le advierte al juez o algunos de los citados funcionarios que la disposición que debe aplicar es contraria a la Constitución, pues en este caso el juez y los restantes funcionarios que imparten justicia o que participan en ella, luego de verificar que la disposición efectivamente es aplicable para resolver el asunto de que se trate, que ésta no ha sido aplicada o que no exista un pronunciamiento del Pleno de la Corte sobre ella, deben remitir la advertencia efectuada por una de las partes a la Corte Suprema, para que ésta, luego de admitir y sustanciar la advertencia de inconstitucionalidad, decida sobre la constitucionalidad o no del precepto advertido como inconstitucional.

Como se observa, por la característica del sistema de control de constitucionalidad panameño, este procedimiento se aplica no sólo en los tribunales ordinarios, sino en toda situación en la que exista un funcionario o persona encargada de impartir justicia. En efecto, el artículo 206, numeral 1º de la Carta Magna panameña señala que todo funcionario encargado de impartir justicia que estime o se lo advierta alguna de las partes que la disposición aplicable para resolver el caso es inconstitucional, debe consultar, antes de aplicarla, su constitucionalidad al Pleno de la Corte Suprema de Justicia. Lo anterior podría facilitar el control de convencionalidad, porque el diseño panameño de control de constitucionalidad –que le sirve de soporte– no se limita a las leyes y no se efectúa solamente en el ámbito de las jurisdicciones ordinarias, pues se extiende a cualquier tipo de acto jurídico y a cualquier tipo de instancia (sea judicial, administrativa o de otra índole) en la que haya una persona con capacidad de tomar una decisión en determinado procedimiento.

## 5. Conclusiones

El segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución ha representado un avance en el reconocimiento, protección y promoción de los derechos fundamentales, al permitir la integración de los derechos humanos reconocidos en tratados y convenios internacionales vigentes en Panamá al bloque de constitucionalidad, con rango constitucional. Así lo revela la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

La interacción entre el derecho internacional de derechos humanos y el derecho constitucional conforma un sistema integrado de derechos y garantías fundamentales, al ampliar el catálogo de derechos y garantías, que debe ser aplicado y promovido por las autoridades y particulares.

Al conformarse un sistema integrado de derechos y garantías fundamentales en virtud de la incorporación al bloque de constitucionalidad de los derechos humanos reconocidos en tratados y convenios internacionales vigentes, se amplía la posibilidad de utilizar tales derechos en acciones constitucionales de defensa de la Constitución (demanda de inconstitucionalidad, advertencia de inconstitucionalidad, objeción de inexecutable) y de otros derechos fundamentales tutelados a través del amparo, hábeas corpus, hábeas data y la acción de tutela del derecho a la honra, surgiendo de esta manera un verdadero bloque de constitucionalidad de derechos susceptible de ser utilizado para determinar la constitucionalidad de los actos en las acciones antes mencionadas.

El diseño del sistema de control de constitucionalidad, en virtud del cual no sólo se pueden impugnar las leyes, unido al hecho de que durante la tramitación de todo procedimiento el funcionario encargado de impartir justicia puede de oficio o a petición de parte elevar una consulta de constitucionalidad al Pleno de la Corte Suprema y a la posibilidad de tutelar derechos mediante las acciones arriba mencionadas, podría facilitar el control de convencionalidad.



La interacción entre el derecho internacional de derechos humanos y el derecho constitucional produce tensiones al momento de aplicar e interpretar los derechos humanos y los derechos fundamentales. El principio *pro homine* constituye una pieza importante en la protección y garantía de los derechos, pues sirve para la aplicación o interpretación de la norma de derecho humano o fundamental que mejor proteja o promueva los derechos humanos, sin interesar el nivel jerárquico de las normas que consagran tales derechos.

## Bibliografía

- BREWER-CARIÁS, Allan: *El amparo en América Latina: la universalización del régimen de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la necesidad de superar las restricciones nacionales*, texto preparado para el discurso como miembro correspondiente extranjero ante la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, septiembre de 2003.
- COMPLAK, Krystian: “La experiencia legislativo-jurisprudencial de la dignidad humana en Polonia”, en *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, Madrid: Dykinson, 2008.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor: “Protección jurídico constitucional de los derechos humanos de fuente internacional en los ordenamientos de Latinoamérica”, en *Derecho constitucional para el siglo XXI, Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (t. I), Navarra: Aranzadi, 2006.
- Gaceta Oficial n.º 21.726 de 18 de febrero de 1991.
- HÄBERLE, Peter: “La dignidad como fundamento de la comunidad estatal”, en *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, Madrid: Dykinson, 2008.
- HOYOS, Arturo: “El control judicial y el bloque de constitucionalidad en Panamá”, en *Justicia, democracia y Estado de derecho*, Panamá: Imprenta del Órgano Judicial de la República de Panamá, Serie Ensayos y Monografías Judiciales, 1996.
- MEJÍA EDWARD, Jerónimo: “La jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia como doctrina obligatoria”, en *La Estrella de Panamá*, 27 de mayo de 1993.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto: *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, Chile: Librotecna, 2006.
- ORTIZ RIVAS, Hernán: *Derechos humanos* (4ª ed.), Bogotá: Ibáñez, 2007.
- QUINTERO, César: “Método y técnica de la interpretación constitucional”, en *Simposio Internacional sobre Derecho del Estado, Tomo II (Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahita)*, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1993.
- Registro Judicial de agosto de 1990.
- Registro Judicial de febrero de 1991.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro: “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica”, en *Revista Ius et Praxis*, año 9, n.º 1, Talca, 2003.

\_\_\_\_\_ *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*, México: Porrúa, 2004.

SÁNCHEZ URRUTIA, Ana: *El bloque de la constitucionalidad. Jurisprudencia sistematizada*, Panamá: Centro de Investigación Jurídica de la Universidad de Panamá, 1997.

Claudio Nash Rojas (Chile)\*

## Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

### RESUMEN

El presente artículo desarrolla el concepto y alcance de la figura del control de convencionalidad a la luz del derecho internacional de los derechos humanos. En particular, se hace un análisis contextual y conceptual de la figura a través de la evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el objetivo de señalar que dicho control no es más que la concreción jurisdiccional de la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno.

**Palabras clave:** derechos humanos, derecho y jurisprudencia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, derecho internacional de los derechos humanos, control de convencionalidad.

### ZUSAMMENFASSUNG

Der vorliegende Artikel befasst sich mit dem Konzept und der Reichweite der Figur der Überprüfung der völkerrechtlichen Vertragskonformität im Hinblick auf das Internationale Recht der Menschenrechte. Insbesondere werden Inhalt und Kontext dieser Rechtsfigur anhand der Entwicklung der Rechtsprechung des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte analysiert. Damit soll die These begründet werden, dass diese Überprüfung nichts anderes ist als die richterrechtliche Konkretisierung der Verpflichtung, die Menschenrechte im innerstaatlichen Rahmen zu garantieren.

**Schlagwörter:** Menschenrechte, Recht und Rechtsprechung, Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte, Internationales Recht der Menschenrechte, Prüfung der Vereinbarkeit nationalen Rechts mit internationalen Verträgen.

---

\* Doctor en Derecho (Universidad de Chile), académico de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile y subdirector del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Agradezco a Constanza Núñez, asistente de investigación del CDH, por su ayuda para este trabajo. <nash@derecho.uchile.cl>.

## ABSTRACT

This paper deals with the concept and scope of conventionality control in the light of International Human Rights Law. Specifically, it provides a contextual and conceptual analysis using the evolution of the Inter-American Court of Human Rights' case law, to show that this type of control is simply the judicial mechanism for complying with the duty to guarantee human rights within the country.

**Keywords:** Human rights, Law and case law, Inter-American Court of Human Rights, International Human Rights Law, Conventionality control.

## 1. Introducción

La figura del control de convencionalidad (con dicha denominación)<sup>1</sup> es de reciente desarrollo en la dogmática de los derechos fundamentales y el constitucionalismo, con un incipiente tratamiento en la jurisprudencia de las Cortes nacionales. Su aparición en el escenario jurídico está estrechamente relacionada con las obligaciones que impone la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y el desarrollo progresivo de los estándares de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Lo anterior, con una clara inspiración en la figura del control de constitucionalidad, ampliamente desarrollado en el ámbito interno de los Estados y en el concepto de “control internacional”.<sup>2</sup> En la actualidad vemos que ya no basta con la mera incorporación formal de los tratados internacionales de derechos humanos, sino que para dar cumplimiento a sus imperativos se requiere un esfuerzo interpretativo mayor por parte de las jurisdicciones nacionales, que incorpore el desarrollo de estándares a nivel internacional.

De ahí que sea relevante plantearse la pregunta: *¿Cuál es el alcance de la figura del control de convencionalidad a la luz del derecho internacional de los derechos humanos?* Lo que quiero sostener es que el control de convencionalidad es la *concreción jurisdiccional de la obligación de garantía* de los derechos humanos en el ámbito interno. Su particula-

---

<sup>1</sup> Se realiza el alcance puesto que la función del control de convencionalidad se desarrolla desde la entrada en vigor de la Convención Americana, pero no es sino en los últimos años en que esta labor se ha caratulado bajo dicho concepto. En este sentido, ver: Karlos Castilla: “El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia Radilla Pacheco”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, pp. 593-694, 2011., p. 597, y Juan Carlos Hitters: “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, en *Revista de Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca, año 7, n.º 2, 2009, pp. 109-128, p.110.

<sup>2</sup> El control internacional se utiliza para referirse al conjunto de procedimientos y técnicas destinados a verificar si el comportamiento de los Estados se adecúa o no a lo exigido por normas de conducta internacionales. Ver: Fernando Mariño: *Derecho internacional público, parte general*, Madrid: Trotta, 2005, p. 455.

ridad es que marca un punto de convergencia robusto entre los sistemas de protección nacional e internacional.

Dicho lo anterior, resulta importante aclarar desde un inicio que estamos ante una figura que la Corte ha tenido que desarrollar no porque esté aportando una nueva obligación a las ya existentes, sino que surge del déficit que es posible constatar en los múltiples casos que llegan al sistema de protección de derechos humanos. Esto es especialmente evidente en los casos que llegan ante la Corte IDH donde el problema se produce porque las autoridades locales, principalmente del poder judicial, no aplican las obligaciones contraídas por el Estado e incorporadas a la legislación nacional. Es decir, estamos ante una figura que viene a clarificar una obligación ya existente y la dota de contenido y especificidad.

## **2. Aproximación contextual**

Durante estos últimos años en la región hemos sido testigos del desarrollo de una creciente interacción entre el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) y el derecho interno de los Estados. Esta relación se manifiesta, por un lado, en la incorporación formal (de tratados internacionales) y sustantiva (de estándares) del derecho internacional al derecho interno, y a su vez existe una integración de estándares desde los sistemas nacionales hacia el sistema internacional, como por ejemplo, en la influencia que tiene el derecho interno en dar contenido y alcance a los derechos consagrados internacionalmente. De esta forma, se vive un proceso de internacionalización del derecho constitucional y de constitucionalización del derecho nacional que implica que los sistemas de protección de derechos fundamentales, están vinculados de forma tal que constituyen un solo cuerpo jurídico de garantía y que el principio fundamental para explicar dicha unidad es el principio de interacción (que es un vínculo de retroalimentación entre ambos sistemas normativos).

Un ejemplo de esta interacción, es el control de convencionalidad, que se constituye como un punto de convergencia que permite el diálogo jurisprudencial a la luz de las experiencias nacionales e influye en generar una articulación y estándares en materia de protección de los derechos humanos.

## **3. Delimitación conceptual**

El control de convencionalidad puede ser desarrollado en dos ámbitos: en el ámbito nacional y en el internacional. En este último, es la Corte IDH la que ejerce el control de convencionalidad propiamente tal, esto es, un control que permite la expulsión de las normas contrarias a la CADH a partir de los casos concretos que se someten a su conocimiento. Es relevante destacar que esto se hace efectivo, por ejemplo, a través de la

supresión de normas locales opuestas a la CADH, como ha ocurrido con la declaración de incompatibilidad de leyes de amnistía con las obligaciones que impone la CADH.<sup>3</sup>

En el ámbito interno, el control de convencionalidad es el realizado por los agentes del Estado y principalmente por los operadores de justicia (jueces, fiscales y defensores) al analizar la compatibilidad de las normas internas con la CADH. Sin embargo, las consecuencias de este análisis dependen de las funciones de cada agente estatal y, por tanto, esto no implica necesariamente la facultad de expulsar normas del sistema interno. Un modelo determinado de control de constitucionalidad o convencionalidad no podría ser impuesto por la Corte IDH.<sup>4</sup> Teniendo claro esto, podemos afirmar que lo que sí están obligados a hacer los jueces y todos los funcionarios del Estado es a interpretar las normas internas de forma tal que sean compatibles con las obligaciones internacionales del Estado, y que le den efectividad a los derechos consagrados interna e internacionalmente, sea por vía de preferencia de la norma internacional, mediante un ejercicio hermenéutico o por otras vías que pudiera establecer el derecho interno.

Considerando los dos ámbitos en que se puede realizar el control de convencionalidad, podemos sostener que esta es una figura que viene a concretar la obligación de garantía, mediante un ejercicio hermenéutico que consiste en la verificación que realiza la Corte IDH y todos los agentes estatales, de la adecuación de las normas jurídicas internas a la CADH y a los estándares interpretativos desarrollados en la jurisprudencia de dicho tribunal, aplicando en cada caso concreto aquella interpretación que se ajuste a las obligaciones internacionales del Estado y que dé efectividad a los derechos consagrados convencionalmente.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Ver: Corte IDH: *Casos Barrios Altos vs. Perú*, 14 de marzo de 2001, párrafos 41-44; *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, 26 de septiembre de 2006, párrafo 105-114; *La Cantuta vs. Perú*, 29 de noviembre de 2006, párrafos 167 y ss.; *De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, 24 de noviembre de 2009, párrafos 129-131; *Gelman vs. Uruguay*, 24 de febrero de 2011, párrafos 238-239.

<sup>4</sup> Esto se reafirma cuando Sergio Ramírez en su voto razonado en el caso *Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú* sujeta la obligación de realizar el control de convencionalidad al sistema normativo de los Estados: “Si existe esa conexión clara y rotunda –o al menos suficiente, inteligible, que no naufrague en la duda o la diversidad de interpretaciones–, y en tal virtud los instrumentos internacionales son inmediatamente aplicables en el ámbito interno, los tribunales nacionales pueden y deben llevar a cabo su propio ‘control de convencionalidad’. Así lo han hecho diversos órganos de la justicia interna, despejando el horizonte que se hallaba ensombrecido, inaugurando una nueva etapa de mejor protección de los seres humanos y acreditando la idea –que he reiterado– de que la gran batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complemento, pero no sustituto, el internacional” (párr. 11).

<sup>5</sup> Estaríamos, en consecuencia, ante lo que Ferrajoli ha llamado una “garantía negativa secundaria” que consiste en “la anulación o en la desaplicación de las normas legales contrarias a las normas constitucionales y que violan, por tanto, su garantía negativa primaria” (no producir normas legales que violen o deroguen normas constitucionales). Ver Luigi Ferrajoli: *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid-México: Editorial Fontamara, 2008, p. 98.

## 4. Fundamento del control de convencionalidad

Para poder profundizar en el análisis del control de convencionalidad, se requiere precisar cuál es el origen de su obligatoriedad, es decir, su fundamento. La mención a estos elementos es fundamental para entender la importancia de realizar dicho control y para señalar que su ausencia implica que los Estados pueden comprometer su responsabilidad internacional.

Así, vemos que el control de convencionalidad encuentra su fundamento en las fuentes normativas de las cuales emanan las obligaciones de los Estados, a través de la lectura conjunta de los artículos 1.1, 2 y 29 de la CADH. El artículo 1.1 de la Convención dispone:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

El artículo 2º a su vez señala:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

El artículo 29 establece:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

De la lectura integrada de dichos artículos se desprende que la protección de los derechos humanos debe ser guía en la actuación de los Estados y que éstos deben tomar todas las medidas para asegurar el respeto, la protección y la promoción de dichos de-

rechos. En este sentido, desde esta comprensión se ha concebido el concepto de control de convencionalidad, entendido como la obligación que tienen los jueces de cada uno de los Estados Partes de efectuar no sólo un control de legalidad y de constitucionalidad en los asuntos de su competencia, sino de integrar en el sistema de sus decisiones las normas contenidas en la CADH y los estándares desarrollados por la jurisprudencia.

Este control es, por tanto, la concreción interpretativa y especialmente jurisdiccional de la obligación de garantía consagrada en la CADH (Arts. 1.1 y 2º). Esta obligación de garantía se traduce en la obligación que asume el Estado de organizar todo el aparato de poder público para permitir el pleno y efectivo goce y ejercicio de los derechos y las libertades que se les reconocen en la CADH. Es decir, el Estado se encuentra obligado a crear condiciones efectivas que permitan el goce y ejercicio de los derechos consagrados en la Convención.<sup>6</sup> Finalmente, se trata de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado.

Asimismo, la necesidad de realizar un control de convencionalidad de las normas emana de los principios del derecho internacional público. En particular, el principio de *ius cogens* “*pacta sunt servanda*”, consagrado en la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, como la obligación que tienen los Estados de dar cumplimiento a los tratados de los que son parte,<sup>7</sup> da cuenta del compromiso que deben tener los Estados que han suscrito la CADH, de realizar un control de convencionalidad con el propósito de cumplir con el mandato de protección de los derechos fundamentales. Este imperativo de derecho internacional público debe ser cumplido de buena fe por parte de los Estados.<sup>8</sup>

Emana también de los principios del derecho internacional público, el hecho de que los Estados no pueden invocar disposiciones de derecho interno como fundamento

---

<sup>6</sup> En concreto, respecto a la obligación de garantía la Corte ha señalado: “Esta obligación implica el deber de los Estados partes 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” (Corte IDH: *Velázquez Rodríguez vs. Honduras*, 28 de julio de 1988, párr. 166). Asimismo, cabe destacar que la realización de un control de convencionalidad como concreción de la obligación de garantía, puede ser extendido al control de otros instrumentos internacionales, como señala Sergio García Ramírez en su voto razonado en el caso *Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú*: “En la especie, al referirse a un ‘control de convencionalidad’ la Corte Interamericana ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. Sin embargo, la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus juris* convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera. De lo que se trata es de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos” (párr. 2º).

<sup>7</sup> Ver: Convención de Viena de Derecho de los Tratados (1969), artículo 26.

<sup>8</sup> Esta misma argumentación en torno al fundamento del control de convencionalidad en las normas del derecho internacional público, ha sido recogida por la Corte IDH en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, 26 de septiembre de 2006, párrafo 125.



para dejar de cumplir compromisos internacionales.<sup>9</sup> En este sentido, la Corte IDH ha reafirmado que la obligación de tomar todas las medidas necesarias para dar un goce pleno y efectivo a los derechos y libertades consagrados en la Convención, incluye la de adecuar la normativa no convencional existente.<sup>10</sup>

Que el fundamento de la figura del control de convencionalidad se base tanto en normas convencionales como en principios del derecho internacional público, otorga un poderoso respaldo jurídico que permite salvar las objeciones que se pueden plantear en torno a la posible restricción a la soberanía de los Estados que supondría la obligación de realizar un control de convencionalidad.

## 5. Evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La jurisprudencia de la Corte IDH ha pasado por varias etapas en el desarrollo del concepto de “control de convencionalidad”. Analizar esta evolución es fundamental para entender el actual sentido y alcance de esta figura.

Cuando Sergio García Ramírez, en su voto razonado, del caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala* hace por primera vez alusión al control de convencionalidad, se pone de relieve la importancia que tiene para el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados, el analizar el funcionamiento del Estado en su conjunto y que en este análisis la Corte IDH realice un control de convencionalidad de las actuaciones del Estado:

Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio –sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto– y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> Convención de Viena de Derecho de los Tratados (1969), artículo 27.

<sup>10</sup> Corte IDH: Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1º y 2º Convención Americana sobre Derechos Humanos), 9 de diciembre de 1994.

<sup>11</sup> Corte IDH: *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, 25 de noviembre de 2003, voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párrafo 27.

## 5.1. Primera etapa

Es claro que existe una primera etapa en la jurisprudencia de la Corte IDH, en la cual se delinearón los aspectos generales de la figura del control de convencionalidad. En ésta se señala que el poder judicial debe realizar una “especie” de control de convencionalidad, lo que parece una posición prudente y clarificadora de la naturaleza diversa que tiene esta figura de aquel ejercicio propio del derecho constitucional. Asimismo, se avanza en indicar que este control incluye la interpretación que ha hecho la Corte IDH de las obligaciones internacionales del Estado, lo que es un dato relevante ya que en muchos sistemas internos ésta es una cuestión debatida:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.<sup>12</sup>

En síntesis, aquí están expresados los elementos centrales del control de convencionalidad:

- a) Existe una obligación del poder judicial de cumplir con la normativa internacional que el Estado ha recepcionado internamente y que por tanto ha pasado a ser parte del sistema normativo interno.
- b) Este es un ejercicio hermenéutico que debe buscar la efectividad de los derechos consagrados convencionalmente y evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional.
- c) Las normas contrarias a la Convención no pueden tener efectos en el ámbito interno, toda vez que dichas normas incompatibles con las obligaciones internacionales constituyen un ilícito internacional que hace responsable al Estado.
- d) Para realizar dicho ejercicio interpretativo el juez debe tener en consideración la jurisprudencia de la Corte IDH.

---

<sup>12</sup> Corte IDH: *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, 26 de septiembre de 2006, párrafo 124.

## 5.2. Segunda etapa

Avanzando en la evolución de su jurisprudencia, la Corte IDH estableció que el control debe ejercerse incluso de oficio por la magistratura local, y aclaró que éste se debe hacer dentro del ámbito de competencias y funciones de la magistratura. Esta aproximación de la Corte IDH es relevante desde el punto de vista de la legitimidad del sistema, ya que toma en consideración la organización interna del Estado y permite un funcionamiento coherente de las instituciones. La Corte IDH no impone un sistema, pero sí establece cuáles son las obligaciones que tiene el intérprete, cualquiera sea el sistema constitucional nacional:

Quando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.<sup>13</sup>

## 5.3. Tercera etapa

En una tercera etapa en el análisis del control de convencionalidad, la Corte IDH va más allá y señala que este control compete a cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales, incorporando lo que se había señalado anteriormente acerca de la importancia de que este control se realice en el ámbito de competencias de cada magistratura. Esta apertura hacia los órganos competentes para realizar el control permite la inclusión de los tribunales constitucionales y reafirma la idea de que todo juez debe realizar este control, con independencia de las características particulares de la organización de sus funciones.<sup>14</sup> Es relevante destacar que este control difuso no lo puede imponer la Corte IDH:

---

<sup>13</sup> Corte IDH: *Caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, 24 de noviembre de 2006, párrafo 128.

<sup>14</sup> Una interpretación más amplia de la participación de los tribunales constitucionales en la realización del control de convencionalidad dice relación con asegurar el efecto útil del Pacto de San José. Esta interpretación la podemos encontrar en: Néstor Pedro Sagüés: “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, en *Revista de Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca, año 8, n.º 1, pp. 117-136, 2010, p. 121.

Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.<sup>15</sup>

Asimismo, en esta sentencia se clarifica cualquier duda que pudiera surgir sobre la naturaleza de esta institución y los alcances propiamente interpretativos de la figura del control de convencionalidad:

De tal manera, como se indicó en los Casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega y Rosendo Cantú, 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 que han sido reiterados en el presente caso y que aplican para toda violación de derechos humanos que se alegue hayan cometido miembros de las fuerzas armadas. Ello implica que, *independientemente* de las reformas legales que el Estado deba adoptar, en el presente caso corresponde a las autoridades judiciales, con base en el control de convencionalidad, disponer inmediatamente y de oficio el conocimiento de los hechos por el juez natural, es decir el fuero penal ordinario.<sup>16</sup>

#### 5.4. Cuarta etapa

En su jurisprudencia más reciente, la Corte IDH incorpora como órgano competente para realizar el control de convencionalidad a toda autoridad pública, es decir, se amplía el espectro desde el poder judicial a todos los órganos públicos, a propósito del análisis

---

<sup>15</sup> Corte IDH: *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, 26 de noviembre de 2010, párrafo 225.

<sup>16</sup> Corte IDH: *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, 26 de noviembre de 2010, párrafo 233 (énfasis añadido).

de la compatibilidad de una ley de amnistía aprobada democráticamente, con las obligaciones que impone la CADH:

... La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad”, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial...<sup>17</sup>

## 6. Contenido y alcance del control de convencionalidad

Una vez analizada la evolución de la jurisprudencia de la Corte IDH en torno al control de convencionalidad, es importante resolver algunas cuestiones relativas al contenido y alcance de la figura, así como su forma de implementación:

- a) El desarrollo de las interacciones a que hemos hecho referencia, tiene como base una interpretación de los estándares interamericanos sobre derechos humanos desde una mirada normativa y no meramente programática. Por tanto, todo agente del Estado para el cumplimiento de sus labores deberá tomar en consideración las normas y la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos.

Un ejemplo de la forma concreta en que se da el análisis de control de convencionalidad es el *Caso Boyce y otros vs. Barbados* (2007). En este caso, la Corte IDH observó que la jurisdicción interna había hecho un análisis solamente constitucional, donde no se consideraron las obligaciones del Estado con relación a la CADH. Se señaló que la jurisdicción interna no se debió limitar a evaluar si la norma era constitucional o no, sino también se debía analizar si la ley esgrimida violó o no la Convención:

El análisis del CJCP no debería haberse limitado a evaluar si la LDGP era inconstitucional. Más bien, la cuestión debería haber girado en torno a si la ley también era “convencional”. Es decir, los tribunales de Barbados, incluso el CJCP y ahora la

---

<sup>17</sup> Corte IDH: *Caso Gelman vs. Uruguay*, 24 de febrero de 2011, párrafo 239.

Corte de Justicia del Caribe, deben también decidir si la ley de Barbados restringe o viola los derechos reconocidos en la Convención...<sup>18</sup>

Otro ejemplo es el caso *Radilla Pacheco vs. México* (2009), donde la Corte IDH señaló que el Estado al interpretar una norma conforme a los estándares convencionales, aunque pueda haber dudas en el texto mismo acerca de la convencionalidad de dicha norma, no se incurre en responsabilidad internacional. En concreto la Corte dispone:

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.<sup>19</sup>

En resumen, lo que pide la Corte es que al momento de resolver un caso o tomar cualquier decisión estatal lo que debe hacerse es determinar los hechos relevantes sobre los cuales debe tomarse una cierta decisión; luego, analizar el sistema normativo que se va a utilizar y es aquí donde tiene un primer impacto del control de convencionalidad, ya que se amplía o robustece el sistema normativo aplicable pues no sólo queda limitado a las normas de origen interno (constitucionales, legales y reglamentarias), sino también a aquellas de origen internacional que han sido recepcionadas internamente (en este caso la CADH).

Finalmente, lo que procede es hacer un ejercicio interpretativo para aplicar dichas normas a la situación concreta y en dicha interpretación se debe tener en consideración el contenido y alcance que la jurisprudencia de la Corte IDH ha dado a las normas convencionales (tanto obligaciones generales como derechos específicos).

- b) El control de convencionalidad incorpora en el análisis de la adecuación de la normativa y actos del Estado a la CADH, también la interpretación que ha realizado la Corte IDH de las normas de la Convención. Para el cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales del Estado, el rol de la jurisprudencia interamericana es determinante, puesto que las pautas interpretativas que emanan de dicha jurisprudencia, son la guía que podrán utilizar los agentes del Estado para cumplir con sus funciones. Asimismo, permite un diálogo jurisprudencial (entre la jurisdicción internacional e interna) que enriquece los estándares de protección de los derechos fundamentales.

<sup>18</sup> Corte IDH: *Caso Boyce y otros vs. Barbados*, 20 de noviembre de 2007, párrafos 77-78.

<sup>19</sup> Corte IDH: *Caso Radilla Pacheco vs. México*, 23 de noviembre de 2009, párrafos 114-115.

En este sentido, el control de convencionalidad permite que la regulación interamericana sobre derechos humanos sea un complemento eficaz de la legislación interna del Estado. En efecto, en los sistemas normativos relativos a derechos humanos pueden existir lagunas y antinomias. Las lagunas pueden ser absolutas y relativas; las primeras serían aquellos casos en que el sistema interno no contempla un cierto derecho que sí se contempla en el ámbito interamericano; las relativas, serían aquellos casos en que exista una cierta norma, pero está planteada en términos incompletos y esto impide su aplicación en la realidad. Las antinomias hacen referencia a las contradicciones entre las normas internas y los compromisos internacionales del Estado.

Mediante las normas y la jurisprudencia interamericana se pueden superar las lagunas absolutas, incorporando al ordenamiento normas que están reguladas en la CADH. También se superan lagunas relativas, dando concreción a las normas redactadas como principios generales que requieren aplicación concreta, tanto recurriendo a las normas interamericanas como a la jurisprudencia de la Corte IDH. Asimismo, las normas y la jurisprudencia interamericana incorporadas al sistema normativo interno permiten tener una base normativa para aplicar dichas normas y no las internas que se encuentran en contradicción con la normativa internacional, sin apartarse de la obligación que tienen las autoridades nacionales de aplicar las normas jurídicas vigentes en el Estado.

De esta forma, la figura del control de convencionalidad aclara que en caso de lagunas o antinomias, las autoridades deben hacer un ejercicio hermenéutico en el ámbito de sus competencias para preferir la normativa de origen internacional que permite una mejor protección de los derechos humanos.

El control de convencionalidad debe ser realizado de oficio por toda autoridad pública. La oficialidad del control implica que además de la petición de parte, los jueces deben realizar el control de convencionalidad por iniciativa propia. Esto es de suma importancia para dar pleno cumplimiento a las obligaciones internacionales; sin embargo, esta oficialidad siempre debe concordarse con las capacidades procesales que tenga cada juez en el ámbito de sus competencias. No podrían excusarse las autoridades en el hecho de que no ha existido una solicitud explícita de realizar dicho ejercicio de compatibilidad.

- c) El control se realiza dentro del ámbito de competencias y regulaciones procesales de la autoridad pública. En esto la Corte IDH ha sido prudente y ha señalado que no es posible imponer desde el control internacional un tipo particular de control de derechos humanos en el ámbito interno.

Lo que sí es claro es que la elección del Estado en este sentido no es discrecional, sino que el diseño institucional por el que opte debe permitir cumplir con las obligaciones internacionales del Estado y dar efectividad a los derechos en el ámbito interno. La contracara de esta libertad de diseño institucional es que el Estado no puede excusar un incumplimiento de sus obligaciones internacionales en la normativa interna.

## 7. Experiencias nacionales

El desarrollo jurisprudencial del control de convencionalidad ha sido extenso en el sistema interamericano, pero en el ámbito nacional aún es incipiente. Sin embargo, analizaremos algunos casos interesantes en la jurisprudencia regional para ilustrar cómo se desarrolla una cada vez mayor interacción entre ambos sistemas y que nos permite ver cómo en el ámbito interno de los Estados se ha utilizado el control de convencionalidad con el objeto de dar cumplimiento a la obligación de garantía.

México, en su más reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,<sup>20</sup> ha desarrollado un interesante análisis del control difuso de convencionalidad, a propósito de la sentencia emitida por la Corte IDH en el caso *Radilla Pacheco vs. México*.<sup>21</sup>

los demás jueces (los que no pertenecen al Poder Judicial de la Federación) en los asuntos de su competencia podrán desaplicar las normas que infrinjan la Constitución Federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos, sólo para efectos del caso concreto y sin hacer una declaración de invalidez de las disposiciones [...]

todos los jueces del Estado Mexicano a partir de este momento y de conformidad con el artículo 1° constitucional, están facultados para inaplicar las normas generales que a su juicio consideren transgresoras de los derechos humanos contenidos en la propia Constitución Federal y en los tratados en materia de derechos humanos.

Las afirmaciones de la Corte Suprema mexicana dan cuenta íntegramente de cómo se ha desarrollado una viva interacción entre los sistemas nacionales y el sistema internacional, al facultar a los jueces nacionales a inaplicar normas que infrinjan tratados internacionales. De esta forma, se avanza en el objetivo de lograr un pleno y efectivo goce de los derechos humanos.

Otro ejemplo lo encontramos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, donde se destaca la fijación dialógica de estándares judiciales en materia de derechos humanos. En la jurisprudencia de este tribunal hay un compromiso jurisprudencial dirigido a incorporar estándares interamericanos en los fallos nacionales.<sup>22</sup> La Corte Constitucional ha señalado:

[S]ólo es posible (i) fundir ambas normas (la nacional y la internacional) y (ii), acoger la interpretación que las autoridades competentes hacen de las normas internacionales e integrar dicha interpretación al ejercicio hermenéutico de la Corte. Por ello esta Corte ha señalado, en varias oportunidades, que la jurisprudencia de las instancias internacionales de derechos humanos constituye una pauta relevan-

<sup>20</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, 14 de julio de 2011.

<sup>21</sup> Corte IDH: *Caso Radilla Pacheco vs. México*, 23 de noviembre de 2009.

<sup>22</sup> Por ejemplo, ver: Corte Constitucional de Colombia: sentencia C-228, 2002.



te para interpretar el alcance de esos tratados y por ende de los propios derechos constitucionales.<sup>23</sup>

Costa Rica es otro ejemplo relevante de la interacción permanente que existe entre los sistemas nacionales y los internacionales. En efecto, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de dicho país ha sostenido la posibilidad de dotar de un contenido normativo concreto en el ámbito interno a un derecho fundamental que surge de un principio consagrado en instrumentos internacionales de los derechos humanos. En concreto, es posible que los derechos fundamentales tengan su fuente no sólo en el catálogo constitucional, sino también en los principios internacionales sobre derechos humanos. Al respecto la Sala Constitucional ha señalado:

... debe advertirse que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá –de principio– el mismo valor de la norma interpretada. No solamente valor ético o científico, como algunos han entendido. Esta tesis que ahora sostenemos, por lo demás, está receptada en nuestro derecho, cuando la Ley General de la Administración Pública dispone que las normas no escritas –como la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del derecho– servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan (artículo 7.l.).<sup>24</sup>

En definitiva, debe destacarse el alcance que tiene esta aplicación sustantiva del DIDH en el ámbito interno y en particular la normativa y jurisprudencia interamericana. El principal efecto de la incorporación de la normativa y jurisprudencia internacional como parte del cuerpo normativo de derechos fundamentales, es el cumplimiento de las diferentes funciones de los derechos fundamentales con base en la construcción internacional, esto es, servir de principios que orientan la actividad del Estado e irradian a todos sus poderes (función objetiva) y servir como derechos subjetivos exigibles respecto de las

---

<sup>23</sup> En concreto a la luz del caso que estaba conociendo la Corte Constitucional, relativo a la libertad de expresión, señala: “Para efectos del presente caso, el bloque de constitucionalidad relativo a la libertad de expresión ha de estar integrado por las normas internacionales, en particular el Pacto de San José y la Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos, junto con las interpretaciones que de tales textos han presentado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. También ha de otorgarse un peso distinto a las opiniones, pues la naturaleza judicial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y su competencia sobre Colombia, implica que sus opiniones, más que tenidas en cuenta, no pueden ser ignoradas internamente” (Corte Constitucional colombiana: sentencia C-1319/2001, considerando 13).

<sup>24</sup> Corte Suprema de Costa Rica: sentencia 2313/1995, considerando 7.

autoridades (función subjetiva). De esta forma, es interesante la legitimidad que adquiere el derecho internacional de los derechos humanos por vía de su incorporación formal y sustantiva en el ámbito interno. En este sentido, si los Estados no sólo incorporan las normas de derechos humanos en sus sistemas normativos, sino que hacen un uso práctico de éstas y adoptan el razonamiento expresado en la jurisprudencia internacional, lo que se está haciendo es legitimar por vía de la praxis constitucional el sistema internacional de derechos humanos, adoptando una mirada unitaria de los sistemas de protección.

## 8. Dificultades en la aplicación del control de convencionalidad en el derecho interno

La evolución que hemos visto en la conceptualización de la figura del control de convencionalidad trae consigo importantes desafíos para su aplicación en el ámbito interno de los Estados. Por ejemplo, es posible distinguir entre países que tienen un control difuso de constitucionalidad y países que tienen un control concentrado. Para estos últimos aparece la dificultad y la interrogante de si un órgano de la jurisdicción ordinaria puede “inaplicar” una ley interna en virtud del control de convencionalidad, si ésta no ha sido declarada inconstitucional. Para resolver en parte estas interrogantes hay que recalcar algunas cuestiones fundamentales que tener en cuenta.

- a) El control de convencionalidad debe desarrollarse en el marco de las competencias internas de cada operador de justicia, como ha recalcado la Corte IDH en su jurisprudencia.<sup>25</sup> Esto permite descomprimir la discusión en torno a la legitimidad del sistema y respecto de los alcances del control de convencionalidad, que no supone siempre y en todo caso que la autoridad “expulse” una norma del sistema normativo interno. Aclarado esto se evita caer en el error de pensar que el agente del Estado que realiza el ejercicio de convencionalidad necesita una base normativa especial para realizar dicho proceso, y no le basta el hecho de que el Estado haya incorporado la normativa interamericana en su ordenamiento jurídico interno.
- b) Otra posible confusión se da entre dos cuestiones vinculadas, pero distintas. Una cosa es el control de convencionalidad tal como lo hemos descrito y otra distinta es la obligación de cumplir con las sentencias que dicta la Corte respecto de un Estado. En este caso estamos ante una obligación especial fundada en el artículo 68.1 de la CADH. Puede ser, tal como lo ha dispuesto la Corte,<sup>26</sup> que el control de convencionalidad sea una garantía de no repetición, pero eso tiene que ver con la

---

<sup>25</sup> Corte IDH: *Caso Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú*, 24 de noviembre de 2006, párrafo 128; *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, 1º de septiembre de 2010, párrafo 202; *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, 26 de noviembre de 2010, párrafo 225; *Vélez Loor vs. Panamá*, 23 noviembre de 2010, párrafo 287; *Gomes Lund y otros vs. Brasil*, 24 de noviembre de 2010, párrafo 176.

<sup>26</sup> Corte IDH: *Caso Gelman vs. Uruguay*, 24 de febrero de 2011; *Radilla Pacheco vs. México*, 23 de noviembre de 2009.

concreción de la obligación de garantía y no con el cumplimiento de lo ordenado por la Corte a modo de medidas de restitución u otras (actuación en el ámbito interno).

- c) También podría plantear algunas dudas cuál es el límite entre la obligación de los jueces de implementar el control de convencionalidad, para evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional, y la obligación del poder legislativo de superar antinomias graves entre la legislación interna y los compromisos internacionales del Estado. El problema es una cuestión de límites y entraña un peligro. Si bien el ejercicio del control de convencionalidad es interesante porque da un sentido concreto y eficaz a la obligación general consagrada en los artículos 1.1 y 2 de la CADH, en orden a que una de las medidas efectivas (dentro de las “otras medidas” que establece la norma) que debe tomar el Estado en materia de derechos convencionales es la labor hermenéutica de los jueces. Por otra parte, señalar que una norma es válida en la medida que sea interpretada de acuerdo a ciertos estándares, es plausible. El peligro está en trazar la línea divisoria entre aquellas normas que deben ser expulsadas del sistema a través de una reforma legislativa y aquellas que pueden sobrevivir mediante una interpretación adecuada. La posición de la Corte parece ser que conforme al juicio de convencionalidad, el juez siempre debiera interpretar el sistema normativo nacional conforme a las obligaciones internacionales y, por tanto, siempre por vía interpretativa se podría salvar la responsabilidad del Estado. El punto es que este criterio se hace imposible en el caso de normas abiertamente contrarias a la Convención, las cuales deben ser modificadas. Parece ser prudente sostener que dada una norma que fomenta o permite interpretaciones contrarias a la Convención, debiera preferirse su expulsión del sistema a través de su adecuación legislativa, si lo que queremos es un sistema de derechos humanos eficazmente preventivo, sin perjuicio de lo que el juez haga como parte del control de convencionalidad en el caso concreto que deba resolver. Para que esto sea posible, se deberían privilegiar diseños normativos que abran espacio para que el poder jurisdiccional pueda no sólo expulsar normas contrarias a las obligaciones del Estado, sino que también permitan la activación del sistema legislativo vía jurisdiccional.
- d) Otra cuestión que puede ocasionar problemas es determinar cuál es la jurisprudencia de la Corte IDH aplicable. El criterio, fundado en el artículo 29 de la CADH, debiera ser que en caso de haber más de un pronunciamiento de la Corte, debe preferirse aquel que de mejor manera proteja los derechos humanos en el caso concreto. Si el intérprete llega a la conclusión de que una norma interna o una interpretación distinta a la dada por la Corte es una mejor interpretación, es posible preferir la protección nacional, pero el intérprete deberá explicar de qué forma se da esta mejor protección.
- e) Existe el riesgo de que la figura del control de convencionalidad abra un espacio a la doctrina del “margen de apreciación” nacional para salvar las dificultades operativas que trae consigo la aplicación del control de convencionalidad en el

ámbito interno de los Estados. La peligrosidad radica en que la utilización de esta doctrina puede llevar a la desnaturalización de las obligaciones de los Estados (y por consiguiente puede incrementar el riesgo de incurrir en responsabilidad internacional), además, desde el punto de vista de la seguridad jurídica parece poco plausible aplicar esta doctrina cuando el desarrollo del control de convencionalidad puede estar sujeto a los vaivenes políticos de los Estados.

- f) Finalmente, quiero destacar como desafío de la implementación, el que en el derecho interno se debe ir avanzando hacia la aplicación directa de las normas del DIDH y su jurisprudencia. En los sistemas constitucionales donde se han constitucionalizado las normas internacionales su aplicación puede ser más fácil desde el punto de vista de los principios de jerarquía, coherencia interna y unidad del sistema jurídico codificado. En aquellos en que la cuestión jerárquica ha sido resuelta de otra forma a la constitucionalización, la figura del “bloque de constitucionalidad” puede ser un buen instrumento para razonar en el ámbito interno y permitir que las normas internacionales y su interpretación jurisprudencial sean utilizadas en casos concretos. Sea vía constitucionalización o bloque de constitucionalidad, a juicio de la propia Corte IDH, se debe incluir tanto las normas de los tratados internacionales de derechos humanos como la jurisprudencia de la Corte IDH.

## 9. Conclusión

Tras el análisis contextual, conceptual y jurisprudencial del control de convencionalidad, me gustaría poner de relieve algunas cuestiones que me parecen fundamentales para entender la relevancia del control de convencionalidad.

En primer lugar, hay que reafirmar la importancia de que todo el análisis del control de convencionalidad es una pieza clave para evitar el riesgo de que los Estados incurran en responsabilidad internacional. Esto se realiza mediante la incorporación de estándares, aplicación directa de normas internacionales y análisis de la compatibilidad de las normas internas con la CADH por parte de los órganos públicos llamados a dar cumplimiento a las obligaciones internacionales, principalmente, aunque no de manera exclusiva, en la labor jurisdiccional. Este ejercicio se basa en la consideración de que el control de convencionalidad sí tiene un sustrato jurídico, que se encuentra en la conjugación normativa de los artículos 1.1, 2º y 29 de la CADH y en los principios del derecho internacional público.

Hay que poner de relieve la importancia de la obligación de garantía como pilar fundamental en el actuar del Estado, y aquí es donde el control de convencionalidad es clave para asegurar que se dé pleno goce y ejercicio de los derechos consagrados en la Convención, de conformidad con los estándares internacionales. En este sentido, el control de convencionalidad no viene a ser una obligación nueva, sino más bien la concreción jurisdiccional de la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno

de los Estados. En este contexto, es claro a estas alturas que el control de convencionalidad se implementa en cada Estado conforme a su regulación interna, sin que la Corte IDH imponga un determinado sistema de control de constitucionalidad. La experiencia comparada que hemos revisado va en dicho sentido.

En definitiva, cuando el control de convencionalidad se perfila como un instrumento relevante para la protección de los derechos fundamentales y legitima el actuar del Estado, el diálogo jurisprudencial se constituye en herramienta fundamental a la hora de desarrollar estándares comunes que tiendan a la efectividad del sistema.

## Bibliografía

- ANTONIAZZI, Mariela: “¿La democracia como principio del *ius constitutionale commune* en América Latina? Construcción, reconstrucción y desafíos actuales para la justicia constitucional”, en: Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antoniazzi (coords.): *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ‘Ius Constitutionale Commune’ en América Latina?* (t II), México D. F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010.
- CASTILLA, Karlos: “El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia Radilla Pacheco”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, 2011, pp. 593-694.
- FERRAJOLI, Luigi: *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid-México: Editorial Fontamara, 2008.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo: “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad a la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, n° 131, 2011, pp. 917-967.
- GÓNGORA MERA, Manuel E.: “Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas”, en Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antoniazzi (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ‘Ius Constitutionale Commune’ en América Latina?* (t. II), México D. F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010.
- HITTERS, Juan Carlos: “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, en *Revista de Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca, año 7, n.º 2, 2009, pp. 109-128.

- LONDOÑO LÁZARO, María: “El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM, n.º 128, 2010, pp.761-814.
- MARIÑO, Fernando: *Derecho internacional público, parte general*, Madrid: Trotta, 2005.
- NASH ROJAS, Claudio: *La concepción sobre derechos fundamentales en Latinoamérica: tendencias jurisprudenciales*, México: Editorial Fontamara, 2010.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro: “El “control de convencionalidad” como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano”, en: en Armin von BOGDANDY, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antoniazzi (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ‘Ius Constitutionale Commune’ en América Latina?* (t. II), México D. F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, pp. 449-468.
- \_\_\_\_\_ “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, en *Revista de Estudios Constitucionales*, Centro de estudios constitucionales Universidad de Talca, año 8, n.º1, 2010, pp. 117-136.

## Jurisprudencia

- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA: *Acción de inconstitucionalidad*. sentencia C-1319/2001.
- \_\_\_\_\_ *Acción de inconstitucionalidad*, sentencia C-228/2002.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos: *19 comerciantes vs. Colombia*, 5 de julio de 2004, fondo, reparaciones y costas.
- \_\_\_\_\_ *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006.
- \_\_\_\_\_ *Caso Barrios Altos vs. Perú*, fondo, 14 de marzo de 2001.
- \_\_\_\_\_ *Boyce y otros vs. Barbados*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 20 de noviembre de 2007.
- \_\_\_\_\_ *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 26 de noviembre de 2010.
- \_\_\_\_\_ *Caso De la masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala* (2009), excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 24 de noviembre de 2009.
- \_\_\_\_\_ *Caso Gelman vs. Uruguay*, fondo y reparaciones, 24 de febrero de 2011.
- \_\_\_\_\_ *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 24 de noviembre de 2010.
- \_\_\_\_\_ *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, fondo, reparaciones y costas, 1º de septiembre de 2010.
- \_\_\_\_\_ *Caso La Cantuta vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, 29 de noviembre de 2006.
- \_\_\_\_\_ *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, fondo, reparaciones y costas, 25 noviembre de 2003.

\_\_\_\_\_ *Caso Radilla Pacheco vs. México*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 23 de noviembre de 2009.

\_\_\_\_\_ *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, opinión consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994.

\_\_\_\_\_ *Caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 24 de noviembre de 2006.

\_\_\_\_\_ *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, fondo, 26 de julio de 1988.

\_\_\_\_\_ *Caso Vélez Loo vs. Panamá*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 23 de noviembre de 2010.

CORTE SUPREMA DE COSTA RICA, SALA CONSTITUCIONAL: *Acción de inconstitucionalidad*, sentencia n° 2313, 9 de mayo de 1995.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN MEXICANA: Sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 14 de julio de 2011.

## Fuentes

CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José de Costa Rica), suscrita en San José de Costa Rica en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969.

CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE DERECHO DE LOS TRATADOS U.N. Doc A/CONF.39/27, 1969.

Humberto Nogueira Alcalá (Chile)\*

## Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile\*\*

### RESUMEN

En el presente artículo se realiza el análisis de los jueces nacionales como jueces de control de convencionalidad y sus fundamentos jurídicos, como asimismo el tipo posible de diálogo entre las jurisdicciones nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, además de las modalidades en que se puede concretar dicho diálogo por parte de las judicaturas nacionales. Se concluye con un análisis del uso de la jurisprudencia de la CIDH por parte de las sentencias del Tribunal Constitucional chileno.

**Palabras clave:** control de convencionalidad, Chile, derechos humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, corpus iuris, diálogo interjurisdiccional, sistema internacional de los derechos humanos.

### ZUSAMMENFASSUNG

Dieser Artikel untersucht die Rolle nationaler Richter bei der Überprüfung der völkerrechtlichen Vertragskonformität des innerstaatlichen Rechts und deren rechtliche Grundlagen sowie die Art, wie ein Dialog zwischen nationalen Gerichten und dem Interamerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte möglich ist. Außerdem klärt er die Modalitäten, unter denen ein solcher Dialog aus Sicht der nationalen Gerichte zustandekommen kann. Abschließend wird analysiert, inwieweit die Rechtsprechung des Interamerikanischen

---

\* El autor es doctor en Derecho Constitucional por la Universidad Católica de Lovaina la Nueva, Bélgica, director del Centro de Estudios Constitucionales de Chile y del Doctorado en Derecho de la Universidad de Talca (Chile), vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, miembro del Consejo Directivo de la Academia Judicial de Chile, profesor titular de Derecho Constitucional (catedrático), Universidad de Talca, Chile. <nogueira@utalca.cl>.

\*\* Artículo parte del proyecto de investigación Fondecyt Regular n.º 1110016-2011-2013 sobre “Análisis de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre utilización del derecho constitucional extranjero y del derecho internacional de los derechos humanos y sus implicancias para el parámetro de control de constitucionalidad”, del cual el autor es investigador principal.



Gerichtshofs für Menschenrechte in die Rechtsprechung des chilenischen Verfassungsgerichts Eingang gefunden hat.

**Schlagwörter** Prüfung der Vereinbarkeit nationalen Rechts mit völkerrechtlichen Verträgen, Chile, Menschenrechte, Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte, Corpus iuris, Dialog zwischen den Gerichten, Internationales System der Menschenrechte.

## ABSTRACT

This paper is a study of national judges as judges of conventionality control and the legal basis of their task. Furthermore, it examines the kind of dialogue which might exist between national jurisdictions and the Inter-American Court of Human Rights, as well as the ways in which national judiciary bodies might carry out this dialogue. It ends with an analysis of the use of the Inter-American Court of Human Rights' case law by Chile's Constitutional Court.

**Keywords:** Conventionality control, Chile, Human rights, Inter-American Court of Human Rights, Corpus juris, Dialogue among jurisdictions, International human rights system.

## 1. Consideraciones iniciales básicas

El sistema interamericano de protección de derechos humanos constituye un sistema internacional acordado por los Estados del sistema interamericano con el objeto de establecer estándares mínimos comunes en materia de respeto, garantía y adecuación de los ordenamientos jurídicos nacionales fijados convencionalmente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Los Estados partes, asimismo, han acordado el establecimiento de un sistema de control del cumplimiento de dichos estándares por medio de dos organismos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta última constituye una jurisdicción vinculante para los Estados partes, cuyas sentencias constituyen obligaciones de resultado, las cuales no son objeto de recurso alguno. Dicha jurisdicción mantiene la supervigilancia del cumplimiento de los fallos hasta que el respectivo Estado parte cumple con todas las medidas de reparación determinadas por la Corte. Este es el objeto y fin del sistema interamericano de derechos humanos.

### 1.1. La caracterización de los tratados de derechos humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) precisa las características que identifican a los tratados de derechos humanos y las diferencias de los tratados que se concretan tradicionalmente en mutuo beneficio de los intereses de las partes contratantes:

... los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional,

concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.<sup>1</sup>

Sobre la materia ya se había manifestado la CIDH en sus primeras opiniones consultivas, determinando las especificidades que vienen dadas de las convenciones o tratados de derechos humanos, por el carácter de instrumentos de protección de derechos a favor de los individuos,<sup>2</sup> de donde se desprende que los Estados tienen la obligación de respetar los tratados internacionales de derechos humanos y proteger a cualquier individuo que se encuentre bajo su jurisdicción.

## **1.2. Las obligaciones generales que generan los tratados de derechos humanos para los Estados partes: la Convención Americana sobre Derechos Humanos**

### ***1.2.1. Es deber del Estado parte respetar y garantizar los derechos asegurados convencionalmente***

El artículo 1º de la CADH determina para los Estados parte la obligación jurídica de respetar y garantizar los derechos asegurados por ella:

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Las obligaciones contenidas en el derecho convencional internacional, con mayor razón aún si se trata de derechos fundamentales, sobre todo si el Estado es parte de la

<sup>1</sup> Opinión consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982, denominada *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana* (Arts. 74 y 75). En el mismo sentido se expresa la Corte Interamericana en el caso del *Tribunal Constitucional vs. Perú*, sentencia de 24 de septiembre de 1999, competencia, serie C, n.º 55, párrafo 42.

<sup>2</sup> Ver: Opinión consultiva OC-1/82, de 24 de septiembre de 1982, párrafo 24; opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de septiembre de 1982, OC-2/82, párrafo 29.

Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, el cual es parte, además, del derecho interno, constituye para los jueces derecho directamente aplicable y con carácter preferente por sobre las normas jurídicas legales internas, ya que el propio ordenamiento jurídico hace suyos los artículos 26 y 31.1, por una parte, y el 27 de la Convención, por otra; los primeros determinan la obligación de cumplir de buena fe las obligaciones internacionales (*pacta sunt servanda y bona fide*), el artículo 27, a su vez, establece el deber de no interponer obstáculos de derecho interno al cumplimiento de las obligaciones internacionales. En esta materia, la CIDH ha sido extremadamente clara al respecto:

125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que “[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”.<sup>3</sup> Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.<sup>4</sup>

Asimismo, la CIDH en el caso *La última tentación de Cristo* ha precisado que:

En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial.<sup>5,6</sup>

A su vez, la CIDH, desde el primer caso conocido jurisdiccionalmente, en la sentencia en el caso *Velásquez Rodríguez*, en forma uniforme y reiterada ha determinado:

La segunda obligación de los Estados partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes 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. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar

---

<sup>3</sup> Cfr. *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1º y 2º Convención Americana Sobre Derechos Humanos)*, opinión consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, serie A, n.º 14, párrafo 35.

<sup>4</sup> Corte IDH: *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, n.º 154, párrafo 125.

<sup>5</sup> Cfr. “Principe allant de soi”; *Echange des populations grecques et turques*, avis consultatif, 1925, CPJI, série B, n.º 10, p. 20; y caso *Durand y Ugarte*, *supra* nota 20, párrafo 136.

<sup>6</sup> 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, n.º 73, párrafo 87.

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.<sup>7</sup>

Finalmente, la CIDH ha precisado que la obligación de garantizar los derechos asegurados en la Convención:

... no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.<sup>8</sup>

### **1.2.2. El deber del Estado de adecuar su ordenamiento jurídico y conducta a las obligaciones convencionales**

A su vez, el artículo 2 de la CADH establece el deber de adoptar disposiciones de derecho interno por los Estados partes de ella, en sus expresiones:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1º no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

La CADH establece la obligación general de cada Estado parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Ello significa que el Estado debe adoptar todas las medidas para que aquello establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo determina el artículo 2º de la Convención. Dicho deber general del Estado parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención, como ha precisado la CIDH en su jurisprudencia.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Corte IDH: *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, fondo, sentencia de 29 de julio de 1988, serie C, n.º 4, párrafo 166. La Corte se había pronunciado previamente respecto de excepciones preliminares en sentencia de 26 de junio de 1987, serie C, n.º 1.

<sup>8</sup> Corte IDH: *Caso La Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de enero de 2006, serie C, n.º 140, párrafo 142.

<sup>9</sup> 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, n.º 73, párrafo 87.

Podemos señalar, concordando con Cecilia Medina, que el artículo 1º de la CADH establece obligaciones de exigibilidad inmediata que el Estado tiene respecto a todas las personas sometidas a su jurisdicción, sin discriminación.<sup>10</sup>

Por otra parte, es necesario referirse a la obligación general de los Estados partes contenida en el artículo 2º de la CADH, a través de la cual “se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

La adopción de medidas legislativas que la CADH establece como deber del Estado cuando no se encuentran debidamente asegurados y garantizados los derechos convencionales, implica el deber estatal de adoptar medidas que adecuen el derecho interno, desde el texto constitucional hasta la última disposición administrativa, de manera que el ordenamiento jurídico del Estado parte asegure y garantice los atributos que integran los respectivos derechos convencionales y sus garantías, en los estándares mínimos determinados por la CADH. Sobre dichos estándares el Estado tiene siempre la libertad de asegurar mayores atributos y garantías de los derechos que los establecidos convencionalmente. Asimismo, en la materia rigen como reglas interpretativas básicas contenidas en la misma Convención, en su artículo 29, los postulados o principios de “progresividad” y “favor persona”,<sup>11</sup> este último derivado del artículo 29, literal b de la CADH, lo que posibilita aplicar los estándares de otros tratados en que el Estado forme parte que establecen estándares superiores de atributos y garantías de los derechos que los contenidos en la CADH.

Al ratificar la CADH como también otros tratados sobre derechos humanos, el Estado, en el ejercicio de su potestad pública (soberanía) ha consentido en limitar su propio poder en beneficio de un bien superior a éste, que es el respeto de la dignidad inherente a toda persona humana que se expresa en el reconocimiento de derechos humanos o fundamentales, los cuales se constituyen como un límite al ejercicio del poder estatal. En tal sentido, ello implica reconocer que el poder del Estado, la soberanía estatal, se encuentra limitada en su ejercicio por el respeto y garantía efectiva de tales derechos, reconociendo los Estados partes de la CADH, jurisdicción a ésta para que determine con carácter vinculante y con la obligación del Estado parte de acatar la sentencia y concretarla

---

<sup>10</sup> Cecilia Medina Quiroga: “Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *III Curso especializado para funcionarios de Estado sobre utilización del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos*, materiales bibliográficos n.º 1, San José, p. 246.

<sup>11</sup> El principio pro homine o favor persona la CIDH lo ha aplicado reiteradamente. A manera ejemplar se pueden citar en las opiniones consultivas 1/82, párrafo 24; OC-5/85, *La colegiación obligatoria de periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), párrafo 52; la opinión consultiva OC-7/86, de 29 agosto de 1986, especialmente la opinión separada del magistrado Rodolfo Piza Escalante; la opinión consultiva OC 18/03 (condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados), párrafo 156; como en los casos contenciosos, entre los cuales puede citarse el caso *Ricardo Canese*, párrafos. 180 y 18; el caso de la *Masacre de Mapiripán*, párrafo 106; el caso *Ivcher Bronstein con Perú*, párrafos 42 y 54.

como obligación de resultado, aunque ello implique la reforma misma de la Constitución, como ocurrió en el caso *La última tentación de Cristo*, en el cual la sentencia de la CIDH ordenó que el Estado de Chile debía modificar el artículo 19 n.º 12, inciso final, de la Constitución, por ser contrario al artículo 13 de la Convención que asegura el derecho a la libertad de expresión e información sin censura previa.

El Estado parte de la CADH debe eliminar de su ordenamiento jurídico y está impedido de crear o generar leyes que vulneren los derechos asegurados convencionalmente,<sup>12</sup> como ocurrió en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* con el DL 2191 de 1978 de Amnistía; o en el caso *La Cantuta vs. Perú*<sup>13</sup> con leyes de amnistía,<sup>14</sup> o más recientemente, en el caso *Gelman vs. Uruguay*<sup>15</sup> sobre la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, determinando que estos preceptos legales carecen de efectos jurídicos, vale decir, son inaplicables.

Los Estados partes de la CADH deben abstenerse de emitir resoluciones judiciales que constituyan actos arbitrarios e írritos que vulneren derechos humanos, los cuales se declaran sin valor y eficacia jurídica, como ha ocurrido en el caso *Palamara Iribarne vs. Chile*,<sup>16</sup> como asimismo en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*,<sup>17</sup> o el reciente caso *Atala y niñas vs. Chile*, para sólo señalar tres casos chilenos. A su vez, la expresión “medidas [...] de otro carácter” que determina la Convención en su artículo 2º, implica que los órganos jurisdiccionales ordinarios o especiales que contempla el ordenamiento estatal, en cuanto órganos del Estado, se encuentran vinculados directa e inmediatamente por los derechos asegurados convencionalmente, más aún cuando el ordenamiento jurídico estatal al ratificar la Convención, la convierte en derecho interno sin que deje de ser simultáneamente derecho internacional. Así, la norma convencional en esta doble dimensión, de norma interna e internacional, vincula a los jueces ordinarios, constitucionales y otros especiales, a respetar y a garantizar los atributos y garantías de los derechos asegurados por dicha normativa en el estándar mínimo asegurado convencionalmente. Como ha precisado la CIDH en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*:

123. La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el

<sup>12</sup> *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la convención (Arts. 1º y 2º Convención Americana Sobre Derechos Humanos)*, opinión consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, serie A, n.º 14.

<sup>13</sup> Corte IDH: *Caso La Cantuta vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 29 de noviembre de 2006, serie C, n.º 162.

<sup>14</sup> Como se explicita en el caso, “En consecuencia dichas ‘leyes’ no han podido generar efectos, no los tienen en el presente ni podrán generarlos en el futuro”.

<sup>15</sup> Corte IDH: *Caso Gelman vs. Uruguay*, fondo y reparaciones, sentencia de 24 de febrero de 2011, serie C, n.º 221, párrafo 223.

<sup>16</sup> Corte IDH: *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 22 de noviembre de 2005, serie C, n.º 135.

<sup>17</sup> Corte IDH: *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, n.º 154.

aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.<sup>18</sup>

En tal perspectiva, no debe olvidarse que cuando llega un caso al sistema interamericano de protección de derechos fundamentales y el Estado es condenado, es porque ha fallado una instancia jurisdiccional del sistema nacional, ya que para acceder al sistema interamericano deben haberse agotado previamente las instancias jurisdiccionales internas. Así ocurrió con los casos chilenos *La última tentación de Cristo*,<sup>19</sup> *Palamara*,<sup>20</sup> *Claude Reyes vs. Chile*<sup>21</sup> y *Almonacid y otros vs. Chile*.<sup>22</sup>

Es conveniente dejar establecido que la CIDH ha establecido que no existe jerarquía entre los derechos específicos protegidos en la CADH, lo que no permite afirmar la existencia de un núcleo de derechos más importante que otros de aquellos asegurados convencionalmente: “no hay jerarquía de derechos en la Convención”,<sup>23</sup> sino sólo hay algunos que son más protegidos que otros durante los estados de excepción constitucional.

En definitiva, cuando un Estado ha manifestado su consentimiento en aceptar la competencia de órganos internacionales de protección de derechos humanos, admite

---

<sup>18</sup> Corte IDH: *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, n.º 154, párrafo 123.

<sup>19</sup> 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, n.º 73. El caso llega a la CIDH después de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia.

<sup>20</sup> Corte IDH: *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 22 de noviembre de 2005, serie C, n.º 135. El caso llega a la CIDH después de una sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas y Juzgado Naval de Magallanes.

<sup>21</sup> Corte IDH: *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 19 de septiembre de 2006, serie C, n.º 151. La CIDH conoce de la materia después de pronunciamientos de sentencias en recurso de protección de la Corte de Apelaciones de Santiago y de sentencia en recurso de queja de la Corte Suprema de Justicia.

<sup>22</sup> Corte IDH: *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, n.º 154. La CIDH se pronuncia después de sentencias de la Corte Marcial y de la Corte Suprema de Justicia.

<sup>23</sup> Corte IDH: *Caso Villagrán Morales y otros (caso “Niños de la calle”) vs. Guatemala*, sentencia de 26 de mayo de 2001.

que la determinación de la infracción del pacto o convención internacional determinado por dichos órganos jurisdiccionales o cuasijurisdiccionales, según sea el caso, genera la responsabilidad internacional del Estado, con todas sus consecuencias jurídicas y políticas. En el caso de la CADH, debemos tener presente que su artículo 68,1 precisa que “los Estados partes han asumido el compromiso de cumplir las decisiones de la Corte, en todo caso en que sean partes; de allí que las sentencias de la Corte Interamericana son de obligatorio cumplimiento”.

## 2. El control de convencionalidad

El control de convencionalidad constituye como señala Albanese una “garantía destinada a obtener la aplicación armónica del derecho vigente”,<sup>24</sup> con sus fuentes internas, internacionales o supranacionales.

### 2.1. El control de convencionalidad en sede internacional

El control de convencionalidad en el plano externo al Estado, en el ámbito del derecho internacional, constituye la competencia asignada a un tribunal internacional o supranacional para que éste determine cuándo los Estados partes, a través de sus normas u actos, vulneran el derecho convencional y generan por medio de ellos responsabilidad internacional. En el caso del sistema interamericano de protección de derechos humanos ese tribunal es la CIDH, a la que se le ha dotado de jurisdicción vinculante cuyas decisiones irrecurribles constituyen obligaciones de resultado para los Estados partes, como asimismo para cada uno de los órganos y agentes estatales que lo integran, entre ellos sus jueces.

La CIDH ejerce control de convencionalidad cada vez que determina que un Estado del sistema interamericano, a través de uno de sus órganos (cualquiera de ellos) o un agente de un órgano estatal, por acción u omisión, por aplicación de normas jurídicas internas o por conductas contrarias a los derechos asegurados en la Convención, no cumple con las obligaciones de respeto y garantía de los derechos que son de carácter directo e inmediato, o no utiliza las competencias de las que está dotado para adecuar el ordenamiento jurídico a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2º de la Convención, en relación con un atributo de uno o más derechos específicos asegurados por la CADH. Puede sostenerse, por tanto, que desde su primera sentencia, la CIDH ha ejercido control de convencionalidad.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> Susana Albanese (coord.): *El control de convencionalidad*, Buenos Aires: Ediar, 2008, p. 15.

<sup>25</sup> Sobre el desarrollo del concepto de control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana ver: Juan Carlos Hitters: “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación”, en *Revista Estudios Constitucionales*, año 7, n.º 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Campus Santiago, Universidad de Talca, 2009, pp. 109-128.



No debemos olvidar que el control jurisdiccional desarrollado por la CIDH es un control subsidiario, que se emplea cuando todos los controles jurisdiccionales nacionales han fallado y no queda otra alternativa a la persona a la cual se han vulnerado sus derechos que ocurrir al amparo interamericano, para obtener la protección del derecho conculcado.

El control de convencionalidad en sede internacional de la CIDH implica que las infracciones a los atributos y garantías de los derechos fundamentales cometidas por los jueces ordinarios, constitucionales o especiales (Estado juez) tienen hoy consecuencias internacionales que hace sólo unas décadas atrás no tenían, gracias a la existencia de los mecanismos de protección internacional de derechos, entre ellos, en el ámbito regional americano, la CISH y la existencia del amparo interamericano de derechos, lo cual demuestra que, en la actualidad, los custodios jurisdiccionales nacionales están custodiados por custodios jurisdiccionales internacionales y supranacionales.

Este mecanismo se ha reforzado por la *puesta en cuestión de la autoridad de cosa juzgada*, especialmente en materia penal, por la jurisdicción interna, debiendo reexaminarse las decisiones jurisdiccionales internas consideradas contrarias a la CADH, como ha sido precisado en *Barrios Altos vs. Perú* y *Almonacid Arellanos vs. Chile*.

La CIDH, sobre la base del *corpus iuris* interamericano va construyendo el *patrimonio jurídico común mínimo de los Estados americanos*. Las concepciones comunes se van desarrollando y consolidando, contribuyendo a ello la jurisprudencia de las jurisdicciones de los Estados signatarios.

Es a partir del examen de la evolución de las jurisprudencias nacionales que la CIDH desarrolla la interpretación evolutiva de la CADH. Ella lo hace teniendo en cuenta los cambios sociales percibidos por los jueces internos en la estructura y concepción de la familia, el matrimonio, el transexualismo, sobre la vida humana (su inicio y su término), para sólo señalar algunos de ellos.

La efectividad de las decisiones de la CIDH reposa, entre otros aspectos, en la voluntad cooperadora de los jueces nacionales. Aun cuando la decisión no sea en un caso concreto de un Estado parte, la jurisprudencia de la CIDH constituye para los jueces de todos los Estados partes una fuente de inspiración, como asimismo conlleva un argumento de autoridad en que apoyar las decisiones jurisdiccionales nacionales.

## **2.2. El control de convencionalidad que deben ejercer los jueces nacionales en cuanto Estado juez**

Lo más novedoso del concepto de control de convencionalidad explicitado por la CIDH es que dicho control también corresponde ejercerlo a los jueces y tribunales nacionales, los cuales de acuerdo al artículo 2º de la CADH deben adoptar a través “de las medidas [...] de otro carácter” que son, entre otras, las resoluciones jurisdiccionales, a través de las cuales debe cumplirse con el objeto de respetar y garantizar los derechos e impedir que el Estado incurra en responsabilidad internacional por violación de derechos humanos en virtud de sus propios actos jurisdiccionales.

El juez nacional es el juez natural de la CADH. Es él el cual, en primer lugar, hace la aplicación y arriesga la interpretación. Es en reacción, positiva o negativa, a sus tomas de posición preliminares que la CIDH construye el derecho interamericano. Se concreta así entre las jurisdicciones de los Estados y la CIDH un diálogo y cooperación leal, donde la base de las discusiones ulteriores está constituida por las decisiones de los jueces nacionales.

El juez nacional en cuanto intérprete y aplicador de *corpus iuris* interamericano, es llevado a conocer un contencioso antes que éste llegue a manos de la Corte Interamericana. Por tanto, respondiendo a los medios invocados por las partes, deberá considerar en lo pertinente la CADH y el *corpus iuris* interamericano, debiendo realizar una interpretación de éste, considerando la jurisprudencia de la CIDH, si existe, sobre la materia. El no hacerlo implica el riesgo de la condena del Estado parte por violación de derechos humanos, siendo el acto responsable de tal vulneración el de un tribunal nacional.

El juez nacional debe aplicar el *corpus iuris* interamericano y la jurisprudencia de la CIDH, y también los métodos de interpretación desarrollados por la CIDH: la interpretación evolutiva, la interpretación dinámica, el principio favor persona, el principio de progresividad, el principio de ponderación; todo lo que constituye una fuente de ampliación de su poder creador de derecho.

El juez nacional puede proponer interpretaciones de la CADH y del *corpus iuris* interamericano que enriquezcan la visión de éste, ya que dichas cuestiones no han sido abordadas antes por la CIDH, y no existen pronunciamientos acerca de ellas. En tal sentido, el juez nacional puede desarrollar una interpretación innovadora. Él puede iniciar un diálogo en dirección del juez interamericano, el que luego puede ser retomado por este último, como ya señalaba F Sudre.<sup>26</sup>

El juez nacional debe proceder a esta innovación, estudiando la jurisprudencia interamericana, para pronosticar cuál será la solución desarrollada por el juez interamericano en contenciosos inéditos. Si el juez nacional actúa de otra manera, arriesga la condena posterior de parte de la CIDH.

El juez nacional puede también proceder a una interpretación extensiva que puede llevarlo más allá de la interpretación desarrollada por la CIDH. Así, puede asumir una interpretación de la Convención que favorezca una ampliación del campo de aplicación del derecho garantizado y, en consecuencia, sometiendo al respeto de este derecho situaciones que no han sido analizadas ni resueltas por la jurisprudencia de la CIDH.

Ello se inserta en el principio de subsidiaridad a el dejar a las instancias nacionales la libertad de garantizar una protección de los derechos superior al estándar conferido por la CIDH. Nada impide al juez nacional ir más allá de las soluciones de San José, desarrollando una tarea más dinámica que la de la CIDH, lo que podría influir en la modificación de la jurisprudencia interamericana.

---

<sup>26</sup> F. Sudre: "A propos du 'dialogue des juges' et du control de conventionalité", en *Études en l'Honneur de Jean Claude Gauthron. Les dynamiques du droit européen en début du siècle*, París: Pedone, 2004, p. 218.

Esta tarea del juez nacional, de anticipación, utilizando el *corpus iuris* interamericano, sirve doblemente al justiciable. Por una parte, le evita un recurso largo y fastidioso ante la jurisdicción interamericana, iniciándolo ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Por otra parte, permite el enriquecimiento mutuo de la jurisprudencia interamericana y nacional por una mayor efectividad de los derechos convencionales.

Hay así un intercambio bilateral o multilateral mediante el entrelazamiento de propósitos en un mismo logos o coloquio, que reposa sobre un reforzamiento de cada uno a su convicción de construir soluciones mediante un esfuerzo común.

Las soluciones innovadoras de la judicatura nacional podrán influir a la CIDH, para lo que deberá esperarse que el juez interamericano conozca un caso similar, por lo que el diálogo mientras ello no ocurra será sólo potencial, o si la CIDH retoma la jurisprudencia nacional en un caso futuro, el diálogo será entonces efectivo.

Los jueces nacionales no deben tener una actitud pasiva o una actitud de autonomía respecto a la CIDH, sino una actitud de cooperación y de coordinación voluntaria donde el juez nacional no solamente buscará comprender el espíritu de las soluciones jurisprudenciales emitidas por la CIDH, sino que asumirá un rol activo de interpretación y aplicación de la Convención en derecho interno.

El concepto de control de convencionalidad fue establecido formalmente por la CIDH, por primera vez, en forma unánime, en la sentencia *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, el 26 de septiembre de 2006, señalando que:

124 .La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.<sup>27</sup>

La obligación por parte de los jueces nacionales de concretar el control de convencionalidad fue reiterada en forma uniforme en diversos fallos de la CIDH, sin mayores variantes,<sup>28</sup>

<sup>27</sup> Corte IDH: *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, n.º 154, párrafo 124.

<sup>28</sup> Los casos *La Cantuta vs. Perú*, sentencia del 29 de noviembre de 2006, considerando 173; en el caso *Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Serie C, n.º 162, del 24 de noviembre de 2006, párrafo 128.

hasta llegar al caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, donde la CIDH precisó en mejor forma el control de convencionalidad. A este respecto señaló:

128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.<sup>29</sup>

A su vez, en el caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, de 2008, la CIDH precisó:

180. La Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.<sup>30</sup> Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina “control de convencionalidad”, según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos.<sup>31,32</sup>

En el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, del 26 de noviembre de 2010,<sup>33</sup> la CIDH introdujo nuevas precisiones al control de convencionalidad que deben desarrollar las jurisdicciones nacionales:

<sup>29</sup> Corte IDH: *Caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2006, serie C, n.º 158, párrafo 128.

<sup>30</sup> Cfr. Corte IDH: *Casos Castillo Petruzzi y otros*, *supra* nota 17, párrafo 207; *Almonacid Arellano y otros*, *supra* nota 10, párrafo 118, y *Salvador Chiriboga*, *supra* nota 6, párrafo 122.

<sup>31</sup> Cfr. Corte IDH: *Casos Almonacid Arellano y otros*, *supra* nota 10, párrafo 124, y *Boyce y otros*, *supra* nota 20, párrafo 113.

<sup>32</sup> Corte IDH: *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 12 de agosto de 2008, serie C, n.º 186, párrafo 180.

<sup>33</sup> Corte IDH: *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de noviembre de 2010, serie C, n.º 220.

225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, *todos sus órganos, incluidos sus jueces*, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. *Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles* están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, *los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia* deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. (Enfasis añadido)

En 2011, en la sentencia del caso *Gelman vs. Uruguay*, la CIDH reiteró una vez más su jurisprudencia. En este sentido expresó:

193. Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.<sup>34,35</sup>

En el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, del 24 de febrero de 2012, la Corte reiteró elementos básicos de dicho control de convencionalidad y precisó su carácter de intérprete último de la Convención Americana:

---

<sup>34</sup> Cfr. *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, n.º 154, párrafo 124; *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia)*, *supra* nota 16, párr. 176, y *Cabrera García y Montiel Flores*, *supra* nota 16, párr. 225.

<sup>35</sup> Corte IDH: *Gelman vs. Uruguay*, fondo y reparaciones, sentencia de 24 de febrero de 2011, serie C, n.º 221, párrafo 193.

282. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.  
[...]

284. En conclusión, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal en el presente caso.<sup>36</sup>

La CIDH ha reiterado uniformemente esta perspectiva hasta el presente en muchos casos,<sup>37</sup> con el objeto de que dicha obligación de concretar el control de convencionalidad sea efectivamente desarrollada por las jurisdicciones nacionales, lo que posibilita, asimismo, descargar a la Corte de un cúmulo de casos que perfectamente pueden ser asumidos por los jueces nacionales, por aplicación de la Convención y de la interpretación de sus enunciados normativos sobre derechos, que ya han sido interpretados y aplicados por la CIDH. Existen claras líneas jurisprudenciales de ésta sobre la materia.

La obligación de aplicar el control de convencionalidad interno por el Estado legislador, por el Estado administrador y por el Estado juez ya existía previamente al caso *Almonacid Arellano vs. Chile*. Lo que hace la CIDH en este caso es simplemente *bautizar* la obligación de los jueces nacionales como *control de convencionalidad*, que no tiene nada de original ya que así se llama también el control que se práctica desde hace varias décadas en Europa respecto de la Convención Europea de Derechos Humanos.

De las sentencias de la CIDH antes precisadas pueden determinarse las obligaciones de los jueces nacionales en términos de hacer cumplir en el derecho interno el respeto y

<sup>36</sup> Corte CIDH: *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, 24 de febrero de 2012, serie C, n.º 239, párrafos 282 y 284.

<sup>37</sup> Corte CIDH: *Casos Heliodoro Portugal vs. Panamá*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 12 de agosto de 2008, serie C, n.º 186, párrafo 180; *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 23 de noviembre de 2009, serie C, n.º 209, párrafo 339; *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, excepciones preliminares, fondo y reparaciones, sentencia de 26 de mayo de 2010, serie C, n.º 213, párrafo 208, nota 307; *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de agosto de 2010, serie C, n.º 214, párrafo 311; *Fernández Ortega y Otros vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 30 de agosto de 2010, serie C, n.º 215, párrafo 234; *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de noviembre de 2010, serie C, n.º 220; *Gelman vs. Uruguay*, fondo y reparaciones, sentencia de 24 de febrero de 2011, serie C, n.º 221, párrafo 193; *López Mendoza vs. Venezuela*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 1º de septiembre de 2011, párrafo 226; *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, sentencia de 24 de febrero de 2012.

la garantía de los derechos humanos convencionalmente asegurados contra toda norma interna que los contravenga, dándole a tales derechos un efecto útil.

Los elementos que componen el control de convencionalidad de acuerdo al diseño establecido por la CIDH, pueden sintetizarse en los siguientes contenidos:

1. Todos los órganos del Estado parte, incluidos los jueces de todos los niveles, están obligados a velar porque los efectos de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, concretando un control de convencionalidad de las normas jurídicas internas.
2. Este control de convencionalidad deben realizarlo los jueces nacionales y los demás órganos estatales ex officio, otorgándole un efecto útil que no sea anulado por aplicación de leyes contrarias a objeto y fin.
3. En dicho control debe tenerse en consideración no sólo el tratado, sino también la interpretación que de éste ha realizado la CIDH como su interprete auténtico y final.
4. El control de convencionalidad se ejerce por cada órgano estatal y por los jueces dentro de sus respectivas competencias y las regulaciones procesales vigentes.
5. Con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos por la CADH.
6. En el control de convencionalidad no se aplica sólo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino también el *corpus iuris* vinculante para el Estado parte, en virtud del artículo 29 de la CADH.

Quando la CIDH se refiere a los jueces nacionales, no alude únicamente a los jueces ordinarios que integran el Poder Judicial, como queda clarificado en la sentencia del caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, donde habla de “todos sus órganos”, refiriéndose al Estado parte que ha ratificado la Convención Americana, “incluidos sus jueces”, los cuales deben velar por el efecto útil del Pacto, como asimismo que “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles” están obligados a ejercer, de oficio, el “control de convencionalidad”. Es claro entonces que todo órgano que ejerza jurisdicción dentro del Estado, lo que incluye obviamente a los tribunales constitucionales, a los órganos que ejerzan jurisdicción electoral, y a todo juez especial que determina el ordenamiento jurídico nacional, además de los jueces ordinarios de todas las instancias, deben ejercer el control de convencionalidad contra normas internas que afecten o vulneren los derechos convencionales. Tales jueces deben asegurar el objeto y fin de la Convención y el respeto y garantía específico de los derechos asegurados convencionalmente. Todos y cada uno de los jueces domésticos deben realizar el control de convencionalidad, integrando en el sistema de toma de decisiones jurisdiccionales los atributos y las garantías de los derechos asegurados por la CADH y los convenios complementarios. Esto da un efecto útil al deber de garantizar tales derechos.

En este velar por el respeto de los estándares mínimos determinados convencionalmente respecto de los atributos y las garantías de los derechos, los jueces deben aplicar siempre el *principio de progresividad y favor persona*<sup>38</sup> que se encuentra en las normas de interpretación de derechos contenidas en el artículo 29, literal b de la CADH,<sup>39</sup> al igual que en el artículo 5° del PIDCP,<sup>40</sup> entre otros tratados de derechos humanos.

Por otra parte, a partir de la última década del siglo pasado y los primeros años de la nueva centuria, las Constituciones han empezado a positivar en los textos constitucionales los postulados de interpretación básicos en materia de derechos humanos,<sup>41</sup> como

<sup>38</sup> Ver entre otros: Mónica Pinto: “El principio pro homine”, en VV. AA.: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires: Editorial Del Puerto, 1997; G. Bidart Campos: “Las fuentes del derecho constitucional y el principio pro homine”, en G. Bidart Campos y Andrés Gil Domínguez (coords.): *El derecho constitucional del siglo XXI: diagnóstico y perspectivas*, Buenos Aires: Ediar, 2000; Álvaro Francisco Amaya Villareal: “El principio pro homine: interpretación extensiva vs. el consentimiento del Estado”, en *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n.º 5, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2005, pp. 337-380.

<sup>39</sup> El artículo 29, literal b de la CADH prescribe que ninguna disposición suya puede ser interpretada en el sentido de “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos estados”.

<sup>40</sup> Art 5° PIDCP: “1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

<sup>41</sup> La *Constitución de Bolivia de 2009*, en su artículo 13. IV determina que “los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”. La *Constitución de Colombia*, en su artículo 93 determina: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. La *Constitución ecuatoriana de 2008*, en su artículo 417 prescribe que “en el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución”. La *reforma constitucional de México de 2011*, en el artículo 1°, incisos 2° y 3° de la Constitución, precisa: “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”. La *Constitución de República Dominicana de 2010*, en su artículo 74, numeral 3° determina: “Los poderes públicos interpretan y aplican las normativas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido mas



son la *interpretación conforme con el derecho internacional de los derechos humanos*, el *principio de progresividad*, el *principio pro homine* o *favor persona*, entre otras reglas de interpretación de derechos, lo que otorga directrices precisas y seguras de interpretación a los jueces nacionales sobre la materia, aun cuando ellas operan como elementos básicos de toda interpretación de derechos fundamentales, incluso al no encontrarse positivadas en el texto constitucional respectivo, por la necesaria aplicación del artículo 29 de la CADH, que en todos los Estados partes integra el derecho interno y es de preferente aplicación por sobre las fuentes formales generadas internamente.

El control de convencionalidad deben concretarlo cada uno y todos los jueces cuando lo soliciten las partes. Pero si ellas no lo demandan, constituye un deber del juez aplicar el *control de convencionalidad "ex officio"*, como se explicita en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Esta línea jurisprudencial se mantiene uniformemente hasta la actualidad.

La CIDH entiende que los jueces nacionales conocen y deben aplicar el derecho convencional, *iura novit curia*,<sup>42</sup> por ser no sólo derecho internacional ratificado y vigente, de aplicación preferente, sino también derecho interno. Por tanto, cada vez que un juez dentro de sus competencias y de acuerdo a los procedimientos establecidos deja de aplicar el derecho convencional que asegura los derechos fundamentales, da lugar a un acto írrito que carece de valor jurídico, siendo un acto contrario a derecho, que vulnera derechos humanos y genera responsabilidad internacional del Estado, en cuanto el juez es un agente del mismo Estado, es el Estado juez, si ello no se corrige en el derecho interno, antes de llegar al sistema interamericano.

En esta tarea de control de convencionalidad, los jueces deben tener en consideración la norma jurídica positiva que se encuentra en el tratado, y también la interpretación auténtica que ha establecido la CIDH en el ámbito de su competencia de interpretación y aplicación de la Convención, en cuanto intérprete último de los derechos asegurados y garantizados en la Convención,<sup>43</sup> según lo dispuesto en ella misma, como lo determina la CIDH desde el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*. La Corte entiende que su jurisprudencia debe servir de base para la aplicación de la CADH. Así lo establece claramente en

---

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". La Constitución del Perú de 1993, en su disposición cuarta transitoria dispone: "Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú". La Constitución de Venezuela de 1999, en su artículo 23, determina: "Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público".

<sup>42</sup> El juez dispone de la facultad y el deber de aplicar las disposiciones convencionales en el litigio, aun cuando las partes no las invoquen.

<sup>43</sup> Sobre este aspecto ver artículos 62.1 y 62.3 de la CADH.

diversas otras sentencias, entre ellas *Boyce y otros vs. Barbados*, cuando determina que los jueces deben "... tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención".<sup>44</sup> Así, la interpretación formulada por la CIDH debe entenderse incorporada a la norma interpretada, mientras ella no cambie de posición, de la misma manera como se entiende operativa la interpretación de la Corte Suprema o del Tribunal Constitucional respecto de la norma constitucional interpretada, en aquellos casos en que dicha interpretación es vinculante.

No podemos sino concordar con Ferrer Mac-Gregor en su voto razonado en la sentencia de la CIDH en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, cuando afirma que "la jurisprudencia de la Corte IDH adquiere 'eficacia directa' en todos los Estados nacionales que han reconocido expresamente su jurisdicción, con independencia de que derive de un asunto donde no han participado formalmente como 'parte material'. Lo anterior, debido a los efectos de la norma convencional interpretada, que produce 'efectos expansivos' de la jurisprudencia convencional y no sólo eficacia subjetiva para la tutela del derecho y libertad en un caso particular sometido a su competencia".<sup>45</sup>

El control de convencionalidad implica que todos los jueces de los Estados partes de la Convención, en cuanto expresión del Estado juez, se encuentran vinculados por ésta, como asimismo por la interpretación que ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos del mencionado instrumento. Ello implica que los Estados partes del sistema deben asumir, más allá del Estado específico directamente obligado por la respectiva sentencia de acuerdo al artículo 68 numeral 1º de la CADH, la *ratio decidendi* o *holding* de la sentencia, en cuanto interpretación fidedigna y auténtica de la Convención emanada de su intérprete final. Esto constituye un aporte jurisprudencial de la CIDH al desarrollo del sistema interamericano, lo que algunos autores han llamado "interpretación mutativa por adición".<sup>46</sup> Para facilitar la eficacia general *con efectos de norma interpretada, que tienen los fallos de la CIDH*, la CADH en su artículo 69 establece que el fallo, además de notificarse al Estado parte objeto de la controversia, debe también ser "transmitido a los Estados parte de la Convención", con el objeto de que tengan un conocimiento acabado del bloque convencional interpretado por la CIDH, como intérprete final del *corpus juris* interamericano.

En este plano, es necesario precisar que el control de convencionalidad que exige la CIDH que realicen los tribunales domésticos, es el que *debe* ejercer todo juez de un

---

<sup>44</sup> Corte IDH: *Caso Boyce y otros vs. Barbados*, párrafo 78; *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, párrafo 124.

<sup>45</sup> Eduardo Ferrer Mac-Gregor: Voto razonado en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de noviembre de 2010, serie C, n.º 220, párrafo 79.

<sup>46</sup> Valentín Thury Cornejo: "La revisión del control de convencionalidad difuso y la identidad institucional de la Corte Interamericana", documento inédito presentado a las Jornadas Argentino, Chileno, Peruano, Uruguayas de Asociaciones de Derecho Constitucional, Montevideo, Uruguay, octubre de 2011, p. 4.

Estado parte, *aplicando como estándar mínimo los derechos y garantías contenidos en los derechos asegurados por la CADH*, lo que constituye un *control diferente y distinto del control de constitucionalidad*.

Concordamos con Lucchetti cuando éste destaca la labor del juez en la protección y garantía de los derechos convencionales, ejerciendo de oficio el control judicial de convencionalidad, “y para cumplir con este mandato el juez del Estado parte debe agudizar al máximo su imaginación con el propósito de encontrar el o los caminos a tales fines, tomando como punto de partida la interpretación ya dada a esos derechos y garantías por la Corte Interamericana y, de más está decir que la interpretación de los jueces de un Estado parte debe estar en estricta consonancia con lo prescrito en el artículo 29 de la Convención Americana”<sup>47</sup>

En el control de convencionalidad interno se concreta una especie de comunicación interjurisdiccional entre la CIDH y los tribunales nacionales de todo orden,<sup>48</sup> una interacción que tiene un carácter más bien vertical por la posición de control final que desarrolla la Corte respecto de la aplicación de los derechos efectuada por las jurisdicciones domésticas.

La CIDH busca que los tribunales domésticos implementen la doctrina del seguimiento de su jurisprudencia, con escaso margen de apreciación para los tribunales nacionales. El uso que ella hace de la jurisprudencia de los tribunales domésticos en sus sentencias es la de destacar los fallos nacionales que cumplen con los estándares definidos por ella, como lo explicita en el caso *Gelman vs. Uruguay* respecto de los fallos de la Corte Suprema del Uruguay sobre la Ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado, como los fallos de otros tribunales latinoamericanos sobre la misma materia.<sup>49</sup>

A su vez, puede señalarse que la línea jurisprudencial de la CIDH, junto con resolver los casos concretos de violación de derechos humanos, ha contribuido a que los Estados innoven el ordenamiento jurídico, retirando normativas inconvencionales, como asimismo posibilitando mejorar, como señala Abramovich, “las condiciones estructurales que garantizan la efectividad de los derechos a nivel nacional”<sup>50</sup>

<sup>47</sup> Alberto Lucchetti: “Los jueces y algunos caminos del control de convencionalidad”, en Susana Albanese (coord.): *El control de convencionalidad*, Buenos Aires: Ediar, 2008, p. 142.

<sup>48</sup> Ver voto concurrente de Eduardo Ferrer Mac-Gregor en la sentencia de la CIDH en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de noviembre de 2010, serie C, n.º 220, párrafo 7º; ver también Diego García-Sayán: “Una viva interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: un cuarto de siglo: 1979-2004*, San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, pp. 323-384.

<sup>49</sup> Corte IDH: *Caso Gelman vs. Uruguay*, fondo y reparaciones, sentencia de 24 de febrero de 2011, serie C, n.º 221, párrafo 232.

<sup>50</sup> Víctor Abramovich: “De las violaciones masivas a los patrones estructurales: el nuevo enfoque y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en *Sur-Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 6, n.º 11, p. 10, <[www.revistasur.org](http://www.revistasur.org) [http://www.surjournal.org/esp/contenudos/getArtigo11.php?artigo=11,artigo\\_01.htm](http://www.surjournal.org/esp/contenudos/getArtigo11.php?artigo=11,artigo_01.htm)>.

El desarrollo de este control de convencionalidad interno exige un esfuerzo de capacitación en el adecuado conocimiento de la jurisprudencia de la Corte Interamericana por parte de los jueces nacionales de todos los niveles, jerarquía y materia, al igual que un cierto manejo de la dinámica de la jurisprudencia convencional.

### 3. El diálogo ascendente de los tribunales nacionales con la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Asumiendo el *corpus iuris* interamericano y los métodos interpretativos de los derechos humanos, se pueden establecer las bases de un diálogo, donde el juez interno tiene diversas opciones entre las cuales elegir para concretar este diálogo con la CIDH, por medio de sus resoluciones judiciales que resuelven litigios que podrán o no llegar a San José de Costa Rica.

En este diálogo interjurisdiccional, a partir de la judicatura ordinaria o constitucional interna del Estado parte con la CIDH, el juez nacional puede desarrollar diversas hipótesis interpretativas, a saber:<sup>51</sup> (a) la interpretación extensiva, (b) la interpretación innovadora, (c) la interpretación correctiva, (d) la interpretación receptiva, (e) la interpretación neutralizadora y (f) la interpretación discordante.

#### 3.1. La interpretación extensiva

El juez nacional puede desarrollar una interpretación extensiva que puede llevarlo más allá de los alcances de la interpretación desarrollada por la CIDH. El juez nacional puede asumir así una interpretación de la Convención que favorece una ampliación del campo de aplicación del derecho garantizado y, en consecuencia, sometiendo al respeto de este derecho situaciones que han sido analizadas con un alcance menor hasta el presente por la jurisprudencia de la CIDH en aplicación del *corpus iuris* interamericano.<sup>52</sup>

Se concreta así un intercambio bilateral o multilateral mediante uno o más tribunales nacionales ordinarios o constitucionales en el entrelazamiento de propósitos en un mismo coloquio, que reposa sobre un reforzamiento de cada uno de los tribunales participantes de los Estados partes de la Convención y la CIDH, en su convicción de construir soluciones mediante un esfuerzo común, dialogado, de fortalecimiento de los derechos fundamentales. Las soluciones innovadoras de la judicatura nacional podrán influir en la jurisprudencia futura de la CIDH, para lo que deberá esperarse que el juez

<sup>51</sup> Ver: Frédéric Sudre: "Avant-propos", en VV.AA.: *Le dialogue des juges*, Montpellier: Institut de Droit des Droits de L'Homme, Cahiers de L'IDEDH, n.º 11, Université de Montpellier I, Faculté de Droit, 2007, pp. 8-9.

<sup>52</sup> En un sentido similar para el sistema europeo, ver Madeleine Colombine: "L'anticipation. Manifestation d'un dialogue 'vrai' entre juge national et juge européen ?", en VV.AA.: *Le dialogue des juges*, Montpellier: Institut de Droit des Droits de L'Homme, Cahiers de L'IDEDH, n.º 11, Université de Montpellier I, Faculté de Droit, 2007, p. 132.

interamericano conozca un caso similar al resuelto en los planos nacionales, por lo que el diálogo mientras ello no ocurra será sólo un diálogo potencial. Si la CIDH considera la jurisprudencia nacional en un caso que ella conoce posteriormente, el diálogo será entonces efectivo, sea aprobatorio o reprobatorio de la actuación de la judicatura nacional.

### 3.2. La interpretación innovadora

El juez nacional, mediante la interpretación innovadora, puede abordar algunos derechos contenidos en la CADH sobre los cuales la CIDH puede no haber emitido pronunciamientos hasta el presente. En tal hipótesis, el juez nacional se enfrenta a problemas en los que deberá crear una solución jurisprudencial inédita, considerando el *corpus iuris* interamericano, en los que puede liberarse de la servidumbre de la ley nacional realizando una interpretación de la norma convencional inédita, con la cual franquea el derecho legislado interno y abre la vía al diálogo con el juez de la CIDH, a través de un diálogo ascendente, el cual queda suspendido hasta que la CIDH conociendo de un caso análogo confirme o revierta la decisión adoptada por el juez nacional.

La emancipación interpretativa del juez nacional llega a su máxima expresión cuando éste innova, cuando confrontado al silencio de la jurisprudencia de la CIDH, censura una norma nacional bajo el fundamento directo de la CADH, estableciendo una decisión fundada sobre una interpretación que él propone de la Convención. Así, el juez nacional inicia un diálogo con el juez interamericano que puede ser potencial o efectivo con la CIDH.

El Tribunal Constitucional chileno ha realizado esta interpretación extensiva a partir del derecho al nombre contenido en el artículo 18 de la CADH, artículo 24.2 del PIDCyP de UN, y artículo 7º, párrafos 1º y 2º de la Convención de Derechos del Niño, para desarrollar interpretativamente el derecho a la identidad como derecho esencial, el que luego utiliza como parámetro de control de constitucionalidad para enjuiciar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 206 del Código Civil.<sup>53</sup> Dicha perspectiva también ha sido desarrollada por otros tribunales constitucionales de América Latina, como los de Colombia y Costa Rica.

A través de la interpretación convencional que realiza el juez nacional ordinario o constitucional, éste puede en su interpretación otorgar un alcance más amplio a los atributos que integran un derecho garantizado, o determinar con mayor precisión el alcance de una limitación restrictiva de un derecho fundamental, como también incorporar métodos y enfoques interpretativos con fundamento en el derecho internacional de los derechos humanos.

En la hipótesis antes señalada, el juez nacional se enfrenta a problemas en los que deberá crear una solución jurisprudencial inédita, considerando el *corpus iuris* interamericano, en los que puede liberarse de la servidumbre de la ley nacional realizando

---

<sup>53</sup> Ver sentencias del Tribunal Constitucional chileno, entre ellas las sentencias rol n.º 834 de 2008 y rol n.º 1.340 de 2009.

una interpretación de la norma convencional inédita, con la cual franquea el derecho legislado interno y abre la vía al diálogo con el juez de la CIDH, a través de un diálogo ascendente, el cual queda suspendido hasta que la Corte, al conocer de un caso análogo, confirme o revierta la decisión adoptada por el juez nacional.

La emancipación interpretativa del juez nacional llega a su máxima expresión cuando éste innova, cuando confrontado al silencio de la jurisprudencia de la CIDH, censura una norma nacional, aplicando preferentemente el *corpus iuris* interamericano bajo el fundamento directo de la CADH, estableciendo una decisión fundada sobre una interpretación que él propone de este último. Así, el juez nacional inicia un diálogo con el juez interamericano que puede ser potencial o efectivo con la CIDH. Será potencial si ésta no conoce nunca del caso, y será efectivo si ella llega a conocer de dicho caso o asume dicha solución en otro caso.

### 3.3. La interpretación correctiva o receptiva

La *interpretación correctiva* es aquella jurisprudencia de los jueces nacionales que saca las consecuencias de una condena por la CIDH del Estado parte, lo que genera un cambio en la jurisprudencia nacional, practicando una interpretación conforme al derecho convencional.

Más allá de la voluntad que debemos presumir de buena fe que tienen los jueces de asegurar eficazmente el ejercicio de los derechos fundamentales, el alineamiento de los jueces nacionales sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana constituye una garantía de evitar tanto como sea posible una condena de la CIDH, por desarrollar el juez nacional una interpretación que no alcanza el estándar mínimo exigido por ella. Esta es la conducta esperada de los jueces nacionales en virtud del mandato imperativo del artículo 5º, inciso 2º de la Constitución y el cumplimiento prevalente de los artículos 1º y 2º de la CADH, además de las normas de interpretación de derechos contenidas en ella en su artículo 29, asumiendo el principio interpretativo *pro homine* o “favor persona”, que es la clave básica de interpretación en materia de derechos fundamentales.

La respuesta de los tribunales ordinarios chilenos ha sido aplicar el estándar mínimo fijado por la CIDH después de la sentencia de *La última tentación de Cristo*, no aplicando más censura judicial previa a través de medidas cautelares o sentencias en materia de libertad de expresión, además del acatamiento del Estado en el caso específico, modificando el inciso final del artículo 19 n.º 12 de la Constitución.

Ello se repite en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, donde la Sala Penal de la Corte Suprema aplica el estándar fijado por la CIDH en el caso, estableciendo la no aplicación de amnistía ni prescripción a crímenes desarrollados por agentes del Estado como parte de una política institucional de eliminación física de enemigos políticos, determinando investigación, determinación de responsables, sanción penal y reparación, desde diciembre de 2006 cuando se inaugura la línea jurisprudencial. La decisión de la Corte Suprema de transferir la competencia a la jurisdicción militar, y la decisión del Segundo Juzgado Militar de Santiago de amnistiar, confirmada por la Corte Marcial, con la

sentencia de la CIDH quedaron sin efecto. Las resoluciones de la Corte Suprema y de los tribunales militares, siendo el ministro en visita de la Corte de Apelaciones de Rancagua, Carlos Moreno Vega quien remite oficio para que el Segundo Juzgado militar se inhiba del conocimiento de los hechos, el juez militar desarchiva los autos y los envía al ministro instructor Carlos Moreno. Así, no da lugar a la inhibitoria, trabándose contienda de competencia ante la Corte Suprema que omite pronunciarse sobre el conflicto de competencia y ordena remitir los autos al ministro instructor, el cual dicta resolución en virtud del artículo 68 de la CADH que obliga al Estado a cumplir la sentencia Almonacid Arellano, realizando la tramitación de la causa, siendo acusado y condenado en ella el oficial de Carabineros Raúl Hernán Neveu Cortesi en sentencia de 18 de agosto de 2011, en causa rol n.º 40.184, a cinco años de presidio menor en su grado máximo, sentencia que se encuentra apelada ante la Corte de Apelaciones de Rancagua.

Así, el juez nacional, de cualquier jurisdicción o instancia, cuando debe conocer de un litigio o gestión judicial en la cual una sentencia de la CIDH ha determinado que la ley interna viola la Convención y los derechos humanos, se encuentra enfrentado a una decisión: la de aplicar preferentemente el derecho humano y la Convención, en virtud de las obligaciones constitucionales del artículo 5º, inciso 2º y el artículo 54, n.º 1, inciso 5º de la Constitución, en armonía con los artículos 1.1, 2º y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, siguiendo los estándares mínimos exigidos por la CIDH, o desafiar a ésta y al propio derecho constitucional chileno, aplicando la ley nacional, que se encuentra por debajo de los estándares mínimos del *corpus iuris* interamericano y que el legislador aún no ha modificado, sabiendo de antemano que ello arriesga una condena del Estado chileno por vulneración de derechos humanos en virtud de la actuación del Estado juez.

Cada vez más la actuación prudente y de buena fe lleva a los jueces y ordenamientos jurídicos y constitucionales a alinearse con los estándares mínimos exigidos por el *corpus iuris* interamericano, sin perjuicio de casos excepcionales y aislados que aún se resisten a aplicar preferentemente este cuerpo jurídico con preferencia al derecho interno, lo que lleva a la senda segura de la condena del respectivo Estado parte por la CIDH, con la consiguiente obligación de reparación en cumplimiento obligatorio de la sentencia de la Corte de San José, de acuerdo al artículo 68 de la CADH, salvo que se opte por abandonar el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con todas sus consecuencias jurídicas, políticas y económicas, como ya lo hizo Barbados y la senda emprendida por Venezuela.

### 3.4. La interpretación receptiva

La *interpretación receptiva* de los jueces nacionales es aquella que se conforma a la *ratio decidendi* de las sentencias de condena de otros Estados partes de la CADH por violación de ésta, tomando la iniciativa de cambiar su propia jurisprudencia, sin esperar que el Estado parte sea condenado por violación del *corpus iuris* interamericano para hacerlo, como asimismo ampliando los atributos y garantías de los derechos fundamentales con base en los estándares mínimos fijados por la CIDH, dejando así su huella sobre el

derecho interno, completándolo o aplicando preferentemente el derecho convencional, sorteando las situaciones de inconventionalidad o estableciendo estándares de interpretación de derechos no contenidos explícitamente en el derecho interno, como el principio favor persona o el principio de progresividad, el de razonabilidad y de proporcionalidad, entre muchos otros.

Puede señalarse que este es el camino desarrollado por el Tribunal Constitucional chileno cuando aplica el principio *pro homine* o favor persona, desarrollado por la opinión consultiva n.º 5/1985 de la CIDH, en aplicación del artículo 29 de la CADH, en la sentencia 1361-09, su sentencia sobre la LEGE de 2009: “Que, por otra parte, en el ejercicio de sus funciones, este Tribunal debe buscar aquella interpretación que se avenga mejor con el respeto de los derechos constitucionales. Así lo ha sostenido: ‘En tal sentido, parece ineludible tener presente el principio ‘pro homine’ o ‘favor libertatis’ definido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la siguiente forma: ‘Entre diversas opciones se ha de escoger la que restringe en menor escala el derecho protegido [...] debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana’” (Opinión Consultiva 5, 1985);’ (rol 740)”<sup>54</sup>

En sentencia rol n.º 1.484-09, de 5 de octubre de 2010, el Tribunal Constitucional utilizó nuevamente el postulado de interpretación favor persona (*pro homine*), aplicándolo en materia de derechos fundamentales en su considerando 25. En sentencia del Tribunal Constitucional, rol n.º 1881-10, de 3 de noviembre de 2011, sobre aplicabilidad del artículo 102 del Código Civil, el voto concurrente de los ministros Carmona, Fernández Fredes, García y Viera Gallo, aplica *el principio favor homine y favor libertatis*, al referirse a las normas convencionales internacionales del PIDCP y la CADH sobre el derecho a contraer matrimonio.

El Tribunal Constitucional en el rol n.º 567 de 2010 sobre el caso de inconstitucionalidad del movimiento Patria Nueva Sociedad, asumió la jurisprudencia de la CIDH en el considerando 35, que considera la libertad de expresión como “un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas, por lo que comprende además del derecho a comunicar, el derecho a conocer opiniones, relatos y noticias; señalando que el derecho a conocer la información y opinión ajena tiene tanta importancia como el derecho a difundir la propia”, invocando a tal efecto la sentencia de la CIDH en el caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, en su sentencia de 22 de noviembre de 2005.

El Tribunal Constitucional determinará que conforme a la jurisprudencia de la CIDH y el TEDH no puede limitarse la expresión de ideas, “aunque irriten, alarmen, sorprendan o inquieten a las autoridades, como lo han señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*Parti Communiste Unifié de Turquie et autre c. Turquie*, p. 43, y *Refah Partisi et autres c. Turquie*, p. 89)”.

Luego, el Tribunal Constitucional en el considerando 41 de la sentencia, refiriéndose a las normas que sancionen la apología del odio, asumiendo también los estándares

---

<sup>54</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, rol n.º 1361-09, de 13 de mayo de 2009, considerando



de la CIDH fijados en la sentencia *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, precisó “que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal” (caso *Castillo Petruzzi y otros*, p. 121). Agregó que la ambigüedad de la ley podría “abrir el camino a toda suerte de arbitrariedades por parte de la autoridad, pues tal como ha razonado este Tribunal ‘todos los conceptos que emplea la ley (con la excepción de las cifras, fechas, medidas y similares) admiten en mayor o menor medida varios significados’” (considerando 40). Así, el Tribunal Constitucional realiza una *interpretación receptiva* de la jurisprudencia de la CIDH, mediante la *asimilación de la ratio decidendi* de la sentencia del caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*.

Por su parte, la Sala Penal de la Corte Suprema ha desarrollado una línea bastante consistente de recepción de la jurisprudencia de la CIDH en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, del 26 de septiembre de 2006, a partir de diciembre de 2006, que se inaugura con las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, rol n.º 559-04, del 13 de diciembre de 2006, y rol n.º 3125-04, del 13 de marzo de 2007.

Constituye una sentencia modélica en la misma perspectiva la desarrollada por la Corte de Apelaciones de Rancagua, del 14 de enero de 2013, rol n.º 103-2011, en el caso *Almonacid Arellano*, por la cual el Estado juez chileno cumple el fallo de la CIDH en el caso en mención. Recordemos que en este caso la Corte Suprema de Justicia, al resolver la contienda de competencia entre la justicia militar (juez militar) y la justicia ordinaria para investigar y resolver el homicidio de Almonacid Arellano, cometido en septiembre de 1973 por personal de carabineros, había otorgado la competencia para resolver el caso a la justicia militar, resolución ésta que tenía valor de cosa juzgada. La justicia militar aplicó sin investigar sobreseimiento definitivo en virtud de la DL de Amnistía dictada por el régimen autoritario militar, resolución también con valor de cosa juzgada. Ante tal situación, el caso fue resuelto por la CIDH, señalando que este era un crimen de lesa humanidad, de carácter imprescriptible e inamnistiable, del cual correspondía conocer al juez natural, siendo las resoluciones contrarias sentencias írritas y que vulneraban los artículos 1º y 2º en relación con los artículos 8º y 25 de la CADH, debiendo el Estado juez aplicar el control de convencionalidad, investigando, determinando responsables y estableciendo las sanciones penales respectivas.

En tal perspectiva, el ministro instructor competente requirió al juez militar que conoció y resolvió la causa, el envío del expediente que había sido sobreseído para reiniciar la investigación, ante lo cual la justicia militar planteó contienda de competencia ante la Corte Suprema, la cual ordenó entregar el expediente al ministro instructor ordinario competente, el cual luego de investigar y determinar responsables, aplicó al responsable la pena respectiva. La causa fue apelada por el condenado ante la Corte de Apelaciones de Rancagua, la cual dictó la sentencia de 14 de enero de 2013, rol n.º 103-2011, en la cual enfrentó el tema de la cosa juzgada interna determinando lo siguiente:

[E]l propio Estado quien se ha obligado a ello, al ratificar tanto la Convención Interamericana de Derechos Humanos como la competencia misma del tribunal. Se

trata, con toda evidencia, de un tratado sobre derechos humanos, como su propio nombre lo indica, y en tal calidad sus normas tienen rango constitucional, al tenor de lo dispuesto en el artículo 5° de la propia Carta Fundamental. A todo evento, si es efectivo que la anterior afirmación es discutida en doctrina, no puede serlo el que el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la Convención Interamericana, constituyen una limitación a la soberanía del Estado, pues así surge en forma ineludible de la lectura del citado artículo 5° de la Constitución. Ocurre, enseguida, que el intérprete de esa Convención es, precisamente, la Corte Interamericana, y esto por haberlo aceptado así nuestro propio Estado al reconocerle esa competencia. En tal escenario, es esa Corte la que decide si el Estado de Chile ha respetado o no esos derechos esenciales garantizados por la Convención. Y si decide que no lo ha hecho, es de toda evidencia que la norma de derecho interno que los infrinja, sea de manera general o sea en su aplicación a un caso concreto por las especiales características de éste, pierde su eficacia para el preciso caso de que hablemos, porque de otra manera no se cumpliría lo dispuesto por la propia Constitución, en cuanto a que la regla de derecho fundamental, garantizada por el tratado, limite la soberanía, ni tampoco se cumpliría el deber, que también el citado artículo 5° impone, de respetar y promover el derecho esencial de que se trate. En suma, tenga o no la Convención Interamericana de Derechos Humanos un rango constitucional, lo cierto es que los derechos que garantiza no pueden conculcarse, ni mantenerse conculcados, en base a reglas del derecho interno, pues entonces no sólo se infringe la Convención misma, sino directamente el mandato del artículo 5° de nuestra propia Constitución.

La Corte de Apelaciones de Rancagua continuó su argumentación determinando en sus considerandos 6° y 7° lo que enseguida se presenta:

6.- Que, enseguida, surge la segunda razón, que es la supremacía del derecho internacional, aceptado por Chile y por ende también derecho nacional, por sobre las normas de orden estrictamente interno. Esa supremacía ha sido ya latamente asentada por la doctrina, y también por fallos de nuestra Corte Suprema, pero es además claro que, de no ser así, la firma y ratificación de tratados valdría de muy poco, pues cualquier país podría excusarse de las obligaciones que éstos le impongan, mediante el recurso de preferir normas de derecho interno, anteriores, coetáneas o posteriores, que los contradigan.

7.- Que, además, la cuestión ahora en debate no es ni puede ser la conveniencia de someterse a la jurisdicción de una Corte Internacional, ni tampoco la posibilidad de eludir el cumplimiento de lo que ésta resuelva, o de cumplir sólo parcialmente su dictamen. Los últimos puntos, porque ello contradice directamente lo pactado por el Estado de Chile, dado que al aceptar la competencia de la Corte como obligatoria, ha asumido el deber que le impone el artículo 68 N° 1 de la Convención; esto es, el compromiso de cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sea parte. [...]

En tanto la Convención rija y la Competencia de la Corte permanezca aceptada, por no haberse denunciado el tratado que la contempla, el deber de cumplir sus fallos pesa sobre el Estado de Chile. Y el Estado está compuesto por sus tres Poderes. No se trata de una obligación que deba cargar sólo alguno de ellos. Es el Estado, de manera indivisible, el obligado y, por ende, lo es cada uno de sus Poderes, según la faceta de actividad estatal en que nos encontremos. En lo que ahora corresponde, que es cumplir una decisión de reabrir una causa criminal y proseguir su tramitación hasta el fallo final de la misma, esa obligación pesa directamente sobre el Poder Judicial, en cuanto Estado de Chile, en su faceta jurisdiccional. Este Poder no tiene alternativa, como no fuere la de incumplir, derechamente, un tratado vigente y, con ello, infringir el derecho y comprometer el honor del Estado de Chile. Si el sobreseimiento definitivo que en la causa criminal mediaba podía removerse o no, es algo que no decide la justicia nacional, en este caso, sino que lo decidió ya la Corte Interamericana. Nuestro fallo no puede referirse a si el sobreseimiento subsiste o no, o si la cosa juzgada se puede o no aplicar aquí, sino que se refiere a si se cumple o no un fallo obligatorio, que ya desechó esa cosa juzgada y removió ese sobreseimiento.

La Corte de Apelaciones aplicó control de convencionalidad y seguimiento de la jurisprudencia de la CIDH, al determinar en su considerando 8º lo siguiente:

8.- Que, por lo demás, el Estado de Chile no podía ignorar que la Corte Interamericana ya había asentado desde hace tiempo la doctrina jurisprudencial de la cosa juzgada aparente o fraudulenta, según la cual cuando en su concepto se ha terminado un proceso criminal, por fallo firme o por sobreseimiento, sin el verdadero propósito de cumplir con el amparo judicial a que tiene derecho quien lo haya requerido, sino sólo como medio de asegurar una impunidad, o cuando una decisión de condena vulnera, también, garantías fundamentales reconocidas en la Convención Americana, tales decisiones, aunque estén firmes conforme a normas de derecho interno, no producen realmente cosa juzgada, ni tampoco generan (las del primer grupo) el efecto protector de la llamada regla del *ne bis in idem*, porque son precisamente ellas las que configuran la infracción a la Convención Americana, y un acto infractor, vulnerador de garantías fundamentales, no puede tener efecto jurídico, so pena de desbaratarse todo el sistema de protección que la Convención de que se trata prevé. Esa doctrina se encuentra ya desarrollada en el caso “Mauricio Herrera con Costa Rica”, según sentencia de la Corte del año 2004, que ordenó dejar sin efecto un fallo condenatorio que en el sistema jurisdiccional interno gozaba del efecto de cosa juzgada. Sobre el mismo principio discurrió la Corte Interamericana en el caso Carpio Nicole y otros contra Guatemala, según fallo de 22 de noviembre de 2004. Antes aún, en el año 2001, la Corte había dispuesto reabrir una causa penal en el caso Barrios Altos con Perú, pronunciándose también respecto de la inaplicabilidad de una ley de amnistía. Otros pronuncia-

mientos similares se encuentran en los casos Loayza Tamayo contra Perú, Gutiérrez Soler contra Colombia, Bulacio contra Argentina y de manera implícita en el caso llamado “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros con Guatemala). De este modo, es innegable que el Estado de Chile sabía, o no podía menos que saber, que para la doctrina de la Corte Interamericana la cosa juzgada no es obstáculo para ordenar reabrir procesos y perseguir responsabilidades, si estima que esa cosa juzgada califica como fraudulenta o aparente, según lo decida su propio fallo. En tales circunstancias, la decisión política de mantener a Chile bajo la jurisdicción de ese tribunal internacional, admitiendo como obligatorios para el país sus fallos, implicaba el riesgo cierto de tener que cumplir alguno que, precisamente, desbaratará un efecto interno de cosa juzgada, como ahora ha ocurrido. Si esto se decidió, aunque fuera por omisión, por los poderes políticos, la Judicatura no puede cargar con la responsabilidad de desvincular de facto al país de un tratado vigente, negándose a cumplir un fallo que ni siquiera plantea un escenario nuevo o desconocido, en la trayectoria jurisprudencial de la Corte Interamericana. Que eso suponga constituir a la Corte Internacional en una suerte de tribunal de nulidad respecto de fallos nacionales, es evidente. Pero que eso sea conveniente o no, es asunto que surge como debatible desde mucho antes de la decisión internacional que ahora cumplimos; surge desde que la Corte Interamericana elabora su doctrina de la cosa juzgada aparente o fraudulenta.

Y concluyó su reflexión afirmando en su considerando 9º:

9.- Que, adicionalmente, si el derecho vulnerado, según la decisión ya inamovible del tribunal internacional, es, en suma, el de acceder a la justicia para obtener el enjuiciamiento y castigo de los que resulten culpables de un delito, y si la Corte Interamericana tiene como expreso y primer deber, cuando decida que hubo tal violación, disponer que “se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados”, según lo dispone el artículo 63 N° 1 de la Convención, parece imposible imaginar cómo podría disponer tal cosa sin ordenar que el proceso en que se busca esclarecer y castigar aquel delito, continúe. Y si la cosa juzgada interna pudiera impedir tal cosa, es claro que en los casos de infracción al derecho a acceder a la justicia, el señalado artículo 63 N° 1 sería letra muerta. La Corte Internacional, pues, no ha hecho otra cosa, al desarrollar su tesis de la cosa juzgada aparente, que dar cumplimiento a su propia obligación, de suerte que es evidente que no se trata de una arbitrariedad, sino de una decisión jurídica, fundada en las atribuciones y deberes de ese tribunal. Lo anterior se expone sin perjuicio de que no corresponda al juez nacional calificar, sino sólo cumplir, el fallo internacional, como obligatorio que es para nuestro Estado, según ya se ha dejado establecido. De este modo, no hay cosa juzgada vigente, según decisión obligatoria de una Corte Internacional a cuya jurisdicción libremente nos hemos sometido, y no puede haber, tampoco, por las mismas razones, ni amnistía ni prescripción.

Luego la Corte de Apelaciones de Rancagua se abocó a resolver específicamente los hechos, determinación de responsabilidades, y aplicó las sanciones penales conforme al ordenamiento jurídico vigente al responsable de dicho homicidio.

### 3.5. La interpretación neutralizadora

La interpretación neutralizadora de derecho interno es definida por Sudre como una estrategia de contornear o de evitar, tendiente a neutralizar la interpretación de la norma internacional vinculante, creando, por una interpretación forzada del derecho nacional, por una relectura de la ley, una relación de adecuación entre el derecho interno y la norma interamericana o europea.<sup>55</sup>

La interpretación neutralizante permite al juez nacional, a falta de suscribir realmente la solución determinada por la jurisprudencia de la CIDH, concretar una aplicación puramente formal de la CADH, con una cierta autonomía. Lo que muestra una falta de sinceridad por una de las partes que participa del diálogo, constituyendo como explica el profesor Sudre, una estrategia de evasión o elusión tendiente a neutralizar la interpretación "... creando, por una interpretación un poco forzada del derecho nacional, es decir, por una reescritura de la ley, una relación de adecuación entre el derecho interno y la norma europea";<sup>56</sup> o, en nuestro caso, interamericana, la que es difícil de determinar en algunos casos, ya que hay una diferencia sutil entre una mala aplicación de buena fe del *corpus iuris* interamericano, cuando no hay cosa interpretada de la Corte Internacional competente o cuando hay una mala aplicación consciente que simplemente ignora la cosa interpretada de la Corte respectiva, en abierto desafío a ésta cuando no puede ignorar su existencia.

La interpretación neutralizante busca esconder la reivindicación de un margen de apreciación o constituye una maniobra que permite al juez nacional escaparse de aplicar la jurisprudencia de la CIDH, logrando con ello dos objetivos:<sup>57</sup> el primero, validar la legislación nacional respecto del derecho garantizado convencionalmente, tal como es interpretado por el juez nacional. Así, son el contenido o los atributos del derecho y sus garantías como estándar mínimo los que son neutralizados, siendo algunos de tales atributos o garantías borrados para permitir preservar artificialmente el derecho nacional. El segundo, es el de pretender, por parte del juez nacional, el beneficio de un cierto margen de apreciación en una materia que la CIDH no reconoce ni considera margen de apreciación.

---

<sup>55</sup> Frederic Sudre: "A propos du 'dialogue des juges' et du control de conventionalité", en *Études en l'Honneur de Jean Claude Gaurón. Les dynamiques du droit européen en début du siècle*, París: Pedone, 2004, p. 210.

<sup>56</sup> *Ibíd.*, p. 210.

<sup>57</sup> Julien Dubois: "La neutralisation. Dialogue des juges et interprétation neutralisant", en VV.AA.: *Le dialogue des juges*, Montpellier: Institut de Droit des Droits del L'Homme, Cahiers de L'IEDH n.º 11, Université de Montpellier I, Faculté de Droit, 2007, pp. 75-76.

El estudio de la interpretación neutralizante nos sitúa en el caso en que la solución desarrollada por el juez nacional, no aplica la solución que se desprende objetivamente de la interpretación auténtica de la disposición convencional efectuada por la CIDH.

El caso más trascendente es la sentencia rol 986 de 2008 o caso Aarón David Vásquez Muñoz, en el cual se analiza si la ausencia de un derecho que recurrir del segundo fallo de un tribunal penal oral, después de haberse anulado el primero, que había favorecido la posición sostenida por la defensa del acusado a requerimiento de la fiscalía, estableciendo el segundo fallo una condena al acusado como autor del delito de homicidio calificado con el agravante de alevosía, aplicándosele la pena de siete años de internación en régimen cerrado, sentencia que se considera agravante por el acusado y sobre la cual estima que tiene el derecho fundamental a la revisión de este segundo fallo, formulando una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 387, inciso 2° del Código Procesal Penal, en virtud de su contraposición con el derecho a la revisión de la sentencia penal asegurado por el artículo 8.2, literal h de la Convención Americana de Derechos Humanos y por el artículo 14 del PIDCyP de la ONU.

El Tribunal Constitucional asume que el derecho al recurso es parte del debido proceso, aun cuando en este caso no hace alusión explícita a que éste es un atributo de las garantías judiciales expresamente previsto en el artículo 8° de la CADH y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, en su artículo 14, que en cuanto derechos esenciales limitan el ejercicio de la soberanía, y deben ser respetados y promovidos por todos los órganos estatales, de acuerdo al artículo 5°, inciso 2° de la Constitución. El Tribunal Constitucional en su considerando 20 sólo hace referencia a que "... Los requirentes sostienen, en síntesis, que es un componente inseparable de la noción de debido proceso el derecho al recurso del condenado, que desde los orígenes de la Constitución Política integra dicha noción, según lo entiende 'la unanimidad de la doctrina', señalando además que se encuentra consagrado en instrumentos internacionales ratificados por Chile, que contemplan el derecho a recurrir".

El Tribunal Constitucional considera que en el caso concreto, la aplicación del artículo 387 del Código Procesal Penal no resulta contraria a la Constitución, como explícita en el considerando 23: "Que en tales circunstancias, este Tribunal Constitucional decidirá que en este caso concreto la aplicación del artículo 387, inciso segundo, del Código Procesal Penal, no resulta contraria a la Constitución por este capítulo". En su sentencia también precisará en los considerandos 38 a 40 que, además, el requirente tiene otros recursos que le franquea el sistema jurídico para impugnar la segunda sentencia, como son los recursos de queja y de revisión de sentencias firmes.

Dicha sentencia tendrá tres votos disidentes, cuya argumentación debemos necesariamente explicitar, ya que estos votos aluden directamente al derecho al recurso previsto en los tratados internacionales de derechos humanos, la CADH, artículo 8.2, literal h, y el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, artículo 14.2, como asimismo determinan que el fallo no consideró los estándares sobre derecho al recurso fijados en la jurisprudencia de la CIDH en el caso *Herrera Ulloa con Costa Rica*. Ellos sostienen que el derecho al recurso debe cumplir con los parámetros de ser un recurso ordinario

y un recurso de tendencia general que revise hechos y derecho aplicable, por lo cual la sentencia no habría considerado dichos estándares mínimos.

### **3.6. La interpretación francamente discordante del tribunal nacional de la normativa convencional y la interpretación de ésta realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

Un tribunal nacional ordinario o constitucional puede diferir del alcance o interpretación dado por la CIDH en un caso determinado resuelto por ésta. En tal sentido, la jurisdicción interna del Estado considera que la resolución de la CIDH constituye una interpretación que considera incorrecta ya que no evaluó correctamente la norma de derecho interno u olvidó ponderar adecuadamente otro derecho o un atributo determinado de otro derecho que debe considerarse. El tribunal nacional en un nuevo caso sobre la misma materia, expresa su desacuerdo con la CIDH razonadamente, explicando los motivos del desacuerdo en el respectivo fallo, concretando un diálogo ascendente con la Corte.

La CIDH podrá reexaminar la cuestión controvertida si el caso llega a la jurisdicción interamericana o en otro fallo sobre una materia similar, concretándose así un nuevo diálogo franco, leal y de buena fe. Sin embargo, la resolución del caso por la Corte vinculará al tribunal nacional en forma obligatoria. En el ámbito nacional no hay sentencias del Tribunal Constitucional o de los tribunales ordinarios que conozcamos que se encuentren en esta hipótesis.

## **4. El fin del diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana**

Una primera forma en que termina el diálogo entre los tribunales nacionales y la CIDH se concreta cuando ésta, en la misma materia en que se ha producido el desacuerdo de interpretación y aplicación de la norma convencional, resuelve el desacuerdo mediante su sentencia que tiene carácter vinculante y genera obligación de resultado para el respectivo Estado parte.

Al diálogo interjurisdiccional entre jueces internos y CIDH se le pone término también cuando el Estado parte, a través de su poder constituyente o a través del legislador, confrontado a una disposición considerada inconvencional por la CIDH, incluso pudiendo estar ya descartada su fuerza vinculante por una aplicación preferente de la norma convencional o una interpretación favor persona por el juez nacional, elige modificar la norma jurídica interna en el sentido de adecuarla al estándar del *corpus iuris* interamericano y a la jurisprudencia de la CIDH, o mediante la derogación de dicha normativa jurídica, como ocurrió en Chile con la modificación de la Constitución, artículo 19, n.º 12, inciso final, como consecuencia de la sentencia *Olmedo Bustos y otros vs. Chile*; cuando el legislador modifica la legislación sobre justicia militar como consecuencia de las sentencias *Palamara Iribarne vs. Chile* y *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, o cuando

se crea una nueva norma constitucional, nueva legislación e instituciones como el Consejo para la Transparencia en el ámbito del derecho de acceso a la información pública y transparencia, a propósito del caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, o cuando se acelera la aprobación de la ley antidiscriminación después del fallo *Atala y niñas vs. Chile*, para señalar algunos ejemplos en el plano normativo.

El diálogo también culmina cuando la Corte Suprema de Justicia, pasando por encima de su propia sentencia con efectos de cosa juzgada interna, en la cual había ordenado en contienda de competencia planteada por la justicia militar respecto del juez natural, transferir los antecedentes a la justicia militar. Ésta sobreescribió definitivamente la causa sin realizar la investigación, aplicando el DL de Amnistía luego del fallo *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* de la CIDH. Ésta ordena a la justicia militar remitir el expediente al juez ordinario competente, el cual retoma la investigación, determinando responsables y sancionándolos por homicidio en el caso *Almonacid Arellano*, lo que es confirmado luego de apelación en el fallo de la Corte de Apelaciones de Rancagua rol n° 103-2011 de 14 de enero de 2013, para señalar algunos ejemplos. Las modificaciones normativas internas realizadas pueden requerir su puesta al día en virtud de la evolución y carácter dinámico que presenta la jurisprudencia de la CIDH.

## 5. Diferencias entre control de convencionalidad y control de constitucionalidad

El control de convencionalidad tiene como parámetro de control la CADH y sus instrumentos complementarios, como determina el artículo 29 de la Convención. Para estos efectos, el derecho interno es un mero hecho que se conforma o no a la CADH para efectos de este control. Sin embargo, las sentencias que se consideran en este análisis, como señala Sagüés, con quién concordamos, “se expresan en términos más generales, y refieren a la hipótesis de que un Estado haya ratificado ‘un tratado como la Convención’. La doctrina se aplicaría así en relación a cualquier tratado; el Pacto de San José de Costa Rica sería solamente una muestra o ejemplo de material normativo controlante”.<sup>58</sup> En tal perspectiva, pueden formar parte del parámetro de control de convencionalidad, a manera ejemplar, la Convención sobre Derechos del Niño, el Convenio 169 de la OIT, u otros instrumentos internacionales que aseguran y garantizan derechos humanos.

En cuanto al uso de otros instrumentos convencionales internacionales sobre derechos fundamentales, la CIDH ya manifestó su perspectiva favorable en la opinión consultiva 1/82, utilizando como regla el principio *pro homine* o favor persona, con sede en el artículo 29, literal b de la CADH. A este respecto sostuvo:

<sup>58</sup> Néstor Pedro Sagüés: “El ‘control de convencionalidad’, en particular sobre las constituciones nacionales”, en *La Ley*, Buenos Aires, jueves 19 de febrero de 2009, p. 2.



La función que el art. 64 de la Convención atribuye a la Corte forma parte del sistema de protección establecido por dicho instrumento internacional. Por consiguiente, este tribunal interpreta que excluir, a priori, de su competencia consultiva tratados internacionales que obliguen, a estados americanos, en materias concernientes a derechos humanos, constituiría una limitación a la plena garantía de los mismos, en contradicción con las reglas consagradas en el artículo 29.b).<sup>59</sup>

A su vez, en la opinión consultiva OC-16/99, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, sobre “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”,<sup>60</sup> la Corte IDH estableció:

El corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo.<sup>61</sup>

Más recientemente, la CIDH ha sostenido en el caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, que el objeto de su mandato –dice el propio Tribunal Interamericano en un fallo reciente– “es la aplicación de la Convención Americana y de otros tratados que le otorguen competencia”,<sup>62</sup> y, por consiguiente, la interpretación de dichos tratados. El parámetro del “control difuso de convencionalidad” comprende la Convención Americana, junto a los protocolos adicionales a ella, como asimismo otros instrumentos internacionales que se han integrado al *corpus juris* interamericano por parte de la jurisprudencia de la CIDH.

Así, como sostiene Ferrer Mac-Gregor, “se forma de esta manera un auténtico ‘bloque de convencionalidad’ como parámetro para ejercer el ‘control difuso de convencionalidad’”,<sup>63</sup> por parte de los jueces nacionales.

---

<sup>59</sup> Corte IDH: opinión consultiva OC-1/82, de 24 de septiembre de 1982, “Otros tratados, objeto de la función consultiva de la Corte”, serie A, n.º 1, párrafo 42.

<sup>60</sup> Corte IDH: *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, opinión consultiva OC-16/99 del 1º de octubre de 1999, serie A, n.º 16

<sup>61</sup> OC-16/99, párrafo 115.

<sup>62</sup> Corte IDH: *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 1º de septiembre de 2010, serie C, n.º 217, párrafo 199.

<sup>63</sup> Eduardo Ferrer Mac Gregor: Voto concurrente en la sentencia de la CIDH, caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de noviembre de 2010, serie C, n.º 220, párrafo 50.

El control de constitucionalidad es un control diferente al de convencionalidad. Éste tiene como parámetro el texto de la respectiva Carta Fundamental, sin perjuicio de que ciertas Constituciones contemplen como parte de su contenido, los atributos y las garantías de los derechos asegurados por los tratados internacionales que versen sobre derechos humanos, como ocurre con el artículo 5°, inciso 2° de la Constitución chilena, los cuales son considerados expresamente por dicho enunciado constitucional como limitaciones al ejercicio de la soberanía, o que, en otros casos, las Constituciones incorporen a los tratados y convenciones de derechos humanos en cuanto tales con jerarquía constitucional, como ocurre entre muchos otros, a manera ejemplar, con las constituciones de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, República Dominicana o México. En estos casos el control de constitucionalidad que realiza la jurisdicción constitucional respectiva, concentrada o difusa, a través de acciones o excepciones, de control abstracto o concreto, en su caso, debe integrar en el parámetro de control de constitucionalidad el *bloque constitucional*, el cual incluye ya no sólo los atributos y las garantías de los derechos asegurados en el texto formal de la Constitución, sino además los atributos y las garantías que enriquecen tales derechos y que se encuentran contenidos en la fuente convencional de derecho internacional, o los atributos y las garantías que integran derechos no asegurados por la fuente constitucional, *derechos nuevos* que se asumen por la vía convencional o de *derechos implícitos* que se deducen de principios y valores expresamente contenidos en la Constitución.

En esta perspectiva, la jurisdicción constitucional debe concretar simultáneamente control de constitucionalidad y control de convencionalidad, asumiendo que una norma interna puede ser conforme a la Constitución pero contraria a la CADH, por vulneración de los estándares mínimos de atributos y garantías de los derechos asegurados por esta última. A su vez, el control de convencionalidad es parte del control de constitucionalidad si los atributos y las garantías de los derechos asegurados convencionalmente son parte del bloque de constitucionalidad de derechos fundamentales.

Como sostiene el distinguido jurista brasileño, expresidente de la CIDH y actual juez de la Corte Internacional de Justicia, Antônio Augusto Cançado Trindade, al analizar el “control de convencionalidad” en su voto razonado con motivo del caso *Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*:<sup>64</sup> “los órganos del Poder Judicial de cada Estado Parte en la Convención Americana deben conocer a fondo y aplicar debidamente no sólo el Derecho Constitucional sino también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; deben ejercer ex officio el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana”.

Así, los jueces domésticos ordinarios, especiales y constitucionales deben ejercer control de convencionalidad. En algunos países de América Latina, el control de constitucionalidad y de convencionalidad puede ejercerse por todos los jueces cuando éstos

---

<sup>64</sup> Párrafo 3° del voto razonado del juez Antônio Augusto Cançado Trindade.

establecen en sus ordenamientos jurídicos un control difuso de constitucionalidad. En otros países, el control de constitucionalidad sólo puede ser ejercido en forma concentrada, ya sea por una Corte Suprema, como ocurre por ejemplo en Uruguay; por una sala constitucional de ella, como ocurre, por ejemplo, en Costa Rica, Paraguay o Venezuela; o sólo por una corte o tribunal constitucional, como es el caso de Chile, tanto en control concreto reparador como en control abstracto preventivo y reparador de constitucionalidad de preceptos legales.

Cualquiera que sea el órgano judicial que desarrolle control de convencionalidad, éste puede concretarse por el tribunal en cualquier momento antes de dictar la sentencia, lo que requiere que si lo ejerce *ex officio* lo notifique a las partes, para que éstas puedan argumentar sobre la materia, como elemento indispensable y básico del derecho a un debido proceso.

## **6. Los efectos del control de convencionalidad aplicado por el juez nacional**

El control de convencionalidad que deben aplicar los jueces nacionales es una consecuencia necesaria de la aplicación de los principios de derecho internacional general y de derechos humanos, como una concreción de la regla de derecho consuetudinario que determina que el derecho interno no constituye una excusa para el incumplimiento de las obligaciones internacionales, regla ésta que se encuentra positivada en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, en los artículos 26 y 31.1 que determinan el cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales, como asimismo el artículo 27, el cual determina que un Estado no puede oponer obstáculos de derecho interno al cumplimiento de las obligaciones internacionales. Ello implica, necesariamente, ajustar el derecho interno para hacerlo compatible con las obligaciones internacionales. La función de los órganos judiciales en este plano es hacer sus mejores esfuerzos para otorgar efecto útil a las normas internacionales, más aún cuando ellas constituyen derechos que emanan de la dignidad humana, los cuales debe ser efectivizados por el Estado juez a través de la adopción de las resoluciones jurisdiccionales conforme a las obligaciones generales establecidas por los artículos 1.1 y 2º de la CADH, como asimismo a través de una interpretación *favor persona* posibilitar el goce más amplio de los derechos, de acuerdo al artículo 29 de la misma Convención, evitando así incurrir en responsabilidad internacional por violación de derechos humanos a través de eventuales conductas omisivas.

Si en el control de convencionalidad se determina que una norma jurídica interna (ley, reglamento, decreto, resolución) es “inconvencional”, se genera siempre el deber jurídico del juez ordinario o especial de inaplicar la norma jurídica interna que colisiona con los atributos o garantías del derecho asegurado por la CADH, constituyendo una situación análoga a la de un control de constitucionalidad concreto que sólo inaplica la norma contraria, en este caso a la norma convencional, sin que ello signifique anular, derogar o expulsar la norma jurídica interna del ordenamiento jurídico, ya que eventualmente

podría tener efectos jurídicos en hipótesis de aplicación distintas que no entraran en conflicto con los derechos asegurados convencionalmente. La inaplicación de la norma legal o reglamentaria por el Estado juez en este caso constituye una derivación de la aplicación preferente de los derechos asegurados convencionalmente en sus estándares mínimos respecto de las normas internas que los irrespetan, aplicando los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, adoptando las medidas necesarias para dar eficacia interna a los derechos asegurados convencionalmente y eliminar las prácticas contrarias a ellos, de acuerdo al artículo 2° de la CADH.

Uno de los riesgos correctamente advertidos por Londoño respecto del control de convencionalidad que deben efectuar todos los jueces nacionales, es la fragmentación jurisprudencial<sup>65</sup> en la interpretación local de la Convención y sus pactos complementarios, debiendo los tribunales locales aplicar los estándares internacionales ya determinados por la jurisprudencia de la CIDH, como en el caso de la inexistencia de tales estándares, ellos deben, luego de ser extraídos, desarrollarse a través de una interpretación razonable y adecuada de los textos convencionales, lo que podrá ser corregido en sede internacional por la CIDH, si ellos no son los adecuados.

El control de convencionalidad deposita en sede jurisdiccional nacional un voto de confianza en que los jueces locales interpretarán y aplicarán el derecho de los derechos humanos, contribuyendo a generar *un derecho público común básico de nivel regional interamericano*, reforzando el Estado constitucional democrático en la región, una mejor protección de los derechos fundamentales de las personas, un derecho público regional más integrado al menos en los estándares mínimos de respeto de derechos humanos y jueces más legitimados y empoderados de su función de aseguramiento y garantía de los derechos fundamentales.

Si el órgano que realiza el control de convencionalidad tiene, además, la competencia de ejercer jurisdicción constitucional con competencia anulatoria o derogatoria de normas contrarias a la Constitución, si es que el parámetro de control de constitucionalidad integra los derechos convencionales, dicho órgano jurisdiccional debería expulsar la norma interna contraria a tales derechos que tenga un carácter inconventional en todas las hipótesis de aplicación posibles, si ello se analiza en el contexto de un control de constitucionalidad abstracto reparador o preventivo, en su caso. Si el órgano jurisdiccional interno sólo dispone de competencia de control concreto con efectos interpartes, únicamente inaplicará la norma interna contraria a los derechos asegurados.

En el supuesto de una tensión entre aseguramiento mayor de derechos humanos por parte de la Convención en relación con el aseguramiento en el texto formal de la Constitución respectiva, si el Estado debe cumplir con las obligaciones convencionales y no puede alegar su Constitución para incumplir el deber de garantizar los derechos en

---

<sup>65</sup> María Carmelina Londoño Lázaro: "El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 128, México D. F.: UNAM, 2010, pp. 761-814.

los estándares mínimos convencionales determinados por la CIDH, sin poder oponer, de acuerdo al artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, obstáculos de derecho interno, al cumplimiento de las obligaciones internacionales, ello obliga al Estado juez a la aplicación de una interpretación de los derechos *favor persona*, aplicando preferentemente el estándar fijado en la norma de derechos humanos convencional, única opción que posibilita no vulnerar derechos humanos ni incurrir en responsabilidad internacional por violación de ellos, lo que implica reconocer que, en la práctica, los derechos asegurados convencionalmente deben interpretarse y aplicarse teniendo en consideración aquellos atributos y garantías que se encuentran asegurados en la CADH como estándar mínimo, lo que genera la obligación jurídica de aplicar siempre la norma interna o internacional que mejor proteja los derechos o aquella que los limite menos, asegurando que nunca se aplicará un nivel inferior al estándar mínimo exigido al Estado parte de respeto y garantía de los derechos humanos por la CADH.

A su vez, si hay una norma constitucional que vulnera la CADH, y así ha sido determinado jurisdiccionalmente por ésta, al Estado no le queda otra alternativa que ejercer su potestad constituyente, en virtud de la obligación estatuida por el artículo 2° de la CADH, con el objeto de modificar el texto constitucional contrario al estándar mínimo de protección de derechos humanos, para asegurar y garantizar adecuadamente los derechos, al menos con dicho estándar mínimo. De lo contrario, se genera un *estado de cosas "inconventional"* o un *ilícito internacional continuado* latente, como asimismo una inseguridad jurídica que vulnera el deber de respeto y garantía de los derechos esenciales o fundamentales, mientras no sea eliminada la norma constitucional lesiva para ellos, como ocurrió en el caso de *La última tentación de Cristo*, con el artículo 19, n.º 12, inciso final de la Constitución.

La perspectiva reseñada en el párrafo anterior implica un reconocimiento concreto de que los derechos esenciales o convencionales de la persona afirmados por la CADH se encuentran por sobre *todo el derecho interno*, incluido en tal afirmación el texto constitucional, cuando éste posee estándares inferiores de protección de derechos que los asegurados por la CADH. En otras palabras, significa reconocer que los atributos y las garantías de los derechos asegurados convencionalmente constituyen un estándar mínimo de protección de los derechos que conforman un germen de un *orden público común interamericano*<sup>66</sup> que ningún Estado parte puede vulnerar.

Ello no es más que una concreción de la limitación del ejercicio de la soberanía estatal cuando ésta afecta atributos y garantías que forman parte de los derechos esenciales o humanos, lo cual en la Constitución chilena está expresamente contenido en su artículo 5º, inciso 2º. En otras Constituciones es una consecuencia de la incorporación y uso del

---

<sup>66</sup> Más bien, debiéramos decir, más concretamente, *latinoamericano*, ya que ni Canadá ni Estados Unidos de Norteamérica forman parte del sistema, lo que por otra parte, lo hace más homogéneo desde una perspectiva cultural.

*principio pro homine o favor persona*, expresamente contenido en los textos constitucionales, como ejemplo en los casos de Ecuador,<sup>67</sup> México<sup>68</sup> y República Dominicana.<sup>69</sup>

A su vez, en otros casos, serán los propios tribunales supremos de cada Estado los que aplicarán la regla *pro homine o favor persona* como pauta básica de interpretación de derechos, como derivación obligatoria del artículo 29 b) de la CADH, pudiendo reseñarse sobre la materia algunos ejemplos jurisprudenciales que aplican correctamente tal perspectiva.

## **7. El aseguramiento de una interpretación conforme con la Convención por el juez convencional interno que ejerce jurisdicción constitucional**

En la perspectiva asumida por el sistema interamericano y su órgano jurisdiccional, la CIDH, si una norma constitucional de un Estado parte tiene dos o más interpretaciones posibles, unas contrarias a los derechos asegurados por la Convención y otras conformes con los derechos asegurados convencionalmente, los jueces constitucionales deberían asumir la interpretación conforme con la CADH y desechar las interpretaciones contrarias a ella, de la misma manera que deben optar por la interpretación conforme con la Constitución y desechar la interpretación contraria a la Carta Fundamental cuando analizan la constitucionalidad de una norma infraconstitucional de derecho interno. Lo antes señalado lleva a la conclusión de que las normas constitucionales deben ser interpretadas y aplicadas de conformidad con los atributos y garantías de los derechos asegurados por la CADH.

Con el control de convencionalidad interno se busca que los jueces nacionales actúen como jueces interamericanos y descarguen a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a resolver el inmenso tráfago de asuntos sobre los cuales ya ha sentado líneas

---

<sup>67</sup> La Constitución ecuatoriana de 2008, en su artículo 417 prescribe que “en el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución”.

<sup>68</sup> La reforma constitucional de México de 2011 en el artículo 1º, incisos 2º y 3º de la Constitución, precisa: “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”.

<sup>69</sup> La Constitución de República Dominicana de 2010, en su artículo 74, numeral 3º determina: “Los poderes públicos interpretan y aplican las normativas 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”.

jurisprudenciales claras, que los tribunales nacionales deberían seguir. Como señala el exjuez y presidente de la CIDH, Sergio García Ramírez:

Del mismo modo que un tribunal constitucional no podría –ni lo pretende– traer ante sí todos los casos en que se cuestione o se pueda cuestionar la constitucionalidad de actos y normas, un tribunal internacional de derechos humanos no aspira –mucho menos todavía que el órgano nacional– a resolver un gran número de litigios en los que se reproduzcan violaciones previamente sometidas a su jurisdicción y acerca de cuyos temas esenciales ya ha dictado sentencias que expresan su criterio como intérprete natural de las normas que está llamado a aplicar, esto es, las disposiciones del tratado internacional que invocan los litigantes.

Sería imposible, además de indeseable, tomando en cuenta el carácter subsidiario o complementario de la jurisdicción internacional, que ésta recibiera un gran número de contiendas sobre hechos idénticos o muy semejantes entre sí, para reiterar una y otra vez los criterios sostenidos en litigios precedentes.<sup>70</sup>

Constituye así un desafío mayor que los jueces nacionales asuman este control de convencionalidad, siempre dentro del ámbito de las competencias y de acuerdo a los procedimientos que determinan los ordenamientos jurídicos nacionales, constituyéndose también en jueces convencionales, produciendo sus mejores esfuerzos en la interpretación de los atributos y garantías de los derechos fundamentales asegurados por fuente constitucional e internacional, armonizando dichas fuentes y aplicando los postulados de “progresividad” y “favor persona”, contribuyendo a mejorar la calidad de vida de la comunidad nacional, un mayor goce efectivo de los derechos fundamentales, en definitiva, una contribución al bien común y al desarrollo del conjunto de la sociedad, pasando a etapas más humanas y a una mejor calidad de Estado constitucional democrático, que siempre implica una elevación de la calidad de vida del conjunto de la sociedad.

## Bibliografía

- AMAYA VILLAREAL, Álvaro Francisco: “El principio pro homine: interpretación extensiva vs. el consentimiento del Estado”, en *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n.º 5, Bogotá: Pontifica Universidad Javeriana, 2005, pp. 337-380.
- ABRAMOVICH, Víctor: “De las violaciones masivas a los patrones estructurales: el nuevo enfoque y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en *Sur-Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 6, n.º 11, <[www.revistasur.org](http://www.revistasur.org) [http://www.surjournal.org/esp/conteudos/getArtigo11.php?artigo=11,artigo\\_01.htm](http://www.surjournal.org/esp/conteudos/getArtigo11.php?artigo=11,artigo_01.htm)>.
- ALBANESE, Susana (coord.): *El control de convencionalidad*, Buenos Aires: Ediar, 2008.

<sup>70</sup> Corte IDH: *Tibi vs. Ecuador*, sentencia del 7 de septiembre de 2004, voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, párrafos 4º y 5º.

- BIDART CAMPOS, G., (2001): “Las fuentes del derecho constitucional y el principio pro homine”, en G. Bidart Campos y Andrés Gil Domínguez (coord.): *El derecho constitucional del siglo XXI: diagnóstico y perspectivas*, Buenos Aires: Ediar, 2000.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, n.º 154.
- \_\_\_\_\_ *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, sentencia del 24 de febrero de 2012, serie C, n.º 239.
- \_\_\_\_\_ *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de noviembre de 2010, serie C, n.º 220.
- \_\_\_\_\_ *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 19 de septiembre de 2006, serie C, n.º 151.
- \_\_\_\_\_ *Caso Gelman vs. Uruguay*, fondo y reparaciones, sentencia de 24 de febrero de 2011, serie C, n.º 221.
- \_\_\_\_\_ *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 12 de agosto de 2008, serie C, n.º 186.
- \_\_\_\_\_ *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 1º de septiembre de 2010, serie C, n.º 217.
- \_\_\_\_\_ *La Cantuta vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 29 de noviembre de 2006, serie C, n.º 162.
- \_\_\_\_\_ *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, n.º 73.
- \_\_\_\_\_ *Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de enero de 2006, serie C, n.º 140.
- \_\_\_\_\_ *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 22 de noviembre de 2005, serie C, n.º 135.
- \_\_\_\_\_ *Caso Tibi vs. Ecuador*, sentencia del 7 de septiembre de 2004, voto concurrente del juez Sergio García Ramírez.
- \_\_\_\_\_ *Caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2006, serie C, n.º 158.
- \_\_\_\_\_ *Caso Tribunal Constitucional vs. Perú*, sentencia de 24 septiembre de 1999, serie C, n.º 55.
- \_\_\_\_\_ *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, fondo, sentencia de 29 de julio de 1988, serie C, n.º 4.
- \_\_\_\_\_ *Caso Villagrán Morales y otros (caso “Niños de la calle”) vs. Guatemala*, sentencia de 26 de mayo de 2001.
- \_\_\_\_\_ *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, opinión consultiva OC-16/99 del 1º de octubre de 1999, serie A, n.º 16
- \_\_\_\_\_ *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana*, opinión consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982.



- \_\_\_\_\_. Opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de septiembre de 1982, OC-2/82.
- \_\_\_\_\_. *Responsabilidad Internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)*, opinión consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, serie A, n.º 14.
- COLOMBINE, Madeleine: “L’anticipation. Manifestation d’un dialogue ‘vrai’ entre juge national et juge européen ?”, en VV.AA.: *Le dialogue des juges*, Montpellier: Institut de Droit des Droits del L’Homme, Cahiers de L’IDEDH, n.º 11, Université de Montpellier I, Faculté de Droit, 2007.
- COUR PERMANENTE DE JUSTICE INTERNATIONALE: *Echange des populations grecques et turques*, avis consultatif, 1925, série B, n.º 10.
- DUBOIS, Julien: “La neutralisation. Dialogue des juges et interprétation neutralisant”, en VV.AA.: *Le dialogue des juges*, Montpellier: Institut de Droit des Droits del L’Homme, Cahiers de L’IDEDH n.º 11, Université de Montpellier I, Faculté de Droit, 2007.
- FERRER MAC GREGOR, Eduardo: Voto concurrente en la sentencia de la CIDH, caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de noviembre de 2010, serie C, n.º 220.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo: Voto razonado en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de noviembre de 2010, serie C, n.º 220.
- GARCÍA-SAYÁN, Diego: “Una viva interacción: Corte Interamericana y Tribunales Inter-nos”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: un cuarto de siglo: 1979-2004*, San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, pp. 323-384.
- HITTERS, Juan Carlos: “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación”, en *Revista Estudios Constitucionales*, año 7, n.º 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Campus Santiago, Universidad de Talca, 2009, pp. 109-128.
- LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina: “El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 128, México D. F.: UNAM, 2010, pp. 761-814.
- LUCCHETTI, Alberto: “Los jueces y algunos caminos del control de convencionalidad”, en Susana Albanese (coord.): *El control de convencionalidad*, Buenos Aires: Ediar, 2008.
- MEDINA QUIROGA, Cecilia: “Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *III Curso especializado para funcionarios de Estado sobre utilización del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos*, materiales bibliográficos n.º 1, San José.
- PINTO, Mónica: “El principio pro homine”, en VV. AA.: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires: Editorial del Puerto, 1997.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro: “El ‘control de convencionalidad’, en particular sobre las constituciones nacionales”, en *La Ley*, Buenos Aires, jueves 19 de febrero de 2009, p. 2.

SUDRE, F.: “Avant-propos”, en VV.AA.: *Le dialogue des juges*, Montpellier: Institut de Droit des Droits de L’Homme, Cahiers de L’IDEDH, n.º 11, Université de Montpellier I, Faculté de Droit, 2007.

\_\_\_\_\_ “A propos du ‘dialogue des juges’ et du control de conventionalité”, en *Études en l’Honneur de Jean Claude Gauthron. Les dynamiques du doit européen en début du siècle*, París: Pedone, 2004.

THURY CORNEJO, Valentín: “La revisión del control de convencionalidad difuso y la identidad institucional de la Corte Interamericana”, documento inédito presentado a las Jornadas Argentino, Chileno, Peruano, Uruguayas de Asociaciones de Derecho Constitucional, Montevideo, Uruguay, octubre de 2011.

## VII. Intentos de un diálogo jurisprudencial en el Uruguay a partir del caso Gelman

- Olger Ignacio González Espinosa, Costa Rica  
Extractos de la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013 sobre supervisión de cumplimiento de la sentencia dictada en el caso Gelman vs. Uruguay
- Jorge T. Larrieux, Uruguay  
Caso Gelman vs. Uruguay. Justicia transicional, Corte Interamericana de Derechos Humanos y el control de convencionalidad
- Eduardo Ferrer Mac-Gregor, México  
Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: Vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados parte de la convención americana (res interpretata) (Sobre el cumplimiento del Caso Gelman vs. Uruguay)
- Martín Risso Ferrand, Uruguay  
Cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gelman. Después de la declaración de inconstitucionalidad de la Ley Interpretativa 18.831

En febrero de 2011 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) dictó la sentencia correspondiente al caso *Gelman* (contra Uruguay). En ésta, partiendo de la base de que la llamada Ley de Caducidad (amnistía) carecía de efectos por ser contraria a la Convención Americana, se dispuso, entre otras consideraciones, que el Estado uruguayo debía remover los obstáculos que impidieran la investigación y, eventualmente, la identificación y sanción de los responsables de las graves violaciones de los derechos humanos cometidas en el Uruguay entre los años 1973 y 1985.

Desde entonces varias cosas han ocurrido en el Uruguay. Por ejemplo: el dictado de un acto administrativo del Poder Ejecutivo que deja sin efecto todos los actos anteriores de dicho Poder que habían declarado a ciertos casos comprendidos en la Ley de Caducidad; se desarchivaron varios casos judiciales, se presentaron nuevas denuncias y se dictó la Ley n.º 18.831, que estableció, entre otras cosas:

Artículo 2º. No se computará plazo alguno, procesal, de prescripción o de caducidad, en el período comprendido entre el 22 de diciembre de 1986 y la vigencia de esta ley, para los delitos a que refiere el artículo 1º de esta ley.

Artículo 3º.- Declárase que, los delitos a que refieren los artículos anteriores, son crímenes de lesa humanidad de conformidad con los tratados internacionales de los que la República es parte.

Contra esta ley se interpusieron varias excepciones de inconstitucionalidad en los procesos judiciales en trámite y en febrero de 2013 la Suprema Corte de Justicia de Uruguay declaró la inconstitucionalidad de los dos artículos transcritos.

Lo anterior, además de diversas discusiones en Uruguay, motivó el dictado de la Resolución de la CIDH de 20 de marzo de 2013, en el marco del proceso de verificación de cumplimiento de sentencias, en la que la Corte, sin perjuicio de reconocer avances de Uruguay en el cumplimiento de la sentencia *Gelman*, observó la sentencia de la Suprema Corte de Justicia. También se expidió un voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

A los efectos de analizar esta situación, se incluye en esta sección: los extractos de la resolución de la Corte Interamericana sobre la supervisión de cumplimiento de la sentencia dictada en el caso *Gelman vs. Uruguay*, el voto razonado del Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor: *Eficacia de la Sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (Res judicata) e indirecta hacia los Estados parte de la Convención Interamericana (Res interpretata)*, el artículo del magistrado Jorge Larrioux (Suprema Corte de Justicia) y el análisis del Dr. Martín Risso, integrante del grupo de estudios sobre Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales de la Fundación Konrad Adenauer.

Olger Ignacio González Espinosa (Costa Rica)\*

## **Extractos de la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013 sobre supervisión de cumplimiento\*\* de la sentencia dictada en el caso *Gelman vs. Uruguay***

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana”, “la Corte” o “el Tribunal”) dictó *Sentencia* de fondo y reparaciones en el presente caso el 24 de febrero de 2011.\*\*\*

Visto:

1. Los hechos del presente caso ocurrieron durante la dictadura cívico-militar que gobernó Uruguay entre 1973 y 1985, recurriendo a prácticas sistemáticas de graves violaciones de derechos humanos por fuerzas de seguridad e inteligencia de la dictadura uruguaya en colaboración con autoridades argentinas, en el marco de la doctrina de seguridad nacional y de la llamada “Operación Cóndor”. En ese contexto, María Claudia García Iruretagoyena Casinelli y su esposo Marcelo Ariel Gelman Schubaroff, hijo éste del señor Juan Gelman, ambos de nacionalidad argentina, fueron detenidos el 24 de agosto de 1976 en Buenos Aires, Argentina, por militares uruguayos y argentinos, luego de lo cual fueron separados. Al momento de su privación de libertad, María Claudia tenía 19 años de edad y se encontraba en avanzado estado de embarazo (alrededor de siete meses). En octubre de 1976 María Claudia García fue trasladada en un vuelo de forma clandestina a Montevideo, Uruguay, por autoridades uruguayas y alojada en la sede del Servicio de Información de Defensa del Uruguay (en adelante “SID”), luego de

---

\* Abogado *Senior* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el resumen se mantiene la numeración de los párrafos de la Resolución (aunque cambia la numeración de las hojas al pie de página).

\*\* En [http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman\\_20\\_03\\_13.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.doc).

\*\*\* En [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_221\\_esp1.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.doc).

lo cual dio a luz a una niña, quien le fue sustraída recién nacida y entregada a un policía uruguayo y su esposa, quienes la registraron como hija propia y le dieron el nombre de María Macarena. Desde entonces María Claudia García Iruretagoyena se encuentra desaparecida. El señor Juan Gelman y su esposa realizaron por su cuenta averiguaciones y en el año 2000 entró en contacto con su nieta María Macarena, luego de lo cual emprendieron acciones legales, por lo que a partir del año 2005 ella adoptó el nombre de María Macarena Gelman García Iruretagoyena. En su contestación de la demanda, el Estado de Uruguay reconoció parcialmente su responsabilidad internacional por la violación de los derechos humanos de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman, María Macarena de Gelman García y Juan Gelman<sup>1</sup>.

La Corte Interamericana declaró, por unanimidad, que el Estado del Uruguay es internacionalmente responsable por: a) la desaparición forzada y la violación de los derechos reconocidos en los artículos 3, 4.1, 5.1 y 5.2 y 7.1, en relación con el artículo 1.1 de la Convención y con los artículos I y XI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en perjuicio de María Claudia García; b) artículos 3, 4.1, 5.1, 7.1, 17, 18, 19 y 20.3, en relación con el artículo 1.1 de la Convención y con los artículos I y XI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en perjuicio de María Macarena Gelman; c) artículo 5.1 y 17, en relación con el artículo 1.1 de la Convención, en perjuicio del señor Juan Gelman, y d) artículos 8.1 y 25.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención y con los artículos I.b y IV de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, por la falta de investigación efectiva de los hechos del presente caso, en perjuicio del señor Juan Gelman y de María Macarena Gelman. Además, declaró que el Estado había incumplido la obligación de adecuar su derecho interno a la Convención Americana, contenida en su artículo 2, en relación con los artículos 8.1, 25 y 1.1 de la misma y con los artículos I.b, III, IV y V de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, como consecuencia de la interpretación y aplicación que le había dado a la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado.

Asimismo, la Corte dispuso:

por unanimidad, que:

8. Esta Sentencia constituye per se una forma de reparación.

9. En un plazo razonable, el Estado debe conducir y llevar a término eficazmente la investigación de los hechos del presente caso, a fin de esclarecerlos, determinar las correspondientes responsabilidades penales y administrativas y aplicar las con-

---

<sup>1</sup> El Estado de Uruguay reconoció su responsabilidad internacional en los siguientes términos: “teniendo en consideración el principio de continuidad institucional, reconoce la violación de los Derechos Humanos de las [señoras] María Claudia García Iruretagoyena de Gelman y María Macarena de Gelman García [y del señor Juan Gelman] durante el [g]obierno de [f]acto que rigió en Uruguay entre junio de 1973 y febrero de 1985”.

secuentes sanciones que la ley prevea, de conformidad con los párrafos 252 a 256, 274 y 275 de la Sentencia.

10. El Estado debe continuar y acelerar la búsqueda y localización inmediata de María Claudia García Iruretagoyena, o de sus restos mortales y, en su caso, entregarlos a sus familiares, previa comprobación genética de filiación, de conformidad con los párrafos 259 y 260 de la Sentencia.

11. El Estado debe garantizar que la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, al carecer de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en cuanto puede impedir u obstaculizar la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos, no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia de autos y para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos, de conformidad con los párrafos 253 y 254 de la Sentencia.

12. El Estado debe realizar, en el plazo de un año, un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del presente caso, de conformidad con el párrafo 266 de la Sentencia.

13. El Estado debe colocar en un espacio del edificio del Sistema de Información de Defensa (SID) con acceso al público, en el plazo de un año, una placa con la inscripción del nombre de las víctimas y de todas las personas que estuvieron detenidas ilegalmente en dicho lugar, de conformidad con el párrafo 267 de la Sentencia.

14. El Estado debe realizar, en el plazo de seis meses, las publicaciones dispuestas en el párrafo 271 de la Sentencia.

15. El Estado debe implementar, en un plazo razonable y con la respectiva asignación presupuestaria, un programa permanente de derechos humanos dirigido a los agentes del Ministerio Público y a los jueces del Poder Judicial de Uruguay, de conformidad con el párrafo 278 de la Sentencia.

16. El Estado debe adoptar, en el plazo de dos años, las medidas pertinentes para garantizar el acceso técnico y sistematizado a información acerca de las graves violaciones de derechos humanos ocurridas durante la dictadura que reposa en archivos estatales, de conformidad con los párrafos 274, 275 y 282 de la Sentencia.

17. El Estado debe pagar, dentro del plazo de un año, las cantidades fijadas en los párrafos 291, 293, 296 y 304 de la presente Sentencia, por concepto de indemnización por daño material e inmaterial y por el reintegro de costas y gastos, según corresponda, de conformidad con los párrafos 305 a 311 de la misma.

18. Conforme a lo establecido en la Convención, la Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal ejecución a lo dispuesto en la misma, debiendo el Estado rendirle, dentro del plazo de un año a partir de la notificación de esta Sentencia, un informe sobre las medidas adoptadas para tal efecto.

## Consideraciones:

En su Resolución, la Corte analizó las acciones adoptadas por el Estado para dar cumplimiento a las medidas de reparación ordenadas; determinó los puntos ya cumplidos por el Estado y, posteriormente, los demás en que el Estado ha avanzado parcialmente en su acatamiento o se encuentran pendientes.

## I. Medidas de reparación cumplidas por el Estado

### ***A. Obligación de realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del presente caso y de colocar una placa en el edificio del SID***

8. Este Tribunal valora positivamente que el acto de reconocimiento de responsabilidad<sup>2</sup> haya sido conducido por el propio Presidente de la República, señor José Mujica, con la participación de los tres Poderes del Estado (con asistencia del Vicepresidente de la República y del Presidente de la Suprema Corte de Justicia), en el Palacio Legislativo y en presencia de Macarena y Juan Gelman. Además, se informó acerca de la colocación de una placa con el nombre de María Claudia García y otras víctimas y sobrevivientes que permanecieron, fueron interrogados, detenidos o desaparecidos en el local donde funcionó el Servicio de Información de Defensa, que actualmente es sede de la Institución Nacional de Derechos Humanos. Tales actos fueron ampliamente difundidos en los medios de comunicación y realizados en los plazos dispuestos en Sentencia. En los términos expuestos, el Tribunal considera que el acto satisface plenamente el objeto y propósito de la reparación dispuesta, en uno de los actos más destacables entre los que han sido realizados por los Estados en cumplimiento de medidas de reparación de esa naturaleza, por lo que declara que el Estado ha dado cabal cumplimiento a los puntos resolutivos duodécimo y décimo-tercero de la Sentencia.

---

<sup>2</sup> La Corte había determinado en su Sentencia que el acto público de reconocimiento de responsabilidad debía: a) referirse a las violaciones establecidas en la Sentencia; b) llevarse a cabo mediante una ceremonia pública conducida por altas autoridades nacionales y con presencia de las víctimas del presente caso; c) acordarse con las víctimas o sus representantes en cuanto a la modalidad de cumplimiento; d) ser difundido a través de medios de comunicación; e) realizado en el plazo de un año contado a partir de la notificación de la Sentencia, y f) según su compromiso y en el plazo de un año, incluir la develación, en un lugar con acceso público del edificio del SID, de una placa con la inscripción de los nombres de las víctimas y el período en que estuvieron allí detenidas ilegalmente.



### ***B. Obligación de realizar, en el plazo de seis meses, las publicaciones dispuestas en el párrafo 271 de la Sentencia***

12. La **Corte** considera que, según lo informado por el Estado, éste ha cumplido con la obligación de realizar las publicaciones en el Diario Oficial, en diarios de amplia circulación nacional y en las páginas web. En consecuencia, y sin perjuicio de quedar a la espera de la remisión por parte del Estado de la documentación que confirme puntualmente la realización de dichas publicaciones, la Corte considera que el Estado ha cumplido con esta medida. En consecuencia, se declara cumplido el punto resolutivo décimo cuarto de la Sentencia.

### ***C. Obligación de pagar, dentro del plazo de un año, las cantidades fijadas por concepto de indemnización por daño material e inmaterial y por el reintegro de costas y gastos***

13. La **Corte** constata que el **Estado** efectuó los pagos de las cantidades fijadas por concepto de indemnización de daños materiales e inmateriales y por el reintegro de costas y gastos. Tanto la **Comisión** como los **representantes** indicaron que se habían saldado los montos correspondientes a las indemnizaciones. En consecuencia, el Estado ha dado cabal cumplimiento al punto resolutivo décimo séptimo en el plazo señalado al efecto.

## **II. Medidas de reparación con avances o pendientes de cumplimiento**

Además de analizar los avances en el cumplimiento de otras medidas de reparación<sup>3</sup>, el Tribunal prestó particular atención a:

### ***D. Obligación de investigar los hechos del presente caso y determinar las correspondientes responsabilidades y obligación de garantizar que la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado (ley 15.848), al carecer de efectos, no vuelva a representar un obstáculo para esos efectos***

35. La **Corte** dispuso en la Sentencia, en que fue condenado el Estado del Uruguay en relación con el *caso Gelman*, la obligación del Estado de investigar los hechos, identi-

<sup>3</sup> En los párrafos 14 a 27 de la Resolución, la Corte analizó los avances en el cumplimiento de las obligaciones del Estado impuestas en la Sentencia de adoptar las medidas pertinentes para garantizar el acceso técnico y sistematizado a información acerca de las graves violaciones de derechos humanos ocurridas durante la dictadura que reposa en archivos estatales; de implementar un programa permanente de derechos humanos dirigido a agentes del Ministerio Público y a los jueces del Poder Judicial del Uruguay; y continuar y acelerar la búsqueda y localización inmediata de María Claudia García Iruretagoyena.

ficar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de las desapariciones forzadas de María Claudia García y de María Macarena Gelman, esta última como consecuencia de la sustracción, supresión y sustitución de su identidad y su entrega a terceros, así como de los hechos conexos (punto resolutivo 9 y párr. 252).

36. En relación con lo anterior, en la Sentencia este Tribunal dispuso que el Estado debe “asegurar” que la Ley de Caducidad “no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia del presente caso ni para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos y de otras graves violaciones de derechos humanos similares acontecidas en Uruguay”<sup>4</sup>. La Corte enfatizó que “[d]ada su manifiesta incompatibilidad con la Convención Americana, las disposiciones de la Ley de Caducidad [...] no pueden [...] tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención Americana que puedan haber ocurrido en el Uruguay”<sup>5</sup>.

37. Al respecto, en particular, la Corte Interamericana dispuso en su Sentencia que “la Ley de Caducidad carece de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en cuanto puede impedir la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos”<sup>6</sup>. En este sentido, al momento de dictar Sentencia, la Corte consideró que en la sentencia No. 365 de 19 de octubre de 2009 dictada en la causa *Nibia Sabalsagaray Curutchet*, en la que declaró la inconstitucionalidad de los artículos 1, 3 y 4 de la Ley de Caducidad y resolvió que eran inaplicables al caso concreto, la Suprema Corte de Justicia uruguaya había ejercido “un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad”<sup>7</sup>, decisión que fue reiterada al menos dos veces con posterioridad<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> *Caso Gelman Vs. Uruguay*, párr. 253.

<sup>5</sup> *Caso Gelman Vs. Uruguay*, párr. 232.

<sup>6</sup> Por ello, debido a la interpretación y a la aplicación que se había dado a la Ley de Caducidad, se declaró que el Estado había incumplido su obligación de adecuar su derecho interno a la Convención, contenida en el artículo 2 de la misma, en relación con los artículos 8.1, 25 y 1.1 del mismo tratado y los artículos I.b, III, IV y V de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (párr. 246). Adicionalmente, la Corte consideró que “al aplicar la Ley de Caducidad (que por sus efectos constituye una ley de amnistía) impidiendo la investigación de los hechos y la identificación, juzgamiento y eventual sanción de los posibles responsables de violaciones continuadas y permanentes como las desapariciones forzadas, se incumple la obligación de adecuar el derecho interno del Estado, consagrada en el artículo 2 de la Convención Americana” (párr. 240).

<sup>7</sup> *Caso Gelman Vs. Uruguay*, párr. 239.

<sup>8</sup> En la propia Sentencia se observó que el 29 de octubre de 2010 la Suprema Corte dictó otro fallo en la causa “Organización de los Derechos Humanos”, en el cual, mediante el mecanismo de “resolución anticipada”, reiteró la jurisprudencia establecida en el caso Sabalsagaray, acerca de la excepción de inconstitucionalidad de la Ley de Caducidad, confirmándose los argumentos esgrimidos en la sentencia referida. Además, es información pública que, al menos en otro caso, el contenido de dicha decisión también fue reiterado por la Suprema Corte, a saber: en el caso “Fusilados de Soca”, fallo de 10 de febrero de 2011, causa caratulada “García Hernández, Amaral y otros”, Ficha 173-318/2006.

38. A los efectos anteriores, la Corte tomó en cuenta en su Sentencia que la violación a las garantías judiciales y a la protección judicial (artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana), en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma y los artículos I.b y IV de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, se configuró por:

- i) la vigencia de la Ley de Caducidad adoptada en Uruguay en 1986<sup>9</sup>, manifiestamente incompatible con la Convención Americana y por ende carente de efectos jurídicos<sup>10</sup>, cuya interpretación y aplicación había constituido el principal obstáculo para las investigaciones de los hechos del presente caso y de otros casos de graves violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención Americana que puedan haber ocurrido en el Uruguay<sup>11</sup>;
- ii) la duración de las investigaciones de este caso, que habían sobrepasado cualquier parámetro de razonabilidad<sup>12</sup>;
- iii) el incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado, establecidas por normas inderogables, por la falta de investigación de las graves violaciones de derechos humanos cometidas en este caso, enmarcadas en patrones sistemáticos<sup>13</sup>,  
y
- iv) que el proceso respecto de la desaparición de María Claudia García Iruretagoyena había sido iniciado y continuaba bajo la figura del homicidio, excluyendo otros delitos como la tortura y desaparición forzada, así como la sustracción de identidad de María Macarena Gelman García, con la que se hacía posible que la causa se declarara prescrita por los tribunales nacionales<sup>14</sup>.

39. Consecuentemente, con el fin de garantizar que estas violaciones no se repitan, la Corte ordenó al Estado, como reparación, que para cumplir con las referidas obligaciones debía:

- i) disponer que ninguna otra norma análoga a la Ley de Caducidad, como prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, *ne bis in idem* o cualquier excluyente similar de responsabilidad, sea aplicada y que las autoridades se abstengan de realizar actos que impliquen la obstrucción del proceso investigativo<sup>15</sup>;
- ii) conducir la mencionada investigación eficazmente, en un plazo razonable, con la indispensable celeridad de la causa incoada o la instrucción de una nueva, ase-

<sup>9</sup> Cfr. *Caso Gelman Vs. Uruguay*, párr. 241.

<sup>10</sup> Cfr. *Caso Gelman Vs. Uruguay*, párr. 232.

<sup>11</sup> Cfr. *Caso Gelman Vs. Uruguay*, párrs. 230 a 241.

<sup>12</sup> Cfr. *Caso Gelman Vs. Uruguay*, párr. 242.

<sup>13</sup> Cfr. *Caso Gelman Vs. Uruguay*, párr. 231.

<sup>14</sup> Cfr. *Caso Gelman Vs. Uruguay*, párr. 235.

<sup>15</sup> Cfr. *Caso Gelman Vs. Uruguay*, párr. 254.

- gurando que las autoridades competentes realicen las investigaciones correspondientes *ex officio*<sup>16</sup>;
- iii) asegurar el pleno acceso y capacidad de actuar de los familiares de las víctimas en todas las etapas de la investigación y el juzgamiento de los responsables<sup>17</sup>, y
- iv) publicar los resultados de los procesos correspondientes<sup>18</sup>.

40. A efectos de supervisar el cumplimiento de estos dos puntos resolutive de la Sentencia, este Tribunal analizará, en primer lugar, las acciones estatales de investigación de los hechos y, en segundo lugar, la obligación del Estado de asegurar que la Ley de Caducidad y sus efectos no vuelvan a representar un obstáculo para la investigación de los hechos y de otras graves violaciones de derechos humanos acontecidas en el Uruguay.

41. En cuanto al primer aspecto, la Corte observa que en la investigación de los hechos del caso *Gelman* el Estado ha iniciado acciones encaminadas al procesamiento de cinco de los presuntos responsables de los hechos del caso, pero aún se encuentran en las fases iniciales y las víctimas han tenido un acceso restringido al contenido de las actuaciones procesales. Dicho procesamiento se refiere únicamente a los hechos cometidos contra María Claudia García Iruretagoyena, pero no abarca otras conductas constitutivas de graves violaciones a los derechos humanos, ni se estarían investigando los hechos de la desaparición por supresión de identidad de María Macarena Gelman.

42. En cuanto a la segunda obligación, la Corte observa y valora que en un inicio, con posterioridad a la notificación de la misma, los poderes del Estado uruguayo hayan emprendido acciones claras para dar cumplimiento a lo dispuesto en ella.

43. En primer lugar, la Corte constata que, al emitir el Decreto 323/2011, el Poder Ejecutivo uruguayo revocó, “por razones de legitimidad, los actos administrativos y Mensajes emanados del Poder Ejecutivo en aplicación del artículo 3° de la [Ley de Caducidad], que consideran que los hechos denunciados estaban comprendidos en las disposiciones del artículo 1° de la referida ley y en su lugar declárase que dichos hechos no estaban comprendidos en la citada norma legal”. Al tomar esta decisión, el Consejo de Ministros presidido por el Presidente de la República tomó en cuenta, *inter alia*, que “el Estado uruguayo ha sido objeto de sentencia condenatoria por responsabilidad internacional a través de la sentencia de la Corte Interamericana [...] y por lo tanto está obligado a dar cumplimiento a lo que dicha sentencia prescribe”, en particular lo dispuesto en el punto resolutive 11 y en varios apartados de la misma, y que el Estado también ha ratificado la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Cfr. *Caso Gelman Vs. Uruguay*, párr. 255.

<sup>17</sup> Cfr. *Caso Gelman Vs. Uruguay*, párr. 256.

<sup>18</sup> Cfr. *Caso Gelman Vs. Uruguay*, párr. 256.

<sup>19</sup> Cfr. Suprema Corte de Justicia de Uruguay. Caso “Sabalsagaray Curutchet Blanca Stela –Denuncia de Excepción de Inconstitucionalidad”, sentencia No. 365, de 19 de octubre de 2009.

44. La Corte considera que, en atención a la situación generada por la Ley de Caducidad, que delegaba en el Poder Ejecutivo la referida facultad de determinar si los jueces intervinientes en las denuncias podían o no continuar las investigaciones<sup>20</sup>, aquel Decreto representa una voluntad clara y concreta de cumplir la Sentencia, dejando sin efecto los actos anteriores que, en relación con dicha Ley, representaron un obstáculo más para la investigación de los hechos de éste y otros casos de graves violaciones de derechos humanos.

45. En segundo lugar, la Corte observa que el artículo 1º de la Ley 18.831 dispone que “[s]e restablece el pleno ejercicio de la pretensión punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1º de marzo de 1985, comprendidos en el artículo 1º de la Ley N° 15.848, de 22 de diciembre de 1986”; que su artículo 2 establece que “[n]o se computará plazo alguno, procesal, de prescripción o de caducidad, en el período comprendido entre el 22 de diciembre de 1986 y la vigencia de [esa] ley, para los delitos a que refiere el artículo 1º de [esa] ley”; y que su artículo 3 señala que “los delitos a que refieren los artículos anteriores, son crímenes de lesa humanidad de conformidad con los tratados internacionales de los que la República es parte”.

46. Así, según fue señalado (*supra*), el Tribunal constata que la referida ley 18.831 “Pretensión Punitiva del Estado: Restablecimiento para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1º de marzo de 1985” estaría dejando sin efectos la Ley de Caducidad (ley 15.848) y, a la vez, allanaría la vía de las investigaciones al superar el tema de la supuesta aplicabilidad de la prescripción en causas abiertas respecto de graves violaciones a derechos humanos. El artículo 1º de dicha Ley reitera, así, la obligación de todos los jueces competentes del Estado uruguayo de investigar esos casos, en los que obviamente, por su naturaleza no cabe la aplicación de normas que lo impidan. Ade-

<sup>20</sup> La Ley de Caducidad disponía al respecto:

Artículo 3º. - A los efectos previstos en los artículos anteriores, el Juez interviniente en las denuncias correspondientes, requerirá al Poder Ejecutivo que informe, dentro del plazo perentorio de treinta días de recibida la comunicación, si el hecho investigado lo considera comprendido o no en el artículo 1º de la presente ley.

Si el Poder Ejecutivo así lo comunicare, el Juez dispondrá la clausura y el archivo de los antecedentes. Si en cambio, no contestare o informa que no se halla comprendido dispondrá continuar la indagatoria.

Desde la fecha de promulgación de esta ley hasta que el Juez reciba la comunicación del Poder Ejecutivo quedan suspendidas todas las diligencias presumariales en los procedimientos mencionados en el inciso primero de este artículo.

Artículo 4º. - Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos precedentes el Juez de la causa remitirá al Poder Ejecutivo testimonios de las denuncias presentadas hasta la fecha de promulgación de la presente ley referentes a actuaciones relativas a personas presuntamente detenidas en operaciones militares o policiales y desaparecidas así como de menores presuntamente secuestrados en similares condiciones.

El Poder Ejecutivo dispondrá de inmediato las investigaciones destinadas al esclarecimiento de estos hechos.

El Poder Ejecutivo dentro del plazo de ciento veinte días a contar de la comunicación judicial de la denuncia dará cuenta a los denunciantes del resultado de estas investigaciones y pondrá en su conocimiento la información recabada

más, en este caso concreto fueron cometidas desapariciones forzadas, que son delitos de carácter continuado o permanente y, por ende, mientras sigan cometiéndose está fuera de discusión la aplicación de la prescripción. En esos sentidos, la Ley 18.831 constituye un acto concreto de cumplimiento de lo ordenado en la Sentencia, tanto respecto de lo dispuesto en el punto resolutivo once como respecto de la obligación del Estado de investigar los hechos.

47. No obstante, durante la audiencia de supervisión la Corte fue informada por los representantes y por el Estado que la Suprema Corte de Justicia uruguaya había admitido recursos de excepción de inconstitucionalidad contra la ley 18.831 planteados por militares imputados en investigaciones presumariales. Sin embargo, tan sólo unos días después de celebrada la audiencia de supervisión de cumplimiento, en relación con otro caso que también se refería a desapariciones forzadas, y mediante Sentencia No. 20 de 22 de febrero de 2013, la Suprema Corte de Justicia hizo lugar parcialmente a dicha excepción<sup>21</sup> y, “en su mérito, declar[ó] inconstitucionales y, por ende, inaplicables a los excepcionantes los artículos 2 y 3 de la Ley No. 18.831”.

48. De tal manera, sería posible considerar que lo expresado en el Decreto 323 del Poder Ejecutivo en conjunto con lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 18.831 del Poder Legislativo, tenía por objeto permitir que hoy en día la Ley de Caducidad no constituya más un obstáculo para investigar hechos de graves violaciones de derechos humanos. No obstante, según la información presentada, la emisión del Decreto 323 y la cesación de efectos de la Ley de Caducidad en los términos del artículo 1º de la Ley No. 18.831, no serían suficientes para despejar todos los obstáculos a las investigaciones dado que, en razón de lo expresado en la decisión de 22 de febrero de 2013 de la Suprema Corte de Justicia uruguaya, la vigencia de la Ley de Caducidad no habría afectado los términos de prescripción de los delitos referidos a hechos constitutivos de graves violaciones de derechos humanos cometidos durante la dictadura. En estrecha relación con lo anterior, según la Suprema Corte no serían aplicables a esos hechos otras calificaciones legales, como la desaparición forzada o los crímenes de lesa humanidad, a pesar de estar contemplados en su legislación<sup>22</sup>, por considerar que fueron tipificados con posterioridad a esos hechos y, por ende, tal calificación implicaría su aplicación en forma retroactiva atentando contra el principio de legalidad<sup>23</sup>. Esto último fue, en efecto, así considerado en la referida reciente decisión de la Suprema Corte de Justicia.

---

<sup>21</sup> *Cfr.* Autos caratulados: “M.L., J.F.F., O. –Denuncia- Excepción de Inconstitucionalidad Arts. 1, 2 y 3 de la ley 18.831, IUE 2-109971/2011”.

<sup>22</sup> El delito de desaparición forzada fue tipificado en Uruguay por el artículo 21 de la Ley No. 18.026 de 25 de septiembre de 2006.

<sup>23</sup> *Cfr.*, por ejemplo, Suprema Corte de Justicia, Sentencia de casación No. 1501 de 6 de mayo de 2011, en autos “Gavazzo Pereira, José Nino y Arab Fernández, Jose Ricardo”. En esta sentencia se confirma la condena en primera y segunda instancia de los imputados por 28 delitos de homicidio muy especialmente agravado; se rechaza el recurso de casación de la defensa por estimar que la Ley de Caducidad no concedió una amnistía para los funcionarios policiales y militares durante el gobierno de facto; consideró que no pudo operar la prescripción durante el gobierno de facto, y

49. Esto implicaría que, por ejemplo, casos como el de la desaparición forzada de María Claudia García estarían siendo investigados únicamente bajo el delito de “homicidio especialmente calificado”, lo que permitiría que aplique la prescripción (*supra* Considerandos 38 y 41). En efecto, en la propia Sentencia la Corte Interamericana ya había observado que “el proceso iniciado por Juan Gelman y reabierto en 2008 por gestiones de María Macarena Gelman, lo ha sido bajo la figura del homicidio, excluyendo otros delitos como la tortura, desaparición forzada y sustracción de identidad, con la que se hac[ía] posible que la causa [fuera] declarada prescrita por los tribunales nacionales”<sup>24</sup>.

50. En este sentido, es importante recordar que la Sentencia del presente caso fue dictada respecto de un caso de graves violaciones de derechos humanos cometidas por estructuras o aparatos organizados de poder que actuaban bajo esquemas del llamado “terrorismo de Estado”<sup>25</sup>, en que éste funcionaba como instrumento para perpetrar tales actos y como garantía de impunidad. Es relevante que esos hechos no se dieron en el marco de un conflicto armado no internacional, a diferencia de otros en que sí sucedieron en este tipo de contexto<sup>26</sup>.

51. Precisamente los artículos 2 y 3 de la Ley 18.831 pretenden la no aplicabilidad de la prescripción como garantía procesal de presuntos autores de hechos como los ocurridos en el *caso Gelman*, así como a otras graves violaciones de derechos humanos “cometidas en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1º de marzo de 1985”, al establecer que tales delitos son imprescriptibles y constituyen crímenes de lesa humanidad (*supra* Considerando 46).

52. No obstante, si bien el artículo 1º de dicha Ley 18.831 no fue declarado inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia en dicha decisión de 22 de febrero de 2013, sí lo fueron los artículos 2 y 3 de dicha ley. Según el derecho procesal constitucional uruguayo, y según reafirmó el Estado (*supra* Considerando 32), este tipo de decisiones de inconstitucionalidad únicamente tienen efectos de inaplicabilidad para la parte que lo solicita (el “excepcionante”), pero en la práctica tales decisiones pueden ser reiteradas posteriormente sin mayor consideración en casos análogos mediante el mecanismo de “resolución anticipada”<sup>27</sup> o por la emisión de nuevas decisiones similares<sup>28</sup>. La Suprema Corte de Justicia consideró en su decisión, *inter alia*, lo siguiente:

---

rechazó el recurso del Ministerio Público que solicitaba la calificación de los hechos como delitos de desaparición forzada y crímenes de lesa humanidad.

<sup>24</sup> *Caso Gelman Vs. Uruguay*, párr. 235.

<sup>25</sup> *Caso Gelman Vs. Uruguay*, párrs. 44 a 63.

<sup>26</sup> *Cfr., e.g., Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252.

<sup>27</sup> *Caso Gelman Vs. Uruguay*, párrs. 142 y 150.

<sup>28</sup> Es información pública que, al menos en otros tres casos, el contenido de dicha decisión fue reiterado por la Suprema Corte de Justicia, a saber, mediante sentencia No. 152 de 8 de marzo de 2013, en autos caratulados “Z. Q., J. R. Cómplice de un delito de homicidio muy especialmente agravado – excepción de inconstitucionalidad Arts. 1, 2 y 3 de la Ley Nro. 18.831”, IUE 87-289/1985, así como mediante sentencia No. 186 y 187 de 13 de marzo de 2013.

Conforme lo que viene de señalarse, teniendo particularmente en cuenta que como lo expresara la [Suprema] Corte en Sentencia No. 365/2009 “... *las convenciones internacionales de derechos humanos se integran a la Carta por la vía del Art. 72, por tratarse de derechos inherentes a la dignidad humana que la comunidad internacional reconoce en tales pactos...*”, corresponde señalar que nuestro ordenamiento constitucional y legal no instituyen un deber de las autoridades judiciales de la República Oriental del Uruguay de considerar como precedentes vinculantes los fallos de los órganos interamericanos.

Por ello, lo sustentado en el fallo internacional referido no consigue alterar los parámetros preceptivos sobre los cuales corresponde resolver la cuestión de inconstitucionalidad de autos (arts. 256 a 259 de la Carta).

A esto corresponde añadir que, para los delitos cometidos durante la dictadura y amparados por la Ley de Caducidad, no se creó ninguna prescripción especial, sino que, simplemente, regían los mismos términos extintivos que para cualquier otro delito, por lo que, en la especie, no sería de aplicación la condena impuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a la remoción de las leyes de prescripción establecidas especialmente para esos casos, puesto que no se dictaron leyes de tal naturaleza.

Como se puede apreciar, el caso en estudio no trata de la aplicación de la Sentencia de la Corte Interamericana ni de su desconocimiento, sino de efectuar por la Suprema Corte de Justicia el control de constitucionalidad impetrado, conforme las reglas establecidas en la Carta, cuestión irrenunciable conforme lo establece nuestra Carta Magna. En definitiva, si bien está fuera de toda discusión que la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la intérprete última de la Convención Americana de Derechos Humanos –naturalmente en el ámbito de sus competencias- tampoco puede desconocerse que la intérprete última de la Constitución de la República Oriental del Uruguay es la Suprema Corte de Justicia. [...]

53. La Corte recuerda que en la Sentencia se declaró que el *caso Gelman* trataba sobre graves violaciones a los derechos humanos, al establecer que la desaparición forzada cometida “constituye, por la naturaleza de los derechos lesionados, una violación de una norma *jus cogens*, especialmente grave por haber acontecido como parte de una práctica sistemática de ‘terrorismo de Estado’ a nivel inter-estatal”<sup>29</sup>. Así, en la misma Sentencia la Corte recordó que “la falta de investigación de las graves violaciones de derechos humanos cometidas en este caso, enmarcadas en patrones sistemáticos, revelan un incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado, establecidas por normas inderogables”<sup>30</sup>. Asimismo, a estas graves violaciones se les atribuye, en la Sentencia, las consecuencias jurídicas de no aplicabilidad de la prescripción, irretroactividad de la ley

---

<sup>29</sup> *Caso Gelman Vs. Uruguay*, párr. 99.

<sup>30</sup> *Caso Gelman Vs. Uruguay*, párr. 231.



penal u otros excluyentes similares de responsabilidad. En relación con esto, la Corte estableció que:

234. [...] por tratarse no solo de un patrón sistemático en que múltiples autoridades pudieron estar implicadas sino también de una operación transfronteriza, el Estado ha debido utilizar y aplicar en este caso las herramientas jurídicas adecuadas para el análisis del caso, las categorías penales correspondientes con los hechos por investigar y el diseño de una adecuada investigación capaz de recopilar y sistematizar la diversa y vasta información que ha sido reservada o que no puede fácilmente accederse a ella y que contemple la necesaria cooperación inter-estatal. [...]

236. Es necesario reiterar que este es un caso de graves violaciones de derechos humanos, en particular desapariciones forzadas, por lo que es ésta la tipificación que debe primar en las investigaciones que corresponda abrir o continuar a nivel interno. Como ya se ha establecido, por tratarse de un delito de ejecución permanente, es decir, cuya consumación se prolonga en el tiempo, al entrar en vigor la tipificación del delito de desaparición forzada de personas, la nueva ley resulta aplicable, sin que ello represente su aplicación retroactiva<sup>31</sup>. [...]

54. De tal manera, en lo relativo a la obligación de investigar los hechos, la emisión del Decreto y de la Ley referidos no parecerían tener mayor utilidad práctica si, por decisiones judiciales posteriores, los delitos se declaran prescritos, lo cual abre la posibilidad de que las desapariciones forzadas y otras graves violaciones de derechos humanos cometidas en el presente caso, y durante la dictadura en Uruguay, queden en la impunidad. En este sentido, más allá de declararse un “restablecimiento de la pretensión punitiva del Estado” mediante dicha Ley, determinadas consideraciones contenidas en la decisión de 22 de febrero de 2013 de la Suprema Corte de Justicia uruguaya, por la forma en que están expuestas, pueden implicar un serio obstáculo para las investigaciones de las graves violaciones de derechos humanos cometidas, a la luz de lo dispuesto por la Corte.

55. Al respecto, en sus observaciones sobre los efectos de dicha decisión de la Suprema Corte, el propio Estado manifestó que, de conformidad con el sistema constitucional uruguayo, la “independencia técnica de los magistrados no los obliga a aplicar los conceptos que se sostienen en el pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia encontrándose habilitados a continuar con las causas en las que deben intervenir, [pues e]stos conceptos serán examinados por el juez competente en aplicación de las normas penales sustanciales que estime sean aplicables por derecho”. El Estado señaló que “..

<sup>31</sup> *Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190, párr. 87; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217, párr. 201, y *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 179.

corresponde al intérprete y no al tribunal de constitucionalidad, determinar si los hechos investigados integran el elenco del artículo 3 [de la Ley 18.831], de los delitos de lesa humanidad por encontrarse en los tratados firmados por la República... Es así que los jueces, en ejercicio de su autonomía técnica, podrán seguir indagando las causas y eventualmente castigando a los responsables de los delitos cuya investigación esté bajo su jurisdicción". No obstante, el Estado también manifestó que "si bien se resalta que la sentencia Nro. 20 de la SCJ dictada el 22 de febrero no contó con la unanimidad de sus componentes naturales, existiendo un voto disidente, esto no inhibe a que ulteriores pronunciamientos se verifiquen en igual sentido al que ahora se dicta". A su vez, señaló que si bien la decisión adoptada por el órgano superior del Poder Judicial tiene alcance limitado al caso concreto y "la desapplicación de la ley 18.831 no afecta la vigencia de la misma", también "reconoce que el reciente fallo del máximo órgano del Poder Judicial podría generar dificultades a los pronunciamientos judiciales vinculados a las causas por violaciones a los derechos humanos ocurridas en el pasado".

56. Por consiguiente, a pesar de que este Tribunal declaró que la Ley de Caducidad carece de efectos por ser incompatible con la Convención Americana, y a pesar de lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 18.831, en atención a lo decidido recientemente por la Suprema Corte de Justicia no está claro si, en acatamiento de la Sentencia dictada en el *caso Gelman*, el Estado ha adoptado todas las medidas y acciones necesarias para que los efectos que la Ley de Caducidad produjeron durante más de dos décadas ya no representen un obstáculo para las investigaciones de hechos constitutivos de graves violaciones de derechos humanos.

57. En este sentido, si bien en la decisión de 22 de febrero de 2013 de la Suprema Corte se realizan una serie de reflexiones dirigidas a cumplir la Sentencia dictada en este caso por la Corte Interamericana, dada la manera en que están expuestas, en particular sobre una interpretación de la obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad, esas consideraciones podrían tener el efecto de obstaculizar o hacer ilusorio el cumplimiento de la misma.

58. En consecuencia, la Corte considera pertinente recordar: a) el carácter obligatorio de la Sentencia dictada en el presente caso y determinados alcances de la obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad, y b) determinados estándares aplicables a la cuestión de si, respecto de los delitos cometidos durante la dictadura y que fueron amparados por la Ley de Caducidad, son aplicables los términos ordinarios de prescripción, así como la manera en que debe ser entendido el principio de irretroactividad de la ley penal en relación con lo ordenado en la Sentencia, el Derecho Internacional, la naturaleza de los hechos cometidos y el carácter del delito de desaparición forzada.

## ***a) Obligatoriedad de la Sentencia dictada por la Corte y control de convencionalidad***

### ***a.1 Carácter vinculante de la Sentencia***

59. La obligación de cumplir lo dispuesto en las decisiones del Tribunal corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar el tratado internacional de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, como ya ha señalado esta Corte y lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aquellos no pueden, por razones de orden interno, dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida<sup>32</sup>. Las obligaciones convencionales de los Estados Parte vinculan a todos los poderes y órganos del Estado<sup>33</sup>, es decir, que todos los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo, Judicial, u otras ramas del poder público) y otras autoridades públicas o estatales, de cualquier nivel, incluyendo a los más altos tribunales de justicia de los mismos, tienen el deber de cumplir de buena fe con el derecho internacional.

60. Esta interpretación se deriva directamente del principio contenido en el mencionado artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>34</sup>. Adicionalmente los Estados tienen la obligación general contenida en el artículo 2 de la Convención de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella consagrados<sup>35</sup>, lo que implica, según las circunstancias de la situación concreta, la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías

<sup>32</sup> Cfr. *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención* (arts. 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, párr. 35, y *Caso Barrios Altos Vs. Perú. Supervisión de cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de septiembre de 2012, considerando cuarto. Lo anterior ha sido recogido en “Resolución aprobada por la Asamblea General [sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/56/589 y Corr.1)] 56/83, Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, 85ª sesión plenaria, 12 de diciembre de 2001, Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 10 y correcciones (A/56/10 y Corr.1 y 2).

<sup>33</sup> Cfr. *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de noviembre de 1999, considerando cuarto, y *Caso Barrios Altos Vs. Perú. Supervisión de cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de septiembre de 2012, considerando cuarto.

<sup>34</sup> Cfr. *Caso Apitz Barbera y otros. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte de 23 de noviembre de 2012, considerando 22.

<sup>35</sup> Cfr. *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 205; *Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 142, y *Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 164.

previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías<sup>36</sup>.

61. La Corte reitera que, una vez que este Tribunal se ha pronunciado sobre el fondo y las reparaciones en un caso que fue sometido a su conocimiento, resulta necesario que el Estado observe las normas de la Convención que se refieren al cumplimiento de esa o esas sentencias<sup>37</sup>. De conformidad con lo establecido en el artículo 67 de la Convención Americana, “[e]l fallo de la Corte será definitivo e inapelable”, el cual produce los efectos de autoridad de cosa juzgada. Asimismo, el artículo 68.1 de la Convención Americana estipula que “[l]os Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”.

62. Así, puesto que esta parte resolutive de sus sentencias debe ser cumplida, cuando la misma refiere expresa y directamente a la parte considerativa de las mismas (como es la Sentencia dictada en el *caso Gelman*), el razonamiento de la Corte es claramente parte integral de la Sentencia, a lo cual el Estado concernido también queda obligado de dar pleno cumplimiento. En este caso particular, el punto resolutive 9 de la Sentencia refiere directamente a los párrafos 252 a 256, 274 y 275 y el punto resolutive 11 de la misma refiere a los párrafos 253 y 254. De lo contrario, sería incongruente que la parte resolutive o dispositiva de la sentencia sea obligatoria sin que se tome en consideración la motivación y el contexto en que fue dictada, máxime cuando se tiene presente que, al tenor de lo dispuesto en los artículos 66 a 69 de la Convención, el fallo constituye un todo o una unidad. En atención a lo anterior, la obligación de los Estados Parte de dar pronto cumplimiento a las decisiones de la Corte es parte intrínseca de la obligación de cumplir de buena fe con la Convención Americana y vincula a todos los poderes y órganos estatales.

[...]

---

<sup>36</sup> Cfr. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 118; *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2006.. Serie C No. 149, párr. 83, y *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros)*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 85. La Corte ha afirmado en relación con ello que, [e]n el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente (“*príncipe allant de soi*”; *Echange des populations grecques et turques, avis consultatif, 1925, C.P.J.I., série B, no. 10, p. 20*). Cfr. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, párr. 117; *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 205, y *Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 140.

<sup>37</sup> Cfr. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Competencia*. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104, párr. 60.

## a.2 Control de convencionalidad

65. Por otro lado, se ha acuñado en la jurisprudencia interamericana el concepto del “control de convencionalidad”, concebido como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal.

66. Así, en varias sentencias la Corte ha establecido que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico<sup>38</sup>. Pero cuando un Estado es Parte en un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, también están sometidos al tratado, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales. Es decir, todas las autoridades estatales, están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana<sup>39</sup>.

67. De tal manera, es posible observar dos manifestaciones distintas de esa obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad, dependiendo de si la Sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no. Lo anterior debido a que a que la norma convencional interpretada y aplicada adquiere distinta vinculación dependiendo si el Estado fue parte material o no en el proceso internacional.

68. En relación con la primera manifestación, cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento

---

<sup>38</sup> Cfr. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, párr. 124; *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*, párr. 176, y *Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 302.

<sup>39</sup> Cfr. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, párr. 124; *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*, párr. 176, y *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 225. Véase asimismo *Caso Gelman Vs. Uruguay*, párr. 193, y *Caso Furlan y familiares Vs. Argentina*, párr. 303.

total o parcial de la sentencia. Es decir, en este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia. En esta situación se encuentra el Estado de Uruguay respecto de la Sentencia dictada en el *caso Gelman*. Por ello, precisamente porque el control de convencionalidad es una institución que sirve como instrumento para aplicar el Derecho Internacional, en el presente caso que existe cosa juzgada se trata simplemente de emplearlo para dar cumplimiento en su integridad y de buena fe a lo ordenado en la Sentencia dictada por la Corte en el caso concreto, por lo que sería incongruente utilizar esa herramienta como justificación para dejar de cumplir con la misma, de conformidad con lo señalado anteriormente (*supra* considerandos. 6o a 65).

69. Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas<sup>40</sup>, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> Al respecto, la corte señaló en el caso *Gelman*: “La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un control de convencionalidad, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia ha ejercido, en el *Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet*, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al establecer, *inter alia*, que ‘el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley’. Otros tribunales nacionales se han ido también a los límites de la democracia en relación con la protección de derechos fundamentales”. *Caso Gelman Vs. Uruguay*, párr.239.

<sup>41</sup> La eficacia interpretativa del tratado internacional se observa también en la práctica de autoridades y tribunales nacionales en el Sistema Europeo de Derechos Humanos. Al respecto, véase Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, resolución 1226 de 28 de septiembre de 2000 “*Execution of judgments of the European Court of Human Rights*”: “[...] 3. El principio de solidaridad implica que la jurisprudencia de la Corte [Europea de Derechos Humanos] forma parte de la Convención, extendiendo así la fuerza legalmente vinculante de la Convención *erga omnes* (a todas las otras Partes).

70. La Corte estima pertinente precisar que la concepción del llamado control de convencionalidad tiene íntima relación con el “principio de complementariedad”, en virtud del cual la responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Este principio de complementariedad (también llamado “de subsidiariedad”) informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, “coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. De tal manera, el Estado “es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos”<sup>42</sup>.

71. Lo anterior significa que, como consecuencia de la eficacia jurídica de la Convención Americana en todos los Estados Parte en la misma, se ha generado un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí<sup>43</sup>. Así, la jurisprudencia de la Corte muestra casos en que se retoman decisiones de tribunales internos para fundamentar y conceptualizar la violación de la Convención en el caso específico<sup>44</sup>. En otros casos se

---

Esto significa que los Estados Parte no sólo deben ejecutar las sentencias de la Corte pronunciadas en casos en que son parte, sino también deben tomar en consideración las posibles implicaciones que las sentencias pronunciadas en otros casos puedan tener en sus propios ordenamientos jurídicos y prácticas legales. (“3. *The principle of solidarity implies that the case-law of the Court forms part of the Convention, thus extending the legally binding force of the Convention erga omnes (to all the other parties). This means that the states parties not only have to execute the judgments of the Court pronounced in cases to which they are party, but also have to take into consideration the possible implications which judgments pronounced in other cases may have for their own legal system and legal practice*”). <http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewPDF.asp?FileID=16834&Language=EN>

<sup>42</sup> *Caso de la Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No.259, párr. 142. Véase asimismo, *Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No.157, párr. 66.

<sup>43</sup> *Cfr. Caso de la Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*, párr. 143.

<sup>44</sup> En el caso de la *Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*, al desarrollar el derecho a no ser forzosa-mente desplazado, bajo los artículos 4, 5 y 22 de la Convención, la Corte se basó extensamente en la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T/025-04. *Cfr. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No.134, párr. 174 y ss. Véase asimismo casos *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párrs. 159, 164, 182, 186, 202 y 208, *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*, párrs. 163 a 169, o *Caso Gelman vs Uruguay*, párrs. 215 a 224.

ha reconocido que, en forma concordante con las obligaciones internacionales, los órganos, instancias o tribunales internos han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que dio origen al caso<sup>45</sup>; ya han resuelto la violación alegada<sup>46</sup>; han dispuesto reparaciones razonables<sup>47</sup>, o han ejercido un adecuado control de convencionalidad. Según fue señalado (*supra* Considerando 37), precisamente en el presente *caso Gelman vs. Uruguay*, la Corte consideró que, antes de tomar la referida decisión de 22 de febrero de 2013, la Suprema Corte de Justicia uruguaya ya había ejercido un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al declararla inconstitucional en octubre de 2009 en el *caso Sabalsagaray*.

72. De tal modo, el control de convencionalidad es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados. Así adquiere sentido el mecanismo convencional, el cual obliga a todos los jueces y órganos judiciales a prevenir potenciales violaciones a derechos humanos, las cuales deben solucionarse a nivel interno teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana y, solo en caso contrario, pueden ser considerados por ésta, en cuyo supuesto ejercerá un control complementario de convencionalidad<sup>48</sup>.

73. Sin perjuicio de lo anterior, y de conformidad con lo señalado anteriormente en cuanto a la primera manifestación del control de convencionalidad cuando existe

---

<sup>45</sup> En el *caso La Cantuta Vs. Perú* se discutió si las leyes de auto-amnistía, declaradas incompatibles con la Convención en un caso anterior (*Barrios Altos*), continuaban surtiendo efectos a nivel interno. Luego de observar que los actos de varios órganos estatales y decisiones del Tribunal Constitucional peruano eran conformes con lo dispuesto anteriormente, la Corte estimó que el Estado no había continuado incumpliendo el artículo 2 de la Convención. *Cfr. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párrs. 165 a 189.

<sup>46</sup> En el *caso Cepeda Vargas Vs. Colombia*, la Comisión solicitó a la Corte que declare al Estado responsable por la violación del derecho a la protección de la honra y dignidad de los familiares, en cuanto declaraciones realizadas por altos funcionarios del Estado en su contra constituyeron “actos de estigmatización” que les afectaron, a ellos “y a la memoria del Senador”. La alegada violación del artículo 11 se basaba también en un hecho específico en perjuicio del hijo del Senador: un mensaje publicitario emitido como parte de la publicidad electoral de la campaña de reelección del entonces candidato a Presidente de la República. La Corte observó que la propia Corte Constitucional de Colombia había dictado sentencia en la que reconoció que la difusión de ciertos mensajes a través de medios masivos de comunicación menoscabó el buen nombre y la honra del señor Iván Cepeda Castro, en cuanto hijo de una de las víctimas de la violencia política del país, y que los mencionados derechos también se habían violado a sus familiares. La Corte declaró que “había analizado la referida sentencia de la Corte Constitucional, en el sentido que declaró la [referida] violación [...] por el mencionado mensaje publicitario, y que además dispuso reparaciones pertinentes a nivel interno”, *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párrs. 203 a 210.

<sup>47</sup> En el mismo *caso Cepeda Vargas vs. Colombia*, en lo relativo a las reparaciones y lo actuado en la vía contencioso-administrativa interna. *Caso Cepeda Vargas Vs. Colombia*, párrs. 211 y ss. Véase asimismo también *Caso de la Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*, párr. 336.

<sup>48</sup> *Cfr.*, en similar sentido, *Caso de la Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*, párr. 144.



cosa juzgada internacional (*supra* Considerando 69), este control también posee un rol importante en el cumplimiento o implementación de una determinada Sentencia de la Corte Interamericana, especialmente cuando dicho acatamiento queda a cargo de los jueces nacionales. Bajo este supuesto, el órgano judicial tiene la función de hacer prevalecer la Convención Americana y los fallos de esta Corte sobre la normatividad interna, interpretaciones y prácticas que obstruyan el cumplimiento de lo dispuesto en un determinado caso<sup>49</sup>.

74. Lo anterior se deduce del compromiso de los Estados de cumplir con sus obligaciones internacionales y no solo de prácticas judiciales reiteradas a niveles nacionales, que son por supuesto relevantes. Así, tribunales de la más alta jerarquía en varios Estados de la región, se han referido al carácter vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana o han aplicado el control de convencionalidad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por ésta.

*Nota: en los párrafos 75 a 83 de la Resolución, la Corte hizo, en este sentido, un recuento de sentencias, decisiones y acuerdos dictadas por la Corte Suprema de Justicia de Argentina, el Tribunal Constitucional de Bolivia, la Corte Constitucional de Colombia, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, la Corte Suprema de Justicia de Panamá, el Tribunal Constitucional del Perú y la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana.*

86. De lo anterior se desprende que varios tribunales nacionales de la más alta jerarquía han entendido que la jurisprudencia internacional es fuente de derecho, si bien con distintos alcances, y han utilizado los *obiter dicta* y/o las *ratio decidendi* de dicha jurisprudencia para fundamentar o guiar sus decisiones e interpretaciones.

87. En atención a todo lo anterior, la Corte reitera, por un lado, que sus sentencias producen el efecto de cosa juzgada y tienen carácter vinculante, lo cual deriva de la ratificación de la Convención y del reconocimiento de la jurisdicción del Tribunal, actos soberanos que el Estado Parte realizó conforme sus procedimientos constitucionales y, por otro, que el control de convencionalidad es una obligación de las autoridades estatales y su ejercicio compete, solo subsidiaria o complementariamente, a la Corte Interamericana cuando un caso ha sido sometido a su jurisdicción.

88. En consecuencia, la pretensión de oponer el deber de los tribunales internos de realizar el control de constitucionalidad al control de convencionalidad que ejerce la Corte, es en realidad un falso dilema, pues una vez que el Estado ha ratificado el tratado internacional y reconocido la competencia de sus órganos de control, precisamente a través de sus mecanismos constitucionales, aquéllos pasan a conformar su ordenamiento jurídico. De tal manera, el control de constitucionalidad implica necesariamente un control de convencionalidad, ejercidos de forma complementaria.

---

<sup>49</sup> Cfr. *Caso Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela. Supervisión de cumplimiento de sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2012, considerando 26.

89. En el presente caso, el efecto general de la incompatibilidad de la Ley de Caducidad, la no aplicabilidad de prescripción y otros efectos relativos a la obligación de investigar los hechos, fueron dispuestos en la propia Sentencia dictada en el *caso Gelman*, en cuyo proceso el Estado tuvo todas las oportunidades de exponer sus puntos de vista, por lo que la Sentencia tiene la autoridad de cosa juzgada internacional, de donde deriva que todas las autoridades nacionales, incluyendo el Poder Judicial en todos sus niveles, deben cumplir con la decisión en respeto a sus obligaciones internacionales.

90. Según el principio de Derecho internacional de la identidad o continuidad del Estado, la responsabilidad subsiste para todos sus poderes y órganos con independencia de los cambios de gobierno en el transcurso del tiempo y, concretamente, entre el momento en que se comete el hecho ilícito que genera la responsabilidad y aquél en que ella es declarada<sup>50</sup>. Por tanto, conforme al Derecho Internacional que ha sido democrática y soberanamente aceptado por el Estado, es inaceptable que una vez que la Corte Interamericana haya emitido una Sentencia con autoridad de cosa juzgada, el derecho interno o sus autoridades pretendan dejarla sin efectos<sup>51</sup>. En este caso, a pesar de lo realizado por el Estado uruguayo, a través de determinados actos de sus Poderes Ejecutivo y Legislativo en acatamiento de la Sentencia, la reciente decisión de 22 de febrero de 2013 de la máxima autoridad jurisdiccional del Estado -actuando como contralor de constitucionalidad-, si bien incluye una serie de reflexiones dirigidas a cumplir la Sentencia, por la manera en que están expuestas, la misma constituye un obstáculo para el pleno cumplimiento de la Sentencia y podría producir un quebrantamiento al acceso a la justicia de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos que se encuentran amparadas por una sentencia de la Corte Interamericana.

### ***b) La imprescriptibilidad de las graves violaciones a los derechos humanos, el principio de irretroactividad de la ley penal y el carácter del delito de desaparición forzada***

91. En el presente caso, la Corte observa en primer lugar que el Estado de Uruguay, por medio de la Suprema Corte de Justicia, expresó que los crímenes cometidos por los agentes de la dictadura antes del 1º de marzo de 1985 no eran considerados por la legislación interna como crímenes imprescriptibles, y que por tanto la ley 18.831 interpretativa de la ley de caducidad es inconstitucional<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No.4, párr. 184, y *Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, párr. 194. Véase asimismo, *Caso Yvon Neptune Vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180, párrs. 40 a 42.

<sup>51</sup> Cfr. *Caso Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela*. Resolución de la Corte de 23 de noviembre de 2012, considerando 39.

<sup>52</sup> Al respecto la Suprema Corte señaló en su sentencia 20 de febrero de 2013 que “para los delitos cometidos durante la dictadura y amparados por la Ley de Caducidad, no se creó ninguna prescripción especial, sino que, simplemente, regían los mismos términos extintivos que para

92. En casos en que se ha establecido que ocurrieron desapariciones forzadas y otras graves violaciones, es fundamental que los Estados investiguen efectivamente los hechos, pues la necesidad imperiosa de prevenir la repetición de los mismos depende, en buena medida, de que se evite su impunidad y se satisfaga las expectativas de las víctimas y la sociedad en su conjunto de acceder al conocimiento de la verdad de lo sucedido<sup>53</sup>. La eliminación de la impunidad, por todos los medios legales disponibles, es un elemento fundamental para la erradicación de las desapariciones forzadas y otras graves violaciones a los derechos humanos<sup>54</sup>.

93. Con respecto a este punto vale reiterar, en primer lugar, la jurisprudencia constante de este Tribunal según la cual “son inadmisibles las [...] disposiciones de prescripción [...] que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”<sup>55</sup>. Lo anterior también fue expresado por la Corte en el *caso Gelman Vs. Uruguay*<sup>56</sup>. Del mismo modo, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha sostenido que “[l]as violaciones graves de los derechos civiles y políticos cometidas durante el gobierno militar [en Argentina] deben ser perseguibles durante todo el tiempo que sea necesario y con toda la retroactividad necesaria para lograr el enjuiciamiento de sus autores”<sup>57</sup>.

94. En virtud de lo anterior, es incompatible con las obligaciones internacionales de un Estado Parte en la Convención que éste deje de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos que por su naturaleza sean imprescriptibles, en perjuicio del derecho de las víctimas de acceso a la justicia,

---

cualquier otro delito, por lo que, en la especie, no sería de aplicación la condena impuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a la remoción de las leyes de prescripción establecidas especialmente para esos casos, puesto que no se dictaron leyes de tal naturaleza”.

<sup>53</sup> Cfr. *Caso Vargas Areco Vs. Paraguay*, párr. 81, y *Caso Escué Zapata Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165, párr. 75.

<sup>54</sup> Cfr. *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo*. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, párr. 173, y *Caso Vargas Areco Vs. Paraguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de noviembre de 2010, Considerando noveno.

<sup>55</sup> *Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 41; *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 129, y *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*, párr. 171.

<sup>56</sup> Cfr. *Caso Gelman Vs. Uruguay*, párr. 225.

<sup>57</sup> Naciones Unidas, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina, 3 de noviembre de 2000, CCPR/CO/70/ARG, párr. 9. Véase asimismo Comité de Derechos Humanos Observaciones General N°31: Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, 29 de marzo de 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, párr. 18, y en el mismo sentido CAT, Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura: Morocco, 5 de febrero de 2004, CAT/C/CR/31/2, párr. 5 (f).

amparándose en una situación de impunidad que sus propios poderes y órganos hayan propiciado mediante la generación de obstáculos *de jure* o *de facto* que impidieran realizar las investigaciones o llevar adelante los procesos durante determinado período. La imprescriptibilidad de ese tipo de conductas delictivas es una de las únicas maneras que ha encontrado la sociedad internacional para no dejar en la impunidad los más atroces crímenes cometidos en el pasado, que afectan la consciencia de toda la humanidad y se transmite por generaciones.

### *b.1 El principio de legalidad y de irretroactividad*

95. En lo que se refiere al principio de legalidad y de irretroactividad, la Corte hace notar que los instrumentos internacionales que contienen dicho principio no circunscriben la aplicación del mismo a lo establecido únicamente en el derecho interno. En ese sentido, el artículo 9 de la Convención Americana precisa que “[n]adie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable”. Los Trabajos Preparatorios a la Convención Americana indican al respecto que la expresión “derecho aplicable” se refiere tanto al derecho interno como al derecho internacional<sup>58</sup>. Esa interpretación es consistente tanto con el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>59</sup>, como al artículo 7 del Convenio Europeo sobre Derechos y Libertades Fundamentales<sup>60</sup> o al artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>61</sup> de 1948, en los cuales se indica que las

---

<sup>58</sup> Cfr. Actas y Documentos, Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, OEA/Ser.K/XVI/1.2, página 206: “El Presidente dijo al Delegado de Colombia, que no era necesario especificar “derecho nacional o internacional” puesto que la expresión “derecho aplicable” lo comprendía todo. Solicitó del Delegado que omitiera consideraciones extensas para que se pudiera aprobar el mayor número de artículos”.

<sup>59</sup> Cfr. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 16 de diciembre de 1966. Artículo 15: 1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello. 2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

<sup>60</sup> Cfr. Artículo 7. No hay pena sin ley: 1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. 2. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

<sup>61</sup> Cfr. Declaración Universal de derechos Humanos de 1948, artículo 11.2: Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

acciones u omisiones por las cuales nadie puede ser condenado deben estar establecidas en el derecho interno o en el derecho internacional. Del mismo modo, la regla anterior ha sido aplicada por tribunales penales nacionales<sup>62</sup> e internacionales<sup>63</sup> y por los sistemas universal<sup>64</sup> y europeo<sup>65</sup> de protección de derechos humanos.

<sup>62</sup> Cfr. Argentina: Caso Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, Corte Suprema de la Nación, Causa 17.768, Párrafos 30 y 31, sentencia de 14 de junio de 2005, Colombia: Corte Constitucional, Sentencia 666/08 Magistrado Ponente: Mauricio Gonzalez Cuervo, apartado 2.2, Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Radicación 110016000253200680281, 2 de diciembre de 2010, párr. 268; Panamá: Corte Suprema de Justicia de Panamá, Sentencia de 2 de marzo de 2004, Expediente 481 – E –; Alemania: ver entre otros Caso Streletz y Kessler, Corte Constitucional Federal, Sentencia de 24 de octubre de 1996, Estonia: Caso Kolk, Tallinn Court of Appeal, sentencia de 27 de enero de 2004, y sentencia de la Corte Suprema de 21 de abril de 2004, Caso Penart, Corte Suprema, sentencia de 18 de diciembre de 2003, Francia: Caso Federation Nationale des Déportés et Internés Résistants et patriotes y otros contra Klaus Barbie, Cámara de Casación Sentencia de 20 de diciembre de 1985, Federation Nationale des Déportés et Internés Résistants et patriotes y otros contra Touvier, Cámara de Casación Sentencia de 27 de noviembre de 1992, Caso Popon, Cour d'Assise de la Gironde, sentencia de 2 de abril de 1998, Italia : Caso Hass y Priebke, Suprema Corte de Casación sentencia de 16 de noviembre de 1998 y Corte Militar de Apelación Sentencia de 7 de marzo de 1998, Letonia: Caso Kononov, Corte Suprema, Sentencia de 28 de septiembre de 2004; Inglaterra: R v R [1992] 1 A.C. 599, House of Lords, en la cual se declara que la violación llevada a cabo por un marido sobre su esposa debía ser considerada una violación contrariamente a lo establecido por la costumbre (que había sido entendido desde los casos de *Halé's Pleas of the Crown 1736*, R v. Clarence 1988, R v. Roberts 1986), págs. 611 y 623. Véase asimismo, Sri Lanka: Suprema Corte de Sri Lanka, Sentencia de 28 de mayo de 1986, Caso Ekanayake v. Attorney General.

<sup>63</sup> Cfr. Tribunal Penal para la ex Yugoslavia ("TPIY") caso Tadic, Cámara de Apelación, 2 de octubre de 1995, IT-94-1-AR72, párr. 68, caso Delalic et al, Primera Instancia, IT-96-21, párrs. 313, 402 y ss, sentencia de 16 de noviembre de 1998, Caso Delalic y otros, Primera Instancia, IT-96-21-T, párrs 313, y IT-96-21-A, Cámara de Apelación, 20 de febrero de 2001, párrs. 174 y 175, caso Furundzija, Primera Instancia, IT-95-17/1, sentencia de 10 de diciembre de 1998, párr. 177, Tribunal de Nuremberg ("IMT"), Judgment of the International Military Tribunal for the Trial of German Major War Criminals, 30 de septiembre y 1 de octubre de 1946, páginas 38 y 39, IMT Volumen 22, página 461 a 463, y página 461, Tribunales en las zonas de ocupación en Alemania Karl Brandt et al, (The Doctors Trial) Indictment, párrafos 10 y 15, 25 de octubre de 1946; USA v. Pohl et al, Indictment, Párrafos 23 y 25, 13 de enero de 1947; USA v. Erhard Milch, Indictment, Párrafos 7, 9 y 12, páginas 360 y siguientes 19 de noviembre de 1946; USA v. Ohlendorf et al (The Einsatzgruppen Case), Amended Indictment, páginas 20 y siguientes, párrafos 10 y 12 25 de Julio de 1947. Véase asimismo, International Military Tribunal for the Far East, 4 de noviembre de 1948, páginas 48,438 y 48,439 que se refieren a la Sentencia del IMT referida *supra*. Del mismo modo, véase Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia ("ECCC"), caso Kaing Guek Eav, sentencia de 3 de febrero de 2012, 001/18-07-2007/ECCC/SC, párr. 30.

<sup>64</sup> Cfr. Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Observaciones finales sobre Argentina del 2000, párr. 9.

<sup>65</sup> Corte Europea de Derechos Humanos ("CEDH"), caso Kononov c. Letonia, Grand Chamber, sentencia 17 de mayo de 2010, 36376/04, párrs. 185 a 187, 208 y 236, Caso Papon c. Francia, sentencia de 15 de noviembre de 2001, 54210/00, párrafo 5 de *en derecho*, Caso Touvier c. Francia, sentencia de 13 de enero de 1997, 29420/95, párr. 148, Caso Kolk c. Estonia sentencia de 17 de enero de 2006 23052/04 ; 24018/04, párr.7 de *en derecho*, Caso Penart c. contra Estonia sentencia de 24 de enero de 2006, 14685/04, párr.- 7 de *en derecho*, Caso Streletz y Otros c. Alemania, sentencia de 22 de marzo

96. En ese sentido, cabe señalar que la importancia de considerar ese principio de forma amplia abarcando el derecho interno y el internacional, radica en el hecho de que precisamente se trata de evitar que se validen o encubran, a través de normas o procedimientos, graves violaciones a los derechos humanos cometidas por agentes de un Estado al amparo de un aparato organizado de poder. Si se aceptara que únicamente la normatividad interna fuera la que determinara la aplicación o no de la irretroactividad penal, ello implicaría que un agente de un aparato organizado de poder puede cometer válidamente los crímenes más graves cuando el Estado que lo amparase encuentre en posición de garantizar su impunidad por medios legales. De ese modo, la necesidad de considerar el derecho internacional a la hora de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar una conducta ilícita constitutiva de una grave violación a los derechos humanos, funcionaría como garantía contra la impunidad de los autores de ese tipo de crímenes y preservaría el derecho de las víctimas a la verdad y a la obtención de justicia.

97. En este sentido, es relevante observar que este Tribunal ha establecido, en relación con la existencia de normas que se refieren a la criminalización interna o internacional de una determinada conducta, que dicha normatividad debe ser adecuadamente accesible y previsible<sup>66</sup>. En otros términos, el autor debe ser consciente de la antijuridicidad de su conducta y debe poder prever que podría tener que responder por ello<sup>67</sup>.

98. Sin embargo, en casos de graves violaciones a los derechos humanos, resulta irrazonable afirmar que los agentes estatales responsables las cometieran desconociendo la extrema antijuridicidad de sus actos<sup>68</sup>, más aún en casos como el presente, que trata de desapariciones forzadas cometidas bajo estructuras organizadas de poder del propio Estado. Así, en casos en que el aparato estatal ha servido de instrumento para la comisión de esos graves crímenes y en que los agentes responsables contaban, al momento de su comisión, con la tolerancia, apoyo y garantías de impunidad que les aseguró y aseguraría el propio Estado, no cabe una interpretación estricta de esas garantías procesales de prescripción e irretroactividad de la ley penal, sin que ello implique desnaturalizar su sentido mismo y dejar de atender la consecución de las expectativas legítimas de las víctimas a su derecho de acceso a la justicia.

---

de 2001, 34044/96; 35532/97; 44801/98 Párrafos 49 y 50, S.W. c. Reino Unido, sentencia de 22 de noviembre de 1995, 20166/92 serie A no. 335-B párrs. 34 a 36.

<sup>66</sup> Cfr. *Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233, párr. 199.

<sup>67</sup> Cfr. CEDH, caso Kononov c. Letonia, Grand Chamber, sentencia 17 de mayo de 2010, 36376/04, párr. 236, caso C.R v. UK, 27 de octubre de 1995, 20190/92, párr. 33, Caso K.-H.W v. Alemania, 37201/97, párrs. 88 a 91. Del mismo modo, véase Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (“ECCC”), caso Kaing Guek Eav, sentencia de 3 de febrero de 2012, 001/18-07-2007/ECCC/SC, párrs. 28 y 31, TPIY, Caso Delalic y otros, IT-96-21-A, Cámara de Apelación, 20 de febrero de 2001, párr. 817 y Corte Suprema de Canadá, R. v. Finta, [1994] 1 S.C.R. 701, sentencia de 24 de marzo de 1994.

<sup>68</sup> Cfr. CEDH, caso Kononov c. Letonia, Grand Chamber, sentencia 17 de mayo de 2010, 36376/04, párr. 236; Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (“ECCC”), caso Kaing Guek Eav, sentencia de 3 de febrero de 2012, 001/18-07-2007/ECCC/SC y TPIY, Caso Delalic y otros, IT-96-21-A, Cámara de Apelación, 20 de febrero de 2001, párr. 817.

## *b.2 La desaparición forzada como un delito permanente y su incidencia respecto del principio de irretroactividad*

99. Con respecto a la calificación jurídica de la desaparición forzada, la Corte reitera, como lo ha hecho en otros casos, que no es admisible considerar esa conducta ilícita como un delito de carácter instantáneo<sup>69</sup>. En ese sentido, en su jurisprudencia constante desde 1988<sup>70</sup>, el Tribunal ha establecido el carácter permanente de la desaparición forzada de personas, el cual ha sido reconocido de manera reiterada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>71</sup>. Del mismo modo, la jurisprudencia de esta Corte ha sido precursora de la consolidación de una perspectiva comprensiva de la pluriofensividad de los derechos afectados y el carácter permanente de la figura de la desaparición forzada de personas<sup>72</sup>, en la cual el acto de desaparición y su ejecución inician con la privación de la libertad de la persona y la subsiguiente falta de información sobre su destino, y permanece mientras no se conozca el paradero de la persona desaparecida o se identifiquen con certeza sus restos. Esta Corte realizó dicha caracterización de la desaparición forzada incluso con anterioridad a la definición contenida en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas<sup>73</sup>. Además, esa calificación es consistente con

<sup>69</sup> Cfr. *Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de febrero de 2012, Serie C No. 240, párr. 50.

<sup>70</sup> Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo*, párr. 155, y *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232, párr. 82.

<sup>71</sup> En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se desarrolló desde la década de los ochenta una definición operativa del fenómeno por parte del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias de Personas de las Naciones Unidas. Los elementos conceptuales establecidos por dicho Grupo de Trabajo fueron retomados posteriormente en las definiciones de distintos instrumentos internacionales. Cfr. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 82, y *Caso Torres Millacura y otros Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C No. 229, párr. 92. Véase, además, el Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, Comisión de Derechos Humanos, 37º período de sesiones, U.N. Doc. E/CN.4/1435, de 22 de enero de 1981, párr. 4; Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, Comisión de Derechos Humanos, 39º período de sesiones, U.N. Doc. E/CN.4/1983/14, de 21 de enero de 1983, párrs. 130 a 132, e Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de Personas, Comisión de Derechos Humanos, Informe a la visita realizada a Sri Lanka por tres miembros del Grupo de Trabajo, 7 a 18 de octubre de 1991, E/CN.4/1992/18/Add. 1 de 5 de enero de 1991, párr. 92.

<sup>72</sup> Cfr. *Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana*, párr. 50; *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*, párr. 103. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha considerado el carácter permanente de la desaparición forzada de personas en el siguiente caso: *Chipre vs. Turquía* [GC], no 25781/94, párrs. 136, 150 y 158, 2001-IV.

<sup>73</sup> Dicha Convención establece en su artículo II que “se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes”.

otras definiciones contenidas en diferentes instrumentos internacionales<sup>74</sup>, la jurisprudencia del Sistema Europeo de Derechos Humanos<sup>75</sup>, decisiones del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>76</sup>, el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas<sup>77</sup>, y decisiones de altos tribunales nacionales<sup>78</sup>.

100. En lo que se refiere al principio de no retroactividad aplicado a casos de desapariciones forzadas, la Corte ya ha establecido en otros casos que, por tratarse de un delito de ejecución permanente, es decir, cuya consumación se prolonga en el tiempo, al entrar en vigor la tipificación del delito de desaparición forzada de personas, por mantenerse en ejecución la conducta delictiva la nueva ley resulta aplicable, sin que ello represente su aplicación retroactiva<sup>79</sup>. En este mismo sentido se han pronunciado tribunales de la más alta jerarquía de los Estados del continente americano, como lo son la Corte Suprema de Justicia del Perú, el Tribunal Constitucional del Perú, la Suprema Corte de Justicia de México, el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, la Corte Constitucional de Colombia, y la Suprema Corte de Argentina<sup>80</sup>,

<sup>74</sup> Cfr. artículo 2 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, U.N. Doc. A/RES/61/177, de 20 de diciembre de 2006; artículo 7, numeral 2, inciso i) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, U.N. Doc. A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998, y preámbulo de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, U.N. Doc. A/RES/47/133 de 12 de febrero de 1993.

<sup>75</sup> Al respecto, pueden consultarse los siguientes casos sobre desaparición forzada de personas: CEDH, *Chipre vs. Turquía* [GC], no 25781/94, párrs. 132 a 134 y 147 a 148, 2001-IV, y CEDH, *Varna-va y otros v. Turkey*, nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 y 16073/90, párrs. 111 a 113, 117 y 118, 133, 138 y 145, 10 de enero de 2008.

<sup>76</sup> Al respecto, véase, *Messaouda Grioua y Mohamed Grioua vs. Algeria*, CCPR/C/90/D/1327/2004 (2007), Comunicación No. 1327/2004, 16 de agosto de 2007; *Yasoda Sharma y Surya Prasad Sharma vs. Nepal*, CCPR/C/97/D/1469/2006 (2008), Comunicación No. 1469/2006, 6 de noviembre de 2008; *ZohraMadoui y MenouarMadoui vs. Algeria*, CCPR/C/94/D/1495/2006 (2008), Comunicación No. 1495/2006, 1 de diciembre de 2008, y *Nydia Erika Bautista de Arellana vs. Colombia*, CCPR/C/55/D/563/1993, Comunicación No. 563/1993, 13 de noviembre de 1995.

<sup>77</sup> Cfr. entre otros: *Compilación de Comentarios Generales sobre la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, Comentario General sobre el artículo 17 de la Declaración, párrs. 28 a 30.

<sup>78</sup> Cfr. *Caso Marco Antonio Monasterios Pérez*, Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, sentencia de 10 de agosto de 2007; *Suprema Corte de Justicia de la Nación de México*, Tesis: P./J. 87/2004; *Caso de desafuero de Pinochet*, Pleno de la Corte Suprema de Chile, sentencia de 8 de agosto del 2000; *Caso Sandoval*, Corte de Apelaciones de Santiago de Chile, sentencia de 5 de enero del 2004; *Caso Videla y otros*, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital de Argentina, sentencia de 9 de septiembre de 1999; *Caso José Carlos Trujillo*, Tribunal Constitucional de Bolivia, sentencia de 12 de noviembre del 2001, y *Caso Castillo Páez*, Tribunal Constitucional del Perú, sentencia de 18 de marzo de 2004.

<sup>79</sup> Cfr. *Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 16 de noviembre de 2009, Considerando 38. Esto ya había sido señalado anteriormente por el Tribunal en la Sentencia del *Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala*, párr. 87.

<sup>80</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia del Perú, sentencia de fecha el 20 de marzo de 2006, Exp: 111-04, D.D Cayo Rivera Schreiber. Tribunal Constitucional de Perú, sentencia de 18 de marzo de 2004,



Estados que, al igual que Uruguay, han ratificado la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada<sup>81</sup>.

101. De tal manera, no resulta admisible que se considere prescrita la acción penal de dichos delitos que hasta la fecha se pueden seguir consumando, como lo es la desaparición forzada. Al ser un delito permanente, está fuera de discusión la aplicabilidad del principio de irretroactividad de la ley penal o de la prescripción. Esta ha sido la respuesta jurídica de la comunidad internacional para prevenir, erradicar y, cuando sea necesario, investigar, juzgar y sancionar los más graves crímenes que se han cometido y evitar así que queden en la impunidad.

### c) Conclusiones

102. Una vez que este Tribunal ha dictado Sentencia en el presente caso, la cual produce los efectos de la autoridad de cosa juzgada, de conformidad con los principios generales del Derecho Internacional y con lo dispuesto en los artículos 67 y 68 de la Convención Americana, el Estado y todos sus órganos se encuentran obligados a darle pleno cumplimiento. La Sentencia no se limita en su efecto vinculante a la parte dispositiva del fallo, sino que incluye todos los fundamentos, motivaciones, alcances y efectos del mismo, de modo que aquélla es vinculante en su integridad, incluyendo su *ratio decidendi*. Así, puesto que la parte resolutive o dispositiva de la Sentencia refiere expresa y directamente a su parte considerativa, ésta es claramente parte integral de la misma y el Estado también está obligado a darle pleno acatamiento. La obligación del Estado de dar pronto cumplimiento a las decisiones de la Corte es parte intrínseca de su obligación de cumplir de buena fe con la Convención Americana y vincula a todos sus poderes y órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, por lo cual no puede invocar disposiciones del derecho constitucional u otros aspectos del derecho interno para justificar una falta de cumplimiento de la Sentencia. En razón de estar en presencia de cosa juzgada internacional, y precisamente porque el control de convencionalidad es una institución que sirve como instrumento para aplicar el Derecho Internacional, sería contradictorio utilizar esa herramienta como justificación para dejar de cumplir la Sentencia en su integridad.

---

expediente N.º 2488-2002-HC/TC, párr. 26 (En <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02488-2002-HC.html>) y sentencia de 9 de diciembre de 2004, expediente N. 2798-04-HC/TC, párr. 22 (En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02798-2004-HC.html>). Suprema Corte de Justicia de México, Tesis: P/J. 49/2004, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Pleno. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, sentencia de 10 de agosto de 2007. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-580/02 de 31 de julio de 2002. Corte de Constitucionalidad sentencia de agosto de 2009, caso Felipe Cusanero Coj. SCJ Argentina Caso Simón

<sup>81</sup> Cfr. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C No. 217, párr. 201.

103. La Corte observa que el Estado del Uruguay había dado pasos concretos y claros hacia al cumplimiento de la Sentencia dictada en el *caso Gelman*, en particular mediante la expedición del Decreto 323 de 30 de junio de 2011 y de la Ley 18.831 de 27 de octubre de 2011. Sin embargo, la referida decisión de 22 de febrero de 2013 de la Suprema Corte de Justicia no está en consonancia con la evolución del Derecho Interamericano y Universal de Derechos Humanos, ni con la responsabilidad internacional del Estado reconocida por éste y declarada en Sentencia. Si bien esta decisión de la máxima autoridad jurisdiccional del Estado incluye una serie de reflexiones dirigidas a cumplir la Sentencia, por la manera en que están expuestas constituye un obstáculo para el pleno cumplimiento de la misma, podría producir un quebrantamiento al acceso a la justicia de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos que se encuentran amparadas por una sentencia de la Corte Interamericana y podría representar un instrumento de perpetuación de la impunidad y el olvido de esos hechos.

104. De tal manera, independientemente de las normas que sean dictadas o las interpretaciones que se hagan a nivel interno, la Sentencia dictada por la Corte Interamericana tiene carácter de cosa juzgada internacional y es vinculante en su integridad (tanto en sus partes considerativas como dispositivas y resolutivas) para el Estado del Uruguay, por lo cual, en cumplimiento de la misma todos sus órganos e instituciones, incluidos sus jueces y el Poder Judicial, deben continuar adoptando todas las medidas que sean necesarias para investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos cometidas en el presente caso y en casos similares en Uruguay que por su naturaleza sean imprescriptibles, asegurando que los efectos de la Ley de Caducidad o de normas análogas, como las de prescripción, caducidad, irretroactividad de la ley penal u otras excluyentes similares de responsabilidad, o cualquier interpretación administrativa o judicial al respecto, no se constituyan en un impedimento u obstáculo para continuar las investigaciones. Es incompatible con las obligaciones internacionales del Estado que éste deje de cumplir con estas obligaciones, en detrimento del derecho de las víctimas de acceso a la justicia, amparándose en una situación de impunidad que sus propios poderes y órganos hayan propiciado mediante la generación de obstáculos *de jure* o *de facto* que impidieran realizar las investigaciones o llevar adelante los procesos durante determinado período.

POR TANTO, LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS,

en el ejercicio de sus atribuciones de supervisión del cumplimiento de sus decisiones y de conformidad con los artículos 33, 62.1, 62.3 y 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 24 y 30 del Estatuto, y 31.2 y 69 de su Reglamento,

DECLARÓ QUE:

1. De conformidad con lo señalado en los párrafos considerativos pertinentes de la presente Resolución, el Estado ha dado cumplimiento total a sus obligaciones de:

- a. realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del presente caso, de conformidad con el punto dispositivo duodécimo de la Sentencia;
  - b. colocar una placa en el edificio del SID, de conformidad con el punto resolutivo décimo-tercero de la Sentencia;
  - c. realizar las publicaciones dispuestas en el párrafo 271 de la Sentencia, de conformidad con el punto resolutivo décimo-cuarto de la Sentencia; y
  - d. pagar las cantidades fijadas por concepto de indemnización por daño material e inmaterial y por el reintegro de costas y gastos, de conformidad con el punto resolutivo décimo-séptimo de la Sentencia.
2. A pesar de determinadas acciones dirigidas al cumplimiento de los puntos resolutivos 9 y 11 de la Sentencia dictada en el presente caso, en particular la expedición del Decreto 323 de 30 de junio de 2011 y la Ley 18.831 de 27 de octubre de 2011, la decisión de 22 de febrero de 2013 de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay constituye un obstáculo para el pleno acatamiento de la Sentencia, en los términos de los párrafos considerativos 225 a 246, 253 y 254 de la misma y de los párrafos considerativos 43 a 90, 101 y 102 de esta Resolución.
  3. La Sentencia dictada por la Corte Interamericana es vinculante para el Estado, por lo cual, en cumplimiento de la misma, todos sus órganos e instituciones, incluyendo el Poder Judicial en todos sus niveles, deben continuar adoptando todas las medidas que sean necesarias para investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos que por su naturaleza sean imprescriptibles, en los términos de los párrafos considerativos 183 a 194, 230 a 246, 252 a 256, 274 y 275 de la Sentencia y de los párrafos considerativos 43 a 103 de esta Resolución.
  4. Mantendrá abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento de los puntos resolutivos 9, 10, 11, 15 y 16 de la Sentencia relativos a las obligaciones del Estado de:
    - a. conducir y llevar a término eficazmente la investigación de los hechos del presente caso, a fin de esclarecerlos, determinar las correspondientes responsabilidades penales y administrativas y aplicar las consecuentes sanciones que la ley prevea;
    - b. continuar y acelerar la búsqueda y localización inmediata de María Claudia García Iruetagoiena, o de sus restos mortales y, en su caso, entregarlos a sus familiares, previa comprobación genética de filiación;
    - c. garantizar que la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos y para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos, y de otros hechos similares ocurridos en Uruguay;

- d. implementar, con la respectiva asignación presupuestaria, un programa permanente de derechos humanos dirigido a los agentes del Ministerio Público y a los jueces del Poder Judicial de Uruguay;
- e. adoptar las medidas pertinentes para garantizar el acceso técnico y sistematizado a información acerca de las graves violaciones de derechos humanos ocurridas durante la dictadura que reposa en archivos estatales.

Y RESOLVIÓ:

5. Requerir a la República del Uruguay que continúe adoptando todas las medidas que sean necesarias para dar efectivo y pronto acatamiento a los puntos pendientes de cumplimiento, señalados en el punto declarativo cuarto *supra*, de conformidad con lo estipulado en el artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. [...]

El Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot hizo conocer a la Corte su Voto Concurrente, el cual acompaña la presente Resolución.

Jorge T. Larrieux (Uruguay)\*

## Caso Gelman vs. Uruguay. Justicia transicional, Corte Interamericana de Derechos Humanos y el control de convencionalidad

### RESUMEN

El presente artículo refiere a la experiencia de Uruguay en materia de justicia transicional, pasando por la etapa de renuncia a investigar y sancionar los crímenes del período de la dictadura militar –junio de 1973 a febrero de 1984– por efecto de la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, seguido luego por una Comisión de la Paz o la Verdad, y la caracterizada desde el año 2004 por investigaciones y algunas condenas. Se analiza la incidencia del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –el llamado caso *Gelman vs. Uruguay*–, con repercusiones sobre su alcance y medidas adoptadas internamente para su cumplimiento, etapa en pleno proceso actual. Y finaliza el trabajo con un análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el llamado “control de convencionalidad” y eventuales dificultades de armonización con la legislación interna.

**Palabras clave:** derecho constitucional, derechos humanos, derecho internacional de los derechos humanos, justicia transicional, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencias, control de constitucionalidad, violación de los derechos humanos.

---

\* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, magistrado de carrera con 33 años de antigüedad en el Poder Judicial de Uruguay. Ingresó como juez de paz en el período de abril de 1980 a mayo de 1982; juez letrado hasta noviembre de 1987; secretario judicial de la Suprema Corte de Justicia hasta noviembre de 1992; ministro del Tribunal de Apelaciones Civil 4° Turno hasta abril de 2008; ministro de la Suprema Corte de Justicia desde entonces a la fecha, y cesará en tal cargo, por límite constitucional de edad, el 26 de noviembre de 2016.

## ZUSAMMENFASSUNG

Der vorliegende Artikel bezieht sich auf die Erfahrungen Uruguays mit der sogenannten Übergangsgjustiz. Dabei bewirkte zunächst das Gesetz über das Erlöschen des staatlichen Strafanspruchs einen Verzicht auf die Aufklärung und Bestrafung der in der Zeit der Militärdiktatur – zwischen Juni 1973 und Februar 1984 – begangenen Verbrechen. Später wurde eine Friedens- oder Wahrheitskommission eingerichtet. Die seit 2004 stattfindenden strafrechtlichen Ermittlungen haben anschließend zu einigen Verurteilungen geführt. Der Beitrag analysiert die Auswirkungen des Urteils des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Fall Gelman gegen Uruguay sowie die Folgediskussionen über die Reichweite des Urteils sowie die innerstaatlich zu seiner Umsetzung ergriffenen Maßnahmen. Diese Phase ist noch nicht abgeschlossen. Abschließend wird eine Analyse der Rechtsprechung des Interamerikanischen Gerichtshofs der Menschenrechte, der sogenannten richterlichen Überprüfung der völkerrechtlichen Vertragskonformität sowie eventueller Schwierigkeiten bei der Harmonisierung mit dem innerstaatlichen Recht vorgenommen.

**Schlagwörter:** Verfassungsrecht, Menschenrechte, Internationales Recht der Menschenrechte, Übergangsgjustiz, Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte – Entscheidungen, Prüfung der Verfassungsmäßigkeit, Verletzung von Menschenrechten.

## ABSTRACT

This paper recounts the experience of transitional justice in Uruguay, including the waiver of the investigation and prosecution of crimes committed during the military dictatorship –June 1973 to February 1984– as a consequence of the Expiry Law regarding the State’s punitive power, followed by a Peace or Truth Commission and, since 2004, a stage characterized by investigations and a few convictions. We analyze the judgment of the Inter-American Court of Human Rights in the case *Gelman v. Uruguay*, its scope, and the current stage of domestic measures undertaken for compliance. The paper ends with a review of the case law of the Inter-American Court of Human Rights, the so-called “conventionality control” and potential difficulties for harmonization with domestic legislation.

**Keywords:** Constitutional law, Human rights, International human rights law, Transitional justice, Inter-American Court of Human Rights, Judgments, Constitutionality control, Human rights violations.

## 1. Aproximación conceptual a la justicia transicional

El tema se relaciona con una idea o concepción del Estado de derecho en períodos de cambio político, en busca de respuestas en términos legales ya sea a la reconciliación, el perdón o el castigo de los soportes de regímenes represores, con el fin último de justicia al tiempo que de la paz social.

No existe una fórmula única que equilibre los factores conflictivos y contemple la paz, la seguridad jurídica, la responsabilidad en la violación de los derechos humanos, la reconciliación, la reparación de las víctimas, la búsqueda de la verdad y la estabilidad democrática.

## 2. El caso uruguayo

2.1. En Uruguay, en una primera etapa, reinstalado en 1985 el sistema democrático republicano, adoptado por la nación como forma de gobierno (Art. 82 de la Carta) luego del quiebre acaecido el 27 de junio de 1973 por el llamado “proceso cívico-militar” (fecha en que los militares tomaron el poder mediante un golpe de Estado amparado por el presidente electo Juan María Bordaberry), una de las primeras decisiones fue aprobar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica (1969) y promulgar una ley de amnistía (Ley n.º 15.737 del 8 de marzo de 1985) de “todos los delitos políticos, comunes y militares conexos con éstos, cometidos a partir del 1º de enero de 1962”, cesando en consecuencia las penas principales y accesorias, regímenes de vigilancia, órdenes de captura y demás limitaciones.

Esa ley no comprendió los delitos cometidos por funcionarios policiales o militares, equiparados o asimilados, que fueran autores o cómplices de tratamientos inhumanos, crueles o degradantes o de la detención de personas luego desaparecidas.

Exclusión que se extendía a todos los delitos cometidos aun por móviles políticos, por personas que hubieran actuado amparadas por el poder del Estado en cualquier forma o desde cargos de gobierno.

Ese primer período de cambio político no descartaba –en principio– el enjuiciamiento al régimen represivo ni a personas determinadas, pero evitando el riesgo de desacato a la orden judicial de citación de militares investigados por violación de derechos humanos en el período referido, y ante la previsibilidad de un grave conflicto institucional, el 22 de diciembre de 1986 se promulga la Ley n.º 15.848 (de caducidad de la pretensión punitiva del Estado), la que, “como consecuencia de los hechos originados por el acuerdo celebrado entre partidos políticos y las Fuerzas Armadas en agosto de 1984 y a efecto de concluir la transición hacia la plena vigencia del orden constitucional, ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1º de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales equiparados y asimilados, por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto” (Art. 1º).

No comprendía los delitos en que se hubiera dictado el procesamiento ni aquellos cometidos con la finalidad de provecho económico (Art. 2º) y contemplaba que el juez interviniente requiriera del Poder Ejecutivo informe si el hecho investigado estaba o no comprendido en el artículo 1º de la Ley a los efectos de la clausura o continuación de la indagatoria (Art. 3º), sin perjuicio de lo cual y en relación con personas detenidas en operaciones militares o policiales y desaparecidas o menores presuntamente secuestrados, el Poder Ejecutivo debía investigar los hechos dando cuenta a los denunciantes (Art. 4º).

La Ley fue objeto de demandas de inconstitucionalidad –tanto por denunciantes de delitos cometidos por funcionarios militares, policiales y asimilados durante el período de “facto”, como en planteos de oficio por magistrados de la jurisdicción penal–, por violación de los principios de separación de poderes, el derecho al debido proceso, la independencia del Poder Judicial y la igualdad ante la ley, consagrados en la Carta, lo que resultara desestimado por la Suprema Corte de Justicia, en mayoría legal, según sentencia n.º 184 de 2 de mayo de 1988, al considerar que, pese a no figurar la palabra “amnistía” en el texto, la intención del legislador había sido otorgarla a las fuerzas de seguridad.

En aparente culminación de la cuestión, o del dilema entre castigo y amnistía o perdón, la ley fue sometida a referéndum en abril de 1989 y ratificada por el 55,44% del electorado.

2.2. En una segunda etapa, la decisión de renunciar a los procesos penales para el esclarecimiento de los hechos y responsabilidades consiguientes, lo que implicó una concesión al Estado de Derecho, fue seguida –años después, el 9 de agosto de 2000– por una comisión para la paz, creada por resolución de la Presidencia de la República para investigar la situación de los detenidos desaparecidos durante la dictadura militar, documentar y divulgar públicamente una verdad histórica u “oficial”, en el intento de reconciliar a víctimas y victimarios de un período, al tiempo de mirar al futuro.

Su “Informe final” de 10 de abril de 2003 expresa que el Cuerpo ha tratado de actuar como una comisión de la verdad, con el propósito de consolidar la pacificación nacional, considerando los elementos de juicio obtenidos según libre convicción o convicción moral, con base en lo cual “ha formado convicción plena acerca de las graves violaciones a los derechos humanos perpetradas durante el régimen de facto. Desde la tortura, la detención ilegítima en centros clandestinos, hasta llegar a los casos más graves de desaparición forzada, se constata la actuación de agentes estatales que, en el ejercicio de su función pública, obraron al margen de la ley y empleando métodos represivos ilegales”, sin lograr “una verdad” o la “verdad más conveniente”, sino solamente “la verdad posible”, y su propósito, sin perjuicio de ser un avance importante en la temática, difícilmente puede considerarse cumplido.

2.3. Un nuevo cambio político (2004) habilitó nuevas investigaciones, con base en una interpretación de la Ley de Caducidad según la cual la decisión del Poder Ejecutivo si la situación está o no comprendida requiere verificar por medio de una investigación



judicial si los hechos están de acuerdo a la hipótesis legal, es decir, sus requisitos subjetivos, objetivos y temporales.

En definitiva, en esta etapa se llega al procesamiento de personas relevantes vinculadas al “período de facto”, lo que vino a desestimar en los hechos la teoría del perdón y de la reconciliación, priorizándose así, consecuentemente, el objetivo de la justicia.

Otra iniciativa popular, en este caso mediante plebiscito convocado para el 25 de octubre de 2009 junto a las elecciones nacionales, para incluir un artículo en la Carta que declaraba nula la Ley de Caducidad, no alcanzó las mayorías necesarias.

Ante nuevos planteos de inconstitucionalidad de la Ley de Caducidad, el 19 de octubre de 2009, por sentencia n.º 365, la Suprema Corte de Justicia declaró inconstitucionales e inaplicables al caso concreto los artículos 1º, 3º y 4º de la Ley n.º 15.848, lo que ha reiterado en otros casos sometidos a su conocimiento.

Ello por cuanto, en el control de constitucionalidad que rige en el país, concentrado y con efectos sólo para el caso concreto, aquella ley de caducidad seguía vigente, válida y eficaz a los fines perseguidos, esto es, obstaculizar las denuncias.

Los argumentos centrales fueron: que formalmente la ley no consagraba una amnistía, pues un proyecto similar había sido presentado con anterioridad y rechazado por Ley n.º 15.737 al excluir el tipo de delito expresamente, por lo cual no podía presentarse nuevamente hasta la próxima legislatura según normativa constitucional (Art. 142 de la Carta); que la ratificación popular que tuvo la Ley en el referéndum de 1989 no proyectaba consecuencias en el análisis de su constitucionalidad, pues los derechos fundamentales están sustraídos a mayorías contingentes; y sustancialmente, porque la “lógica de los hechos” invocada no es fuente de derecho, y al atribuirle al Poder Ejecutivo funciones propias del Poder Judicial, condicionando la actividad jurisdiccional, conculca la separación de poderes, principio irreprochable como garantía de los derechos fundamentales.

### 3. La Corte Interamericana y el Uruguay

El 24 de febrero de 2011 la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó el primer fallo contra Uruguay, el llamado caso Gelman, con fuerte repercusión y discusiones sobre su alcance.

Ello porque se pronuncia sobre cuestiones en las que no tendría competencia *ratione temporis* (Art. 62.3), en tanto los hechos habrían ocurrido en 1976, esto es, antes de la entrada en vigor de la CADH y de la ratificación y aceptación de la competencia contenciosa por parte de Uruguay (en 1985).

Incluso se ha considerado como intromisión en las competencias del poder constituyente, legislativo, ejecutivo y judicial, habida cuenta que la competencia de la CIDH se limitaría a establecer la incompatibilidad de normas internas con el Pacto y consiguiente responsabilidad internacional estatal, garantizando al lesionado el goce del derecho o libertad conculcado, y si fuera procedente la reparación de las consecuencias e indemnizaciones (Art. 63 CADH), y nada más, tal vez olvidando que el artículo 2º CADH com-

promete al Estado a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales internos, las medidas legislativas o de otro carácter necesarias para hacer efectivos derechos y libertades, lo que puede ir en dos direcciones: ya sea aprobando o suprimiendo normas internas, a efecto de asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas, y el principio de que los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe, no pudiendo invocar para justificar el incumplimiento, normas o dificultades de derecho interno (Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, Art. 27).

En síntesis, declara responsable al Estado uruguayo por la desaparición forzada de María Claudia García, por las supresión y sustitución de identidad de su hija, por la violación de derechos y garantías judiciales, por la falta de investigación efectiva de los hechos, por incumplir la obligación de adecuar su derecho interno a la CADH como consecuencia de la interpretación y aplicación de la Ley de Caducidad, e impone: asegurar la eficacia de la investigación garantizando que la Ley de Caducidad, “al carecer de efectos por su incompatibilidad con la CADH”, no represente un obstáculo, además de actos simbólicos de reconocimiento de responsabilidad, implementación en plazo razonable de un programa permanente de derechos humanos dirigido a jueces y fiscales, e indemnizaciones.

Refiriéndose a las graves violaciones de los derechos humanos ocurridas en Uruguay y las consecuencias sobre ello de la Ley de Caducidad, expresa que el Estado debe disponer que ninguna norma análoga como prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, *non bis in idem*, o cualquiera excluyente similar de responsabilidad, sea aplicada.

Reitera su jurisprudencia señalando que cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces están sometidos a aquél, lo cual les obliga “ex officio” a un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención, teniendo presente no sólo el Tratado, sino también la interpretación que de él hace la CIDH, “intérprete última” de la Convención Americana.

Como efectos inmediatos, y teniendo presente la próxima prescripción de hechos punibles cometidos en el período de la dictadura conforme a normativa jurídica interna:

1. El 30 de junio de 2011 el Poder Ejecutivo, por Resolución n.º 322/2011, revocó por razones de legitimidad todos los actos administrativos que en aplicación del artículo 3º de la Ley 15.848 consideraron que los hechos denunciados estaban comprendidos en el artículo 1º de esa ley de caducidad.
2. Envió un proyecto de ley que se promulga el 17 de octubre de 2011 (Ley n.º 18.831), según la cual se reestablece el pleno ejercicio de la pretensión punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1º de marzo de 1985, comprendidos en el artículo 1º de la Ley n.º 15.848 (Art. 1); no se computará plazo procesal alguno de prescripción o caducidad en el período comprendido entre el 22 de diciembre de 1986 y la vigencia de esta ley (Art. 2º); se declara que los delitos anteriores son crímenes de lesa humanidad de conformidad con los tratados internacionales de que la República es parte (Art. 3º).

3. En el Centro de Estudios Judiciales –que depende de la Suprema Corte de Justicia–, para aspirantes a ingreso a la Magistratura ya se realizaban cursos sobre derechos humanos; actualmente se realizan ampliados en acuerdo del Poder Judicial con la Dirección Nacional de Derechos Humanos del Ministerio de Educación y Cultura y el Ministerio Público y Fiscal.
4. Un centro de detención del período de la dictadura, donde funcionaba una dependencia del Ministerio de Defensa (CALEN), se convirtió en sede del Instituto Nacional de Derechos Humanos, creado por Ley 18.446.

Etapa en pleno procesamiento actual donde, además, ya se han propuesto múltiples acciones de inconstitucionalidad de la Ley n.º 18.831, tanto en vía de acción como de excepción en procesos penales, ante la Suprema Corte de Justicia, que se encuentran en trámite.

## 4. El control de convencionalidad

4.1. La relevancia atribuida por el derecho internacional al ámbito de los derechos humanos implicó reconocer al individuo como sujeto de derecho internacional e, igualmente, asignar jurisdicciones internacionales para su protección.

“Mientras los Estados fueron soberanos en sus relaciones internacionales, se asumió asimismo que en cada Estado existía un legislador ‘soberano’ más o menos limitado por el derecho. Pero cualquiera que hubiere sido el caso en el pasado, parece claro que la soberanía ha dejado de ser un concepto viable para explicar tanto el rol del Estado en los asuntos internacionales, como los ajustes internos de un Estado moderno”<sup>1</sup> Así, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, del 4 de noviembre de 1950, contempló una comisión y un tribunal para la tutela de los derechos contemplados en el Convenio; y a nivel interamericano, –a semejanza del sistema europeo –, la Convención Americana de Derechos Humanos del 22 de noviembre de 1969, creó un sistema estructurado por una comisión y una corte.

El llamado Pacto de San José de Costa Rica estableció un sistema de justicia supranacional que acuerda a la CIDH competencia para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes de la Convención (Art. 33), ya sea a través de sus fallos, o ya sea mediante su actividad consultiva.

A partir de esa condena de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Uruguay “despertó” traumáticamente, con dudas y confusiones, a la doctrina del control de convencionalidad que ella pregona y puso en primer plano la tensión existente entre el derecho internacional y el derecho interno.

El Pacto de San José fue suscrito el 22 de diciembre de 1969, entró en vigor en julio de 1978, y fue incorporado por Ley n.º 15.737 del 8 de marzo de 1985 (Art. 15) al ordenamiento

<sup>1</sup> Francis G. Jacobs: *The sovereignty of law. The European way*. London: King’s College, 2006.

jurídico interno del Uruguay, por lo que el legislador resolvió expresamente el tema de la jerarquía normativa, en su relación con el derecho interno, esto es, equivalente a una ley.<sup>2</sup> Al mismo tiempo, prácticamente todos los derechos de jerarquía superior que regula el Pacto forman parte sustancial de la Carta uruguaya: derecho a la vida, a la integridad personal, prohibición de esclavitud o servidumbre, libertad personal, garantías judiciales, debido proceso, estatus o presunción de inocencia, *non bis in idem*, etc. Lo que se explica si se recuerda que el proyecto original de la Convención fue redactado y presentado por juristas uruguayos, lo que evitó problemas de ajuste o compatibilidad de normas.

En América Latina diversas Constituciones otorgan diferente valor a los tratados internacionales sobre derechos humanos, desde darles rango supraconstitucional, o el mismo que la Constitución, o infraconstitucional, y en este caso igual o con supremacía respecto a leyes, pero últimamente se presenta un movimiento de reforma constitucional que pone a esos tratados a nivel constitucional, sin perjuicio de matices, así Argentina, Colombia, Perú, Ecuador, El Salvador, Costa Rica, República Dominicana, Guatemala, México, Nicaragua, Paraguay, Bolivia, e incluso Uruguay por la norma amplificadora del artículo 72 citado; no obstante, en su sistema constitucional, en términos generales, los tratados y convenciones internacionales se incorporan al derecho interno una vez ratificados por ley (Arts. 6, 85 Ord. 7 y 168 Núm. 20).

Al respecto, ya en la sentencia n.º 365/2010 que declara inconstitucional la Ley de Caducidad, la Suprema Corte de Justicia uruguaya señaló compartir la línea de pensamiento según la cual las convenciones internacionales de derechos humanos se integran a la Carta por la vía del artículo 72 (“la enumeración de los derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”) y citó el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados en cuanto un Estado parte no puede invocar disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Se agrega en dicho fallo que “la regulación actual de los derechos humanos no se basa en la posición soberana de los Estados, sino en la persona en tanto titular, por su condición de tal, de los derechos esenciales que no pueden ser desconocidos con base en el ejercicio del poder constituyente, ni originario ni derivado”.

Acepta así la Corte uruguaya el llamado bloque de derechos integrado por aquellos asegurados en el texto formal de la Carta, los contenidos en las convenciones de derecho internacional y los que se deducen de principios y valores inherentes a la persona, sin perder su naturaleza jurídica o fuente normativa y sobre las cuales el intérprete debe preferir la que mejor protege.

En esta evolución de incorporación del derecho internacional al derecho interno, no puede desconocerse la argumentación de la propia CIDH y lo previsto en el artículo 2º de la CADH. De ahí que la Corte afirme que el deber general establecido en el mencionado artículo implique la adopción de medidas en dos vertientes: por una parte, la

---

<sup>2</sup> Héctor Gros Spiell: “Los tratados sobre derechos humanos y el derecho interno”, en Rev. UDP, n.º 2, 1987.

supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención, y por otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.<sup>3</sup> Y por lo mismo, si el Estado deja de cumplir la sentencia incurre en nueva violación de la CADH, pues la violación original persiste.<sup>4</sup>

4.2. Pero el tema, que en lo sustancial de la temática de los derechos humanos no admite dudas, es decir, que ambos órdenes –internacional e interno– son coincidentes, ofrece dudas y complejidades cuando pasamos al campo procesal o de las garantías del debido proceso legal, que corresponden a todas las personas, aun a aquellas que lo hubieran violado.

Según la CIDH, los órganos del Estado, a todo nivel, están en la obligación de ejercer el control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y la Convención Americana, no sólo del Tratado, sino de la interpretación que de él hace la Corte Interamericana.

Las cortes supremas y los tribunales constitucionales tampoco están exentos de ese control de convencionalidad, pues para ellos no alcanzaría con limitarse a confrontar la norma interna con el texto constitucional, sino analizar si además es o no convencional.<sup>5</sup> En el caso *Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú*,<sup>6</sup> las razones jurídicas esgrimidas por la CIDH, esto es, los principios de *bona fide* en las relaciones internacionales y *pacta sunt servanda*, que impiden al Estado alegar normas internas para incumplir un tratado, incluso conduce a que la propia Constitución pueda ser inconvencional.

Al resultar inútil acudir a la jurisdicción interna para obtener protección de los derechos conculcados, ya sea por acción u omisión o por aplicación de normativa interna contraria a la Convención, la CIDH realiza un control subsidiario de convencionalidad del ordenamiento jurídico estatal en su integridad.

La Corte interviene subsidiariamente al fallar en el Estado, a quien compete prioritariamente la protección de la persona, la defensa efectiva de los derechos humanos y libertades fundamentales de sus ciudadanos.

Juzga entonces –aunque no lo diga expresamente– la actuación de los tribunales internos, pues la condena al Estado implica que esas sedes no remediaron la vulneración del derecho fundamental, sin perjuicio, o más bien por ello, de que en el caso Gelman, la CIDH reconociera en el párrafo 239 que: “la Suprema Corte ha ejercido en el caso Nibia Sabalsagaray Curuchet un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al establecer *inter alia* que ‘el límite de la decisión de la mayoría reside,

<sup>3</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH): *Caso comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, sentencia de 17 de junio de 2005, n.º serie C 125.

<sup>4</sup> Antonio Cançado Trindade: “Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano”, en *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI* (t. I), (2ª ed.), 2003, pp. 60 y ss.

<sup>5</sup> Corte IDH: *Caso Boyce y otros vs. Barbados*, 20 de noviembre de 2007, serie C, n.º 169.

<sup>6</sup> Corte IDH: *Caso: Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú*, sentencia del 24 de noviembre de 2006, serie C, n.º 158.

esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley”.

En tal sentido, el juez de la CIDH García Ramírez ha señalado que “en la génesis de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a través de la interpretación estricta y constante de esta, ha quedado bien establecido que la jurisdicción interamericana de derechos humanos es subsidiaria o complementaria de las jurisdicciones nacionales, nunca principal, primordial o excluyente de ella. En consecuencia, el control de jurisdicción (por lo que toca al imperio de los derechos humanos) de los actos de autoridades nacionales y otros atribuibles al Estado corresponde en primer término a los órganos jurisdiccionales internos”, y agrega que “no le concierne pronunciarse acerca de cuestiones reguladas por el derecho interno y sujetas a las instancias nacionales (particularmente comisión de delitos y consecuencias penales de esta) salvo en lo que toca estrictamente a la aplicación de normas internacionales sobre derechos humanos”.<sup>7</sup> La CIDH señala que sus sentencias tienen efecto obligatorio para el Estado parte del proceso, y vinculante para todos los Estados que forman parte del Tratado; que la interpretación de la Convención es obligatoria, salvo que pueda sostenerse una más favorable al derecho en juego o a su garantía; que su jurisprudencia es guía para los jueces de los Estados parte al resolver los conflictos internos, “lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin, y que desde el inicio carecen de efectos jurídicos”.<sup>8</sup>

Se trataría de efectos indirectos del fallo que, como casos o conflictos ya interpretados, se convertirían en apoyo hermenéutico de las decisiones de las jurisdicciones nacionales.

Expresa la CIDH que “Cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos”.<sup>9</sup> El mensaje a los jueces nacionales es claro: se les eleva a la categoría de jueces convencionales de derecho comunitario y se les impone estar atentos a la evolución jurisprudencial.

Por ello, sostiene que los órganos judiciales nacionales deben seguir la jurisprudencia de la CIDH al resolver los pleitos internos a través del control de convencionalidad, controlar la compatibilidad de su ordenamiento jurídico con la Convención, examen en que deben tener presente no sólo el Tratado, sino también la interpretación que hace, o sea su jurisprudencia.

---

<sup>7</sup> Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Montevideo: Konrad Adenauer, 2008, pp. 353 y ss.

<sup>8</sup> Corte IDH: *Caso Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú*, 24 de noviembre de 2006, serie C, n.º 158; *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, 26 de septiembre de 2006, serie C, n.º 154.

<sup>9</sup> Corte IDH: *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, 12 de agosto de 2008.

Control difuso entonces, que en algunos países donde los jueces carecen de competencia para inaplicar las leyes por inconstitucionalidad, en casos donde la incompatibilidad fuera absoluta, deja abierta la posibilidad de plantearlo ante las cortes supremas o tribunales constitucionales.

En tal sentido, Nogueira Alcalá expresa que “el ejercicio del control de convencionalidad que deben practicar los jueces domésticos implica confrontar, en las materias que son de su competencia, y de acuerdo a los procedimientos previstos en el orden jurídico, que las normas internas no vulneran las reglas determinadas por el derecho convencional internacional o supranacional en su caso, [...] implica asumir por parte de estos que el derecho vigente y vinculante, no es sólo el de fuente interna, sino también aquel emanado de fuente internacional, [...] implica que los jueces domésticos deben internalizar en su actividad jurisdiccional que también son jueces interamericanos en el plano nacional [...] jueces descentralizados del sistema interamericano, además de jueces nacionales, en la protección de los estándares de cumplimiento y garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, debiendo inaplicar las normas de derecho interno contradictorias o que confronten la CADH, utilizando para ello los principios de progresividad y favor persona”.<sup>10</sup>

4.3. El compromiso de los Estados de cumplir la decisión recaída en casos contenciosos de la CIDH es “en todo caso en que sean partes” (Art. 68 CADH), o sea dentro de sus límites objetivos (caso concreto) y subjetivo (partes), y respecto de los otros –que lo ratificaron o adhirieron– sólo se prevé la “trasmisión” (Art. 69 CADH).

El texto de la CADH contempla opiniones consultivas a pedido de un Estado y para éste (Art. 64), y sentencias contenciosas obligatorias para el Estado en el caso en que sea parte (Art. 68), pero no dice que lo resuelto en proceso ajeno les obligue.

Podría entenderse, entonces, que la “guía interpretativa” para los ordenamientos internos es más bien una opción compartida de valores en la temática de los derechos humanos, que fuente de derechos con base en el texto de la CADH.

No obstante, el criterio de la CIDH no es único: a través de una evolución del Convenio Europeo de Derechos Humanos (4 de noviembre de 1950), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo precisó que sus decisiones sirven no sólo para decidir los casos llevados a él, sino, más generalmente, para clarificar, salvaguardar y desarrollar las reglas creadas por el Convenio (*Irlanda vs. Reino Unido*, del 18 de enero de 1978). Claro que ello deriva del artículo 32 CEDH que define la competencia del Tribunal afirmando que se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y la aplicación del Convenio y sus protocolos.

Como señala Sagües, “el talón de Aquiles de la doctrina del control de convencionalidad es que un Estado (esto es, en particular sus jueces) o, en términos generales, todos los Estados adscriptos al sistema interamericano de derechos humanos, pueden verse

---

<sup>10</sup> Humberto Nogueira Alcalá: “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales”, en *Rev. Judicatura*, n.º 52, 2012, pp. 69-104.

vinculados por una jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos vertida en un procedimiento en que no fueron parte, y por tanto, donde tampoco fueron oídos. Es decir, que resultan encadenados por una tesis jurisdiccional sobre la que no tuvieron oportunidad de exponer sus puntos de vista, omisión que no coincidiría mucho con las reglas habituales del debido proceso”.<sup>11</sup>

4.4. La interpretación de la CADH que hace la Corte no está exenta de dificultades. Sostiene la CIDH la prohibición de amnistiar las graves violaciones de derechos humanos, que no se pueden admitir las leyes de punto final o cualquiera otra modalidad que impida a las víctimas el ejercicio de un recurso judicial efectivo, y en el caso Barrios Altos que ello deriva de los artículos 1º, 2º, 8º y 25.

En el voto concurrente del juez García Ramírez se habla de la “convicción” acogida en el derecho internacional de los derechos humanos y penal internacional, que es inadmisibles la impunidad de conductas que ofenden bienes jurídicos primordiales, y en el del juez Cançado Trindade que “lesiona la conciencia jurídica de la humanidad”, pero analizadas esas normas es más prudente sostener que son creación jurisprudencial que no puede sostenerse en el texto.

Sostiene la CIDH que aun existiendo absoluciones por sentencia firme, en caso de violación de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad, la causa puede ser reabierta por hechos nuevos, como excepción al *non bis in idem* del artículo 8.4 de la CADH: “el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”.<sup>12</sup> Y en el mismo caso, que el principio de legalidad e irretroactividad de la ley penal más grave, previsto en el artículo 9º de la CADH, que literalmente expresa: “nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de considerarse no fueran delictivas según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará con ello”. No puede servir como excusa para no investigar y sancionar a los responsables de crímenes internacionales, en todo caso por derivación de una regla de derecho penal internacional.

En efecto, además de inamnistiable considera el delito cometido contra Almonacid Arellano en 1973 imprescriptible, al expresar: “los crímenes de lesa humanidad van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda. El daño que tales crímenes ocasionan permanece vigente para la sociedad nacional y para la comunidad internacional, las que exigen la investigación y el castigo de los responsables. En este sentido la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y

---

<sup>11</sup> Néstor Pedro Sagüés: “Dificultades operativas del control de convencionalidad en el sistema interamericano”, en *El Estado de derecho hoy en América Latina*, Uruguay: KAS, 2012. Se puede consultar la obra en <[http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_31788-1522-4-30.pdf?120822231359](http://www.kas.de/wf/doc/kas_31788-1522-4-30.pdf?120822231359)>.

<sup>12</sup> Corte IDH: *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, n.º 154.



de los crímenes de lesa humanidad claramente afirmó que tales ilícitos internacionales son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido”.

En el caso *Albán Cornejo vs. Ecuador*<sup>13</sup> si bien reconoce que la prescripción limita el poder punitivo del Estado, es una forma de generar impunidad por lo que: “es inadmisibles e inaplicable cuando se trata de muy graves violaciones a los derechos humanos en los términos del Derecho Internacional”, integrando el alcance de las normas de la CADH con la tipología de crímenes internacionales (vgr. Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, ratificada en Uruguay por Ley n.º 17.347 de junio de 2001; y los de competencia de la Corte Penal Internacional, Estatuto de Roma, ratificado por Ley n.º 17.510 de junio de 2002, y Cooperación con la Corte Penal Internacional, por Ley n.º 18.026, de septiembre de 2006).

4.5. Estas excepciones a principios y conceptos tradicionales, por vía del activismo jurisprudencial, han llevado a que un juez letrado penal uruguayo expresara: “de admitirse que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es obligatoria para los tribunales nacionales, que pasarían a ser tribunales subordinados, habría que admitir que la Corte Interamericana hace Derecho, que sus decisiones son fuente formal de Derecho, que la jurisprudencia es fuente de Derecho y que hemos migrado de nuestro antiguo sistema jurídico romano al sistema del precedente, al sistema del common law”.<sup>14</sup>

En cierta forma ello resulta admitido por el juez García Ramírez cuando en voto concurrente dice: “sería imposible, además de indeseable, tomando en cuenta el carácter subsidiario o complementario de la jurisdicción internacional, que ésta recibiera un gran número de contiendas sobre hechos idénticos o muy semejantes entre sí, para reiterar una y otra vez los criterios sostenidos en litigios precedentes”,<sup>15</sup> de donde, en esa óptica, la única posibilidad tutelar razonable implica que una vez fijado el criterio de interpretación y aplicación, éste sea recogido por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico, a través de políticas, leyes y sentencias que den trascendencia y eficacia a los pronunciamientos de la CIDH.

No obstante, de la comunicación del fallo prevista en el artículo 69 CADH, no se deduce fuerza obligatoria para los demás Estados no partes del proceso, ni que el Pacto hubiera concebido un sistema jurisprudencial fuente de derecho, a pesar de la importancia de los fallos en el reconocimiento, promoción, e impacto sobre una cultura de los derechos humanos.

---

<sup>13</sup> Corte IDH: *Caso Albán Cornejo vs. Ecuador*, sentencia del 22 de noviembre de 2007, serie C, n.º 171.

<sup>14</sup> Juan Carlos Fernández Lecchini: “El derecho penal y el derecho internacional de los derechos humanos desde una óptica de las fuentes del derecho y en relación a ellas”, en *Revista Judicatura*, n.º 52, 2012, p. 53.

<sup>15</sup> Corte IDH: *Caso Tibi vs. Ecuador*, sentencia del 7 de septiembre de 2004, serie C, n.º 114.

4.6. Como se adelantara, si sustancialmente no se perciben dificultades en la integración de las normas contempladas en la CADH al ordenamiento jurídico interno, a nivel procesal y de garantías puede discutirse si los fallos y opiniones de la CIDH son aptos para crear situaciones de excepción directamente aplicables por los tribunales uruguayos: la garantía derivada del principio de legalidad y la interdicción de la retroactividad de la norma sancionadora no favorable, al igual que la protección de la confianza o seguridad jurídica contemplados en el Estado Constitucional de Derecho, en el propio texto y espíritu de la Carta, parece oponerse a interpretaciones extensivas.

El dilema es determinar si la finalidad, la no impunidad de los delitos de lesa humanidad, justifica apartarse de principios caros al derecho penal liberal, como de legalidad (ley previa, cierta, escrita y estricta, no analógica), irretroactividad y prescriptibilidad.

En principio la premisa “no hay delito sin ley” no puede sustituirse por “no hay delito sin castigo”, cuando éste, jurídicamente, no es posible, pues también existe un derecho a la certidumbre jurídica, esto es, la creencia razonable o confianza legítima, de toda persona en un Estado constitucional de derecho, a conocer la regulación aplicable a una conducta en un momento determinado; es decir, a esperar un comportamiento previsible del Estado. Derecho que también tiene el presunto violador de los derechos humanos, ya que sería un contrasentido que por la naturaleza aberrante de los delitos en cuestión se abdicara o vulneraran garantías constitucionales de los investigados o sometidos a proceso.

Los jueces son garantes de una compleja estructura en la que no pueden ser jueces de derechos humanos sin desconocer derechos humanos, y cuando la represión penal sólo corresponde al Estado, forzoso es admitir limitaciones a la actuación jurisdiccional por extinción de la responsabilidad penal, casos de prescripción y amnistía, por ejemplo.

No parece posible que la exigencia del principio de legalidad o tipicidad se colme con una previsión del Derecho Penal Internacional –convencional o consuetudinario– si el derecho interno no la contemplaba al tiempo de la comisión.

La solución contraria apelaba a la llamada fórmula de Radbruch (1946, aplicable por los tribunales posteriores a los juicios de Nuremberg), a fin de evitar la violación del principio de irretroactividad de la ley, entendiendo que no hay retroactividad en la aplicación del derecho que es acorde con una base iusnaturalista, ya que estaba vigente ese núcleo iusnaturalista al momento del hecho.

No obstante, una declaración de imprescriptibilidad prevista en normativa internacional no podría aplicarse retroactivamente, pues como expresa el Tribunal Supremo del Reino de España: “las disposiciones reguladoras de la prescripción, concretamente las reformas que señalan una modificación de los plazos o del señalamiento del día de inicio del cómputo, son normas de carácter sustantivo penal y, por lo tanto afectas a la interdicción de su aplicación retroactiva salvo que su contenido fuera más favorable”.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> Tribunal Supremo del Reino de España: Causa especial n.º 20048/2009, sentencia n.º 101 de 2012

En los votos disidentes al fallo de la Corte Suprema de la Nación<sup>17</sup> se recuerda que la Sala Criminal de la Corte de Casación francesa, en fallo de 17 de junio de 2003, rechaza tanto la aplicación retroactiva de acuerdos internacionales en materia penal, como la de un supuesto derecho internacional consuetudinario, que si bien puede ser pauta interpretativa de una convención, no puede obligar a aplicar reglas no escritas.

En sentencia de casación penal 1501/2011 dijo la Suprema Corte de Justicia del Uruguay que: “la irretroactividad de la Ley penal es un principio liberal o garantía implícita en el art. 72 de la Constitución, que deriva, además, indirectamente del principio de libertad expresamente proclamado en el art. 10 inc. 2 de la carta. Asimismo está íntimamente vinculado a la seguridad, valor aludido en el art. 7 y también comprendido en el art. 72 de la Constitución...”. Jescheck, por su parte, expresa que uno de los principios rectores del Estado de Derecho es el de que las normas que regulan un supuesto de hecho, no pueden luego modificarse en perjuicio de la situación jurídica del ciudadano pues, además, el delincuente sólo puede motivarse por el mandato normativo cuando éste está configurado como Ley en el momento de la comisión del hecho. Por eso entiende que lo decisivo para la irretroactividad es la idea de la seguridad jurídica<sup>18</sup>.

En criterio de la Corte uruguaya, el principio de legalidad penal comprende una doble garantía: una referente a la predeterminación normativa suficiente de la conducta y pena a través de una tipificación precisa, dotada de la adecuada concreción en la descripción que incorpora, y la necesidad de una norma formal como presupuesto de la actuación punitiva del Estado que ostente rango de Ley.

Esta posición no admite que la doctrina, la jurisprudencia o la costumbre nacional o internacional, ni las convenciones o tratados internacionales, habilite el poder punitivo del Estado por sobre límites temporales previamente establecidos.

Según el Tribunal Constitucional Federal Alemán, “la prohibición fundamental de aplicar leyes gravosas con efecto retroactivo descansa sobre la idea de la protección de la confianza, inherente al principio del Estado de Derecho<sup>19</sup>”.

En reciente fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>20</sup> se condenó al Reino de España, por la aplicación retroactiva de un cambio sobre redención de pena que extendió la reclusión de la reclamante, presa por atentados terroristas (ETA), afectando el principio de legalidad por modificaciones producidas después de cometido el delito.

Cabe recordar que ante el TEDH las demandas deben dirigirse contra Estados parte del sistema, por hechos imputables a sus agentes, acaecidos bajo su jurisdicción, con

---

<sup>17</sup> Argentina, Corte Suprema de la Nación: Causa Arancibia Clavel, n.º 259, sentencia del 24 de agosto de 2004.

<sup>18</sup> Hans-Heinrich Jescheck: *Tratado de derecho penal* (vol. 1), Bosch, p. 184.

<sup>19</sup> Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, México: Konrad Adenauer, pp. 496-499. La obra se puede consultar en <[http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_16817-544-4-30.pdf](http://www.kas.de/wf/doc/kas_16817-544-4-30.pdf)>.

<sup>20</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *Caso Del Río Prada*, 10 de julio de 2012, 42750/09, no ejecutoriado pues se interpuso recurso.

posterioridad a la ratificación del Convenio.<sup>21</sup> Finalmente, el activismo de la CIDH –que puede resumirse en que la CADH no es sino lo que la CIDH dice que es–, no es seguido por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas,<sup>22</sup> al negar que hubiese violación del artículo 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos cuando las violaciones de derechos humanos se hubiesen producido antes de la entrada en vigor del PIDCP para el Estado en cuestión, apoyándose en la literalidad del texto, ya que el derecho al recurso sólo nace desde que una violación del Pacto ha sido establecida, y para establecerse una violación del Pacto tiene que estar vigente al momento de la violación.<sup>23</sup> Con lo que cabe preguntarse si las confusiones o dificultades en el análisis de convencionalidad reseñadas al inicio y en relación con el fallo del caso Gelman, no derivan básicamente de las interpretaciones del Pacto que hace la CIDH, y no de su contenido sustancial.

En tal sentido se dice que: “la Corte Interamericana fue reescribiendo la Convención Americana tanto en aspectos relacionados con los derechos de las personas como en asuntos referidos a la competencia y la función del tribunal: ella creó nuevas reglas o nuevos derechos humanos y modificó algunos existentes, extendió su competencia sobre hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigor de la Convención Americana para el Estado en cuestión, extendió la eficacia jurídica de sus decisiones contenciosas más allá del caso concreto o bien respecto a Estados que no habían intervenido en el proceso internacional, intensificó el valor de la jurisprudencia y amplió desmesuradamente aquello que puede ordenar a los Estados como reparación de una violación de la Convención Americana”<sup>24</sup>

De todas formas, en su natural función de juzgar y ejecutar lo juzgado, los jueces nacionales tendrán frente a sí, en el caso concreto sometido a su decisión, e impregnado de una realidad política-social al referir a una época totalitaria (según etapas transicionales expuestas), por un lado la normativa interna constitucional y legal, la internacional integrada por tratados y convenciones, aun con los fallos e interpretaciones de la CIDH, y los derechos humanos de las víctimas y de los presuntos violadores de derechos humanos, en difícil y complejo proceso de conjunción, o armonización y ponderación, de derecho y valores.

<sup>21</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *Caso Liozidou vs. Turquía*, citado por Paola Acosta: *Tribunal Europeo y Corte Interamericana de Derechos Humanos ¿Escenarios idóneos para la garantía del derecho de acceso a la justicia internacional?*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, nota 97.

<sup>22</sup> Que recuerda que el Pacto no puede aplicarse retroactivamente (citado en sentencia n.º 101/2012 del TS).

<sup>23</sup> Alicia Gil Gil: *Justicia de transición. Con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Montevideo: Konrad Adenauer, 2009, pp. 489 y notas 92 y 93.

<sup>24</sup> Ezequiel Malarino: “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional* (t. I), Montevideo: Konrad Adenauer, 2010. La obra se puede consular en <[http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_3950-1442-4-30.pdf](http://www.kas.de/wf/doc/kas_3950-1442-4-30.pdf)>

Por ello, “Conectado con lo dicho es la conveniencia de interpretar la Convención Americana, dentro de lo posible y razonable, atendiendo las particularidades locales, según la doctrina del margen de apreciación nacional. Tal contemplación, que evita autismos normativos o ‘internacionalismos salvajes’ (como alguna vez se los denominó) afianza, en vez de debilitar, la solidez y eficacia del Pacto de San José de Costa Rica”.<sup>25</sup>

## Bibliografía

- ARGENTINA, CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN: *Causa Arancibia Clavel*, n.º 259, sentencia del 24 de agosto de 2004.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio: “Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano”, en *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI* (t. I), (2ª ed.), 2003, pp. 60 y ss.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Caso Albán Cornejo vs. Ecuador*, sentencia del 22 de noviembre de 2007, serie C, n.º 171.
- \_\_\_\_ *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, n.º 154.
- \_\_\_\_ *Caso comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, sentencia de 17 de junio de 2005, serie C 125.
- \_\_\_\_ *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, 12 de agosto de 2008.
- \_\_\_\_ *Caso Tibi vs. Ecuador*, sentencia del 7 de septiembre de 2004, serie C, n.º 114.
- \_\_\_\_ *Caso Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú*, 24 de noviembre de 2006, serie C, n.º 158.
- FERNÁNDEZ LECCHINI, Juan Carlos: “El derecho penal y el derecho internacional de los derechos humanos desde una óptica de las fuentes del derecho y en relación a ellas”, en *Revista Judicatura*, n.º 52, 2012, p. 53.
- GIL GIL, Alicia: *Justicia de transición. Con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Montevideo: Konrad Adenauer, 2009, pp. 489 y notas 92 y 93.
- GROS SPIELL, Héctor. “Los tratados sobre derechos humanos y el derecho interno”, en *Rev. UDP*, n.º 2, 1987.
- JESCHECK, Hans-Heinrich: *Tratado de derecho penal* (vol. 1), Bosch, p. 184.
- JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN: México: Konrad Adenauer, pp. 496-499. La obra se puede consultar en <[http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_16817-544-4-30.pdf](http://www.kas.de/wf/doc/kas_16817-544-4-30.pdf)>.
- MALARINO, Ezequiel: “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal in-*

<sup>25</sup> Néstor Pedro Sagüés: “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, en *Estudios Constitucionales*, año 8, n.º 1, 2010, pp. 117-136.

*ternacional* (t. I), Montevideo: Konrad Adenauer, 2010. La obra se puede consultar en <[http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_3950-1442-4-30.pdf](http://www.kas.de/wf/doc/kas_3950-1442-4-30.pdf)>.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto: “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales”, en *Rev. Judicatura*, n.º 52, 2012, pp. 69-104.

SAGÜÉS, Néstor Pedro: “Dificultades operativas del control de convencionalidad en el sistema interamericano”, en *El Estado de derecho hoy en América Latina*, Uruguay: KAS, 2012. Se puede consultar la obra en <[http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_31788-1522-4-30.pdf?120822231359](http://www.kas.de/wf/doc/kas_31788-1522-4-30.pdf?120822231359)>.

\_\_\_\_\_ “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, en *Estudios Constitucionales*, año 8, n.º 1, 2010, pp. 117-136.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: *Caso Del Río Prada*, 10 de julio de 2012, 42750/09.

\_\_\_\_\_ *Caso Liozidou vs, Turquía*, citado por Paola Acosta: *Tribunal Europeo y Corte Interamericana de Derechos Humanos ¿Escenarios idóneos para la garantía del derecho de acceso a la justicia internacional?*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, nota 97.

TRIBUNAL SUPREMO DEL REINO DE ESPAÑA: *Causa especial n.º 20048/2009*, sentencia n.º 101 de 2012.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México)\*

**Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados parte de la convención americana (*res interpretata*) (Sobre el cumplimiento del *Caso Gelman vs. Uruguay*)\*\***

**1. Introducción: Importancia de la presente resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia**

1. Una de las competencias más importantes que actualmente ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH” o “Tribunal Interamericano”) es la supervisión sobre el cumplimiento de sus propias decisiones, especialmente de las sentencias de fondo y reparaciones. Esta facultad deriva de sus atribuciones jurisdiccionales, teniendo una relación directa en la efectividad de los derechos humanos de los habitantes de nuestra región.
2. Considerando la importancia sobre esta cuestión, el Tribunal Interamericano ha implementado desde hace un lustro la realización de audiencias —públicas o privadas— de supervisión sobre el cumplimiento de sus fallos, particularmente cuando se involucran reparaciones múltiples, que implican actuaciones complejas y problemáticas para los Estados. En las audiencias de supervisión de sentencias se analizan las posiciones del Estado y de las víctimas y sus representantes, así como se escucha el parecer de la Comisión Interamericana. Lo anterior constituye una práctica importante, en la medida en que ha permitido a la Corte IDH cumplir con la función jurisdiccional que le señala la Convención Americana y que no culmina hasta en tanto no se cumpla cabalmente y de manera íntegra con todos y

---

\* Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

\*\* El presente texto reproduce el voto razonado (sin notas al pie de página) a la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, relativa a la supervisión de cumplimiento de sentencia en el *Caso Gelman Vs. Uruguay*.

cada uno de los aspectos ordenados en la sentencia respectiva. Las audiencias han contribuido a lograr la efectividad de las decisiones de la Corte IDH. No se trata de una mediación del fallo, sino de una actividad dinámica que permite contar con información reciente para que los jueces puedan realizar una adecuada valoración sobre el cumplimiento del fallo por el Estado concernido, a la vez de propiciar espacios de diálogo constructivo favoreciendo el entendimiento entre las partes y lograr el debido cumplimiento de lo decidido en la sentencia, particularmente sobre las diversas formas de reparación para las víctimas.

3. En el presente asunto se convocó a una audiencia privada de supervisión de cumplimiento de la sentencia dictada por la Corte IDH en el Caso *Gelman Vs. Uruguay* (en adelante “la Sentencia”), la cual se llevó a cabo el 13 de febrero de 2013 durante el 98° periodo ordinario de sesiones en la sede del propio Tribunal Interamericano.
4. La audiencia fue especialmente importante para llegar al convencimiento del cumplimiento parcial de la Sentencia, respecto de lo ordenado en los puntos Resolutivos 12, 13, 14 y 17 de la misma. Así, con la información proporcionada por las partes, el Tribunal Interamericano consideró en la Resolución de supervisión que nos ocupa, parcialmente cumplido el fallo debido a determinadas acciones del Estado, que consistieron en (i) la realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional sobre los hechos del caso, conducido por el Presidente de la República y realizado en el Palacio Legislativo en presencia de las víctimas Juan Gelman y su nieta María Macarena Gelman García Iruretagoyena; (ii) la colocación de una placa en el edificio del Servicio de Información de Defensa y que funcionó como cárcel clandestina (sede actualmente de la Institución Nacional de Derechos Humanos), “en memoria de María Claudia García de Gelman y de todas las personas víctimas del terrorismo de Estado que estuvieron privadas de su libertad en este edificio”; (iii) la publicación en el Diario Oficial, en diarios de amplia circulación nacional y en distintas páginas web oficiales, de la sentencia y del resumen respectivo; y (iv) el pago de las cantidades fijadas por concepto de indemnización —daño material e inmaterial— y por el reintegro de costas y gastos.
5. Las acciones anteriores emprendidas por el Estado uruguayo constituyen una manifestación clara de su compromiso para el cumplimiento de la Sentencia que debe resaltarse. Particularmente, respecto del acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional en la que participó la máxima autoridad de dicho país con una amplia difusión por los medios de comunicación y de la colocación de la placa, el Tribunal Interamericano en la presente Resolución de supervisión destacó que “satisface plenamente el objeto y propósito de la reparación dispuesta, en uno de los actos más destacables entre los que han sido realizados por los Estados en cumplimiento de medidas de reparación de esa naturaleza”.
6. Asimismo, en la propia audiencia privada la Corte IDH tuvo conocimiento de otros actos del Estado uruguayo dirigidos de manera importante al cumplimiento del fallo, fundamentalmente: a) la promulgación de la Ley 18.831 de 27 de octubre de



- 2011, denominada “Pretensión Punitiva del Estado: Restablecimiento para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1º de marzo de 1985”; y b) el Decreto 323/2011 de 30 de junio del mismo año, mediante el cual revoca los actos administrativos y mensajes del Poder Ejecutivo “en aplicación del artículo 3º de la Ley de Caducidad, que consideran que los hechos denunciados estaban comprendidos en las disposiciones del artículo 1º de la referida Ley y en su lugar declárase que dichos hechos no estaban comprendidos en la citada norma legal”.
7. Estos actos de los Poderes Legislativo (Ley 18.831) y Ejecutivo (Decreto 323/2011) fueron valorados de manera positiva por el Tribunal Interamericano, al estar dirigidos al cumplimiento de la Sentencia del *Caso Gelman*, al estimar que tienen, aparentemente, la finalidad de remover el obstáculo principal que representa la Ley 15.848 (Ley de Caducidad), declarada “sin efectos” en la Sentencia de la Corte IDH por su incompatibilidad con las obligaciones establecidas en la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Dicha normativa fue declarada incompatible con estos instrumentos internacionales. La Ley de Caducidad impidió la investigación, el juzgamiento y eventual sanción a los responsables de los hechos en el *Caso Gelman*, así como también los de otros casos de graves violaciones de derechos humanos acontecidos en Uruguay en esa época.
  8. Sin embargo, nueve días después de celebrada la audiencia privada de referencia, se produjo un “hecho nuevo” que ha sido motivo de especial atención por la Corte IDH al resolver sobre la supervisión de cumplimiento de sentencia. En efecto, el Tribunal Interamericano tuvo conocimiento del fallo de la Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay de 22 de febrero de 2013, en la que por mayoría de votos declaró parcialmente procedente la excepción de inconstitucionalidad y declaró inaplicables a los excepcionantes los artículos 2º y 3º de la Ley 18.831.
  9. Ante este estado de cosas, la Corte IDH en la presente Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, analizó las implicaciones y consecuencias que dicho fallo nacional tiene en el cumplimiento de la Sentencia del Tribunal Interamericano y concluyó que la resolución de 22 de febrero de 2013 de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay afecta el debido cumplimiento de la Sentencia en el *Caso Gelman*; por lo que el Tribunal Interamericano se pronunció sobre varios aspectos de vital importancia para el futuro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Estas circunstancias motivan la necesidad de formular el presente voto concurrente razonado; en la inteligencia de que si bien el suscrito no integraba dicho órgano colegiado cuando se dictó la Sentencia de fondo y reparaciones en febrero de 2011, ahora como nuevo miembro del Tribunal Interamericano, al igual que mis pares, me encuentro no sólo facultado, sino obligado de velar por el debido cumplimiento de la misma.
  10. De ahí que si bien comparto íntegramente los razonamientos y el sentido de la presente Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, adoptada por

unanimidad de votos, estimo conveniente, dada la importancia de las consideraciones que la contienen, agregar a la Resolución el presente voto concurrente razonado, con la finalidad de profundizar y destacar tres cuestiones cruciales que influyen en el buen entendimiento de la función jurisdiccional de la Corte Interamericana como aplicador e intérprete de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esto, en la medida en que sus decisiones repercuten en la funcionalidad del Sistema Interamericano, particularmente en el debido cumplimiento y eficacia de sus sentencias. Así, se abordan a continuación tres temas: (i) la incidencia de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay de 22 de febrero de 2013 en el debido e integral cumplimiento de la Sentencia de la Corte IDH en el *Caso Gelman* (párrs. 11-21); (ii) la eficacia de la sentencia interamericana y la autoridad de la cosa juzgada internacional: su proyección directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados Partes de la Convención Americana (*res interpretata*) (párrs. 22-79); y (iii) la autoridad de la “cosa juzgada internacional” en relación con el “control de convencionalidad” (párrs. 80-100).

## **2. Incidencia de la sentencia de la suprema corte de justicia del Uruguay de 22 de febrero de 2013 en el debido e integral cumplimiento de la sentencia de la corte IDH en el caso *Gelman***

11. La sentencia de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay incide de manera directa en el debido e integral cumplimiento de la Sentencia de la Corte IDH en el *Caso Gelman Vs. Uruguay*, en tanto confronta el derecho de las víctimas a la reparación integral amparadas en una sentencia internacional, que ha producido la autoridad de cosa juzgada.
12. En efecto, al declararse la inaplicabilidad de los artículos 2º y 3º de la Ley 18.831 en un caso similar al *Caso Gelman*, es decir, que versa sobre desaparición forzada de personas cuyos hechos acontecieron en el mismo periodo de dictadura militar, trae como consecuencia la prescripción de delitos que expresamente la Corte IDH en la Sentencia declaró como “imprescriptibles”, al constituir por su propia naturaleza una violación de normas *jus cogens*. Lo anterior es de particular importancia, debido a que actualmente se lleva a cabo (según lo informado por las partes) el procesamiento de varias personas por el “homicidio” de María Claudia García de Gelman, sin que comprenda hasta ahora otras conductas constitutivas de graves violaciones a los derechos humanos, ni se estén investigando los hechos de la desaparición forzada por supresión de identidad, por lo que el criterio interpretativo del Alto Tribunal uruguayo incide potencialmente en la investigación de los hechos en el *Caso Gelman*, al establecer dicho fallo nacional que la vigencia de la Ley de Caducidad no afectaría los términos de prescripción de los delitos referidos a hechos constitutivos de graves violaciones de derechos humanos. En la Sentencia de la Corte IDH en el *Caso Gelman Vs. Uruguay* de 2011 se expresó

que “el proceso iniciado por Juan Gelman y reabierto en 2008 por gestiones de María Macarena Gelman, lo ha sido bajo la figura de homicidio, excluyendo otros delitos como la tortura, desaparición forzada y sustracción de identidad, con la que se hace posible que la causa sea declarada prescrita, por los tribunales nacionales”. (Subrayado nuestro).

13. Si bien de conformidad con el derecho procesal constitucional uruguayo la sentencia de la Suprema Corte implica la desaplicación de las normas declaradas inconstitucionales para el caso particular —sin afectar la vigencia de la norma y otros casos judiciales—, en realidad el efecto interpretativo de la norma se expande, al crearse un criterio jurisprudencial del más alto valor en el ámbito nacional (al emitirse por el máximo órgano jurisdiccional nacional) y cuyas consideraciones difieren de las realizadas por la Corte IDH en la Sentencia del *Caso Gelman*; lo anterior provoca, evidentemente, que en la práctica los jueces nacionales que estén conociendo de violaciones graves de derechos humanos, tengan la falsa disyuntiva de aplicar de manera “directa” la interpretación que se deriva del fallo de la Corte IDH (que es lo que corresponde por la obligación derivada del artículo 68.1 de la Convención Americana) o bien la jurisprudencia de la Suprema Corte de su país.
14. En el *Caso Gelman*, la Sentencia de la Corte IDH calificó jurídicamente los hechos como “desaparición forzada de personas” que constituye una de las más claras y graves violaciones a los derechos humanos (con mayor razón cuando se realiza a través de un patrón sistemático por estructuras del Estado, calificado como “terrorismo de Estado”); y en el Resolutivo 11 de la propia Sentencia refiere a que el Estado debe “garantizar” que la Ley de Caducidad no vuelva a representar un “obstáculo” para la investigación, identificación y, si procede, sanción de los responsables. De ahí que derivado de este nuevo criterio interpretativo de la Suprema Corte de Justicia —que de seguirse por los jueces inaplicarían los artículos 2º y 3º de la Ley 18.831— existe en la práctica una real y potencial afectación a la obligación de investigar los hechos del presente caso y determinar las correspondientes responsabilidades, así como de la obligación del Estado de garantizar que la Ley de Caducidad (Ley 15.848), al carecer de efectos jurídicos, no vuelva a representar un obstáculo para esos efectos.
15. Así, a nuestro entender es clara la incidencia que el fallo de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay tiene en el debido y efectivo cumplimiento de la Sentencia del *Caso Gelman*, toda vez que permite que la desaparición forzada, tortura o sustracción de identidad y otros hechos, como violaciones graves de derechos humanos cometidas en dicho contexto, resulten prescriptibles; y, por consecuencia, representen un obstáculo real y potencial para que en el caso puedan realmente investigarse, identificarse y, eventualmente, sancionarse a los responsables por la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman y María Macarena Gelman García Iruretagoyena, esta última como consecuencia de la sustracción, supresión y sustitución de su identidad de conformidad con lo establecido en la Sentencia. La Corte IDH en la Sentencia señaló: “Es necesario

reiterar que este es un caso de graves violaciones de derechos humanos, en particular desapariciones forzadas, por lo que es ésta la tipificación que debe primar en las investigaciones que corresponda abrir o continuar a nivel interno. Como ya se ha establecido, por tratarse de un delito de ejecución permanente, es decir, cuya consumación se prolonga en el tiempo, al entrar en vigor la tipificación del delito de desaparición forzada de personas, la nueva ley resulta aplicable, sin que ello represente su aplicación retroactiva". (Subrayado nuestro).

16. En este sentido, debe destacarse que el precedente interpretativo que permite la prescripción de dichas violaciones graves de derechos humanos, fue establecido por el máximo órgano jurisdiccional del Uruguay, lo que implica que puede ser simplemente reiterado sin más consideración a través del mecanismo de "resolución anticipada" o por nuevas decisiones similares; además, al ser jurisprudencia del máximo órgano judicial del país —si bien no constituye precedente obligatorio—, puede convertirse en la práctica en una guía interpretativa relevante para los jueces inferiores provocando que sigan la interpretación realizada por el máximo Tribunal uruguayo cuando conozcan de violaciones graves de derechos humanos, como lo es, por ejemplo, la desaparición forzada de personas; lo que llevaría a la inaplicación de los artículos 2º y 3º de la Ley 18.831 y, consecuentemente, provocaría la prescripción de los delitos de esa naturaleza, en clara discordancia con lo establecido en la sentencia internacional derivada del *Caso Gelman Vs. Uruguay*, que dada su firmeza ha adquirido la autoridad de cosa juzgada internacional.
17. Además, en el supuesto en que los jueces que estén conociendo o que conozcan de las causas sobre violaciones graves a derechos humanos apliquen la Sentencia del *Caso Gelman* —incluyendo, evidentemente, las consideraciones interpretativas que fundamentan la decisión, que es lo que corresponde al tener obligatoriedad y eficacia directa para todas las autoridades del Estado uruguayo en todos los niveles, en términos del artículo 68.1 de la Convención Americana—; y llegaran las causas ante la instancia de la Suprema Corte por medio de las vías impugnativas correspondientes, existe en la actualidad un criterio interpretativo que permitiría que la vigencia de Ley de Caducidad continúe, en la práctica, teniendo efectos, al permitirse la prescripción respecto de los delitos que resultan imprescriptibles en términos de la Sentencia del Tribunal Interamericano; y, consecuentemente, la jurisprudencia nacional constituye al día de hoy un obstáculo real y potencial para la investigación de los hechos, juzgamiento y eventual sanción de los responsables, cuestión que genera una situación jurídica contraria a lo previsto en la Sentencia del *Caso Gelman*, al establecer que "las autoridades se abstengan de realizar actos que impliquen la obstrucción del proceso investigativo". Sobre el particular, incluso, el propio Estado "reconoce que el reciente fallo del máximo órgano del Poder Judicial podría generar dificultades a los pronunciamientos judiciales vinculados a las causas por violaciones a los derechos humanos ocurridos en el pasado". (Subrayado nuestro).

18. Por otra parte, la incidencia del fallo de la Suprema Corte de Justicia uruguaya también se advierte hacia el derecho de las víctimas de otras graves violaciones de derechos humanos similares acontecidas en Uruguay, más allá de las víctimas concretas del *Caso Gelman*. En efecto, no debe pasar inadvertido que en la Sentencia del *Caso Gelman* se declaró “sin efectos” la Ley de Caducidad. Lo anterior implica que al carecer de efectos jurídicos esa norma general, consecuentemente tiene incidencia en otros casos donde sea aplicada o pueda tener efectos. En la Sentencia del *Caso Gelman* así se consideró, al señalar: “En consecuencia, el Estado debe disponer que ninguna otra norma análoga [a la Ley de Caducidad], como prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, *ne bis in ídem* o cualquier excluyente similar de responsabilidad, sea aplicada y que las autoridades se abstengan de realizar actos que impliquen la obstrucción del proceso investigativo”. (Subrayado nuestro).
19. Esta última consideración no sólo involucra a la investigación y eventual sanción de los responsables de las graves violaciones de derechos humanos cometidas a las víctimas del *Caso Gelman*; en efecto, la Corte IDH estableció en la Sentencia que “el Estado deberá asegurar que aquella [Ley de Caducidad], no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia del presente caso ni para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos y de otras graves violaciones de derechos humanos similares acontecidas en Uruguay”. Esta última parte es clara y se refiere a que no se limita exclusivamente a las víctimas en el caso concreto, sino en general, se entiende referida a cualquier víctima derivada de la aplicación de la Ley de Caducidad al haberse declarado dicha ley “sin efectos”, precisamente para que no vuelva a constituir un obstáculo para la investigación, juzgamiento y, en su caso, sanción de los responsables por las violaciones graves a los derechos humanos que, como la desaparición forzada de personas, resulta imprescriptible. Lo anterior se corrobora con los párrafos 231 y 232 de la propia Sentencia:

231. La falta de investigación de las graves violaciones de derechos humanos cometidas en este caso, enmarcadas en patrones sistemáticos, revelan un incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado, establecidas por normas inderogables. (Subrayado nuestro).

232. Dada su manifiesta incompatibilidad con la Convención Americana, las disposiciones de la Ley de Caducidad que impiden la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos carecen de efectos jurídicos y, en consecuencia, no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos del presente caso y la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención Americana que puedan haber ocurrido en el Uruguay. (Subrayado nuestro).

20. Este criterio establecido con precisión y claridad en la Sentencia no es una novedad en la jurisprudencia interamericana. Así, desde el *Caso Barrios Altos* de 2001, la Corte IDH determinó en el fondo del asunto que en el caso peruano las leyes de amnistía “carec[ían] de efectos jurídicos y no p[odían] seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos [del] caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni p[odían] tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú.” Los alcances generales de esta declaratoria quedaron claros en la resolución de interpretación del mismo caso en donde el Tribunal Interamericano señaló que “*dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía No. 26479 y No. 26492, lo resuelto en la sentencia de fondo en el caso Barrios Altos t[enía] efectos generales*”. (Subrayado nuestro).
21. En definitiva, a nuestro entender el fallo de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay de 22 de febrero de 2013, si bien parte de la aceptación y obligatoriedad de la Sentencia de la Corte IDH, por su particular interpretación, consideraciones y efectos que produce, incide de manera directa y potencial en el debido cumplimiento de la Sentencia del *Caso Gelman*, al constituir una interpretación contraria no sólo a la Sentencia internacional que adquirió la autoridad de cosa juzgada, sino en general al Derecho Internacional y, particularmente, al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo que podría producir un quebrantamiento al acceso a la justicia de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, y podría representar un instrumento de perpetuación de la impunidad y el olvido de esos hechos al permitir la prescripción de dichos delitos; siendo que las violaciones graves a los derechos humanos, como lo es la desaparición forzada de personas, constituye “por la naturaleza de los derechos lesionados, una violación de una norma *jus cogens*, especialmente grave por haber acontecido como parte de una práctica sistemática de ‘terrorismo de Estado’ a nivel inter-estatal”, y revelan un incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado establecidas por normas inderogables.

### **3. Eficacia de la sentencia interamericana y la autoridad de la cosa juzgada internacional: su proyección directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los estados partes de la convención americana (*res interpretata*)**

#### **3.1. Eficacia vinculante de la sentencia internacional**

22. De conformidad con los artículos 67 y 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el fallo de la Corte IDH será “definitivo” e “inapelable” y los Estados Partes en la Convención se comprometen a “cumplir la decisión” en todo caso en que sean partes. Estos dispositivos convencionales constituyen el funda-

mento principal en el marco del Pacto de San José para otorgar a las sentencias del Tribunal Interamericano su carácter “firme” y “con eficacia vinculante” en sus términos, por lo que no procede ningún medio de impugnación y, en consecuencia, no pueden ser revisadas en el ámbito nacional por ninguna autoridad.

23. La “eficacia vinculante” de las sentencias se corrobora, además, con el Artículo 68.2 del propio Pacto de San José, al señalar que la indemnización compensatoria “podrá ejecutarse en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”. Y también del Artículo 65, *in fine*, de la misma Convención, que señala la posibilidad de la Corte IDH de someter a la consideración de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, dentro de su informe anual las recomendaciones pertinentes cuando “un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos”. Es decir, en todo caso existe la obligación de los Estados de cumplir con el fallo internacional de manera directa, pronta, íntegra y efectiva, siendo la propia Convención Americana la que establece garantías para lograr su cumplimiento; en primer término, la posibilidad de que la Corte IDH supervise dicho cumplimiento derivada de su facultad jurisdiccional y, eventualmente, prevé la posibilidad del propio Tribunal Interamericano para someter a una instancia política el incumplimiento; sin que ello signifique que la Corte IDH deje de conocer de la supervisión de cumplimiento respectivo, por lo que “podrá seguir requiriendo al Estado que presente información relativa al cumplimiento de la Sentencia respectiva cuando lo considere pertinente”.
24. Como se enfatiza en la Resolución de supervisión de cumplimiento de Sentencia a que se refiere el presente voto razonado, la obligación de acatar el fallo de la Corte IDH de conformidad con las disposiciones convencionales anteriores, derivan del principio básico sobre la responsabilidad internacional del Estado, respaldada ampliamente por la jurisprudencia internacional, que implica el cumplimiento de buena fe de los instrumentos internacionales (*pacta sunt servanda*), sin que puedan invocarse razones de orden interno —incluso una norma constitucional o decisión judicial— para dejar de asumir la responsabilidad internacional en términos de los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Desde hace tiempo la Corte IDH así lo ha considerado, al establecer que:

Según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aun tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia [Caso de las Comunidades Greco-Búlgaras (1930), Serie B, No. 17, pág. 32; Caso de Nacionales Polacos de Danzig (1931), Series A/B, No. 44, pág. 24; Caso de las Zonas Libres (1932), Series A/B, No. 46, pág. 167; Aplicabilidad de la obligación a arbitrar bajo el Convenio de Sede de las Naciones Unidas (Caso de la Misión del PLO) (1988), págs. 12, a 31-2, párr. 47]. Asimismo estas reglas han sido codificadas

en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

25. Una vez que la sentencia interamericana es notificada a las partes de conformidad con el artículo 69 del mismo Pacto, produce la “eficacia de la sentencia” y, por consecuencia, nace la obligación internacional del Estado que participó en el proceso internacional —donde tuvo la oportunidad procesal para su adecuada defensa—, de “cumplir la decisión de la Corte” de manera pronta, íntegra y efectiva, dentro de los plazos señalados en el propio fallo. La obligación internacional de cumplir con “la decisión” comprende al Estado en su conjunto, es decir, a todos los poderes, órganos y autoridades nacionales.

### **3.2. Autoridad de la cosa juzgada internacional de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (formal y material)**

26. La “cosa juzgada” constituye una institución procesal que consiste en “la autoridad y eficacia que adquiere la sentencia judicial cuando no proceden contra ella recursos ni otros medios de impugnación, y cuyos atributos son la coercibilidad, la inmutabilidad y la irrevisibilidad en otro proceso posterior”.
27. En el ámbito del derecho internacional público, desde la más temprana jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional, así como de la Corte Internacional de Justicia, se ha establecido que las decisiones de organismos de carácter jurisdiccional adquieren la fuerza de *cosa juzgada* y conllevan la obligación de ser cumplidas. Asimismo, en su momento, se determinó que sería imposible atribuir facultad a una corte nacional de invalidar una decisión de una corte internacional y de negar la existencia de una violación al derecho internacional ya declarada a nivel internacional en un caso concreto.
28. En el ámbito interamericano la sentencia de la Corte IDH produce “autoridad de cosa juzgada internacional”. Esto implica que una vez que la sentencia interamericana es notificada a las partes, produce una eficacia vinculante y directa hacia las mismas. En el supuesto de una sentencia estimatoria de condena a un Estado, todos los poderes, órganos y autoridades del Estado condenado están obligados a cumplir con la sentencia, sin que se requiera algún procedimiento o interpretación interno o nacional para ello.
29. Así, las sentencias de la Corte IDH adquieren la “autoridad de cosa juzgada internacional” debido al carácter “inimpugnable” del fallo que establece el artículo 67 del Pacto de San José; es decir, al no ser sujeta a revisión posible por no preverse ningún medio de impugnación, lo que le da “firmeza” a la sentencia, como acto jurisdiccional que pone fin al proceso internacional —no así al procedimiento, que continúa la supervisión de la sentencia que deriva de la actividad jurisdiccional del Tribunal Interamericano hasta que se cumple de manera íntegra con la misma—.



30. Ahora bien, al producirse la “autoridad de la cosa juzgada internacional” (producto de la firmeza del fallo) deviene la “inmutabilidad” de la sentencia dictada por la Corte IDH, en tanto acto procesal y en cuanto a su contenido o substancia y sobre todos sus efectos. Así, la cosa juzgada internacional (formal y material) implica que ningún otro tribunal internacional o nacional —incluso la propia Corte IDH— en otro juicio posterior, puede volver a pronunciarse sobre el objeto del proceso. Esta institución descansa en los principios generales del derecho de seguridad jurídica y de paz social, al permitir certeza a las partes —y a la sociedad en su conjunto—, al evitar que el conflicto se prolongue indefinidamente, elementos contenidos en los artículos 67 y 68 del Pacto de San José para coadyuvar al establecimiento de un orden público interamericano.

### **3.3. Eficacia de la sentencia interamericana como “cosa juzgada” (*res judicata*) con efectos *inter partes* y como “norma convencional interpretada” (*res interpretata*) con efectos *erga omnes***

31. La sentencia interamericana, en tanto adquiere la autoridad de la cosa juzgada internacional, despliega los contenidos y efectos de la sentencia en dos dimensiones: a) de manera subjetiva y directa hacia las partes en la controversia internacional; y b) de manera objetiva e indirecta hacia todos los Estados Parte en la Convención Americana.
32. En el primer supuesto se produce una eficacia *inter partes*, que consiste en la obligación del Estado de cumplir con todo lo establecido en la sentencia interamericana de manera pronta, íntegra y efectiva. Existe una vinculación total y absoluta de los contenidos y efectos del fallo, que se deriva como obligación de los artículos 67 y 68.1 de la Convención Americana.
33. En el segundo se produce una eficacia *erga omnes* hacia todos los Estados Parte de la Convención, en la medida en que todas las autoridades nacionales quedan vinculados a la efectividad convencional y, consecuentemente, al criterio interpretativo establecido por la Corte IDH, en tanto estándar mínimo de efectividad de la norma convencional, derivada de la obligación de los Estados de respeto, garantía y adecuación (normativa e interpretativa) que establecen los artículos 1º y 2º de la Convención Americana; y de ahí la lógica de que la sentencia sea notificada no sólo “a las partes en el caso” sino también “transmitido a los Estados partes en la Convención” en términos del artículo 69 del Pacto de San José.

#### **3.3.1. Eficacia subjetiva de la sentencia interamericana como “cosa juzgada internacional”: la vinculación directa “inter partes” implica la obligación del Estado de cumplir con la totalidad de la sentencia y no sólo con la parte dispositiva o resolutive**

34. La eficacia vinculante de la sentencia que establece responsabilidad internacional a un Estado que fue parte material de la controversia, y en la que tuvo la oportuna y adecuada defensa en juicio, no sólo se proyecta hacia la parte “resolutiva” o “dispositiva” del fallo, sino que alcanzan los razonamientos, argumentos y consideraciones que fundamentan y dan sentido a la decisión. Sólo así se podría entender la buena fe del Estado de cumplir con lo que previamente y en uso de su soberanía se comprometió, esto es, a “cumplir la decisión de la Corte en todo caso” en que sea parte (artículo 68.1 de la Convención Americana); toda vez que no puede desvincularse la parte “dispositiva” o “resolutiva” de la “parte considerativa”, al implicar la sentencia un acto jurisdiccional que involucra, en general, “la decisión” como acto jurisdiccional decisorio.
35. La propia Convención Americana establece la obligación para la Corte IDH de “motivar” su fallo (Artículo 66), y es ahí donde se encuentran los “fundamentos de la sentencia”; es decir, el “conjunto de motivos, razones o argumentos de hecho y especialmente de derecho en que se apoya una decisión judicial”. Constituyen las consideraciones jurídicas, de hecho y de derecho, aplicables al caso para su resolución. De esta manera, en la motivación se encuentra el *thema decidendum* que se refleja en los dispositivos o resolutivos de la sentencia y, por lo tanto, constituye “la decisión” un acto complejo del acto decisorio del tribunal. Así, las *rationes decidendi* constituyen un elemento fundamental y necesario que debe considerar el Estado que fue “parte material” para cumplir adecuadamente y de manera íntegra con los resolutivos y dispositivos de la sentencia.
36. Lo anterior, incluso, fue motivo de reflexión por parte del Tribunal Interamericano desde los primeros casos que conoció, entendiendo que el alcance respectivo tiene su fundamento en un principio general del derecho procesal. Así, en la resolución de reparaciones y costas, en el *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, se precisó que:

Aunque estas obligaciones no quedaron expresamente incorporadas en la parte resolutiva de la sentencia sobre el fondo, es un principio del derecho procesal que los fundamentos de una decisión judicial forman parte de la misma. La Corte declara, en consecuencia, que tales obligaciones a cargo de Honduras subsisten hasta su total cumplimiento. (Subrayado nuestro).

37. Un ejemplo de lo anterior por parte de una Alta Corte nacional, se advierte con motivo del cumplimiento de la sentencia en el *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. La Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, *motu proprio* y sin que estuviera conociendo de un proceso judicial nacional, en cumplimiento de la sentencia interamericana, consideró que la misma le obliga en sus términos. En ese sentido, además de aceptar el “control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad”, consideró que “*las resoluciones pronunciadas por aquella instancia internacional cuya jurisdicción ha sido acep-*

*tada por el Estado mexicano, son obligatorias para todos los órganos del mismo en sus respectivas competencias, al haber figurado como Estado parte en un litigio concreto. Por tanto, para el Poder Judicial son vinculantes no solamente los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en la sentencia mediante la cual se resuelve ese litigio*". Resulta relevante el criterio interpretativo que sobre el particular adoptó la Suprema Corte de Justicia mexicana en la Tesis núm. LXV/2011:

“SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SON VINCULANTES EN SUS TÉRMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN EL LITIGIO. El Estado Mexicano ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ello, cuando ha sido parte en una controversia o litigio ante esa jurisdicción, la sentencia que se dicta en esa sede, junto con todas sus consideraciones, constituye cosa juzgada, correspondiéndole exclusivamente a ese órgano internacional evaluar todas y cada una de las excepciones formuladas por el Estado Mexicano, tanto si están relacionadas con la extensión de la competencia de la misma Corte o con las reservas y salvedades formuladas por aquél. Por ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aun como tribunal constitucional, no es competente para analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es correcta o incorrecta, o si excede en relación con las normas que rigen su materia y proceso. Por tanto, la Suprema Corte no puede hacer ningún pronunciamiento que cuestione la validez de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que para el Estado Mexicano dichas sentencias constituyen cosa juzgada. Lo único procedente es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos. Así, las resoluciones pronunciadas por aquella instancia internacional son obligatorias para todos los órganos del Estado Mexicano, al haber figurado como parte en un litigio concreto, siendo vinculantes para el Poder Judicial no sólo los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en ella”. (Subrayado nuestro).

38. Ahora bien, el alcance de la vinculación de la *ratio decidendi* adquiere mayor certeza cuando en los propios dispositivos del fallo refieren de manera expresa a la parte considerativa que contiene los fundamentos jurídicos para la “decisión”, como suele ser una práctica reiterada por el Tribunal Interamericano y como aconteció en la Sentencia del *Caso Gelman*. En efecto, para los efectos que particularmente interesan, resulta relevante lo previsto en el Resolutivo 11:

“11. El Estado debe garantizar que la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, al carecer de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en cuanto puede impedir u obstaculizar la investigación y eventual sanción de los

responsables de graves violaciones de derechos humanos, no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia del presente caso y para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos, de conformidad con los párrafos 253 y 254 de la Sentencia” (subrayado nuestro)”.

39. El “Resolutivo 11” hace referencia precisa a una parte medular de la motivación realizada en el epígrafe “Reparaciones” identificado en los párrafos 253 y 254 de la Sentencia; lo cual no implica que sólo a dichas consideraciones argumentativas se deba atender para una comprensión adecuada de los fundamentos jurídicos sobre la cuestión decidida, sino en general a las *rationes decidendi* sobre el *thema decidendum* que se contienen a lo largo del acto decisorio; es decir, se extienden al conjunto de razonamientos contenidos en la totalidad del fallo que sirvieron al Tribunal Interamericano para decidir sobre la cuestión planteada y debatida en el proceso internacional.
40. De ahí que la motivación que contiene el conjunto de razones y fundamentos de hecho y de derecho plasmadas en la sentencia interamericana, generan la certeza específica para cumplir con lo dispuesto por el Tribunal Interamericano en la Sentencia y, consecuentemente, para cumplir con la Convención Americana en términos del artículo 68.1.
41. En el caso particular, esta certeza sobre lo previsto en el “Resolutivo 11” de la Sentencia, refiere a las consideraciones expuestas a lo largo de la Sentencia y que implican la obligación del Estado de “garantizar” que la Ley de Caducidad no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos, identificación y, si procede, sanción de los responsables de las víctimas del Caso Gelman y de otros casos de violaciones graves de derechos humanos acontecidos en Uruguay en el periodo de la dictadura militar, al carecer de efectos jurídicos dicha norma general por contravenir el Pacto de San José y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, resultando imprescriptibles dichas conductas por estar amparadas en normas de *jus cogens* y por tratarse la desaparición forzada de personas de un delito continuado o permanente; cuestiones abordadas en otras partes del fallo y específicamente en el acápite “VI.3. Derechos a las garantías judiciales y protección judicial en relación con la obligación de respetar los derechos, el deber de adoptar disposiciones en derecho interno y las obligaciones sobre investigación derivadas de la convención interamericana sobre desaparición forzada de personas”, comprendidas en los Considerandos 139 a 246 de la Sentencia. Además de lo previsto en el acápite VII. *Reparaciones*, especialmente los Considerandos 253 y 254 (a que expresamente se refiere el Resolutivo 11 de la Sentencia).
42. Es por ello que en la presente Resolución de supervisión de cumplimiento de la Sentencia, la Corte IDH estimó que “la decisión” que emitió —dictada en un caso contencioso concreto, respecto de un Estado Parte en la Convención y que reconoció expresamente su jurisdicción—, no se limita en su efecto vinculante a la parte resolutive o dispositiva del fallo “sino que incluye todos los fundamentos,

motivaciones, alcances y efectos” del mismo; es decir, la sentencia es vinculante para el Estado concernido en su integridad, incluyendo su *ratio decidendi*, toda vez que “la obligación de los Estados Parte de dar pronto cumplimiento a las decisiones de la Corte es parte intrínseca de la obligación de cumplir de buena fe con la Convención Americana y vincula a todos los poderes y órganos estatales”.

***3.3.2. Eficacia objetiva de la sentencia interamericana como “norma convencional interpretada”: la vinculación indirecta “erga omnes” hacia todos los Estados Parte de la Convención Americana implica aplicar el estándar interpretativo mínimo de efectividad de la norma convencional***

43. La proyección de la eficacia interpretativa de la sentencia hacia todos los Estados Parte que han suscrito y ratificado o se han adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y particularmente en aquellos que han aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH, consiste en la obligación por todas las autoridades nacionales de aplicar no sólo la norma convencional sino la “norma convencional interpretada” (*res interpretata*); es decir, el criterio interpretativo que como estándar mínimo aplicó el Tribunal Interamericano al Pacto de San José y, en general al *corpus juris* interamericano, materia de su competencia, para resolver la controversia. Y así asegurar la efectividad (mínima) de la norma convencional. Lo anterior, al constituir precisamente el objeto del mandato y competencia del Tribunal Interamericano “la interpretación y aplicación” de la Convención Americana”, y “de otros tratados que le otorguen competencia”.
44. La eficacia interpretativa de la norma convencional debe entenderse como la posibilidad de lograr una efectividad regional estándar mínima de la Convención Americana para ser aplicable por todas las autoridades en el ámbito nacional. Lo anterior se deriva de los artículos 1.1 y 2 del propio Pacto de San José, en virtud de que existe la obligación de los Estados Parte de “respetar” y “garantizar” los derechos y libertades, así como la obligación de “adecuación” —normativa e interpretativa— para lograr la efectividad de los derechos y libertades cuando no estén garantizados. Esta última obligación de los Estados Parte es de singular importancia en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y constituye uno de los aspectos fundamentales que lo distingue del Sistema Europeo.
45. En efecto, el artículo 2º de la Convención Americana, que se inspira en el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas de 1966, y también recoge el artículo 2º del Protocolo adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988, ha sido considerado por la Corte IDH no como una obligación implícita de las de “respeto” y “garantía” previstas en el artículo 1º de la propia Convención, sino una obligación específica que complementa aquellas. Desde la Opinión Consultiva 7/86, el Tribunal Interamericano consideró que la obligación derivada del artículo 2º del Pacto de San José, constituye una “obligación adicional, que se suma a la impuesta por el artículo 1

de la Convención dirigida a hacer más determinante y cierto el respeto de los derechos y libertades que la Convención reconoce. Por eso es que la obligación que resulta del artículo 2, complementa, pero de ninguna manera sustituye o suple, a la obligación general y no condicionada que resulta del artículo 1”.

46. El carácter evolutivo de la jurisprudencia interamericana ha permitido interpretar el contenido obligacional derivado del artículo 2º de la Convención Americana de “adoptar disposiciones de derecho interno” sean “medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos” los derechos y libertades. Esto ha motivado una jurisprudencia interamericana amplia sobre diversas temáticas; por ejemplo, pueblos indígenas o tribales, libertad de expresión y acceso a la información, derecho del inculcado a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior en materia penal, pena de muerte, fuero militar, derecho laboral, estabilidad e inamovilidad de jueces, y sobre leyes de amnistía. En esta última línea jurisprudencial sobre la incompatibilidad de las leyes de amnistías, como sucedió en la Sentencia del *Caso Gelman*, expresamente se concluye en el Resolutivo 6 que “El Estado ha incumplido la obligación de adecuar su derecho interno a la Convención Americana” y específicamente dentro de la motivación, se expresa:

“En particular, debido a la interpretación y a la aplicación que se ha dado a la Ley de Caducidad, la cual carece de efectos jurídicos respecto de graves violaciones de derechos humanos en los términos antes indicados (*supra* párr. 232), ha incumplido su obligación de adecuar su derecho interno a la Convención, contenida en el artículo 2 de la misma, en relación con los artículos 8.1, 25 y 1.1 del mismo tratado y los artículos I.b, III, IV y V de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas”. (Subrayado nuestro).

47. Así, la expresión “o de otro carácter” contenida la obligación convencional del artículo 2º, implica cualquier medida en la que se incluyen, evidentemente, las “interpretaciones” que las autoridades y especialmente los jueces realizan al Pacto de San José para “hacer efectivos” los derechos y libertades del Pacto, que están obligados a respetar y garantizar en términos del artículo 1.1 de la Convención. En el *Caso La Cantuta Vs. Perú* se estableció:

“Ciertamente el artículo 2 de la Convención no define cuáles son las medidas pertinentes para la adecuación del derecho interno a la misma, obviamente por depender ello del carácter de la norma que la requiera y las circunstancias de la situación concreta. Por ello, la Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la

efectiva observancia de dichas garantías. El Tribunal ha entendido que la obligación de la primera vertiente se incumple mientras la norma o práctica violatoria de la Convención se mantenga en el ordenamiento jurídico y, por ende, se satisface con la modificación, la derogación, o de algún modo anulación, o la reforma de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda.” (Subrayado nuestro).

48. Lo anterior es relevante para advertir que si una interpretación constitucional o legal en el ámbito interno no se ajusta al estándar interpretativo establecido por la Corte IDH para otorgar un mínimo de efectividad a la Convención Americana, existe un incumplimiento de la obligación de “adecuación” previsto en el artículo 2º del Pacto de San José, es decir, al existir una inadecuada actuación interna con la Convención; en cuanto limita la efectividad de la norma convencional al realizar una interpretación de menores alcances a la realizada por el Tribunal Interamericano, lo cual, además, prohíbe su artículo 29, al permitir que una práctica nacional limite los alcances de la norma convencional en perjuicio de la efectividad de un derecho o libertad. Como lo ha expresado la Corte IDH “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”.
49. La Corte IDH ha señalado que el deber general del Estado, establecido en el artículo 2º de la Convención, incluye la adopción de medidas para *suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza* que impliquen una violación a los derechos previstas en dicho instrumento internacional, así como la *expedición de normas y el desarrollo de prácticas* conducentes a la observancia efectiva de los mismos. Aquí la observancia de la “efectividad” cobra relevancia en términos del principio del *effet utile* “lo que significa que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido”; por lo que la Corte IDH ha considerado necesario reafirmar que dicha obligación, por su propia naturaleza, constituye una *obligación de resultado*.
50. En este sentido “la obligación estatal de adecuar la legislación interna a las disposiciones convencionales no se limita al texto constitucional o legislativo, sino que deberá irradiar a todas las disposiciones jurídicas de carácter reglamentario y traducirse en la efectiva aplicación práctica de los estándares de protección de los derechos humanos”. Así, la observancia a lo dispuesto en el artículo 2º del Pacto de San José trasciende el ámbito meramente legislativo, pudiendo y debiendo las autoridades administrativas y especialmente los jueces nacionales en todos los niveles, realizar interpretaciones que no limiten el estándar interpretativo establecido por la Corte IDH precisamente para lograr la efectividad mínima de la Convención Americana, cuyo compromiso los Estados se comprometieron a aplicar.
51. De ahí que la Corte IDH ha entendido que tiene dentro de sus competencias la posibilidad de supervisar un “adecuado control de convencionalidad” sobre

la interpretación que realiza una alta jurisdicción nacional, como lo hizo en la Sentencia del *Caso Gelman*. En efecto, el Tribunal Interamericano estimó que la Suprema Corte de Justicia del Uruguay en el *Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet* de 2009 (criterio reiterado por lo menos en dos casos posteriores), había realizado “un adecuado control de convencionalidad” respecto de la Ley de Caducidad, al establecer, *inter alia*, que:

“el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley”.

52. En todo caso las autoridades nacionales pueden válidamente ampliar la eficacia de la norma convencional a través de la interpretación más favorable en aplicación del principio *pro personae*, que además obliga al Estado debido a lo previsto en el artículo 29.b) del Pacto de San José, en la medida en que ninguna disposición de esta Convención puede ser interpretado en el sentido de que “limite el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad *que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados*”.
53. Lo anterior es de importancia para comprender que la eficacia interpretativa de la norma convencional, al constituir un estándar mínimo regional de aplicabilidad nacional *constituye una pauta hermenéutica fundamental e imprescindible de mínimos en materia de derechos humanos*; de tal manera que pueden las autoridades nacionales (administrativas, legislativas o jurisdiccionales) de cualquier nivel (municipal, regional, estadual, federal o nacional) de los Estados Parte de la Convención, eventualmente apartarse del criterio interpretativo de la Corte IDH cuando se realice de manera razonada y fundada una interpretación que permita lograr un mayor grado de efectividad de la norma convencional a través de una interpretación más favorable de la “jurisprudencia interamericana” sobre el derecho humano en cuestión.
54. La eficacia interpretativa de la jurisprudencia interamericana (*res interpretata*) deriva directamente de la obligación de los Estados Parte de la Convención del respeto, garantía y adecuación (normativa/interpretativa) a que se refieren los artículos 1º y 2º del propio Pacto, teniendo en consideración que conforme a la propia Convención Americana la “Corte [Interamericana] tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido” y “dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados” cuando decida que hubo violación de los mismos. Así, la aplicación nacional del estándar interpretativo interamericano asegura el mínimo de efectividad de la norma convencional.



55. En otras palabras, la eficacia interpretativa de la jurisprudencia interamericana hacia todos los Estados Parte de la Convención Americana deriva de la misma eficacia jurídica de este instrumento internacional, al desplegar sus efectos en un Estado por el sólo hecho de ser Parte del mismo; y, consecuentemente, para cumplir con su obligación convencional de respeto, garantía y adecuación (normativa/interpretativa) a que se refieren los artículos 1º y 2º se requiere una efectividad mínima de la propia Convención Americana, que sólo podría lograrse con la adecuación interpretativa mínima que las autoridades nacionales realicen de la norma convencional a la luz de la jurisprudencia interamericana. Lo anterior, debido a que es el propio Pacto de San José el que establece como único órgano competente de naturaleza “jurisdiccional” para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Parte de la Convención Americana, con competencia para “interpretar” y “aplicar” la Convención, y en caso de existir una violación garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcado; es decir, la jurisprudencia de la Corte IDH condiciona el mínimo de efectividad de la norma convencional que deben aplicar las autoridades nacionales del Estado Parte para poder cumplir con sus obligaciones convencionales que derivan de los artículos 1º y 2º del Pacto de San José, relacionado también con el principio *pro personae* contenido en el artículo 29 de la propia Convención Americana.
56. Así, en la Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia en el *Caso Gelman*, a que se refiere el presente voto razonado, se explicita la obligación de los Estados Parte de la Convención Americana sobre la vinculación de la “norma convencional interpretada” (*res interpretata*) como una de las manifestaciones en que puede desplegarse el “control de convencionalidad” en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte material en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia interamericana. En ese sentido “por el solo hecho de ser parte en la Convención Americana, toda autoridad pública y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana”.
57. En el *Caso Gelman* no estamos en esta situación, debido a que al existir sentencia internacional con carácter de autoridad de cosa juzgada, produce una vinculación total y absoluta a la Sentencia, por lo que todas las autoridades del Estado uruguayo —incluyendo a sus jueces en todos los niveles— deben aplicar de manera “directa” los contenidos, fundamentos y efectos de la Sentencia (véase *supra* párrs. 34 a 42);

siendo el “control de convencionalidad” un instrumento útil, efectivo y necesario para lograrlo y de ahí la relación existente entre esta institución con la autoridad de la “cosa juzgada internacional” (véase *infra* párrs. 80 a 100).

58. Sobre la eficacia de la jurisprudencia interamericana, fueron motivo de reflexiones en el voto razonado que emitimos a una sentencia derivada de un caso contencioso anterior:

51. El juez nacional, por consiguiente, debe aplicar la jurisprudencia convencional incluso la que se crea en aquellos asuntos donde no sea parte el Estado nacional al que pertenece, ya que lo que define la integración de la jurisprudencia de la Corte IDH es la interpretación que ese Tribunal Interamericano realiza del *corpus juris interamericano* con la finalidad de crear un estándar en la región sobre su aplicabilidad y efectividad. Lo anterior lo consideramos de la mayor importancia para el sano entendimiento del “control difuso de convencionalidad”, pues pretender reducir la obligatoriedad de la jurisprudencia convencional sólo a los casos donde el Estado ha sido “parte material”, equivaldría a nulificar la esencia misma de la propia Convención Americana, cuyos compromisos asumieron los Estados nacionales al haberla suscrito y ratificado o adherido a la misma, y cuyo incumplimiento produce responsabilidad internacional.

52. Así, la “fuerza normativa” de la Convención Americana alcanza a la interpretación que de la misma realice la Corte IDH, como “intérprete última” de dicho Pacto en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. La interpretación emprendida por el Tribunal Interamericano a las disposiciones convencionales *adquiere la misma eficacia que poseen éstas*, ya que en realidad las “normas convencionales” constituyen el resultado de la “interpretación convencional” que emprende la Corte IDH como órgano “judicial autónomo cuyo objetivo es la aplicación e interpretación” del *corpus juris* interamericano. Dicho en otras palabras, el resultado de la interpretación de la Convención Americana conforma la jurisprudencia de la misma; es decir, “constituyen normas que derivan de la CADH, de lo cual se obtiene que gocen de la misma eficacia (directa) que tiene dicho tratado internacional”.

63. No pasa inadvertido que el artículo 68.1 establece que los Estados parte del Pacto de San José “se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. Lo anterior no puede ser limitante para que la jurisprudencia de la Corte IDH adquiera “eficacia directa” en todos los Estados nacionales que han reconocido expresamente su jurisdicción, con independencia de que derive de un asunto donde no han participado formalmente como “parte material”, ya que al ser la Corte IDH el órgano jurisdiccional internacional del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, cuya función esencial es la aplicación e interpretación de la Convención Americana, *sus interpretaciones adquieren el mismo grado de eficacia del texto convencional*. En otras palabras, la norma convencional que deben aplicar los Estados es el resultado de la interpretación de las

disposiciones del Pacto de San José (y sus protocolos adicionales, así como otros instrumentos internacionales). Las interpretaciones que realiza la Corte IDH se proyectan hacia dos dimensiones: (i) en lograr su eficacia en el caso particular *con efectos subjetivos*, y (ii) en establecer la eficacia general *con efectos de norma interpretada*. De ahí la lógica y necesidad de que el fallo, además de notificarse al Estado parte en la controversia particular, deba también ser “transmitido a los Estados parte de la Convención”, para que tengan pleno conocimiento del contenido normativo convencional derivado de la interpretación de la Corte IDH, en su calidad de “intérprete última” del *corpus juris* interamericano.

59. En ese sentido, un tema sobre el cual seguramente el Tribunal Interamericano tendrá en el futuro que reflexionar consiste en determinar si la “norma interpretada” alcanza eficacia *erga omnes* más allá de los “casos contenciosos” donde se produce la autoridad de la cosa juzgada; por ejemplo, en las “opiniones consultivas” donde no realiza una función “jurisdiccional” en sentido estricto, emitiendo una opinión interpretativa de la norma convencional, de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos o incluso sobre la compatibilidad de leyes internas con aquéllos; con una amplia participación de todos los Estados de la OEA (y no sólo de la Convención Americana), incluso, con la posibilidad de realizar audiencias públicas, recibir *amici curiae* y aplicar por analogía las disposiciones del procedimiento escrito en casos contenciosos en lo que sean aplicables.
60. Por otra parte, no debe perderse de vista que la eficacia interpretativa de la norma convencional ha sido resaltada desde hace tiempo por la doctrina europea con la denominación de “cosa interpretada” o *chose interprétée*, que en términos generales alude a la eficacia *erga omnes* que producen las sentencias del Tribunal de Estrasburgo hacia todos los Estados Parte en la Convención Europea que no intervinieron en el proceso internacional, en la medida en que el criterio interpretativo, como lo ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos “sirve no sólo para decidir sobre los casos que conoce el Tribunal sino en general, para aclarar, proteger y desarrollar las normas previstas en la Convención” (*Caso Irlanda contra el Reino Unido*, de 18 de enero de 1978).
61. Este “principio de solidaridad” —en los términos empleados por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa— que se ha venido consolidando en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, fue incluso reconocido por aquel órgano en su importante resolución 1226 de 28 de septiembre de 2000 sobre la “Ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”:

3. El principio de solidaridad implica que la jurisprudencia de la Corte [Europea de Derechos Humanos] forma parte de la Convención, extendiendo así la fuerza legalmente vinculante de la Convención *erga omnes* (a todas las otras Partes). Esto significa que los Estados Parte no sólo deben ejecutar las sentencias de la Corte pro-

nunciadas en casos en que son parte, sino también deben tomar en consideración las posibles implicaciones que las sentencias pronunciadas en otros casos puedan tener en sus propios ordenamientos jurídicos y prácticas legales. (Subrayado nuestro).

62. El “principio de solidaridad”, conjuntamente con la consolidada doctrina jurisprudencial del Tribunal de Estrasburgo sobre la vinculación a sus propios precedentes (por ejemplo, véase el *Caso Mamatkoulov y Askarov contra Turquía*), ha ido progresivamente generando convicción y práctica de los propios Estados sometidos a la jurisdicción del Tribunal a la hora de considerar obligatoria su jurisprudencia como parte de las obligaciones convencionales.
63. Incluso, el propio Tribunal de Estrasburgo se ha referido a la Convención Europea de Derechos Humanos como un *instrument constitutionnel de l'ordre public européen*. De ahí que se hable —cada vez con mayor frecuencia— en el seno de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de la autoridad interpretativa de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; incluso como una necesidad apremiante ante el incremento del número de casos desde que existe acceso directo al Tribunal de Estrasburgo al desaparecer la Comisión por el Protocolo 11 del Convenio Europeo.
64. En este sentido, cabe destacar el reciente voto concurrente del Juez Paulo Pinto de Albuquerque de Portugal, en el *Caso Fabris contra Francia* de febrero de 2013, donde reflexiona sobre *L'effet direct et erga omnes des arrêts de la Cour*:

El efecto directo y *erga omnes* de las sentencias de la Corte. A primera vista, el Convenio establece que los efectos de las sentencias de la Corte se limitan a las partes en el caso, es decir, al solicitante (s) y al Estado o a los Estados demandados. Esta primera lectura es engañosa, y requiere de una correcta interpretación del artículo 46 leído conjuntamente con el artículo 1. A la luz de esas disposiciones, leídas conjuntamente, las sentencias de la Corte tienen un efecto directo y *erga omnes*.

65. En una de sus notas al pie de página del referido voto, se hace referencia a una cita del antiguo presidente del Tribunal de Estrasburgo, que señala que “la autoridad de la cosa interpretada por la Corte va más allá de la *res judicata* en sentido estricto”. Expresión sobre la “cosa interpretada” que el Tribunal de Estrasburgo en 2010 recoge en la sentencia del *Caso Taxquet contra Bélgica* citando a la *Cour de Cassation* belga.
66. No debe pasar inadvertido que en el Sistema Interamericano existe una obligación no prevista explícitamente en la Convención de Roma —claramente identificable en el Pacto de San José— como es la necesidad de “adoptar disposiciones de derecho interno” (medidas legislativas o de otro carácter) para lograr la efectividad de los derechos y libertades, que establece el artículo 2º de la Convención Americana en los términos analizados (véase *supra* párrs. 44-50).

### 3.3.3. Diferencia en los alcances y grado de vinculación entre la eficacia subjetiva de la sentencia “inter partes” y la eficacia objetiva de la sentencia “erga omnes”

67. En los epígrafes anteriores se analizó la eficacia de la sentencia en dos dimensiones: hacia las partes que intervinieron en el proceso internacional (*res judicata*); y hacia todos los Estados Parte de la Convención Americana (*res interpretata*). En ambos casos se produce una “eficacia vinculante” si bien difieren cualitativamente.
68. Cuando existe una sentencia interamericana que involucra la responsabilidad internacional de un Estado en concreto, se produce una eficacia vinculante directa, completa y absoluta por parte de las autoridades nacionales de cumplir en sus términos con el fallo, incluyendo las *rationes decidendi* (véase *supra* párrs. 34-42), debido a lo establecido en los artículos 67 y 68.1 de la Convención Americana y de la “autoridad de cosa juzgada” (material y sustancial) que adquiere la sentencia.
69. En cambio, diversa eficacia de vinculación produce la sentencia interamericana para los demás Estados Parte que no intervinieron en el proceso internacional, al sólo limitarse a la “jurisprudencia interamericana”, es decir, a la “norma convencional interpretada” y no así a la totalidad del fallo. Esta eficacia interpretativa es “relativa”, en la medida en que se produce siempre y cuando no exista una interpretación que otorgue mayor efectividad a la norma convencional en el ámbito nacional. Esto es así, ya que las autoridades nacionales pueden ampliar el estándar interpretativo; incluso, pueden dejar de aplicar la norma convencional cuando exista otra norma nacional o internacional que amplíe la efectividad del derecho o libertad en juego, en términos del artículo 29 de la Convención Americana. Además, deben considerarse las reservas, declaraciones interpretativas y denuncias en cada caso, si bien en esos supuestos la Corte IDH puede, eventualmente, pronunciarse sobre su validez y adecuada interpretación, como lo ha realizado en algunas ocasiones.
70. Para el debido cumplimiento de la Sentencia en el *Caso Gelman*, el Tribunal Interamericano consideró necesario explicitar el diverso grado de eficacia que producen las sentencias interamericanas, dependiendo si el Estado Parte de la Convención ha sido parte material en el proceso internacional. Lo anterior es fundamental para distinguir la “eficacia vinculante” que adquiere el fallo para el Estado uruguayo, que comprende la sentencia en su integridad —*res judicata*— (véase *supra* párrs. 34 a 42); de la diversa “eficacia vinculante” indirecta derivada de la misma Sentencia y proyectada hacia todos los Estados Parte de la Convención Americana —*res interpretata*— (véase *supra* párrs. 43 a 66).
71. En la primera no existe posibilidad de interpretación de la norma convencional, en la medida en que todos los órganos, poderes y autoridades del Estado del Uruguay quedan vinculados en su integridad por la Sentencia del *Caso Gelman*, precisamente porque el Estado uruguayo participó en calidad de “parte material” en la controversia internacional. Existe una eficacia vinculante directa, completa y absoluta de la sentencia internacional, incluyendo su parte considerativa como ya

se estableció. De ahí que el Estado no puede invocar una norma o interpretación constitucional para dejar de cumplir con la sentencia internacional, debido a las obligaciones convencionales previstas en el artículo 68.1 de la Convención Americana, en relación con los preceptos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, incluso cuando conoce y resuelve un medio de “control de constitucionalidad”.

72. En cambio, la Sentencia del *Caso Gelman* produce una eficacia vinculante de la jurisprudencia interamericana hacia los demás Estados Parte de la Convención Americana. Eficacia que se proyecta sólo en cuanto al estándar mínimo de interpretación de la norma convencional para asegurar el mínimo de efectividad de la misma; lo cual, como ya se estableció (véase *supra* párr. 69), es una eficacia vinculante “relativa” en la medida en que puede diferir de la jurisprudencia de la Corte IDH cuando se efectivice la norma a través de una interpretación más favorable en sede nacional. En ese sentido, existe un “margen interpretativo nacional” que pueden realizar las autoridades para favorecer con la interpretación nacional la efectividad del derecho o libertad fundamental, siempre y cuando sea para potencializar la efectividad de la norma convencional; circunstancia que no aplica cuando un Estado fue “parte material” en el proceso internacional, quedando vinculado de manera íntegra al fallo en todos sus aspectos, debido a los alcances de la autoridad de la cosa juzgada internacional.
73. En el Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos existe una obligación de los Estados Parte de cumplir con la sentencia. La “fuerza obligatoria y ejecución de sentencias” deriva de manera expresa del artículo 46.1 y 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Aquí se advierte otra de las trascendentales diferencias con el Sistema Interamericano, en la medida en que no es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el encargado de hacer cumplir sus fallos, sino que lo es el Comité de Ministros, como órgano político, el que tiene la competencia de la supervisión de las sentencias. En ese sentido, el Comité de Ministros puede solicitar la intervención del Tribunal de Estrasburgo para que se pronuncie cuando exista un obstáculo en la ejecución de la sentencia definitiva derivado de un problema de interpretación del fallo.
74. Cuando la Corte IDH supervisa el cumplimiento de una sentencia, como lo está haciendo ahora en el *Caso Gelman*, puede también advertir que existen obstáculos en su cumplimiento debido a una inadecuada interpretación en sede nacional de la Convención Americana, de la propia Sentencia o, en general, del *corpus juris* interamericano. Pareciera que ese es el caso de la sentencia de 22 de febrero de 2013 de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay, que le imprime distintas interpretaciones y alcances al fallo de la Corte IDH; y es por ello que en la Resolución de supervisión a que se refiere el presente voto razonado, se precisan y enfatizan los alcances interpretativos de la Sentencia en el *Caso Gelman*, la manera en que el fallo de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay constituye “un obstáculo para el pleno acatamiento de la Sentencia”, lo que podría producir “un quebrantamiento

al acceso a la justicia de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos que se encuentran amparadas por una sentencia de la Corte Interamericana y podría representar un instrumento de perpetuación de la impunidad y el olvido de esos hechos”.

### 3.4. Eficacia objetiva de la sentencia como parte del sistema de “garantía colectiva”

75. También se produce una relación directa entre la eficacia de la sentencia (consecuencia de la cosa juzgada internacional) y el sistema de “garantía colectiva” derivada de la propia Convención Americana. Todos los Estados Parte del Pacto se encuentran obligados, en su conjunto, a lograr el cumplimiento y eficacia de los pronunciamientos que emite el Tribunal Interamericano en tanto que los Estados Parte de la Convención y, en general, todos los Estados que conforman la Organización de Estados Americanos, se encuentran interesados en coadyuvar en el establecimiento de un orden público interamericano que garantice el desarrollo democrático de los pueblos. La Convención Americana establece la posibilidad de garantizar el cumplimiento de las sentencias del Tribunal Interamericana en términos del artículo 65 del Pacto de San José.
76. En este sentido, cobran vigencia las acertadas palabras del antiguo presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Antônio Augusto Cançado Trindade, pronunciadas hace más de una década ante el Consejo Permanente de la OEA:

El ejercicio de la garantía colectiva por los Estados Partes en la Convención no debería ser sólo reactivo, cuando se produjera el incumplimiento de una sentencia de la Corte, sino también proactivo, en el sentido de que todos los Estados Partes adoptaran previamente medidas positivas de protección en conformidad con la normativa de la Convención Americana. Es indudable que una sentencia de la Corte es ‘cosa juzgada’, obligatoria para el Estado demandado en cuestión, pero también es ‘cosa interpretada’, válida erga omnes partes, en el sentido de que tiene implicaciones para todos los Estados Partes en la Convención, en su deber de prevención. Sólo mediante un claro entendimiento de esos puntos fundamentales lograremos construir un *ordre public* interamericano basado en la fiel observancia de los derechos humanos. (Subrayado nuestro).

77. En efecto, el Tribunal Interamericano ha señalado que los propios Estados Americanos han dispuesto un “sistema de garantía colectiva” que significa que los Estados Parte del Pacto de San José deben procurar todos los esfuerzos para que abonen al cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH. Así, ha señalado que:

46. El importante rol de la noción de garantía colectiva para la implementación de las decisiones internacionales de órganos de derechos humanos ha sido resaltada

en otros casos emitidos por esta Corte, por el Comité de los Derechos Humanos y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La noción de garantía colectiva también ha sido utilizada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa al valorar el incumplimiento de algunas sentencias y constituye uno de los fundamentos de la enmienda del artículo 46 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, establecida en 2009 con el objeto de fortalecer el mecanismos de supervisión e implementación de las sentencias a través de la asignación de nuevas facultades al Comité de Ministros y al Tribunal Europeo.

47. Al respecto, este Tribunal ha señalado que la Convención Americana, así como los demás tratados de derechos humanos, se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva y tienen una naturaleza especial, que los diferencian de los demás tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los Estados Partes. Dicha noción de garantía colectiva se encuentra estrechamente relacionada con el efecto útil de las Sentencias de la Corte Interamericana, por cuanto la Convención Americana consagra un sistema que constituye un verdadero orden público regional, cuyo mantenimiento es de interés de todos y cada uno de los Estados Partes. El interés de los Estados signatarios es el mantenimiento del sistema de protección de los derechos humanos que ellos mismos han creado, y si un Estado viola su obligación de acatar lo resuelto por el único órgano jurisdiccional sobre la materia se está quebrantando el compromiso asumido hacia los otros Estados de cumplir con las sentencias de la Corte. Por tanto, la labor de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos cuando se le presenta un incumplimiento manifiesto por parte de uno de los Estados de una Sentencia emitida por la Corte Interamericana, es precisamente la de proteger el efecto útil de la Convención Americana y evitar que la justicia interamericana se torne ilusoria al quedar al arbitrio de las decisiones internas de un Estado. (Subrayado nuestro).

78. Evidentemente, no estamos en ese supuesto en la Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia que motiva el presente voto razonado. Por el contrario, la Corte IDH ha valorado el esfuerzo y las acciones realizadas por el Estado uruguayo en el cumplimiento de la Sentencia en el *Caso Gelman*; y ha dado por satisfactoriamente cumplidos aspectos muy importantes del fallo (véase *supra* párrs. 4 y 5). Asimismo, ha considerado relevante “determinadas acciones dirigidas al cumplimiento de los puntos resolutivos 9 y 11 de la Sentencia” (véase *supra* párrs. 6 y 7); advirtiendo también del “obstáculo” para el pleno cumplimiento de la Sentencia que supone el fallo de 22 de febrero de 2013 de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay (véase *supra* párrs. 8 y 9).

79. En ese sentido, debe destacarse la buena voluntad del Estado del Uruguay para cumplir sus obligaciones internacionales, lo cual se advierte, además, al haber admitido parcialmente la responsabilidad internacional durante el proceso internacional, teniendo “un alto valor simbólico en aras de que no se repitan hechos similares”.



#### 4. Autoridad de la “cosa juzgada internacional” y “control de convencionalidad”

80. Cuando se produce autoridad de la cosa juzgada internacional debido a la firmeza de la sentencia de la Corte IDH —que implica su carácter “inmutable”— existe una eficacia directa y subjetiva de la sentencia (*res judicata*) hacia las partes en su integridad (véase *supra* párrs. 34 a 42); y una eficacia interpretativa objetiva e indirecta de la norma convencional (*res interpretata*) hacia todos los Estados Parte de la Convención Americana (véase *supra* párrs. 43 a 66).
81. En la presente Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, el Tribunal Interamericano realiza una distinción para efectos del adecuado ejercicio del “control de convencionalidad” en sede nacional de la mayor trascendencia para el Sistema Interamericano “dependiendo de si la Sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no. Lo anterior debido a que la norma convencional interpretada y aplicada adquiere distinta vinculación dependiendo si el Estado fue parte material o no en el proceso internacional”.
82. Esto implica dos manifestaciones distintas en el ejercicio del “control de convencionalidad” en sede nacional que involucra directamente a las partes que intervinieron en el proceso internacional (*res judicata*); y de manera indirecta a todas las autoridades de los Estados Parte de la Convención Americana (*res interpretata*).

##### 4.1. *Res judicata* y “control de convencionalidad”

83. Cuando en una sentencia de la Corte IDH se ha determinado la responsabilidad internacional de un Estado, la autoridad de la cosa juzgada produce, necesariamente, vinculación absoluta en la manera en que las autoridades nacionales del Estado condenado deben interpretar la norma convencional y, en general, el *corpus juris* interamericano aplicado en la sentencia que decide el caso. Esto significa que todos los órganos, poderes y autoridades del Estado concernido —legislativas, administrativas y jurisdiccionales en todos los niveles—, se encuentran obligadas por la sentencia internacional en sus términos, incluyendo los fundamentos, consideraciones, resoluciones y efectos que produce.
84. En ese supuesto, el “control de convencionalidad” constituye una herramienta útil, adecuada y necesaria para lograr el cumplimiento y debida implementación de la sentencia internacional, en la medida en que esta institución permite aplicar no sólo el Derecho Internacional y particularmente el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sino también posibilita cumplir con la obligación internacional derivada de la sentencia interamericana de conformidad con el artículo 68.1 de la Convención Americana. Lo anterior adquiere especial relevancia cuando el cumplimiento de la sentencia internacional implica “dejar sin efectos” una norma general, en tanto que todas las autoridades y con mayor razón las que realizan funciones jurisdiccionales —en todos los niveles— “tienen la función de hacer

prevalecer la Convención Americana y los fallos de esta Corte sobre la normatividad interna, interpretaciones y prácticas que obstruyan el cumplimiento de lo dispuesto en un determinado caso”.

85. De ahí se deriva la importancia que adquiere un adecuado ejercicio y entendimiento del “control de convencionalidad” para el debido cumplimiento de una sentencia interamericana. En la Sentencia del *Caso Gelman*, al haberse declarado por la Corte IDH “sin efectos” la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado (Ley 15.848), todas las autoridades uruguayas —incluyendo sus jueces en todos los niveles— deben “garantizar” que dicha norma no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos, juzgamiento y, si procede, sanción de los responsables de las víctimas del *Caso Gelman*, así como de otros casos de violaciones graves de derechos humanos acontecidos en Uruguay en el periodo de la dictadura militar (1973-1985). Lo anterior, debido a que:

231. La falta de investigación de las graves violaciones de derechos humanos cometidas en este caso, enmarcadas en patrones sistemáticos, revelan un incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado, establecidas por normas inderogables.

232. Dada su manifiesta incompatibilidad con la Convención Americana, las disposiciones de la Ley de Caducidad que impiden la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos carecen de efectos jurídicos y, en consecuencia, no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos del presente caso y la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención Americana que puedan haber ocurrido en el Uruguay. (Subrayado nuestro).

86. Las autoridades y especialmente los jueces uruguayos que estén investigando las violaciones graves a los derechos humanos durante el periodo de dictadura militar (1973-1985), tienen la obligación, para poder cumplir con la sentencia interamericana, *de aplicar directamente las consideraciones que la fundamentan*. En este sentido, las *rationes decidendi* que fundamentan los puntos resolutivos de la Sentencia del *Caso Gelman* resultan indispensables para su adecuado entendimiento y lograr el debido, efectivo e íntegro cumplimiento de la misma.
87. Lo anterior significa que para el adecuado ejercicio del control de convencionalidad *ex officio*, las autoridades y especialmente los jueces uruguayos de todos los niveles, deben considerar, en términos de la Sentencia internacional donde la República Oriental del Uruguay fue parte material y, por tanto, obliga en sus términos:

(i) que la Ley de Caducidad fue declarada “sin efectos jurídicos” por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre

Desaparición Forzada de Personas, en cuanto puede impedir la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos en el *Caso Gelman* y de otros casos de graves violaciones de derechos humanos ocurridos en Uruguay en el mismo periodo;

(ii) que los efectos de la Ley de Caducidad o de normas análogas, como las de prescripción, caducidad, irretroactividad de la ley penal u otras excluyentes similares de responsabilidad o cualquier interpretación administrativa o judicial al respecto, no se constituyan en un impedimento u obstáculo para continuar las investigaciones;

(iii) que la sentencia de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay de 22 de febrero de 2013 “constituye un obstáculo para el pleno acatamiento de la Sentencia” del *Caso Gelman*.

(iv) que las violaciones graves a los derechos humanos —como lo es la desaparición forzada de personas, entre otras— resultan “imprescriptibles” al constituir, por su propia naturaleza, una violación de normas *jus cogens*, amparadas en normas de derecho internacional de carácter inderogable;

(v) que la desaparición forzada de personas constituye un delito permanente o continuado;

(vi) que el *Caso Gelman* “es un caso de graves violaciones de derechos humanos, en particular desapariciones forzadas, por lo que es ésta la tipificación que debe primar en las investigaciones que corresponda abrir o continuar a nivel interno. Como ya se ha establecido, por tratarse de un delito de ejecución permanente, es decir, cuya consumación se prolonga en el tiempo, al entrar en vigor la tipificación del delito de desaparición forzada de personas, la nueva ley resulta aplicable, sin que ello represente su aplicación retroactiva”;

(vii) que la desaparición forzada de María Macarena Gelman García Iruretagoyena, resulta como consecuencia de la sustracción, supresión y sustitución de su identidad; y

(viii) que el deber de “garantizar” que la Ley de Caducidad no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos, juzgamiento y eventual sanción de las violaciones graves a derechos humanos, se refiere no sólo a los responsables de las víctimas del *Caso Gelman*, sino también de otras graves violaciones de derechos humanos similares acontecidas en Uruguay en el mismo periodo.

88. El adecuado ejercicio del control de convencionalidad por las autoridades uruguayas resulta fundamental para el debido e integral cumplimiento de la Sentencia en el *Caso Gelman* y no puede quedar supeditado a la interpretación constitucional que realice un órgano nacional, ni siquiera invocando una norma constitucional o el ejercicio propio de su competencia al ejercer “control de constitucionalidad”. Lo anterior, debido al carácter vinculante que tienen las sentencias de la Corte IDH en los términos del artículo 68.1 y de las reglas previstas en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

89. Los principios de derecho internacional público de *buena fe* y *effet utile*, que involucra a su vez al principio *pacta sunt servanda*, constituyen fundamentos internacionales para que los tratados internacionales sean cumplidos por parte de los Estados nacionales y han sido reiterados de manera constante por la jurisprudencia del Tribunal Interamericano. La obligación del cumplimiento del derecho convencional obliga a todas las autoridades y órganos nacionales, toda vez que el Estado responde en su conjunto y adquiere responsabilidad internacional ante el incumplimiento de los instrumentos internacionales que ha asumido.
90. Eso implica que derivado del *Caso Gelman*, todas las autoridades uruguayas (incluyendo los órganos de administración de justicia y jueces en todos los niveles) quedan vinculadas directamente por la sentencia internacional, que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada en los términos analizados (véase *supra* párrs. 26 a 30). En consecuencia, todas las autoridades uruguayas deben, dentro de sus respectivas competencias, cumplir y aplicar de manera “directa” lo establecido expresamente en los puntos Declarativos 2 y 3 de la Resolución de 20 de marzo de 2013 relativa a la supervisión de cumplimiento de Sentencia a que se refiere el presente voto razonado; así como con los puntos Resolutivos 9, 10, 11, 15 y 16 de la Sentencia del Caso Gelman Vs. Uruguay de 24 de febrero de 2011, sobre los aspectos pendientes de cumplimiento, teniendo en cuenta, además, la parte considerativa que fundamenta dichos resolutivos. En este sentido, la obligación de ejercer adecuadamente “control de convencionalidad” en este caso donde existe cosa juzgada internacional resulta esencial para el debido cumplimiento de la Sentencia interamericana.

#### 4.2. *Res interpretata* y “control de convencionalidad”

91. En cambio, la segunda manifestación del ejercicio del “control de convencionalidad” en sede nacional, se produce aplicando la jurisprudencia interamericana derivada del presente caso —incluyendo la de su cumplimiento— por los demás Estados Parte del Pacto de San José. En este sentido, adquiere eficacia interpretativa la norma convencional hacia los demás Estados Parte de la Convención Americana (*res interpretata*). La eficacia vinculante de la “norma convencional interpretada” —como explícitamente se advierte de los considerandos 67, 69 y 72 de la presente Resolución de cumplimiento a que se refiere el presente voto razonado— constituye una obligación convencional derivada de los artículos 1º y 2º de la Convención Americana en los términos previamente analizados (véase *supra* párrs. 43 a 66).
92. La Corte IDH consideró en la Resolución de supervisión de cumplimiento a que se refiere el presente voto razonado, que el “control de convencionalidad” constituye “una obligación” de toda autoridad de los Estados Parte de la Convención de garantizar el respeto y garantía de los derechos humanos, dentro de las competencias y regulaciones procesales correspondientes. En este sentido, el fundamento de esta obligación deriva de la eficacia jurídica de la propia Convención, fundamental-

mente de las obligaciones convencionales de “respeto”, “garantía” y “adecuación” (normativa/intrepretativa) previstas en los artículos 1º y 2º del Pacto de San José, en relación con el artículo 29 del mismo Pacto, con la finalidad de lograr la mayor efectividad del derecho humano involucrado.

93. Así, la segunda manifestación del ejercicio del “control de convencionalidad”, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, toda autoridad pública y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, lo cual les obliga a ejercer *ex officio* un control de convencionalidad, teniendo en cuenta el propio tratado y la interpretación que del mismo ha realizado la Corte Interamericana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, sea “en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos”.
94. La eficacia interpretativa de la norma convencional interamericana resulta relativa, en la medida en que en todo caso las autoridades nacionales podrán efectivizar la norma convencional mediante una interpretación más favorable de conformidad con el principio *pro personae* que establece el artículo 29 del Pacto de San José (véase *supra* párrs. 52 a 55).
95. No debe pasar inadvertido que la Corte IDH se ha pronunciado con anterioridad sobre la incompatibilidad a la Convención Americana respecto de leyes de amnistía o auto amnistía que involucran la responsabilidad internacional de otros Estados en particular. En esos supuestos concretos, evidentemente, estamos en la primera manifestación del “control de convencionalidad” al vincular directamente la sentencia interamericana a las partes que intervinieron en el proceso internacional, al adquirir el fallo la autoridad de la cosa juzgada.
96. Además, en más de veinte casos contenciosos el Tribunal Interamericano se ha pronunciado sobre diversos aspectos del “control de convencionalidad” en sentencias que involucran la responsabilidad internacional de trece Estados distintos: Argentina, Barbados, Boliva, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela; lo que significa más de la mitad de los Estados Parte de la Convención que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH. Desde el *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México* de 2010, la Corte IDH ha venido ejemplificando la manera en que tribunales de la más alta jerarquía en varios Estados de la región se refieren al carácter vinculante de las sentencias del Tribunal Interamericano y la manera en que han recibido o aplicado el control de convencionalidad teniendo en consideración la jurisprudencia interamericana, como ahora se realiza en la presente Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, a que se refiere el presente voto razonado, citando los casos de Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Guatemala, México, Pa-

- namá, Perú y República Dominicana. Asimismo, el propio Tribunal Interamericano retoma jurisprudencia nacional para fundamentar y conceptualizar en sus resoluciones la violación de la Convención Americana.
97. La Sentencia del *Caso Gelman Vs. Uruguay* de 24 de febrero de 2011, constituye un precedente de la mayor importancia para el Sistema Interamericano y en el carácter evolutivo de la jurisprudencia interamericana sobre la doctrina del “control de convencionalidad”, toda vez que con claridad explicitó que este tipo de control debe realizarse *ex officio* por todas las autoridades nacionales —incluyendo las instancias democráticas— “en las cuales también debe primar un ‘control de convencionalidad’, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial”. En esta misma línea se estableció en el *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia* de noviembre de 2012, que todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad”.
98. Así, se ha generado un “control dinámico y complementario” de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades nacionales (que tienen la obligación primaria y fundamental en la garantía de los derechos y de ejercer “control de convencionalidad”) y las instancias internacionales —en forma subsidiaria y complementaria—; de modo que los criterios de decisión pueden ser conformados y adecuados entre sí, mediante el ejercicio de un control “primario” de convencionalidad por parte de todas las autoridades nacionales y, eventualmente, a través del control “complementario” de convencionalidad en sede internacional. En todo caso, no debe perderse de vista que el Estado “es el principal garante de los derechos de las personas” y tiene la obligación de respetarlos y garantizarlos.
99. Lo anterior está produciendo un nuevo entendimiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos al concebirse ahora como un “sistema integrado”, debido a que involucra no sólo a los dos órganos de protección a que se refiere la Convención Americana —Comisión y Corte IDH—, sino ahora comprende con particular intensidad y de manera concomitante a todas las autoridades nacionales de los Estados Parte del Pacto de San José, al deber participar activamente en la garantía efectiva de los derechos humanos, sea en su dimensión nacional o internacional a manera de un “sistema integrado” de protección de derechos.
100. En definitiva, transitamos hacia un “Sistema Interamericano Integrado” —con un “control de convencionalidad” dinámico y complementario—, lo que está forjando progresivamente un auténtico *Ius Constitutionale Commune Americanum* como un núcleo sustancial e insoluble para preservar y garantizar la dignidad humana de los habitantes de la región.

Martín Risso Ferrand (Uruguay)\*

## **Cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gelman. Después de la declaración de inconstitucionalidad de la Ley Interpretativa 18.831**

### **RESUMEN**

En febrero de 2011 la CIDH dictó la sentencia correspondiente al caso Gelman disponiendo, entre otros aspectos, la obligación del Estado uruguayo de investigar las graves violaciones de derechos humanos acaecidas durante la dictadura militar (1973 – 1985) y aplicar las sanciones penales que pudieran corresponder. El Estado uruguayo realizó diversos actos en cumplimiento de la sentencia internacional (actos administrativos y jurisdiccionales), y en el año 2011 se dictó la Ley n.º 18.831 que dispuso, entre otras cosas, que los delitos referidos no habían prescrito. Esta ley fue declarada parcialmente inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia de Uruguay en febrero de 2013. Los fundamentos de la Corte uruguaya se basan, fundamentalmente, en el principio de irretroactividad en materia penal y considera que los delitos ya prescribieron. En este trabajo no se procura analizar la sentencia nacional y sus diferencias con la de la CIDH, sino que se apunta a determinar las consecuencias de la sentencia interna y cómo se solucionan los problemas que ha causado.

**Palabras clave:** derecho internacional de los derechos humanos, derecho constitucional, justicia constitucional, violación de los derechos humanos, Suprema Corte de Justicia, Uruguay, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

---

\* Director del Departamento de Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Universidad Católica del Uruguay.

## ZUSAMMENFASSUNG

Im Februar 2011 hat der Interamerikanische Gerichtshof für Menschenrechte sein Urteil im Fall Gelman gesprochen und darin unter anderem den Staat Uruguay verpflichtet, die schweren Menschenrechtsverletzungen während der Militärdiktatur (1973-1985) zu untersuchen und die entsprechenden Strafen zu verhängen. Der uruguayische Staat hat daraufhin verschiedene Maßnahmen ergriffen, um dieser internationalen Gerichtsentscheidung (auf Verwaltungs- und Gerichtsebene) Rechnung zu tragen. Ferner wurde 2011 das Gesetz Nr. 18.831 erlassen, das unter anderem vorsah, dass die begangenen Delikte nicht verjährt sind. Dieses Gesetz wurde im Februar 2013 vom Obersten Gerichtshof Uruguays für teilweise verfassungswidrig erklärt. Der vom Gerichtshof angeführte Rechtsgrund ist im Wesentlichen das Rückwirkungsverbot in Strafsachen, weshalb er die Verbrechen für verjährt hält. In diesem Beitrag soll nicht der Inhalt der genannten Entscheidung analysiert und mit der des Interamerikanischen Gerichtshofs verglichen werden; vielmehr geht es darum, die Rechtsfolgen der innerstaatlichen Entscheidung zu bestimmen und darzulegen, wie die daraus folgenden Probleme bewältigt werden können.

**Schlagwörter:** Internationales Recht der Menschenrechte, Verfassungsrecht, Verfassungsgerichtsbarkeit, Verletzung der Menschenrechte, Oberster Gerichtshof von Uruguay, Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte.

## ABSTRACT

In February 2011, the Inter-American Court of Human Rights pronounced judgment in the Gelman case, deciding, among other aspects, that the Uruguayan State must carry out the investigation of serious human rights violations which took place during the military dictatorship (1973 - 1985) and apply the corresponding criminal sanctions. The Uruguayan State adopted several measures to comply with the international judgment (administrative and judicial actions) and in 2011 approved law No. 18.831 which includes the provision that the statute of limitations does not apply to those crimes. In February 2013, the Supreme Court declared that this law is partially unconstitutional. This declaration is grounded mainly on the principle of non-retroactivity of criminal law; the Court considers that the statute of limitations has run out on those crimes. This paper does not attempt to analyze the national judgment and its differences with the one pronounced by the Inter-American Court; rather, it tries to establish the consequences of that domestic ruling and to find ways of solving the problems it has caused.

**Keywords:** International human rights law, Constitutional law, Constitutional justice, Human rights violation, Supreme Court of Justice, Uruguay, Inter-American Court of Human Rights.



## 1. Introducción

La sentencia 20, de 22 de febrero de 2013, dictada por la Suprema Corte de Justicia uruguaya, declarando la inconstitucionalidad de los artículos 2° y 3° de la Ley n.° 18.831, de fecha 27 de octubre de 2011, ha ocasionado una cierta conmoción en distintos ambientes jurídicos y políticos.

En este trabajo no se realizará un estudio crítico de dicha sentencia sino que se buscará situar el pronunciamiento judicial dentro de un largo proceso de salida de la dictadura (1973-1985) y se procurará señalar algunas alternativas a la situación actual.

A los efectos de lo anterior, luego de unas muy breves precisiones, se intentará: (i) situar, esquemáticamente, la ley interpretativa en su contexto histórico; (ii) repasar las consecuencias de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso Gelman; (iii) ver las condiciones en que se dictó la ley interpretativa; (iv) hacer referencia a la sentencia de la Suprema Corte declarando la inconstitucionalidad de la ley interpretativa y sus efectos jurídicos; y (v) determinar cuáles son las alternativas actuales.

## 2. Precisiones

La sociedad uruguaya ha venido encarando el cumplimiento de la sentencia de la CIDH en una realidad que debe ser mencionada y que se caracteriza por lo siguiente:

- a. Existe una cierta desactualización en Uruguay en temas de derechos humanos y es frecuente que se encaren estos temas con visiones superadas y que sólo pueden conducir a resultados problemáticos.
- b. Una segunda dificultad surge de que la sentencia de la CIDH de febrero de 2011 es la primera sentencia contra Uruguay. En todos los países las primeras sentencias fueron en cierta forma traumáticas y generaron muchas dudas y discusiones, como siempre ocurre con lo nuevo. En otras palabras, se deben superar las consecuencias negativas de estar por primera vez con una sentencia de la CIDH. Un ejemplo de lo dicho aparece, insólitamente, en las dudas que algunos han planteado respecto a la obligatoriedad de la sentencia en mención.
- c. No es habitual en Uruguay el estudio de la jurisprudencia de la CIDH ni su utilización en procesos ante los jueces nacionales. Debe sí destacarse que esto se encuentra en pleno proceso de cambio y se comienzan a encontrar sentencias que sí toman en cuenta la jurisprudencia internacional.
- d. Por último, deben señalarse problemas conceptuales y terminológicos. Además, se advierte una cierta confusión en el tratamiento de algunos temas: así, por ejemplo, cuando se habla de efectos de la jurisprudencia de la CIDH muchas veces no es claro si se está hablando de las sentencias en los procesos en que el Estado fue parte (Art. 68, apartado 1° de la Convención) o de la jurisprudencia en general.

### 3. Proceso que desembocó en la sentencia de inconstitucionalidad de 2013

Para aproximarnos ahora a la problemática que deriva del pronunciamiento de la Corte uruguaya, de febrero de 2013, debe tenerse presente lo siguiente:

- a. La salida de la dictadura militar (1973-1985) no fue sencilla y entre sus temas polémicos se encuentra la Ley 15.848, de 22 de diciembre de 1986, comúnmente llamada Ley de Caducidad, que estableció:

Artículo 1º.- Reconócese que, como consecuencia de la lógica de los hechos originados por el acuerdo celebrado entre partidos políticos y las Fuerzas Armadas en agosto de 1984 y a efecto de concluir la transición hacia la plena vigencia del orden constitucional, ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1º de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto.

- b. Pese a ser un tema que ha generado discusiones, creo que en términos prácticos, el artículo transcripto vino a ser una amnistía con una redacción peculiar. Razones políticas llevaron a algunos sectores del Partido Nacional a no aceptar una amnistía lisa y llana y se buscó esta fórmula. La posición de ese partido fue que la amnistía había sido acordada tácitamente por el Partido Colorado y el Frente Amplio con los representantes de la dictadura en las llamadas negociaciones (y acuerdo) del Club Naval, en las que el Partido Nacional no había participado. Con esta redacción se quiso aclarar y compartir la responsabilidad con el Frente Amplio.
- c. La Constitución uruguaya prevé el referéndum contra las leyes como un recurso promovido, dentro del año de la promulgación de la ley, por una porción del cuerpo electoral (25% de los habilitados para votar) y, en caso de obtener las mayorías requeridas, se convoca al cuerpo electoral a que en un procedimiento con las garantías del sufragio, se pronuncie a favor o en contra de la ley, estándose a lo que resuelva la mayoría (Art. 79 de la Constitución).
- d. Grupos políticos, sindicales y ONG interpusieron el referido recurso de referéndum contra la ley de caducidad y se convocó al cuerpo electoral para que se pronuncie mediante voto secreto. El resultado fue contrario al recurso, por lo que indirecta o tácitamente el cuerpo electoral confirmó la ley.
- e. La Suprema Corte de Justicia, único órgano competente conforme la Constitución uruguaya para pronunciarse sobre demandas de inconstitucionalidad de las leyes, por sentencia de 2 de mayo de 1988 se pronunció por primera vez sobre el tema, rechazando la pretensión de inconstitucionalidad y concluyendo que la norma legal era ajustada a la Carta. La decisión se tomó por mayoría, tres votos contra dos.

- f. La Constitución uruguaya prevé, en su artículo 331, cuatro procedimientos de reforma constitucional, uno de los cuales puede ser promovido por el 10% de los ciudadanos habilitados a votar y se resuelve mediante “plebiscito” (con este nombre se denomina en la Carta nacional al referéndum constitutivo en materia constitucional).
- g. En el año 2009 se sometió a la ciudadanía un proyecto de reforma constitucional, que declaraba la inconstitucionalidad e inexistencia de la Ley de Caducidad. El cuerpo electoral se pronunció en contra de la propuesta de reforma en octubre de ese mismo año. O sea, en forma implícita o tácita, por segunda vez, el cuerpo electoral sostuvo la Ley de Caducidad.
- h. El acto plebiscitario de 2009 tiene gran importancia para la consideración del tema, ya que cuando el cuerpo electoral rechazó el recurso de referéndum en los años ochenta, muchos sostuvieron que no fue un pronunciamiento libre, sino que la gente estaba presionada por la posibilidad de un nuevo golpe de Estado militar o por la posibilidad de enfrentamientos muy serios. Luego, en 2009, nadie puede sostener esto, por lo que el pronunciamiento es totalmente legítimo desde este punto de vista.
- i. El 17 de octubre de 2009, la Suprema Corte de Justicia dictó una nueva sentencia sobre la Ley de Caducidad, pero en esta ocasión cambió su jurisprudencia anterior y declaró, por unanimidad de sus miembros, la inconstitucionalidad de los artículos 1º, 3º y 4º de la referida norma. Esta jurisprudencia fue confirmada en pronunciamientos posteriores.
- j. Por último, en febrero de 2011, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considerando que la Ley de Caducidad es nula (contraria a la Convención Americana) y no tiene ningún efecto, ordenó que el Estado elimine todos los obstáculos que impidan o hayan impedido o dificultado, la investigación de los hechos comprendidos en la mencionada ley y, si correspondiere, se proceda a la aplicación de las sanciones penales a los responsables criminalmente de dichos hechos.

#### **4. La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gelman**

En el año 2011, primero en un seminario realizado en la Universidad Católica del Uruguay y luego en una publicación,<sup>1</sup> señalé lo siguiente sobre el contenido de la sentencia de la CIDH:

---

<sup>1</sup> Martín Risso Ferrand: “Cumplimiento de la sentencias de la CIDH”, en *Estudios Jurídicos*, n.º 9, especial, Montevideo: Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, 2011.

- a. Introducción: la sentencia de la CIDH tiene tres tipos de efectos, y bueno es comenzar con los que no presentan mayores problemas para ir despejando el tema y concentrarnos luego en los aspectos complejos.
- b. Efectos precisos o con bajo margen de discrecionalidad: algunos efectos de la sentencia de la CIDH son absolutamente precisos y concretos, como cuando fija determinadas reparaciones pecuniarias. Otras veces es muy concreta, pero da alguna discrecionalidad al Estado uruguayo en cuanto a cómo cumplir. Así, ordena al Estado:
  - 1) Llevar adelante, conforme los puntos 9 y 10 de la sentencia, una investigación, seria, profunda, de buena fe, sobre los hechos objeto de la sentencia, a los efectos de esclarecerlos, encontrar (si fuera el caso) los restos y, si se identifican, sancionar a los responsables (por supuesto que la obligación de investigar es una obligación de medios y no de resultados). Habrá que decidir cómo se llevará adelante la investigación ya que podría ser judicial, administrativa o mixta. Habrá que ver cuál es la mejor forma de cumplir.
  - 2) Realizar un acto público de reconocimiento de la responsabilidad internacional del Estado por el caso resuelto y colocar una placa con el nombre de las víctimas en el Servicio de Información de Defensa, lo que implica que el Estado determine, dentro de los parámetros de la sentencia y de buena fe, cuál es la mejor forma de cumplir.
  - 3) Realizar las publicaciones internas de la sentencia, implementar un plan de derechos humanos dirigido a jueces y fiscales, y establecer un sistema de información acerca de “las graves violaciones de derechos humanos” cometidas durante la dictadura. También en estos puntos el Estado tiene una discrecionalidad relativa para determinar cómo cumplir.
- c. Punto 11 de la sentencia de la CIDH: pero además de lo anterior, la sentencia, en el punto 11 de la parte dispositiva dispone:

El Estado debe garantizar que la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, al carecer de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en cuanto puede impedir u obstaculizar la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos, no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia de autos y para la identificación y, si procede, sanción a los responsables de los mismos, de conformidad con los párrafos 253 y 254 de la Sentencia.

El texto transcrito presenta un primer problema que es determinar si se refiere sólo al caso Gelman o si tiene efectos más amplios, que exceden dicho caso y alcanzan a otras violaciones similares de los derechos humanos.

Se podría sostener que el referido numeral 11 debe interpretarse como comprensivo exclusivamente del caso Gelman. A esto podría llegarse conforme a razonamientos tradicionales de nuestro derecho interno: objeto del proceso, alcance de la sentencia (*ultra y extra petita*) y principio de congruencia. Pero no tengo el gusto de compartir, lo anterior por varias razones:

- *Objeto del proceso*: en los procesos ante la CIDH no pueden presentar demandas los particulares, sino que este derecho queda reservado a los Estados partes y a la Comisión Interamericana. La Comisión toma el caso denunciado ante ella, el caso Gelman, pero luego formula el petitorio que entiende pertinente en su demanda ante la CIDH. La Comisión no está limitada en la demanda por el caso denunciado, sino que puede apreciarlo y ejercer competencias de oficio. Pero ¿qué pidió la Comisión en su demanda? De la lectura del texto se aprecia un petitorio muy claro:

144. En razón de las conclusiones de este caso, la Comisión Interamericana se permite solicitar a la Corte que ordene al Estado uruguayo:

a. Determinar la responsabilidad por la desaparición forzada de María Claudia García de Gelman y la sustracción de su hija recién nacida, María Macarena Gelman, mediante el debido proceso de la ley y una investigación judicial completa e imparcial de los hechos, a fin de identificar a los responsables de las violaciones de los derechos humanos referidas en el presente caso para que los culpables puedan ser debidamente sancionados.

b. Adoptar las medidas legislativas y de otra índole necesarias para que, de acuerdo con sus procesos constitucionales y las disposiciones de la Convención Americana, quede sin efecto la Ley N° 15.848 o Ley de Caducidad.

c. Crear un mecanismo interno efectivo, con poderes jurídicos vinculantes y autoridad sobre todos los órganos del Estado, para asegurar el cumplimiento cabal de lo que ordene la Corte en su sentencia.

d. Otorgar una reparación plena a los familiares de las víctimas que incluya, no sólo una indemnización por los daños materiales y morales y las costas y costos del litigio, a nivel nacional e internacional, sino también la celebración de ciertos actos de importancia simbólica que garanticen la no reiteración de los delitos cometidos en el presente caso, actos que sólo pueden ser determinados a través de negociaciones entre los peticionarios y el Estado, como la celebración de un día anual de conmemoración y memoria de las víctimas del gobierno de facto.

De lo anterior surge que en la demanda, más allá del caso Gelman, se pidió genéricamente que se ordenara dejar sin efecto la Ley de Caducidad (apartado b), con efectos generales (en forma coincidente con las recomendaciones previas de la Comisión al Estado uruguayo) y esto refería a todos los casos comprendidos en

dicha ley. La CIDH hizo lugar a menos de lo que pidió la Comisión. O sea, todos los argumentos referidos al objeto del proceso, a cómo éste acota las posibilidades de la Corte y al principio de congruencia, deben ser desestimados.

- *Argumentos textuales*: de la sentencia podría extraerse un argumento textual, en la medida que el numeral 11 refiere a *los hechos materia de autos*. Con este texto podría sostenerse que textualmente la Corte sólo se refiere al caso Gelman, por lo que no habría efectos generales.

Pero no tengo el gusto de compartir esto, en primer lugar por las razones ya mencionadas en cuanto al petitorio de la Comisión, que no se limita exclusivamente al caso Gelman, sino que pretende que se deje sin efecto la Ley de Caducidad con efectos generales. Y, además y especialmente, debe repararse en que la parte final del punto 11 en análisis termina diciendo “de conformidad con los párrafos 253 y 254 de la Sentencia”. Y si vamos al párrafo 253 nos encontramos con que establece:

253. Para ello, dado que la Ley de Caducidad carece de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en cuanto puede impedir la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos, el Estado deberá asegurar que aquélla no vuelva a representar un obstáculo para la investigación *de los hechos materia del presente caso* ni para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los *mismos y de otras graves violaciones de derechos humanos similares acontecidas en Uruguay*. (Énfasis añadido)

Se advierte de las partes destacadas que este párrafo refiere también a los hechos del presente caso, pero agrega: “y de otras graves violaciones de derechos humanos similares acontecidas en Uruguay”. De esto surge que también desde el punto de vista textual no puede interpretarse el numeral 11 de la sentencia como limitado al caso Gelman pues de la referencia al párrafo transcripto, surge claramente lo contrario. En cuanto a la segunda remisión, al párrafo 254, debe repararse en que éste dispone:

Párrafo 254: En consecuencia, el Estado debe disponer que ninguna otra norma análoga, como prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, ne bis in idem o cualquier excluyente similar de responsabilidad, sea aplicada y que las autoridades se abstengan de realizar actos que impliquen la obstrucción del proceso investigativo.

Este párrafo que comienza diciendo “en consecuencia” (en consecuencia del párrafo 253) también confirma los efectos más amplios de la sentencia y que no se circunscribe al caso Gelman.

En definitiva, además de los argumentos que surgen de la demanda de la Comisión, el estudio textual de la sentencia, en especial de las referencias y remisiones

del numeral 11, confirma que los efectos del pronunciamiento no se circunscriben al caso Gelman, sino que alcanzan a otras violaciones de los derechos humanos similares (comprendidas en la ley de caducidad).

- *Argumentos basados en la jurisprudencia de la CIDH:* y todavía debe repararse en que la CIDH ha venido desarrollando desde el caso *Barrios Altos* una jurisprudencia muy firme en cuanto a los efectos en estudio y los ha ido confirmando en reiteradas ocasiones. Incluso no puede pasar desapercibido que la Corte hace remisión expresa a estos antecedentes y que algunos párrafos de la sentencia son copia casi idéntica de otros contenidos en los pronunciamientos anteriores. La pregunta de ¿qué quiso decir la CIDH? debe resolverse en función de los antecedentes jurisprudenciales a que ella misma remite. Y esto confirma que el numeral 11 excede el caso Gelman y comprende otras violaciones de los derechos humanos; “similares” aunque ajenas al caso Gelman.
- *Síntesis:* el punto 11 de la sentencia no refiere al caso Gelman, sino a todos los casos de violaciones de los derechos humanos similares que hayan ocurrido (comprendidos en la ley de caducidad). Esto surge del petitorio de la demanda de la Comisión, del análisis textual de la sentencia y del análisis de la jurisprudencia a que la propia Corte remite.

## 5. El dictado de la ley n.º 18.831 de fecha 27 de octubre de 2011

A lo largo del tiempo hubo preocupaciones en algunos sectores de derogar la ley de caducidad con efecto retroactivo. En el período 2005-2010, la Comisión de Constitución, Legislación y Códigos de la Cámara de Senadores, bajo la presidencia del senador (y destacado constitucionalista) José Korzeniak, analizó detenidamente este tema y varias alternativas, aunque todos los caminos que se proponían terminaban chocando con el principio de irretroactividad en materia penal.

En el año 2010, ante la inminencia del pronunciamiento de la CIDH, se revitalizó la idea, impulsada, entre otros, por el canciller uruguayo Almagro. En este caso las iniciativas se orientaban también a la problemática de la prescripción de ciertos delitos. Durante la discusión del proyecto recayó la sentencia de la CIDH (caso Gelman) y en definitiva el proyecto fue aprobado en el Senado, pero en la Cámara de Representantes faltó un voto, por lo que la iniciativa quedó rechazada.

Poco después comenzó un tercer intento, con un texto distinto, y se terminó aprobando por apretada mayoría la Ley 18.831, cuyos artículos 2º y 3º fueron ahora declarados inconstitucionales. Esta ley establece:

Artículo 1º.- Se restablece el pleno ejercicio de la pretensión punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el

1º de marzo de 1985, comprendidos en el artículo 1º de la Ley N° 15.848, de 22 de diciembre de 1986.

Artículo 2º.- No se computará plazo alguno, procesal, de prescripción o de caducidad, en el período comprendido entre el 22 de diciembre de 1986 y la vigencia de esta ley, para los delitos a que refiere el artículo 1º de esta ley.

Artículo 3º.- Declárase que, los delitos a que refieren los artículos anteriores, son crímenes de lesa humanidad de conformidad con los tratados internacionales de los que la República es parte.

Artículo 4º.- Esta ley entrará en vigencia a partir de su promulgación por el Poder Ejecutivo.

Esta ley se aprobó luego de un arduo proceso parlamentario en el que hubo intensas y largas discusiones, y en las comisiones especializadas de ambas cámaras se convocó a especialistas para conocer su opinión.

La mayoría de las opiniones técnicas recibidas señalaban que si se aprobaba el proyecto, éste sería declarado inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia. Por mi parte, en síntesis, expresé:

- a. La sentencia de la CIDH no ordena a Uruguay ni derogar ni anular la Ley de caducidad, sino que parte de la base de que la ley de caducidad es nula (contraria a la Convención Americana). Tampoco ordena la Corte Interamericana el dictado de ninguna ley, sino que, entendiendo nula la ley de caducidad; para cumplir con la sentencia internacional era necesario remover los obstáculos infralegales.
- b. Asimismo, atendiendo a que la CIDH ordenó “remover los obstáculos” que impedían las investigaciones y, eventualmente, la sanción de los responsables, el proyecto de ley no sólo no implicaba cumplimiento de la sentencia (no removía ningún obstáculo pues la CIDH ya partía de la nulidad de la ley y disponía que no podían considerarse eventuales efectos de prescripción de delitos y cosa juzgada entre otros), sino que además creaba otro obstáculo. En efecto, conforme a la Constitución uruguaya, en cualquier proceso judicial en trámite, una de las partes puede interponer una “excepción de inconstitucionalidad” contra una ley que resulte aplicable al caso. Agrega la Constitución que la interposición de esta excepción tiene efecto suspensivo sobre el proceso en trámite (detiene el proceso y el expediente es enviado a la Suprema Corte) hasta la sentencia definitiva de inconstitucionalidad. Fácil era prever una suspensión en el entorno de un año en las investigaciones, cosa que efectivamente ocurrió.
- c. Además, y considerando algunos pronunciamientos recientes de la Suprema Corte, en que había analizado si los delitos cometidos durante la dictadura eran de lesa humanidad y el principio de irretroactividad, fácil era prever que la Corte declarararía la inconstitucionalidad de la ley.
- d. En definitiva, en 2011 se señaló que la ley no era necesaria (se podía cumplir con la sentencia de la CIDH sin que fuera necesario el dictado de ninguna ley) e im-



plicaba crear nuevos obstáculos para las investigaciones, pues se iba a demorar las investigaciones por el referido efecto suspensivo y, seguramente, sería declarada inconstitucional.

## **6. Sentencia n.º 20, de 22 de febrero de 2013, de la Suprema Corte de Justicia uruguaya**

Los pronósticos se cumplieron. Luego de transcurrido algo más de un año desde la promulgación de la Ley 18.831, la Suprema Corte de Justicia falló:

Haciendo lugar, parcialmente, a la excepción de inconstitucionalidad opuesta y, en su mérito, declarando inconstitucionales y, por ende, inaplicables a los excepcionantes los artículos 2 y 3 de la ley de la Ley No. 18.831.

La sentencia se dictó por cuatro votos contra uno, y en los fundamentos de la posición mayoritaria aparecen polémicos conceptos sobre el control de convencionalidad, alcance, valor y fuerza de las sentencias de la CIDH y la reafirmación, entre otros aspectos, del principio de irretroactividad penal.

Como ya se adelantó, no se procederá en esta ocasión al análisis de la sentencia, aunque sí debe mencionarse un efecto en cierta forma sorprendente. En forma inmediata a la divulgación de la sentencia, diversos actores políticos, de ONG y, en general, algunas personas vinculadas a organizaciones defensoras de derechos humanos, señalaron que esta sentencia terminaba con las posibilidades de investigación y que era el final de la cuestión. Se habló incluso de que se archivarían los expedientes en trámite. Esto condujo a que buena parte de la población considere hoy que el tema está finalizado y que sólo quedan acciones internacionales. Pero esto no es así.

¿Qué efecto tiene una sentencia que declara en Uruguay la inconstitucionalidad de disposiciones legales? Pues bien, conforme la Constitución uruguaya, el efecto es para el caso concreto (no tiene efectos generales) y su efecto, en las vías de excepción u oficio, es la inaplicabilidad de las disposiciones declaradas inconstitucionales (artículo 258 de la Constitución) en cada expediente judicial en que dicha inconstitucionalidad fue declarada.

En definitiva este punto es clarísimo. En cada expediente judicial en que se declare la inconstitucionalidad, el único efecto jurídico de la sentencia de la Suprema Corte es la inaplicabilidad de los artículos 2º y 3º de la Ley 18.831. Es cierto que en los fundamentos de la sentencia se hace mención a varios temas y que esto permite saber cuál es la posición de la mayoría de la Corte. Es cierto, además, que podemos imaginar, salvo un cambio de criterio, si continúan las investigaciones y los expedientes llegan a la Suprema Corte por la vía recursiva, cuál sería la posición de la Corte. Pero no podemos afirmarlo: los criterios pueden cambiar así como la integración de la Corte. Eventualmente, quienes no estén de acuerdo con la posición de la mayoría, tendrán tiempo y oportunidad para convencer a la Suprema Corte de que debe cambiar de opinión.

La situación actual es que, en cada expediente, volvemos al año 2011 antes de la aprobación de la Ley 18.831 (cuyos artículos 2° y 3° no se pueden aplicar), y la cuestión es, prescindiendo de esta norma legal, cumplir con la sentencia de la CIDH.

Claro que no todo es igual al 2011. Antes de la Ley 18.831 un juez, ordenando que se agregue en el expediente copia de la sentencia de la CIDH, debía llevar adelante las investigaciones y, si fuera el caso, sancionar a los responsables. Ahora, ese mismo juez, tendrá además una sentencia de la Suprema Corte que, si bien sólo tiene por efectos jurídicos la imposibilidad de aplicar los artículos 2° y 3° de la Ley 18.831, expresa posiciones contrarias a lo ordenado por la CIDH en la sentencia de febrero de 2011. La situación del juez era mucho mejor antes de la ley interpretativa, pues es claro que esta norma y la declaración de inconstitucionalidad que recayó generan más confusiones a los jueces.

## **7. ¿Qué debe hacerse ahora?**

Aclarado que los efectos jurídicos de la sentencia de la Suprema Corte refieren sólo a la inaplicabilidad, en cada proceso judicial, de los dos artículos declarados inconstitucionales, se aprecia con claridad que la obligación de los jueces de cumplir con la sentencia de la CIDH no se ha visto alterada y cada magistrado deberá cumplir con sus deberes, sin poder aplicar la innecesaria Ley 18.831. Para analizar este aspecto es conveniente ir despejando las distintas situaciones que pueden presentarse, comenzando con las más sencillas para terminar en la más compleja.

### **7.1. Investigación de los hechos**

La sentencia de la CIDH es muy clara en cuanto a que no pueden presentarse obstáculos a las investigaciones y excluye expresamente las hipótesis de cosa juzgada, prescripción de delitos y *ne bis in idem*. Es evidente que en ningún caso podrá invocarse ninguna de estas situaciones para detener o no reanudar las investigaciones. Es claro el derecho de las víctimas a saber qué pasó y, en el caso de los desaparecidos, a que se busquen seriamente los restos.

Por lo tanto, ningún juez podrá negarse a investigar invocando prescripción del delito, cosa juzgada o *ne bis in idem*, ya que estos elementos podrían (se verá más adelante) ser obstáculo para la responsabilidad penal de quienes cometieron estos delitos, pero no pueden tener incidencia alguna sobre el derecho a la verdad y a las investigaciones.

### **7.2. Responsabilidad penal en casos en que no hubo cosa juzgada, ni prescripción ni “ne bis in idem”**

Tampoco este caso presenta problemas. Si el juez considera que no se presenta ninguna de estas hipótesis, no habrá obstáculo alguno para juzgar a los acusados y, si se comprueba su participación en el delito, condenarlos conforme derecho.

### 7.3. Casos en que el juez actuante considere que hay cosa juzgada sobre la responsabilidad penal de un individuo, o sentencia absolutoria firme, o que el delito prescribió

Este es el último punto que plantea la sentencia de la CIDH y es sin duda el más complejo. El juez competente se enfrentará a un caso concreto, con las particularidades que cada caso tiene, y advertirá que (a) por un lado debe cumplir la sentencia internacional que dice que ciertas situaciones no pueden impedir la responsabilidad y, (b) por otro lado, encuentra normas de derecho interno (e incluso en algún caso el propio artículo 8.4 de la Convención) que establecen limitaciones a la responsabilidad penal. ¿Qué debe resolver el juez si entiende que hay una contradicción entre lo dicho en el precedente apartado “a” (obligación de cumplir con la sentencia) y el apartado “b” (derechos adquiridos de los acusados por la violación de derechos humanos)?

¿Cómo se solucionan estos casos? Pues bien, la solución de principio es que se debe cumplir íntegramente con las sentencias (con las nacionales y las internacionales) y no podrán invocarse normas internas para eludir las obligaciones internacionales (Art. 27 de la Convención de Viena).<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Esto es muy claro por lo que sólo se señalará lo dicho en el año 2011, en “Cumplimiento de las sentencias...”, cit.: “Este punto no puede generar duda alguna. El artículo 68 de la Convención, en su apartado 1, establece Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que hayan sido parte. El texto no deja lugar a dudas.

A través de algunas afirmaciones recogidas en forma parcial y no textual por la prensa, parece entenderse, por parte de algunos, que en la medida que el artículo 233 de la Carta establece que la función jurisdiccional (dice ‘poder judicial’) será ejercida por la Suprema Corte, tribunales y juzgados, y no se menciona la CIDH, la competencia de la Corte internacional sería contraria a la Constitución.

Me parece que esta visión no puede sostenerse. En primer lugar, semejante interpretación conduciría a que los tribunales arbitrales (por ejemplo los regulados en el Código General del Proceso) serían inconstitucionales. Esto no es así. La Constitución establece quién ejerce la función jurisdiccional (salvo excepciones constitucionales), por lo que ningún habitante puede verse privado de la actuación del Poder Judicial. Pero siempre se entendió que los individuos, voluntariamente, pueden acordar resolver sus diferencias por otros caminos, por ejemplo el arbitral. No se puede imponer una solución arbitral pero sí dejar librado a la decisión de los sujetos esta posibilidad.

En el caso en análisis, no estamos ante un proceso en que un habitante (persona física o jurídica) pueda ser parte en un proceso ante la CIDH, sino todo lo contrario: el demandante es la Comisión Interamericana y el demandado necesariamente el Estado parte. Y nada, absolutamente nada, impide que el Estado uruguayo acepte que puede ser demandado ante un tribunal internacional y que las sentencias que se dicten en dichos procesos serán obligatorias.

Pero además, con la lógica de quienes sostengan la inconstitucionalidad de la competencia de la CIDH, cabe señalar que, con dicho criterio, el Estado uruguayo no podría haberse validamente sometido a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia (de La Haya), ni aceptar el sometimiento del Estado a tribunales arbitrales e instancias internacionales. En otras palabras la argumentación basada en una incompatibilidad de la Convención con la Constitución (especialmente con el artículo 233), no puede sostenerse sin negar que el Estado uruguayo pueda aceptar cualquier jurisdicción internacional o incluso un tribunal o instancia arbitral. El argumento, en mi opinión, no puede sostenerse.

Y todavía debe verse cómo llegó el Estado uruguayo a esto:

a) En 1985, el Poder Legislativo democrático, aprobó la Convención Americana de Derechos Humanos que incluía la jurisdicción de la CIDH y la obligatoriedad de sus sentencias para los Estados partes. No he podido chequear las mayorías de la aprobación, pero creo recordar que fue votada por unanimidad de votos en ambas Cámaras. Y si hubiera habido algún voto en contra, me consta que todos los partidos políticos con representación parlamentaria votaron a favor.

b) A continuación, el Poder Ejecutivo democrático (presidido por el Dr. Julio María Sanguinetti y con el Cr. Enrique Iglesias como Ministro de Relaciones Exteriores) ratificó la Convención.

c) Pero el Poder Ejecutivo hizo algo más (lo que fue una decisión voluntaria pues no estaba obligado a hacerlo), pues aceptó indefinidamente la jurisdicción de la CIDH y de la Comisión Interamericana.

No puede negarse en consecuencia la obligatoriedad de la sentencia dictada en un proceso en que Uruguay fue parte. Lo que por otra parte es la solución de principio en el ámbito nacional e internacional: las sentencias son obligatorias y deben cumplirse.

Posición de los restantes países latinoamericanos

Pero veamos todavía qué piensan los otros Estados partes en la Convención.

El caso más extremo fue sin duda el caso contra Chile a raíz de la prohibición de la exhibición de la película 'LA ÚLTIMA TENTACIÓN DE CRISTO'. En este caso la Corte, además de ordenar que se permita la exhibición de la película, señaló que una disposición de la Constitución chilena era contraria a la Convención (en materia de comunicación de pensamientos) y que Chile debía modificar la primera para adaptarla a la segunda. Pues Chile cumplió y modificó su Constitución en los términos indicados por la CIDH. Adviértase hasta dónde llega la obligatoriedad de la sentencia.

En Argentina la Corte Suprema tuvo alguna vacilación en el caso Cantos, reservándose una suerte de prerrogativa en el sentido que el cumplimiento de la sentencia no implicara violación al derecho nacional. Esta posición es incuestionablemente contraria a la Convención de Viena, que en su artículo 27 dispone que 'Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46 (que refiere a las normas que establecen las condiciones para la ratificación de los instrumentos internacionales)'.<sup>7</sup>

El criterio referido fue abandonado por la Corte argentina rápidamente y, en el caso Bulacio, ya estableció que las sentencias eran obligatorias sin excepciones. En este caso la Corte argentina señaló que no compartía algunos de los contenidos de la sentencia de la CIDH y argumentó en contra. Pero hecha estas argumentaciones aclaró que, más allá de no compartir algunos aspectos, la sentencia era en su totalidad obligatoria y todos los jueces debían cumplir con ella. La solución es la tradicional en el mundo occidental: no necesariamente debemos estar de acuerdo con una sentencia e incluso podemos criticarla y señalarle errores, pero esto no obsta a reconocer que la sentencia es en su totalidad obligatoria.

Frente a estos criterios claros de Chile y Argentina (podríamos agregar muchos otros como Colombia, Costa Rica, Perú en la actualidad, etc.), encontramos dos casos en que un Estado desconoció o desconoce la obligatoriedad de las sentencias de la CIDH:

a) En Perú, en la época de Fujimori y Montecinos, se incumplió con las sentencias en los casos Loayza Tamayo (en forma parcial) y en Castrillo Petruzzi. Incluso Perú llegó a plantear una renuncia a la jurisdicción de la CIDH. Esta posición fue abandonada apenas finalizado el régimen de Fujimori.

b) El otro caso actual, en que se sostiene que las sentencias no son obligatorias, es el caso de Venezuela. Este país fue objeto de una sentencia de la CIDH por la irregular destitución de jueces de lo contencioso administrativo, en la que la Corte ordenó la restitución de los magistrados y el pago de indemnizaciones. La Sala Constitucional de Venezuela, afín al Presidente Chávez, recomendó a éste, en primer término, denunciar la Convención Americana. Y luego sostuvo que la sentencia de la CIDH no era obligatoria invocando, por ejemplo, la prevalencia del derecho interno sobre el internacional, que sólo obliga la Convención pero no las interpretaciones que de ella se hagan (por ejemplo la CIDH), que el sistema constitucional que se ha dado el pueblo venezolano no coincide con

Las sentencias de la CIDH podrán no compartirse, podrán criticarse pero, como toda sentencia, deben ser cumplidas en su totalidad.

## 8. Conclusiones

En definitiva, la ley interpretativa declarada inconstitucional no fue un acto legislativo ordenado por la sentencia de la CIDH, sino un acto independiente e innecesario respecto a dicha sentencia.

La sentencia de la Suprema Corte de Justicia, más allá de la posición de sus miembros en temas puntuales (expresado como fundamento del pronunciamiento), no tiene otro efecto jurídico que la inaplicabilidad de las disposiciones declaradas inconstitucionales. O sea, se debe seguir, en cada expediente, como si los dos artículos inconstitucionales no existieran.

La situación vuelve a ser la misma de 2011, antes del dictado de la ley interpretativa, y los jueces deberán cumplir con la sentencia de la CIDH en todos sus términos.

Claro que ahora se conoce una posición de la Suprema Corte y puede pensarse en que si los expedientes judiciales llegan a la Corte por la vía recursiva, ésta puede dictar una sentencia que no coincida con la de la CIDH. Pero este es un problema futuro y hay tiempo para que los interesados convenzan a la Suprema Corte de cambiar de posición. Esto no es extraño, en Argentina el cambio de jurisprudencia de la Corte Suprema entre los casos *Cantos* y *Bulacio* fue claro y compatible.

---

la Convención ya que en Venezuela los derechos sociales priman sobre los de primera generación. En definitiva, Venezuela no cumplió con la sentencia y dijo expresamente que no era obligatoria. Es interesante ver que los mismos argumentos de Venezuela se han manejado, políticamente, en Uruguay.

### Síntesis

En definitiva, no cabe duda que las sentencias de la CIDH dictadas en un proceso en que Uruguay fue parte resultan obligatorias para el Estado uruguayo. Esto surge claramente del artículo 68 de la Convención.

Nada ganan algunos con hablar de ‘recomendación’ o de la ‘opinión’ de la OEA (órgano político) o de la ‘Comisión de la OEA’. Se trata de una sentencia, emanada de un tribunal internacional a cuya jurisdicción se sometió nuestro país democrática y voluntariamente.

Los argumentos en contra de la obligatoriedad, ya sean basados en una interpretación errónea del artículo 233 de la Carta o argumentos similares a los empleados por Venezuela, no pueden ser aceptados.

La solución de principio en Occidente es que las sentencias son obligatorias (hay que cumplir aunque no guste) como surge claramente (texto expreso) del artículo 68 de la Convención. Y conforme el artículo 27 de la Convención de Viena, ningún Estado puede invocar normas internas para eludir sus obligaciones internacionales.

Uruguay que, en períodos democráticos, siempre fue ejemplo de cumplimiento de sus obligaciones internacionales, no debe cambiar ahora”.

## Instrucciones para la presentación de los trabajos

1. Los artículos estarán escritos en español o portugués. En caso contrario, se deberá acordar oportunamente con la Redacción del **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano** la posibilidad de una traducción.
2. Se acompañarán de un **resumen** de hasta 900 caracteres con espacios (150 palabras) y, si se desea, una sugerencia de **palabras clave**.
3. La Redacción del **Anuario** determinará qué material será publicado. La decisión se comunicará oportunamente a cada autor.
4. El material enviado debe ser original e inédito. Si luego de publicado en el Anuario se desea reproducirlo en otro medio, deberá dejarse constancia de la primera publicación.
5. Los artículos se enviarán en formato electrónico (archivo de Word o compatible) a **Colombia/iusla@kas.de** o bien a **calle 90 No. 19C-74, piso 2**, Bogotá, República de Colombia, a nombre de **Christian Steiner**.
6. La extensión de los trabajos, en principio, no superará los **40.000 caracteres** (aproximadamente 15 páginas del **Anuario**). La Redacción considerará las situaciones excepcionales.
7. La página 1 contendrá la siguiente información:
  - a. Nombre del autor.
  - b. Referencia curricular de hasta 30 palabras.
  - c. Dirección electrónica (que se publicará).
  - d. Título del artículo.
  - e. Los agradecimientos, aclaraciones o comentarios sobre el origen del texto se incluirán en nota a pie de página junto al título del artículo.
  - f. Dirección postal para el envío de los ejemplares al autor.

8. Para los títulos internos se empleará la numeración decimal (1, 1.1, 1.1.1). Es aconsejable que no haya más de *tres* niveles de títulos internos.

9. No es conveniente usar la numeración automática de títulos y apartados, porque puede dar lugar a errores en la etapa de diagramación. Por el mismo motivo conviene evitar las referencias cruzadas.

10. Las mayúsculas se emplearán de acuerdo con las normas ortográficas: al comienzo de cada oración y en los nombres propios. En particular, se escribirán con minúscula los nombres de los meses y días de la semana (*noviembre, lunes*), los cargos, títulos y dignidades, excepto cuando aparezcan abreviados (*magistrado, fiscal, doctor*), así como los nombres *genéricos* de entidades de cualquier clase y jerarquía (*un juzgado de primera instancia, los tribunales constitucionales*).

11. Las **citas bibliográficas** podrán incluirse en las notas al pie o bien utilizar el sistema autor-año (o de Harvard) con las referencias en una bibliografía al final. En las notas al pie se usará el orden *nombre-apellido* del autor, en mayúscula y minúscula, porque es de más fácil lectura que el orden inverso y ahorra puntuación.

Las citas bibliográficas contendrán los siguientes elementos:

a. **Libros:** Nombre y apellido del autor; título del libro (en cursiva); editorial; ciudad; año de publicación (si la edición empleada no es la primera, conviene indicarlo).

Ejemplo:

Thomas Hobbes: *Leviatán*, Madrid: Alianza Universidad, 1993 (1651).

b. **Artículos o capítulos de libros:** Nombre y apellido del autor; título del artículo o capítulo (entre comillas); nombre y apellido del editor o compilador, si corresponde; título del libro (en cursiva); editorial; ciudad; año de publicación.

Ejemplo:

Douglas Durán Chavarría: “Ejecución de las sanciones penales juveniles privativas de libertad”, en Mauricio González Oviedo y Carlos Tiffer Sotomayor (comps.): *De la arbitrariedad a la justicia. Adolescentes y res ponsabilidad penal en Costa Rica*, San José: Unicef, 2000.

c. **Artículos de publicaciones periódicas:** Nombre y apellido del autor; título del artículo; nombre de la revista o periódico; número; institución editora y/o ciudad (si resultan necesarios para identificar la publicación); fecha.

Ejemplo:

Patricia Laurenzo Copello: “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, en *Jueces para la Democracia*, n.º 34, Madrid, 1999.

d. **Recursos de Internet:** Nombre y apellido del autor (si el texto está firmado); si se trata de una parte de una obra mayor, nombre de la parte (entre comillas); nombre del sitio web o de la obra (en cursiva); dirección electrónica (entre comillas angulares o signos de menor y mayor); fecha de consulta.

Ejemplo:

Ariel Dulitzky: “La censura previa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos: el caso Martorell”, en *Equipo Nizkor. Derechos humanos en América Latina*, <<http://www.derechos.org/koaga/vii/du-litzky.html>> (18/2/2004).

e. En las **bibliografías** se utilizarán los mismos datos, anteponiendo el apellido al nombre del autor.

Ejemplo:

DULITZKY, Ariel: “La censura previa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos: el caso Martorell”, en *Equipo Nizkor. Derechos humanos en América Latina*, <<http://www.derechos.org/koaga/vii/du-litzky.html>> (18/2/2004).

DURÁN Chavarría, Douglas: “Ejecución de las sanciones penales juveniles privativas de libertad”, en Mauricio González Oviedo y Carlos Tiffer Sotomayor (comps.): *De la arbitrariedad a la justicia. Adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica*, San José: Unicef, 2000.

HOBBS, Thomas: *Leviatán*, Madrid: Alianza Universidad, 1993 (1651). LAURENZO Copello, Patricia: “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, en *Jueces para la Democracia*, n.o 34, Madrid, 1999.

f. Cuando la publicación citada tenga más de tres autores, se usará el nombre del que figure en primer lugar, seguido de la expresión *et al.* o *y otros*. El término *autores varios* no ayuda a localizar la obra, propósito de las referencias bibliográficas.